

Bruno Daugeron

Brèves réflexions sur le rapport entre le droit constitutionnel non écrit et le droit politique

La question du droit constitutionnel non écrit peut être posée à travers de multiples axes trop nombreux pour tous les retenir. On peut néanmoins partir d'un exemple révélateur de tensions internes qu'il recèle : celui de la cohabitation, en particulier la première, éloquent à maints égards : juristes et acteurs politiques ont, en 1986, dans premier temps au moins, fait retour à la Constitution malgré, ou peut-être à cause, d'une pratique présidentiale qui était réputée s'en être beaucoup éloignée. En atteste le dessin de Plantu paru dans *Le Monde* au lendemain du 16 mars 86, époque du Salon du Livre : il y représentait le président Mitterrand et Jacques Chirac sortant du Grand Palais les bras remplis de livres intitulés « Constitution », le second souhaitant au premier une « bonne lecture » ! Qu'en déduire ? D'une part, que c'est spontanément vers le texte que les organes constitutionnels se tournent lorsqu'ils savent leur pratique menacée par un rapport de forces défavorable, aveu implicite d'une constitutionnalité ressentie par eux-mêmes comme douteuse : le décalage criant entre le texte et la pratique est alors perçu comme une anomalie. Ils semblent donc s'accorder sur l'idée que la pratique politique peut aussi impliquer un « retour au texte », en l'occurrence à la Constitution, donc que le texte est un élément de la pratique et pas seulement que la pratique est inhérente au texte malgré les considérables difficultés que pose ce constat au regard de la notion juridique, en particulier « réaliste », d'interprétation. D'autre part, et par conséquent, que la notion de « droit politique » entendue comme concept se proposant d'intégrer la pratique politique au droit constitutionnel soulève au moins autant de questions qu'elle n'en résout : d'abord parce que en matière de droit constitutionnel la pratique se distingue mal de la théorie ; ensuite parce que si l'expression « droit politique » met le mot *politique* à la place d'honneur afin de souligner sa dimension empirique non réductible à la prétendue plate application littérale d'un texte pour en déterminer sa signification juridique, elle comprend aussi le mot *droit*. L'expression ne révélerait-elle pas alors sa fonction : trouver un moyen de traduire l'incapacité du droit à rendre compte des rapports politiques « concrets » inconnus de la règle constitutionnelle bien que générés par elle et à

justifier – sans les expliquer – les écarts entre le texte et la pratique (« C'est du droit politique, donc... ») ? En somme : n'entend-elle pas souligner qu'il ne faut pas trop se fier à sa conception traditionnelle accusée qu'elle est de réduire la norme au texte, suspicion débouchant rapidement sur celle de juridisme au point qu'une sorte de doxa finit alors par s'imposer : la « vérité » du droit constitutionnel, droit « à demi politique », résiderait alors moins dans le texte et dans l'interprétation à laquelle il donne lieu que dans sa pratique qui la constituerait de sorte qu'il est nécessaire qu'une théorie en rende compte. Cette théorie lui permettrait précisément de trouver son unité dans sa pratique et de révéler sa « véritable » dimension, voire sa « véritable » identité : le droit constitutionnel ne serait qu'une somme de pratiques, jamais prisonnières d'un texte d'ailleurs censé n'exister qu'à travers elles...

Pourtant, plusieurs difficultés semblent démentir cette thèse : d'abord le fait que la notion de droit politique n'ait pas toujours été entendue de la sorte. Dans le *Contrat social* de Rousseau, par exemple, dont est le sous-titre est *Principes du droit politique*. L'auteur le définit comme le fait de « chercher dans l'ordre civil s'il peut y avoir quelques règles d'administration légitime en prenant les hommes tels qu'ils sont et les lois telles qu'elles peuvent être ». Autrement dit, Rousseau n'oppose pas la politique au droit et ne semble surtout pas prendre la politique comme un complément du droit. Le droit politique n'est pas compris comme une *méthode* – une manière d'aborder le droit - mais comme un *objet*. On mesure alors l'écart entre le sens de l'expression de Rousseau et celle que nous lui donnons. Dès lors, si la politique n'est pas soluble dans le droit, le droit, en particulier le droit constitutionnel, ne semble pas davantage être soluble dans la politique si l'on entend par là la somme des pratiques auxquelles l'application du texte donne lieu.

