

Penser le droit politique

(Suite)

La prédilection pour les auteurs classiques que l'on s'est plu à relever à la lecture de *Jus Politicum*¹ signifie moins une nostalgie que le souci d'une démarche qui fût moins spécialisée, confinée ou réductrice, une manière d'aborder le droit constitutionnel avec laquelle on souhaite renouer plutôt que se plier au code régissant aujourd'hui la recherche – pour faire court : celui de la déconstruction.

Déconstruction ? Par ricochet et paradoxe du vocabulaire savant, le mot appelle son antonyme et complément : la « construction de l'objet » que nos collègues politologues tiennent pour l'indispensable préalable à leurs travaux – une opération un peu ésotérique que je traduirai naïvement par : préciser de quoi on parle et en parler sérieusement. Pour nous, « l'objet à construire » c'est la Constitution.

CONSTRUIRE L'OBJET CONSTITUTION

1. La Constitution désigne d'abord un texte qui édicte un ensemble de normes dont la signification assigne au juriste son travail prioritaire qui comporte l'examen critique des termes de cet énoncé. Mais le droit ainsi identifié, la lettre ainsi analysée ne représentent, comme l'écrivait Jennings², que « *the dry bones of the law* » : Sir Ivor se souciait de la chair qui habille ces « os desséchés du droit ». Suivons son invitation.

Indispensable, l'exégèse du texte se révèle en effet insuffisante parce que, à côté de prescriptions claires et impératives, la Constitution contient d'autres dispositions de portée plus générale, mais, surtout, beaucoup des unes comme des autres revêtent un caractère plus ou moins discrétionnaire, de sorte que c'est l'usage qui est fait de cette disponibilité, la réalisation de ces virtualités, qui va révéler le mode d'existence de la Constitution. Car c'est cette Constitution réelle qu'il importe de connaître au travers de sa pratique juridiquement évaluée.

¹ A. VIDAL-NAQUET et X. MAGNON, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018.

² W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 2^e éd., Londres, University of London Press, 1938, p. 80.

2. D'emblée, l'examen de la pratique soulève un problème pour le juriste lorsqu'il constate qu'à côté de la pure et simple application des normes constitutionnelles pertinentes, foisonnent des règles non écrites qui modifient leur portée, introduisent des innovations non prévues par le texte ou neutralisent ses prescriptions. Ces règles non écrites précisent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des organes institués (elles présentent à cet égard une analogie avec les *conventions* britanniques) ; elles résultent de décisions politiques très diverses (engagements du gouvernement, fait accompli accepté par lui, débats, contestations surmontées...). Elles ne sont donc pas juridiquement valides, puisqu'elles modifient la Constitution en dehors des formes prescrites pour sa révision ; elles ne peuvent être inscrites dans les règlements parlementaires sans s'exposer à la censure du Conseil constitutionnel³, et celles qui sont suivies dans le fonctionnement de l'exécutif sont internes et presque exclusivement coutumières⁴. Elles se dégagent donc toutes de leur application.

À première vue, le juriste devrait logiquement les renvoyer à la science politique puisqu'elles sont apparemment étrangères au droit... Sauf que ces règles non écrites sont la source d'*actes* qui sont bien juridiques et qui mettent en œuvre des dispositions constitutionnelles, telles l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée ou du conseil des ministres, ou encore la démission du Premier ministre motivée par une invitation présidentielle⁵ : le juriste ne peut donc se borner à constater leur édicton sans s'interroger sur leur fondement.

Ces actes se présentent à lui comme une jurisprudence prétorienne, figure qui lui est familière et qu'il suffit de transposer des juridictions aux organes politiques décidant en vertu de leur pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences. Si leurs décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée, elles sont juridiquement obligatoires et elles s'inscrivent dans la continuité caractéristique de toute jurisprudence. L'autorité de celle-ci est problématique comme on le sait, mais cela n'empêche pas les commentateurs de fonder sur elle leurs interprétations des dispositions légales ; de même, si les conventions qui sont à l'origine de ces actes découlent de situations politiques, elles participent si manifestement à l'application de la Constitution qu'elles ne peuvent en être dissociées aux yeux du juriste.

