YVES MENY

Les conventions de la Constitution

Le terme de « conventions de la Constitution » et surtout sa signification ont pris leur importance essentielle sous la plume de A. V. Dicey dans son fameux ouvrage *The Law of the Constitution* publié en 1885[1]. Bien qu'il ait insisté dans son étude sur le fait que les *conventions* n'étaient pas l'apanage des systèmes dépourvus de Constitution écrite mais qu'on pouvait les trouver aussi bien dans un système rigide comme celui des Etats-Unis, la doctrine, en France, a souvent considéré que les *conventions* étaient une affaire britannique et que le problème, en tout cas, ne concernait pas la France ou seulement marginalement. Cette vue des choses repose souvent sur une appréciation doublement erronée : il serait entendu d'abord que la Constitution anglaise ne serait pas une constitution écrite ; il serait clair par ailleurs que l'organisation des pouvoirs publics et leurs rapports mutuels seraient régis en France par une loi fondamentale rigide. Or ni l'une ni l'autre de ces propositions ne sont complètement exactes : la Constitution anglaise est faite d'éléments épars et hétéroclites, dont une grande part est constituée de lois ou *standing orders* ; quant aux constitutions françaises, faut-il rappeler que la plupart d'entre elles ont été réinterprétées, « relues », dans des termes qui n'avaient pas grand-chose à voir avec le texte originel ? Mais la suprématie accordée à la loi écrite en France a le plus souvent interdit de voir dans ces transformations autre chose que des « errements » ou des violations, condamnables du seul fait qu'elles s'écartaient du texte écrit. Sans doute faut-il voir dans

1. A. V. Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, Mac Millan, 1982. Voir aussi K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2e éd., 1966.

cette attitude de la doctrine française, l'héritage de la tradition constitutionnelle (les constitutions sont rigides et écrites et les difficultés politiques sont résolues par le changement de constitution !), mais aussi l'influence d'un juriste comme Carré de Malberg pour qui « la caractéristique de la Constitution est d'être une loi possédant une puissance renforcée. La notion de Constitution ne se trouve réalisée qu'à cette condition. Il y a, dès lors, incompatibilité entre constitution et coutume, la coutume ne possédant pas la force supérieure qui caractérise le droit constitutionnel »[2]. Rares ont été les constitutionnalistes qui ont accepté l'idée que les conventions pouvaient être plus que de simples usages, plus que des déviances par rapport à la norme fondamentale[3].

Cette vision stricte a prévalu, en dépit du démenti infligé par la IIIe République, et s'est renforcée avec la Constitution de 1946 qui marquait un retour à l'esprit constituant de l'époque révolutionnaire. Le prix à payer en est évidemment l'instabilité constitutionnelle à moins que des mécanismes de régulation ne permettent de veiller — en principe — à l'intégrité de la Loi fondamentale. C'est à quoi répondait en 1958 la création du Conseil constitutionnel : garantir que les normes voulues par le Constituant soient à l'abri des interventions ou interprétations intempestives de la « souveraineté parlementaire ». Il s'agissait essentiellement de mettre en place un organe chargé d'empêcher des révisions rampantes en veillant au respect du texte de la Loi fondamentale. Comme on le verra, cet effort n'a été qu'en partie couronné de succès.

Les conventions peuvent être définies comme un ensemble de pratiques qui règlent le comportement et les devoirs des pouvoirs publics. Ces pratiques ne sont pas définies par un texte mais résultent de précédents, d'usages, d'accords informels *considérés comme obligatoires*, bien qu'il n'existe pas de sanction juridique, notamment juridictionnelle, à la violation des règles coutumières jusque-là acceptées. Le processus de création et de mutation des conventions est donc fluide. Certaines résultent d'un long processus d'acclimatation qui permet de les rendre pratiquement aussi solides (voir davantage) qu'un texte constitutionnel solennel. C'est le cas par

2. R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, *Rec. Sirey*, Paris, 1922, t. II, p. 582, n. 10.

3. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 18-22. Voir également : D. Lévy, De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction, *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 81 ; S. Rials, Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle, *RA*, 1979, p. 265 ; M. Troper, Réflexions sur la coutume constitutionnelle, *Mélanges Charlier*, 1981, p. 309.

exemple en Grande-Bretagne de l'obligation faite au souverain de dissoudre la Chambre des Communes lorsque le Premier ministre le lui demande. D'autres, au contraire, sont immédiatement acceptées et s'imposent définitivement sans autre contestation. Certes, seul le recul de l'histoire permet de dire que tel a été le cas mais l'observation des pratiques constitutionnelles permet *a posteriori* de souligner qu'il n'y a pas eu évolution et tâtonnements, mais brusque novation. Il en fût ainsi par exemple sous la IIIe République lorsque, après la dissolution de 1877, celle-ci fut considérée comme un instrument antirépublicain et reléguée aux oubliettes pour toute la durée du régime. C'est d'ailleurs cette diversité de création ou de modification qui fait préférer le terme de convention à celui de coutume. La coutume exige une répétition, une durée qui ne sont pas nécessaires à la convention. Ce qui est au contraire déterminant c'est l'accord, le consensus sur des pratiques qui s'appliquent en complément ou en marge du texte pour l'éclairer, le modifier, voire le contredire.

