

Renaud Baumert

**En relisant Pierre Avril,
« Penser le droit politique » (2018)***

« La Constitution est d’abord le produit d’une décision sur la forme de gouvernement de l’État¹ ». Par cette formule, ouvertement schmittienne², Pierre Avril nous invite à repenser la place de la *volonté politique* dans le droit constitutionnel. Il pointe ainsi une préoccupation commune à tous les auteurs de notre revue. Peut-être faut-il faire un pas de plus et y voir le principal dénominateur commun d’un courant – ou d’une sensibilité – dont on se plaît à souligner l’hétérogénéité³. Quoi qu’il en soit, il est certain que le projet visant à renouer, en droit, avec la volonté politique résulte d’une insatisfaction. En France, la doctrine semble durablement dominée par une sorte de « vulgate normativiste » qui, tout en se réclamant volontiers de Kelsen, méconnaît bien souvent sa pensée⁴. Si ce programme doctrinal permet de saisir certains éléments du droit constitutionnel, il est aussi condamné à en ignorer d’autres – la question de la volonté en témoigne.

On peut considérer, en effet, qu’un acte juridique – et tout particulièrement une constitution – est l’objectivation d’une volonté. Ainsi, constituer revient à faire perdurer le contenu d’une volonté politique au-delà de son expression sociale et historique. C’est précisément ce que permet la technique constitutionnelle, laquelle transforme cette volonté en ce que Kelsen aurait appelé « un système de normes ». Le projet normativiste consiste à saisir la constitution *exclusivement* comme un système de normes, ce qui suppose une réduction assumée dont on attend certains bénéfices heuristiques. Naturellement, les insatisfactions suscitées par ce « réductionnisme » ne sont pas nouvelles. Dès 1927, Hermann Heller reprochait à Kelsen de substituer le « *Sollen* » au « *Wollen* », empêchant ainsi le juriste de saisir « la volonté au sens réel du terme » et l’empêtrant, « comme l’araignée, dans la toile

* P. AVRIL, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, Actualités, nov. 2018 [<http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>] Les références paginales données plus bas renvoient à la version .pdf [http://juspoliticum.com/uploads/jp-actualites_2018-11_avril.pdf].

¹ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 1.

² Comparer : C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993 [1928], p. 152 : « L’acte constituant [*Verfassungsgebung*] [...] détermine par une décision unique la globalité de l’unité politique du point de vue de sa forme particulière d’existence. Cet acte constitue la forme et le genre de l’unité politique dont l’existence est présupposée ».

³ La *Théorie de la Fédération* d’Olivier Beaud en offre un autre exemple. Ne vise-t-elle pas à redéfinir une forme politique, la Fédération, en y incorporant le « *telos fédératif* », c’est-à-dire précisément la *volonté politique* qui la fonde ? V. O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007.

⁴ Un ouvrage récent vise à rectifier certaines de ces interprétations infidèles ou abusives : Th. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, 2019.

qu'elle a tissée elle-même⁵ ». Dans une perspective évidemment différente, il semble que la démarche de Pierre Avril témoigne d'une préoccupation voisine et vise à réintroduire le « *Wollen* » dans l'étude du droit constitutionnel. Il y a lieu de penser, en effet, que la prise en compte de cet élément permet *d'enrichir l'intellection du droit*, tant en autorisant l'explication causale qu'en complétant l'interprétation normative. En multipliant les références au décisionnisme schmittien, Pierre Avril signifie clairement qu'il entend prendre le contre-pied de la « réduction normativiste » opérée par Kelsen⁶.

Plus discrètement, Pierre Avril prend aussi ses distances avec une autre exigence méthodologique chère au positivisme : celle de *la neutralité axiologique*. Comme on le sait, la théorie pure du droit telle que la concevait Kelsen, se proposait « uniquement et exclusivement de connaître son objet », et devait se garder « de dire comment le droit devrait ou doit être fait⁷ ». Pour Pierre Avril, au contraire, le juriste est nécessairement amené à porter, sur certaines institutions, une série de jugements de valeur. C'est particulièrement vrai des interprétations que les organes politiques donnent des dispositions constitutionnelles : « la question qui se pose alors, écrit-il, n'est plus celle de la légalité mais celle de la légitimité d'une application qui peut s'éloigner des intentions du constituant originaire⁸ ». Ce n'est donc pas seulement avec le normativisme que Pierre Avril entend rompre, mais aussi avec la neutralité axiologique.