FONDEMENT DU DROIT POLITIQUE : LA REPRÉSENTATION

3. Le droit constitutionnel est un droit spécifiquement politique en raison du caractère particulier que revêt le pouvoir discrétionnaire dont sont investis les organes constitutionnels responsables du gouvernement du pays. Le pouvoir discrétionnaire est une catégorie familière au droit administratif, mais il change de

³ Voir les propos significatifs de Léon Noël, président du Conseil constitutionnel, dans l'affaire des résolutions en 1959, cités dans A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018.

⁴ R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le fonctionnement du Gouvernement et du Conseil des ministres », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 221.

⁵ Demande présidentielle parfois invoquée – avec réticence – dans les lettres de démission : P. AVRIL, *Conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 113.

nature en s'inscrivant dans l'ordre constitutionnel et la raison se trouve dans les principes qui ont inspiré la formation de cet ordre. La clé de voûte en est la représentation – et plus précisément la métamorphose de la représentation qui, de particulière et consultative qu'elle était jusque-là, s'est affirmée générale et souveraine⁶. Dès lors, le pouvoir discrétionnaire ne se fonde plus seulement sur son attribution juridique par les dispositions constitutionnelles pertinentes, il se fonde aussi sur la représentation souveraine qu'il met en œuvre : à la puissance juridique de l'État s'ajoute celle, politique, de la Nation représentée.

La représentation a « politisé » en ce sens le droit constitutionnel en y faisant entrer la politique intérieure ; il serait sinon resté dans la sphère du droit administratif (où la théorie des actes de gouvernement l'accueillait), et le droit international aurait seul conservé la qualification de droit politique (la conception gaulloise de la primauté de la politique étrangère évoque cet héritage). Mais avec la représentation la société pénètre sur la scène politique, c'est-à-dire entre dans le gouvernement de l'État. Plus précisément, cette irruption va signifier l'intervention de nouveaux acteurs, d'abord individuels, les députés, puis s'organisant collectivement pour devenir ce que Ostrogorski, dans son grand ouvrage sur les partis politiques⁷, désignait comme des « forces » en les confrontant aux « formes » institutionnelles jusque-là privilégiées par la littérature savante. Il a montré comment, nés de l'extension du droit de suffrage, les partis avaient transformé le fonctionnement du régime parlementaire, en accompagnant, en stimulant même, sur le plan des formes, le passage du dualisme au monisme. En d'autres termes, la représentation démocratique fait intervenir le peuple dans le gouvernement de l'État par l'intermédiaire des partis qui en deviennent les acteurs incontournables. Et c'est ainsi que l'action de la politique sur le droit s'exerce dans l'application de la Constitution. Il est d'ailleurs significatif que ce soit la jurisprudence des tribunaux qui ait inspiré à Eugène Pierre sa fameuse formule sur le droit politique : « ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent⁸ ».

4. Si les forces politiques conditionnent la pratique suivie dans la concrétisation des règles constitutionnelles, elles vont même jusqu'à subvertir ces règles au point de perturber le gouvernement du pays, comme l'ont montré les excès du « parlementarisme absolu » décrit par Carré de Malberg⁹. Et l'on sait aussi que l'ambition affichée en 1958 fut de soumettre strictement les partis aux normes édictées par la nouvelle Constitution – laquelle y pourvut doublement : en renforçant les disciplines du parlementarisme rationalisé désormais sanctionnées par le contrôle du Conseil constitutionnel, et en restaurant un arbitrage présidentiel doté de pouvoirs propres – double démarche logiquement contradictoire puisqu'inspirée à la fois du monisme et du dualisme. Mais cette discipline n'entraîna pas la disparition des règles non écrites, bien au contraire à cause des tensions dues à cette inspiration contradictoire : la politique s'est puissamment

⁶ P. AVRIL, « Les origines de la représentation parlementaire », *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 55.

⁷ M. OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, Paris, Fayard, 1993 [1912], p. 33.

⁸ Préface au *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, citée dans A. Le Divillec, art. cité.

⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984 [1931].

manifestée, comme on le sait aussi, pour transformer l'arbitrage présidentiel en domination sur le gouvernement, et cela par le recours à une convention (déjà précédemment citée), celle de la responsabilité non écrite du Premier ministre devant le président de la République.