La convention constitue par conséquent une révision « politique » de la Constitution ou à tout le moins une interprétation plus ou moins laxiste des règles qui s'impose comme règle obligatoire tant que l'accord politique ne s'est pas modifié ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée. Autrement dit, la notion de « conventions de la Constitution » recouvre des réalités diverses et s'inscrit dans une dialectique droit/politique qui fait à la fois son ambiguïté et sa richesse.

I. — Typologie des conventions

Les conventions culturelles

Il existe une première catégorie de conventions qui ne posent guère de problèmes au juriste, car elles concernent des domaines qui, souvent, sont considérés comme étrangers aux préoccupations de la Constitution proprement dite. On tend donc à les considérer comme des phénomènes liés à la tradition, à la culture ou à l'idéologie. Pourtant on prend davantage conscience de la force et de l'impact de ces conventions lorsqu'on les compare à la situation d'autres pays ou lorsqu'une « codification » ou une constitutionnalisation de la règle non écrite intervient. Par exemple, le cumul des mandats n'a jamais été réglementé en France (jusqu'en 1986), aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne. Pourtant, il fait l'objet d'une véritable

convention de prohibition dans ces deux derniers pays, alors qu'il fait florès en France en dépit de sa récente et timide limitation. Bien que ces pratiques ou ces règles ne soient pas « constitutionnelles » au sens juridique et formel du terme, elles en constituent un élément substantiel fondamental. On peut négliger la pratique du cumul en France ou le tabou culturel qui l'interdit au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis sous prétexte que les Constitutions sont muettes sur la question. Il s'agit pourtant dans les deux hypothèses de conventions fondamentales pour la compréhension du fonctionnement du système politique.

De même, à la charnière de la tradition, de la politique et du droit, la « règle » selon laquelle tout département — du moins en Métropole — doit être représenté par au moins deux députés n'a d'autre justification que l'héritage de l'histoire, confirmé récemment il est vrai, par le Conseil constitutionnel qui, tout en rappelant que si les assemblées doivent être élues sur des « bases essentiellement démographiques », d'autres « impératifs d'intérêt général » peuvent être retenus.

La frontière entre conventions « politiques » et règles constitutionnelles est ténue et la Ve République illustre bien ce phénomène. Jusqu'en 1958, les partis politiques sont les grands absents des Constitutions françaises. Pourtant depuis un demi-siècle ils étaient devenus les acteurs cruciaux, pour ne pas dire principaux, du jeu constitutionnel. En les reconnaissant pour la première fois, la Constitution de 1958 qui proclame notamment « qu'ils se forment et exercent leur activité librement » ne faisait que reconnaître sous forme solennelle ce que Georges Vedel appelait en 1949 « la présence invisible des partis organisés »[4] dans la Constitution de 1946. La force d'une convention de nature politique est rétrospectivement mise en lumière avec plus de force encore dans le cas de l'incompatibilité entre fonctions ministérielles et mandat parlementaire instituée en 1958. Bien qu'aucune règle n'ait imposé le recrutement des ministres au sein du Parlement, ni en 1875, ni en 1946, il allait de soi qu'ils devaient émaner du Parlement[5]. Le renversement radical de la pratique — au moins formellement — sert de révélateur : pendant presque un siècle, la convention s'est imposée avec une telle évidence et un tel accord général que son abolition par la norme constitutionnelle suscita le scandale.

4. Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 316.

5. 62 ministres sous la IIIe République n'émanaient pas du Parlement (mais 54 d'entre eux étaient des militaires). Seuls 6 ministres n'étaient pas des parlementaires durant toute la IVe République.

Les conventions de complémentarité

A côté de ces conventions qu'une analyse en stricts termes juridiques permettrait, le cas échéant, d'écarter, apparaissent des conventions dont la fonction est de pallier les silences du texte, tantôt pour trouver des solutions de bon sens à un problème non réglé, tantôt pour répondre à des besoins que la Constitution n'a pas pris en considération. La signification en est toutefois assez différente. Dans le premier cas il s'agit de conventions interprétatives qui visent à interdire les abus qui résulteraient d'une application trop formaliste des règles. Par exemple, la promulgation des lois par le Président de la République n'est opérée qu'après un délai minimum permettant aux parlementaires de saisir, le cas échéant, le Conseil constitutionnel. Ces conventions ne posent guère de problèmes car elles relèvent souvent d'une interprétation ou d'une règle de bon sens ratifiées par les partenaires du jeu politique.

