

Le droit constitutionnel non écrit

W. GOLIASSE

L'écriture d'une constitution apparaît, depuis la fin du XVIII^e siècle en occident, comme le meilleur moyen de limiter le pouvoir des gouvernants et, par-là, de préserver la liberté. Pourtant, malgré le commandement souverain auquel les pouvoirs constitués sont supposés se soumettre, il se manifeste, quasi systématiquement, dans tous les systèmes de gouvernement, un écart entre ce que le texte peut laisser prévoir et le cadre constitutionnel qui s'impose effectivement. Il s'est, en effet, toujours manifesté des phénomènes normatifs, souvent qualifiés de « coutumes constitutionnelles » ou de « conventions de la constitution » qui ajoutent au texte, s'en éloignent ou le contredisent frontalement. En France, l'absence de mention du Président du Conseil par les lois constitutionnelles de 1875, la double investiture du Président du Conseil dans les premiers temps de la IV^e République, l'obligation pour le Premier ministre de la V^e de démissionner à la demande du chef de l'État, la gestion des affaires courantes par les gouvernements démissionnaires, le régime juridique de l'intérim du Premier ministre, la possibilité pour les Sénateurs de voter pour l'ensemble d'un groupe parlementaire à rebours des dispositions de l'article 27 de la Constitution de 1958, sont de ces phénomènes. Or, si les gouvernants sont capables d'altérer, de modifier, voire de se libérer des chaînes fixées par le texte constitutionnel, alors la liberté – censée être protégée par ce dernier – apparaît bien fragile.

La présente étude propose de changer la compréhension de cet écart en démontrant que ce que l'on peut qualifier de « droit constitutionnel non écrit » n'est pas un danger pour la liberté mais, au contraire, une nécessité pour sa préservation. En remettant en cause le « verrou » théorique posé par le professeur Carré de Malberg qui « *exclut[t] la possibilité* » de ces phénomènes normatifs non écrits, il est proposé au lecteur de dépasser le préjugé favorable à l'écriture et d'explorer la dimension non écrite du droit constitutionnel et le rôle de celle-ci dans la limitation du pouvoir.

Dans sa première partie, la thèse analyse les raisons de l'échec de la pensée juridique moderne à se saisir du droit constitutionnel non écrit et à le penser.

Cet échec résulte, d'abord, d'une tendance à la survalorisation de l'écriture constitutionnelle. La chimère de la fondation d'un ordre politique par un acte écrit opérant une *tabula rasa* est ancrée dans les esprits. Pourtant, un retour aux origines démontre que cette idée de fondation n'est pas intrinsèque au constitutionnalisme. De même, si le mythe d'une « soumission » des pouvoirs constitués au souverain entoure notre conception de la constitution formelle et rigide, il s'avère que la volonté souveraine n'est pas accessible à une connaissance objective après le moment constituant. L'écriture constitutionnelle étant un renoncement du souverain à intervenir dans le gouvernement ordinaire, toute velléité de se faire la « bouche » du souverain ou le dépositaire de son « intention » n'est, en réalité, que substitution de la volonté d'un pouvoir constitué à celle du pouvoir constituant. Fonder un système de gouvernement sur une telle incertitude semble donc, à bien de égards, périlleux.

L'échec de la pensée moderne résulte, ensuite, de son incapacité à conceptualiser ces phénomènes normatifs non écrits de façon compatible avec la limitation du pouvoir. Le concept de coutume – théorisant la transformation du fait en droit – est difficilement mobilisable en droit constitutionnel. Non seulement parce l'idée même d'une transformation du fait en droit

relève d'une alchimie peu convaincante, mais aussi parce que l'association de la coutume à la volonté du souverain entre en contradiction avec les principes du constitutionnalisme. Le déplacement de l'analyse vers la question de l'application du droit par la mobilisation du concept de « conventions de la constitution » réduit, quant à lui, le phénomène à un « droit politique » et empêche, par-là, de l'appréhender dans toute sa diversité.

L'objet de la seconde partie de la thèse est alors de réhabiliter le droit constitutionnel non écrit dans la pensée juridique contemporaine.

Cela suppose, dans un premier temps, d'opérer un changement radical dans la façon dont le droit est pensé. Le droit non écrit resterait, en effet, inaccessible s'il était étudié à la lumière d'un cadre scientifique qui impose de ne pas voir plus loin que le texte. La thèse propose un modèle de science juridique « normative » qui prend en compte la nature particulière du droit qui n'est qu'un ensemble de « représentations mentales ». Ce changement s'appuie également sur une définition institutionnaliste du droit qui met en valeur la tension inhérente à toute société entre, d'une part, le libre arbitre des individus et, d'autre part, le pouvoir politique. Ce dernier ne peut s'inscrire dans le temps que s'il a suffisamment d'autorité, c'est-à-dire s'il est accepté par les individus. Cette acceptation, qui est au cœur de la normativité juridique, permet à l'institution d'orienter les comportements à la condition qu'elle garantisse les principes structurels et les règles de son ordre juridique.

Cette réflexion théorique permet, dans un second temps, de comprendre l'origine et le rôle du droit constitutionnel non écrit. Pour maintenir son autorité, tout pouvoir politique est obligé de garantir les normes de son ordre juridique. En démocratie libérale, la garantie du droit constitutionnel par les gouvernants eux-mêmes est ainsi la condition de l'acceptation générale. Le moment constituant est donc le moment à partir duquel la persistance de l'institution étatique est conditionnée par la préservation de la liberté par les pouvoirs constitués. Cette garantie est certes celle des règles qui disposent d'un support textuel dans la constitution formelle mais aussi la garantie de règles et principes non écrits. Deux catégories de droit non écrit peuvent alors être identifiées : le droit non écrit structurel et le droit non écrit constructif. Le premier – dont relèvent les principes de cohérence, de sécurité juridique, de protection de l'ordre public, la modération du pouvoir ou encore la responsabilité politique – constitue la structure non écrite des ordres constitutionnels libéraux. Le second – dont relèvent l'intérim du Premier ministre, la gestion des affaires courantes, ou encore les questions au Gouvernement avant la révision constitutionnelle de 1995 – est constitué des règles garanties par les acteurs constitutionnels sur la base de la pratique ou d'un accord.

Cette étude du droit constitutionnel a donc tenté d'expliquer comment, malgré l'imperfection du droit constitutionnel, celui-ci assure, bel et bien, la limitation du pouvoir. Elle envisage, pour cela, le droit constitutionnel non écrit non comme un antagoniste à l'écriture constitutionnelle mais comme un phénomène qui lui est complémentaire et même nécessaire. Parce qu'un texte seul n'est qu'un morceau de papier, il est nécessaire que les institutions politiques de l'État participent à la construction continue du cadre constitutionnel. Construction qui, en démocratie libérale, s'oriente vers la limitation du pouvoir parce que celle-ci est la condition même du maintien de l'autorité des gouvernants.