Cette convention est toutefois soumise à une condition résolutoire, l'adhésion de la majorité de l'Assemblée nationale à l'autorité de l'Élysée. Que l'opposition l'emporte, ladite responsabilité cesse, l'article 20 C reprend son empire (« *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* ») et la convention se trouve suspendue. C'était le talon d'Achille, mais le quinquennat a rendu désormais improbables de telles éclipses.

QUESTIONS

5. La situation que l'on vient d'évoquer soulève une question de portée plus générale sur les limites qu'il convient juridiquement d'assigner à l'action des « forces » sur les « formes », c'est-à-dire de la politique sur le droit. En d'autres termes, jusqu'où l'action des forces peut-elle librement aller – aller trop loin – dans la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles ? L'expérience a montré en effet l'altération décisive que la convention sur la responsabilité du Premier ministre a fait subir à la lettre constitutionnelle et, plus embarrassant, les intermittences dues aux cohabitations ont révélé une précarité peu compatible avec l'idée même de Constitution. On a loué la « souplesse » de celle-ci, mais la notion de *mutabilité* valable pour les services publics s'étendrait-elle à la loi suprême ?

En réalité, la question se pose autrement pour le juriste. Elle repose sur la distinction entre le fond, indéterminé, du droit qui est soumis à la politique et les compétences et procédures juridiquement impératives qui s'imposent à elle. L'instauration de la convention et sa suspension, qui touchent au fond du droit, relèvent en l'espèce de décisions politiques ratifiées ou provoquées par le suffrage universel : ce sont des faits politiques qu'il ne peut que constater ; alors que la question pertinente pour lui – et tout particulièrement pour le juge, lorsqu'il est appelé à statuer – est celle du respect des prescriptions formelles. Or celles-ci ont été respectées en l'espèce – et au-delà lors de la cohabitation : c'est « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution » qu'invoqua François Mitterrand dans son message au Parlement du 8 avril 1986, constatant ainsi que la convention sur l'exercice du gouvernement était suspendue et que la lettre de l'article 20 C s'appliquerait.

Pour le dire autrement, l'altération due à la convention et les intermittences manifestées par les cohabitations suscitent un malaise doctrinal justifié qui met en cause les vices du mélange de monisme et de dualisme inhérent à la Constitution et conduit à s'interroger sur les solutions à y apporter : ces débats légitimes relèvent de ce qu'on appelle en termes savants le « discours sur le droit », tandis que la description et l'analyse de la pratique appartiennent à la « science du droit » entendue ici comme la connaissance du droit positif tel qu'il se révèle au travers de la jurisprudence des organes politiques (au nombre desquels on doit retenir, sous ce rapport précis, le Conseil constitutionnel).

6. Les controverses actuelles sur la notion de droit politique portent d'abord sur la prise en compte des facteurs politiques qui interviennent dans la formation de cette jurisprudence – le juriste ne peut les ignorer parce qu'ils font intrinsèquement partie de l'ordre constitutionnel que domine la représentation. En ce sens précis le droit constitutionnel est un droit politique. Mais, et c'est le second

motif de discorde, l'intelligibilité de cet ordre autant que sa légitimité ne permettent pas de l'isoler – par scrupule de pureté épistémologique – des principes qui l'inspirent et des valeurs qui le fondent. La stricte normativité du droit positif s'inscrit dans une normativité plus vaste qui en justifie les prescriptions, et c'est pourquoi le droit constitutionnel est aussi un droit politique, tel qu'on l'entendait au XVIII^e siècle, celui du *Contrat social ou principes du droit politique*¹⁰.

Pierre Avril

Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

POST-SCRIPTUM

Il n'est pas fait référence à l'actualité, parce que le recul manque pour en apprécier les données. Mais aussi parce que l'élection présidentielle de 2017 et sa suite immédiate m'avaient paru comme « Un été indien pour la V^e République¹¹ », fugitive embellie que suit inexorablement l'hiver : nous y sommes. Cet hiver rencontrant celui de l'âge n'inspire pas un très vif désir de s'y complaire – du moins sérieusement.

Pour citer cet article : Pierre Avril, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, « Actualités », mis en ligne le 04 décembre 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html>].

¹⁰ Voir à ce propos la longue note de R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1979, p. 393.

¹¹ P. AVRIL, « Un été indien pour la V^e République », *Le Débat*, n° 198, 2018/1, p. 172-177 [<https://www.cairn.info/revue-le-debat-2018-1-page-172.htm>].