Le silence de la Constitution permet aussi l'apparition de conventions « créatrices ». Le texte concis et lacunaire des lois constitutionnelles de 1875 s'est révélé particulièrement propice à cet exercice. Pour n'en citer que quelques exemples, mentionnons l'émergence progressive de la Présidence du Conseil ou encore l' « interdiction » faite au Président de la République d'être candidat à un second mandat (convention qui ne sera « violée » que par Lebrun en 1939, en raison de la situation internationale). Rappelons aussi que le même phénomène créateur a profité aux commissions parlementaires ignorées par la Loi fondamentale aussi bien en 1875 qu'en 1946 ou a permis l'instauration de la double investiture de 1947 à 1954.

Les conventions de substitution

Un troisième type de conventions va plus loin encore dans la transformation de la Constitution. Ces conventions, qu'elles soient interprétatives ou créatrices se traduisent par un véritable transfert de compétences et de pouvoirs au profit d'une autorité autre que celle désignée par la Constitution. Les exemples de telles mutations abondent dans l'histoire constitutionnelle française. La plus célèbre est certainement celle que l'on désigne sous le nom de « Constitution Grevy » pour signifier la renonciation du nouveau Président, élu en 1879, à l'essentiel de ses prérogatives. Une Constitution construite autour d'un Président fort, aisément transformable en Monarque, se muait, grâce à une convention aussi radicale que rapide, en une charte du parlementarisme exacerbé. Mais la liste des transferts

conventionnels de compétences ne s'arrête pas là : la nomination des ministres passe entre les mains du président du Conseil et des chefs de partis et le pouvoir législatif est de plus en plus exercé par le Gouvernement grâce aux décrets-lois. Bien plus, les dispositions constitutionnelles explicitement conçues pour renverser ces conventions de la IIIe République ne sont que des tigres de papier. Les conventions sont plus fortes que la Constitution de 1946 : bien que l'article 46 ait disposé que « les ministres ne sont pas responsables devant le Conseil de la République », celui-ci, par le biais de son règlement, rétablit une interpellation qui ne dit pas son nom. Bien que l'article 13 proclame « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer de droit », la pratique de la délégation continue de plus belle sous des formes à peine différentes.

La Ve République, pourtant établie avec la volonté de faire cesser un certain nombre d'habitudes et de connivences établies en marge du texte constitutionnel, n'est pas un meilleur exemple. Peut-on rêver d'une plus éclatante illustration d'un transfert de pouvoirs que celle qui s'est opérée au profit du Président de la République et au détriment du Premier ministre et du Gouvernement de 1958 à 1986 ? Il a fallu l'épisode de la cohabitation pour donner un contenu à l'article 20 : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. » Mais, pour l'essentiel, ce que l'on a qualifié juridiquement de « double lecture » de la Constitution ne fut qu'un *remake* à l'envers de la Constitution Grévy, une convention accouchée dans la douleur, ratifiée par ses opposants initiaux en 1981, contestée par les propres héritiers du gaullisme au nom de la conjoncture, promptement rétablie enfin en 1988.

Les conventions de novation

Il existe enfin des conventions qui passent par pertes et profits des dispositions, voire des pans entiers de la Constitution. Sans doute l'une des plus classiques non seulement en France, mais dans tous les régimes parlementaires concerne les pouvoirs du chef de l'Etat. Celui-ci dispose d'une vaste panoplie de pouvoirs : promulgation des lois, signature des décrets, nomination des membres du Gouvernement, dissolution du Parlement, etc. Mais on sait bien que dans la plupart des régimes parlementaires et en France, sous la IIIe et la IVe République, la plupart de ces pouvoirs sont purement nominaux. Ils sont accordés par la Constitution sous de strictes réserves conventionnelles, tellement puissantes qu'on en oublie le texte littéral. « Le Président (ou le roi) nomme le Premier ministre et les