Ensuite, parce que la notion de « conventions de la Constitution », précisément entendue comme l'ensemble des « normes non écrites du droit politique » utilisées pour rendre compte juridiquement de pratiques constitutionnelles élaborées en marge du texte, ne semble pas permettre de résoudre les difficultés posées par le droit constitutionnel non écrit tel qu'il se manifeste à travers la notion de « droit politique ». Car si par « politique » il ne faut, là encore, entendre que les *pratiques* d'organes constitutionnels ou d'acteurs politiques en marge du droit, reste à savoir si ces dernières peuvent être érigées en *règle* de droit se substituant au texte ? Si l'on sait en effet que, du point de vue juridique, le texte ne fait pas la norme, que donc un changement de norme n'implique pas nécessairement un changement de texte et réciproquement, reste à savoir à quoi peut servir une Constitution quand la norme qui est censée en

découler n'a plus qu'un rapport lointain voire de rapport quelconque avec le texte qu'elle pose ?¹ On pourra certes dire du texte qu'il est « interprété » par des interprètes « authentiques » d'ailleurs parfois désignés par la seule pratique, mais comment ne pas créer alors de rupture entre le langage constitutionnel et le langage tout court si les mots du texte peuvent vouloir dire n'importe quoi, fût-ce par un acte de volonté ?² Si donc le droit peut naître de la pratique camouflée en interprétation, ladite pratique suffit-elle à constituer le droit ? Et si un texte est dit n'exister qu'à travers sa pratique, une pratique peut-elle exister sans texte ? Cette idée n'implique-t-elle pas implicitement mais nécessairement la remise en cause de la notion même de Constitution comme texte prescrivant un certain comportement à des organes institutionnels d'abord parce qu'elle leur donne une existence, fût-ce au prix d'une interprétation au sens de la détermination de la signification juridique d'un énoncé constitutionnel ? Comme on le souligne si « le devoir être n'existe qu'incarné dans l'être et par conséquent s'abolit en lui », « réciproquement les entités artificielles qui peuplent le Droit constitutionnel n'existent que par la médiation d'un devoir être. »³. De fait, sans ce devoir être, pas d'être possible. Sans texte pas de pratique car, en la précédant, il la rend possible. De ce point de vue, si l'idée de droit constitutionnel non écrit consacre l'idée d'une Constitution n'existant que par les organes qui la font vivre – qui l'interprètent en donnant une signification juridique aux énoncés qu'elle contient – elle l'abolit comme acte institutif d'un devoir-être. L'interprétation du texte n'est pourtant possible que par le texte. Les interprètes du texte – qui ne saurait s'interpréter lui-même – viennent après. Aussi libre soit-elle, l'interprétation n'a de sens que par lui et ne saurait se faire à partir de rien ou, plus exactement, comme s'il était rien ou ne possédait qu'un contenu quelconque interchangeable avec n'importe quel autre énoncé comme le suggère le droit constitutionnel non écrit poussé au bout de sa logique, ne serait-ce que parce que l'interprète « authentique » est créé par lui. A le supposer inévitable, il n'est en fait possible que par ce qu'il nie.

Si donc la reconnaissance de la force normative d'un droit non écrit permet de ne pas évacuer la dimension politique du droit politique, ne conduit-elle pas à évacuer la dimension *juridique* de ce même droit ? Et à supposer qu'un droit « à

¹ Ainsi sous la V^e République présidentialisée : Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ; le Président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ; le Gouvernement est responsable devant le Parlement.

² Jean-Marie Denquin, « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, 2004, n°7, p. 179-209.

³ Jean-Marie Denquin, « Trois remarques sur le droit constitutionnel non écrit », texte écrit de ses interventions aux séminaires-*workshop* de droit politique autour de la notion de constitution et du droit constitutionnel non écrit.

« demi » juridique puisse exister, peut-il seulement exister à partir de rien ? Dire qu'une pratique non prévue par le texte de la Constitution et parfois même contre lui est une « convention » pour lui reconnaître la valeur juridique qui semble lui faire défaut n'est-il pas une manière, non seulement de légitimer une pratique parfois douteuse mais encore, d'évacuer la difficulté de la situation sur le plan juridique et donc du caractère juridique de ce « droit politique » et, avec lui, du droit tout court plus que de la régler ou même de la poser ? En dernière analyse, n'abolit-elle pas virtuellement l'idée même de Constitution et ne fragilise-t-elle pas l'idée d'ordre juridique dans son ensemble ?

Et si, comme on le soutient parfois, la pratique des acteurs politiques devient « volonté démocratique » dès lors qu'elle est réputée « approuvée » par « le peuple », lui-même réduit au suffrage électif ou référendaire par lequel il est censé opiner, reste à savoir comment concilier cette idée avec celle qui fait justement de la Constitution une expression souveraine de volonté du peuple et comment hiérarchiser ces volontés concurrentes lorsqu'elles entrent en conflit du fait des pratiques engendrées ? Pour le dire autrement, comment départager la norme du suffrage ? Il y a fort à craindre que l'idée de l'actualisation de la volonté du peuple par la coutume afin de la légitimer rétrospectivement sur le plan juridique ne se développe que contre l'idée de droit elle-même.

Bruno Daugeron

Professeur de droit public à l'Université Lumière Lyon 2