ministres » est une formule substantiellement vide de sens dans la pratique mais que chacun comprend « naturellement » comme signifiant que le Président ou le Monarque signe l'acte de nomination. S'il prenait la fantaisie à ce dernier de faire une application littérale du texte, on considérerait que la Constitution est violée, qu'une telle action est synonyme de Coup d'Etat, etc. La Constitution de 1958 a, de ce point de vue, apporté de profondes modifications aux conventions antérieures. Mais il est intéressant d'en observer les limites et les difficultés. Bien que la lettre et l'esprit de la Constitution aient redonné leur force aux dispositions littérales classiques, la novation s'est parfois arrêtée en chemin. Par exemple, même de Gaulle ne s'est pas reconnu la capacité de refuser la promulgation d'une loi, considérant que sa signature était due et qu'il ne disposait pas d'un pouvoir d'appréciation ou de veto. En revanche, les conventions étaient moins assurées en ce qui concerne la signature des décrets et ordonnances. Il parut naturel jusqu'en 1986 que le Président de la République disposât d'une faculté d'appréciation, sans qu'à vrai dire le problème eût à se poser en termes constitutionnels. La cohabitation de 1986-1988 servit à nouveau de révélateur et mit en lumière les ambiguïtés de l'article 13. Le Président *pouvait-il* ou *devait-il* signer les décrets et ordonnances ? On ne reviendra pas sur ce débat qui agita la classe politique, les Facultés de Droit et les médias en mêlant allègrement arguments techniques, politiques et polémiques. Nul doute que chaque camp pouvait avancer de solides arguments en faveur de sa thèse. Mais, pour ce qui concerne notre sujet, remarquons simplement que l'article 13 peut effectivement faire l'objet d'une double interprétation ; qu'une convention constante favorable aux prérogatives présidentielles s'était instaurée depuis 1958 et que l'établissement d'une interprétation ou d'une convention contraires eût constitué l'équivalent d'une nouvelle « Constitution Grevy ». Qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore n'a pas d'importance et relève du choix politique que chacun est libre d'exprimer. Le point fondamental est de souligner que l'interprétation littérale eût instauré un autre régime en alignant le Président de la République française sur ses homologues italien ou allemand. Bref, il eût pu se reconvertir aux chrysanthèmes.

On voit bien par ces exemples d'ampleur et de signification différentes que la vie des Constitutions se traduit par une tension dialectique constante entre droit et politique, entre la norme écrite dans sa forme la plus solennelle et son « invention », sa réinterprétation par les acteurs politiques.

II. — La dialectique droit/politique

Dans sa fameuse analyse de la société française, *l'Ancien Régime et la Révolution*, Tocqueville utilise une formule lapidaire et quelque peu désabusée pour caractériser les mœurs du gouvernement du pays : « La règle est rigide, la pratique est molle. » Le constat n'aurait rien de spécifique à la France, s'il n'existait chez nous un culte particulier pour la norme écrite accompagné d'une non moins grande tolérance à l'égard de sa transformation coutumière, pourvu qu'elle soit niée dans son principe. Les exemples de cette situation abondent dans tous les secteurs de la vie publique et sociale et le paradigme tocquevillien a été abondamment illustré par de nombreuses recherches anglo-américaines ou françaises. Mais, à la différence de ce qui se passe dans la société ou l'administration, l' « assouplissement » constitutionnel obéit à des codes plus précis qui tiennent à la fois aux acteurs et au particularisme des règles en cause.

— *Les acteurs du jeu conventionnel* sont à la fois pluriels (c'est une nécessité) et en nombre restreint.

La pluralité des acteurs créateurs de conventions est une condition nécessaire. Il faut un consentement explicite ou tacite du plus grand nombre des parties concernées, sans que l'unanimité soit exigée ou indispensable. Des opinions dissidentes peuvent toujours se manifester, mais elles n'empêchent pas la naissance ou le maintien d'une convention. Elles peuvent le cas échéant devenir assez fortes pour renverser la convention antérieure, mais on revient alors dans le cas de figure précédent, celui d'une pluralité d'acteurs dont le poids et l'influence contribuent à établir une nouvelle convention ou instaurer une nouvelle règle. Autrement dit, la convention constitutionnelle ne peut résulter du coup de force d'un seul acteur imposant une interprétation que les autres partenaires seraient dans l'incapacité de contester. Le caractère unilatéral de la pratique instaurée interdit qu'il y ait convention, c'est-à-dire consensus, contrat. Cela ne signifie pas qu'un ukase ou une interprétation pour laquelle aucun arbitrage n'est juridiquement possible ne deviendront pas convention... Mais la création de la convention résultera de *l'accord ultérieur* apporté par les autres acteurs à l'interprétation donnée ou à la pratique suivie.

De ce point de vue la Ve République constitue un champ d'observation quasi idéal.

— L'interprétation générale de la Constitution, les pouvoirs du Président, les rapports entre le Gouvernement et le Parlement s'ordonnent autour de conventions dont le général de Gaulle fut le principal protagoniste. Mais l'établissement de ces conventions n'eût pas été possible sans le soutien du Parlement, la complicité du Gouvernement, l'effacement du Conseil constitutionnel et la ratification populaire, notamment en 1962. Toutefois ces conventions restaient encore fragiles, car l'opposition, au moins verbalement, dénonçait les pratiques gaulliennes, « le coup d'Etat permanent », et promettait, au plus, une VIe République, au moins, une réforme constitutionnelle permettant d'éliminer les interprétations présidentialistes gaulliennes. Olivier Duhamel a analysé dans le détail[6] le processus d'acceptation des institutions de la Ve République par la gauche, c'est-à-dire la ratification implicite d'abord, explicite ensuite de la Constitution écrite *et* conventionnelle. Les étapes de ce processus sont bien connues et 1981 en constitue le point culminant. La déclaration de François Mitterrand au journal *Le Monde* le 2 juillet 1981 met un point final à la construction de la convention : « Les institutions n'étaient pas faites à mon intention. Mais elles sont bien faites pour moi. »

— La phase de cohabitation de 1986-1988 illustre également comment une convention nouvelle peut se construire et se substituer à l'ancienne. Le rapport de forces né des élections législatives de 1986 ne permet plus la réunion de toutes les conditions nécessaires à l'exercice des conventions précédentes. Au nom de l'opportunité du moment, la nouvelle majorité de droite remet en cause les conventions anciennes et plaide pour une application littérale du texte constitutionnel. Le Président que cette stratégie atteint directement aurait pu décider de ne connaître que l'ancienne convention. Mais faute de pouvoir, seul contre la majorité, imposer ses vues, il choisit de se rallier à la nouvelle « règle du jeu » fixée par les principaux protagonistes : « Il n'y a de réponse (aux difficultés nées de la cohabitation), déclare-t-il à la télévision le 17 mars 1986, que dans le respect scrupuleux de nos institutions. » Après la « Constitution de Gaulle », la « Constitution Mitterrand-Chirac » instaure une nouvelle convention qui, à la différence des conventions habituellement instaurées, est conçue et pensée comme provisoire. De surcroît, et c'est une originalité supplémentaire, *la convention porte sur une application aussi stricte et littérale que possible du texte originaire* qui n'avait jamais eu l'occasion d'être ainsi mis en œuvre ! Bien

6. O. Duhamel, *La gauche et la Ve République*, Paris, PUF, 1980.

entendu, et comme on s'en souvient, le consensus n'est pas total : des voix dissidentes (Raymond Barre) s'opposent à la mise sous le boisseau de la Constitution gaullienne, mais crient dans le désert, signe que la dissidence n'empêche pas la convention ; par ailleurs les marges d'incertitude sont exploitées au mieux par les acteurs en présence en jouant sur les imprécisions du texte constitutionnel et sur l'absence d'instrument de régulation *général* : le refus de signature des ordonnances relève plus de la « Constitution de Gaulle » que de la « Constitution Mitterrand-Chirac ».

— Si la convention ne peut s'instaurer que grâce à la convergence des pouvoirs publics et des organisations politiques, cela exclut par conséquent de considérer comme telle une décision unilatérale contestée par les autres acteurs. Il en fut ainsi par exemple du refus du général de Gaulle de convoquer le Parlement en session extraordinaire malgré la demande qui en était faite par une majorité de l'Assemblée. L'interprétation donnée par le chef de l'Etat n'a jamais fait l'objet d'un consensus chez les autres acteurs politiques. En revanche, sa décision, beaucoup plus contestée encore, de réviser la Constitution par le biais de l'article 11 peut être considérée comme en voie de transformation conventionnelle du fait que le principal opposant de l'époque, F. Mitterrand, s'y est rallié en 1988 (Interview, *Pouvoirs*, n° 45). Pour que la convention fût parfaitement enracinée, il serait sans doute souhaitable qu'un autre référendum fût organisé par un Gouvernement de gauche. Mais d'ores et déjà, on se trouve dans une situation analogue à celle de 1965, lorsque les partis, en principe hostiles à l'élection du Président au suffrage universel, ratifièrent le changement en présentant leurs candidats.

Cette distinction interdit de considérer par exemple que les « pouvoirs de veto » du chef de l'Etat soient tous de même nature et acceptables sur la même base. Louis Favoreu résume la situation en ces termes : le chef d'Etat, écrit-il, peut « bloquer la voie constitutionnelle (V1) en s'abstenant de soumettre le projet voté par les Chambres soit au Congrès, soit au référendum ; refuser de promulguer une loi organique (V2) ou une loi ordinaire (V4) ; refuser de convoquer une session extraordinaire lorsque le Gouvernement le demande (V3) ; ne pas organiser un référendum législatif sur proposition du Gouvernement (V5) ; refuser de signer un décret délibéré en conseil des ministres (V6) ; et enfin refuser de signer une ordonnance (V7) »[7].

7. L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, p. 97.

Si l'on étudie ces différents *veto* potentiels du point de vue des « conventions de la Constitution », on est amené à faire quatre remarques :

1 / Tous ces droits de veto relèvent de la « Constitution de Gaulle » à l'exception de V2 et V4 (refus de promulguer une loi organique ou ordinaire). Outre que ces deux *veto* exigeraient une interprétation singulièrement élastique du texte (mais pas inconcevable *a priori*) rappelons qu'une convention contraire s'impose avec force et sans discontinuité depuis la IIIe République[8], celle de la promulgation obligatoire de la loi. De Gaulle lui-même n'a jamais remis en cause cette convention et une décision unilatérale du chef de l'Etat ne serait pas suffisante pour l'écarter.

2 / Le refus discrétionnaire de la convocation du Parlement en session extraordinaire ne constitue pas en l'état actuel des choses une convention pleinement acceptée. Toutefois des éléments d'incertitude apparaissent du fait de l'attitude ambiguë de F. Mitterrand en 1987 (refus d'inscrire à l'ordre du jour le projet de modification du statut de la régie Renault).

3 / Le refus d'organiser un référendum législatif (V5) n'a aucun précédent et demeure une question purement spéculative.

4 / L'usage des autres formes de « veto » témoigne de ce que la cohabitation de 1986-1988 voit coexister deux types de conventions : des conventions anciennes qui se perpétuent faute d'un consensus sur leur modification (ne reste ouverte pour les changer que la voie de la révision constitutionnelle formelle) et des conventions nouvelles, quoique provisoires, qui s'imposent grâce à l'accord des acteurs en présence.

Ces quelques exemples illustrent le fait que les acteurs du jeu politique (Président, Gouvernement, Parlement, partis politiques) ont le monopole de la création des conventions. L'opinion publique et les experts (juristes, politologues, journalistes) participent certes au jeu. Mais la plupart d'entre eux ne constituent guère que le public et la claque. Ils peuvent contribuer à légitimer ou à renforcer la convention. Ils peuvent donner leur avis et fournir des arguments aux protagonistes. Ils peuvent agir comme conseillers du Prince ou se comporter en groupes de pression. Mais leur influence, en la matière, s'arrête là. Durant toute la IIIe République, nombreux furent ceux qui critiquèrent l'interprétation des lois constitution-

8. On retrouve la même convention dans les systèmes parlementaires étrangers.

nelles. Les mœurs et les conventions n'en furent pas affectées. Sous la Ve République, gloses et commentaires ont épuisé le sujet des détournements, violations, double lecture, etc., mais n'ont pas empêché les acteurs politiques de n'en faire qu'à leur tête et selon leurs intérêts de l'instant. Leur influence la plus forte se situe dans les phases de révision formelle des constitutions. Mais l'encre à peine sèche, les acteurs du jeu politique retrouvent leurs droits. La politique, écrit Louis Favoreu, est saisie par le droit. Son augmentation sur le rôle nouveau du Conseil constitutionnel ne manque pas de munitions. Mais l'inverse est tout aussi vrai : le droit est saisi par la politique et les trois dernières Républiques, quoique dans des directions différentes, en sont des illustrations éclatantes.

La règle et son double

Il n'y aurait sûrement pas un constitutionnaliste sérieux en France pour affirmer que le texte des Constitutions des trois dernières Républiques rend compte du fonctionnement de nos Institutions. La force du principe de réalité l'emporte, mais souvent à regret : les écarts entre texte et pratique sont décrits et analysés comme des errements, des violations ou des trahisons. L'appréciation n'est pas forcément fausse mais elle néglige un facteur essentiel : la Constitution, aucune Constitution ne peut être conçue comme un texte intangible. Pour l'adapter et l'ajuster, trois stratégies alternatives ou complémentaires sont possibles : réviser la Constitution chaque fois qu'un changement ou une interprétation nouvelle s'avèrent nécessaires, c'est ce que font avec application et constance les Allemands depuis la seconde guerre mondiale ; adapter les règles par la voie d'arbitrages juridictionnels (Cours constitutionnelles) ; ajuster les normes par voie conventionnelle et consensuelle en dehors de tout arbitrage juridique qui pourrait censurer l'accord des acteurs du jeu politique.

La France pratique, comme la plupart des pays occidentaux, les trois méthodes : les révisions en bonne et due forme ont été utilisées sous la IIIe, la IVe et la Ve République ; les conventions ont été innombrables et solides ; l'arbitrage juridictionnel a connu le développement que l'on sait, en particulier depuis quinze ans.

L'intérêt des conventions réside notamment dans le fait qu'elles permettent de suppléer ou d'éviter les deux autres modes d'adaptation des Constitutions : les révisions constitutionnelles sont souvent difficiles à réaliser et les Cours constitutionnelles ont une capacité d'arbitrage mal acceptée, récusée, voire autolimitée. La confrontation

entre les ajustements conventionnels et les deux autres modes de révision ou de contrôle permet aussi de mettre en valeur les antagonismes qui surgissent entre ces trois stratégies concurrentes.

Les conflits entre règle écrite et conventions apparaissent en pleine lumière lors de l'élaboration des nouvelles constitutions. Celles-ci ne prétendent pas en effet corriger seulement les règles écrites passées mais aussi et surtout tenir compte de l'expérience précédente : ratifier les pratiques positives en les constitutionnalisant, éviter les « errements » antérieurs en les prohibant ou en érigeant des chicanes pour empêcher leur renouvellement. De ce point de vue, les Constitutions de la IVe et de la Ve République doivent être lues comme une codification de l'expérience passée, en négatif et en positif. La IVe introduit la figure du président du Conseil, accepte le renouvellement du mandat présidentiel, encadre la responsabilité ministérielle et le contrôle parlementaire, instaure l'investiture, toutes innovations acquises sous la IIIe République. De surcroît, elle se prémunit, pense-t-elle, contre ses vices et ses poisons : réduction du rôle de l'héritier du Sénat jusque dans sa dénomination de Conseil de la République, restauration de la dissolution, interdiction de la pratique des décrets-lois. Et la révision constitutionnelle de 1954 constitue une nouvelle tentative de corriger les conventions jugées perverses et de rigidifier un peu plus la Constitution. Peine perdue !

La Constitution de 1958 a apparemment plus de succès : le parlementarisme rationalisé met en cage la souveraineté parlementaire, lui assigne un mentor, le Conseil constitutionnel, l'enferme dans des procédures strictes et transforme en tutelle unilatérale les principes de séparation des pouvoirs et de *checks and balances*. Pourtant, la mariée n'est pas encore assez belle et une deuxième Constitution conventionnelle donne au chef de l'Etat, à son Gouvernement et à sa majorité des pouvoirs sans précédent. Pour donner plus de poids et de force à cette nouvelle convention, la révision de 1962 la légitime et la justifie par l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel. Cette fois, la règle rigide s'imposera pleinement tant il est difficile de remettre en cause l'attribution du pouvoir au peuple.

Autrement dit, les règles de la Constitution écrite s'insèrent dans un long processus conventionnel antérieur et postérieur. Elles visent à corriger ou à intégrer le passé avant d'être elles-mêmes modifiées et transformées. Toutes les révisions n'ont pas ce propos et, pour ne prendre qu'un exemple, la révision manquée de 1973 (réduction du mandat présidentiel) ne s'inscrit pas dans cette perspective. Mais la plupart d'entre elles visent, avec un succès mitigé, à traduire en termes formels, solennels et rigides les consensus du passé

ou les dissentiments présents à l'égard des pratiques antérieures.

De plus, le processus d'ajustement conventionnel des Constitutions ne rentre pas en conflit ou ne se combine pas seulement avec les révisions prévues par les lois fondamentales. Les conventions sont aussi en interaction avec les décisions des juridictions suprêmes chargées de veiller au respect du texte constitutionnel. On pourrait penser qu'à la différence de la Grande-Bretagne où nul juge n'est appelé à trancher d'éventuels conflits de constitutionnalité, les pays de Constitution écrite, dotés de Cours constitutionnelles, seraient davantage à l'abri des « dérives » conventionnelles. C'est vrai, mais en partie seulement. Dans un pays comme la RFA où la tradition juridique et la force du tribunal constitutionnel se conjuguent pour endiguer les conventions, on a pu assister au détournement consensuel des procédures de mise en jeu de la confiance pour permettre au chancelier de procéder à la dissolution du Bundestag. En Italie, la dévotion unanime à l'égard de la Constitution et le contrôle serré de la Cour constitutionnelle ne doivent pas non plus dissimuler la réalité fondamentale, l'omnipotence des partis qui en prennent à leur aise avec de nombreuses dispositions, tant par exemple dans le domaine des décrets-lois que dans celui de la formation du Gouvernement (qui relève moins de la présidence du Conseil que des secrétariats des partis). En France, la situation est encore plus fluide non seulement parce que le Conseil constitutionnel a des compétences plus limitées qu'ailleurs, mais aussi parce que sa faiblesse et son autolimitation initiales ne lui ont pas permis d'endiguer les profondes modifications coutumières introduites sous l'impulsion du général de Gaulle.

La persistance des conventions en France, en dépit des limitations apportées ici et là par la jurisprudence du Conseil, peut être éclairée par trois remarques :

I / Dans tous les pays occidentaux, et en particulier en France, les juridictions constitutionnelles s'interdisent de contrôler l'activité des pouvoirs publics au sein de ce qu'on pourrait qualifier de « noyau dur » de l'action politique. Même si ce contrôle va croissant et si les « zones d'ombre » sont en voie de régression, il existe une « convention » tacite acceptée par les Cours elles-mêmes de renonciation au contrôle des rapports entre pouvoirs publics dans ce qu'ils ont de plus politique. Les Cours acceptent le cas échéant de vérifier le respect des procédures mais s'interdisent de contrôler le bien-fondé de la mesure. La théorie des « Privilèges du Président » aux Etats-Unis, ou en France celle des « Actes de Gouvernement » élaborée

par le Conseil d'Etat sont les témoignages des plus explicites de ce type de conventions plus ou moins laxistes (tant aux Etats-Unis qu'en France, l'interprétation des deux théories s'est faite progressivement plus restrictive) qui n'ont d'autre fondement que le consensus des acteurs sur l'impossibilité pour un juge de contrôler par exemple un décret de dissolution du Parlement.

2 / Pour éviter le contrôle et la sanction du juge, les acteurs politiques peuvent trouver des biais qui contournent à la fois la règle constitutionnelle et la jurisprudence de la Cour. C'est vrai aussi bien aux Etats-Unis, où la prohibition du veto législatif (*Immigration and Naturalization Service*, V. Chadha, 1983) a été surmontée par le Congrès, qu'en France, où les conventions suppléent des règles qui seraient censurées par le Conseil. L'exemple le plus notable est celui de l'instauration des questions au Gouvernement sous l'impulsion de Valéry Giscard d'Estaing en 1974. Pour éviter la censure du Conseil, elles sont régies par un pur accord conventionnel.

3 / Même dans les domaines où l'intervention du juge serait concevable, il n'est pas rare d'observer des attitudes de *self-restraint*. Ce fut le cas en 1962 à propos du référendum opérant révision de la Constitution par le biais de l'article 11. Le bénéficiaire fut en l'occurrence l'exécutif mais il n'est pas le seul à tirer profit de la prudence du Conseil. En 1987, le Conseil constitutionnel non seulement n'a pas sanctionné l'absentéisme parlementaire et rétabli l'obligation du vote personnel instauré par la Constitution, mais il a garanti la supériorité de la convention sur un texte pourtant clair et explicite. Le Conseil n'a pas voulu aller à l'encontre d'une des conventions les mieux établies et les mieux partagées par la classe politique.

Les conventions de la Constitution doivent donc être considérées comme un élément essentiel de celles-ci et étudiées d'un point de vue qui ne soit pas seulement pathologique. Comme pour toute autre décision et indépendamment de son rang et de sa solennité, la norme constitutionnelle ne constitue pas un acte figé et fini. Opposer texte et pratique n'a pas grand sens : l'un et l'autre sont la Constitution réelle. La mise en œuvre de la Constitution, comme toute mise en œuvre, constitue la réappropriation de la décision par ceux qui sont chargés de l'appliquer. Ils la modifient en la réinterprétant et en l'adaptant aux besoins et aux exigences du moment. On peut regretter au nom du purisme juridique cet état de choses. Mais il faut rappeler que si un contrat en forme constitutionnelle est nécessaire pour traduire le pacte social, celui-ci n'a de chances de s'imposer et de survivre que s'il correspond aux besoins du pays

et des acteurs politiques. La convention devient dès lors l'instrument le plus souple d'adaptation et le moyen le plus approprié pour éviter les tensions. Quoiqu'on pense de la cohabitation, on ne peut que se réjouir, grâce aux conventions nouvelles et provisoires instaurées de 1986 à 1988, que la France ait pu faire l'économie d'une crise et le cas échéant d'une Constitution nouvelle. Le procédé n'a pas la rigueur des constructions juridiques classiques et du cartésianisme, mais du moins a-t-il le mérite de rappeler cette vieille vérité que le droit n'est qu'une technique et l'instrument de traduction de la volonté des acteurs.

RÉSUMÉ. — *La tradition constitutionnelle française ne s'est guère préoccupée des « conventions de la Constitution ». En dépit de cette absence d'intérêt intellectuel, les conventions existent bien en France au moins depuis la IIIe République et constituent un élément fondamental de la Constitution vivante.*