Les lecteurs de Pierre Avril ne seront pas surpris de constater que les pratiques, les usages et les « conventions de la constitution » sont le lieu d'élection de cette double rupture. Rappelons que ces dernières sont généralement définies comme des règles non-écrites, qui connaissent des précédents, créent un sentiment d'obligation et possèdent une raison d'être⁹. Assurément, la réduction normativiste ne facilite pas la prise en compte de ces règles, dans la mesure où, comme le souligne Pierre Avril, « elles ne sont [...] pas juridiquement valides¹⁰ ». C'est d'ailleurs pour cette raison que, selon lui, « le juriste ne peut [...] se borner à constater leur édicition sans s'interroger sur leur fondement¹¹ ». Il me semble, toutefois, qu'il est possible de tenir compte de ces éléments sans renoncer entièrement à certains acquis théoriques du normativisme. Je crois, en outre, que cela peut se combiner avec une forme – au moins modeste – de neutralité axiologique. Bref, il se peut qu'il y ait « plusieurs demeures dans la maison du père », et qu'il soit possible d'étudier le « droit politique » d'une manière légèrement différente.

⁵ H. HELLER, *Die Souveränität: ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927), in H. H. *Gesammelte Schriften*, 2^e éd., vol. 2, Tübingen, Mohr, 1992, p. 66.

⁶ V. également P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1999, p. 33 sqq.

⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1999 [1962], p. 9.

⁸ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 5. Voir, dans le même sens, P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, *op. cit.*, p. 65 : « En dernière analyse, le poids qui s'attache à la fonction [du Président de la République interprétant la Constitution] ne résulte pas du texte (de la légalité), car il s'apprécie selon un critère politique, qui est la légitimité. »

⁹ On aura reconnu ici le « test de Jennings ». V. sur ce point P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 8.

¹¹ *Ibid.*

Pour essayer de le montrer, j'examinerai successivement la manière dont Pierre Avril a entendu réintroduire à fois la volonté politique (I) et la légitimité politique (II) dans l'étude du droit.

I. RETROUVER LA VOLONTÉ POLITIQUE

Renouer avec la volonté politique suppose que l'on puisse caractériser, même rapidement, ce qu'est cette volonté, tant au moment constituant (A) que par la suite (B).

A. Volonté politique et Constitution

Pour cerner la volonté constituante, il faut sans doute donner une interprétation large des formules schmittiennes citées par Pierre Avril. S'agissant d'une volonté humaine, historiquement et socialement située, la volonté constituante résulte elle-même d'un processus politique. En ce sens, elle n'est presque jamais la « décision » individuelle et soudaine d'un acteur unique, mais le produit d'un *processus politique d'agrégation* plus ou moins ouvert, plus ou moins rationnel et plus ou moins contraint. Il est certain, en outre, que Pierre Avril n'entend pas limiter la production d'une constitution matérielle au « *Fiat* de l'acte constituant¹² ». Fin connaisseur de ce qu'il est convenu d'appeler les « constitutions coutumières », il a souligné mieux que personne le rôle des pratiques et des conventions qui se sont progressivement sédimentées¹³. On remarquera que ces éléments hérités – qu'il est éventuellement possible de « positiver » au moment constituant – sont aussi le fruit de diverses volontés passées. On pourrait d'ailleurs ajouter qu'une volonté politique, constituante ou non, est toujours tributaire d'un certain nombre de *catégories et de concepts*. De telles catégories sont en partie construites par les autorités constituantes qui peuvent, à cette occasion, faire preuve d'inventivité. Mais beaucoup d'entre elles apparaissent aussi comme un héritage doctrinal et institutionnel.

Cela permet de comprendre pourquoi le « droit politique », comme discours savant, recourt si abondamment à des approches parfois jugées ancillaires par la doctrine dominante : notamment l'histoire constitutionnelle, l'histoire des idées politiques et la théorie du droit. Cela justifie aussi le recours à des sources de plus en plus délaissées, qu'elles participent directement de la confection constitutionnelle (comme les discours politiques, les débats parlementaires, les travaux préparatoires), ou qu'elles exercent sur cette opération une influence indirecte (comme les débats doctrinaux ou les œuvres de philosophie politique). Il y a tout lieu de penser que la mobilisation de ces sources permet de reconstituer, au moins partiellement, la volonté politique du constituant originaire ou du pouvoir de révision. On peut espérer ainsi *expliquer* le contenu d'une constitution – opération que la seule prise en compte des normes juridiques n'autorise que partiellement. À ce stade, on pourrait arguer que le « droit politique » serait simplement une nouvelle dénomination pour l'histoire constitutionnelle. Il est vrai, d'ailleurs, que beaucoup d'études qui se réclament de ce courant ont une dimension historique marquée.

Toutefois, comme le souligne Pierre Avril, « La Genèse ne se réduit pas au premier jour¹⁴ ». S'appuyant à nouveau sur Schmitt, il estime que *le pouvoir constituant*

¹² *Ibid.*, p. 1.

¹³ V. en ce sens P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 89-122.

¹⁴ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 2.

ne s'éteint pas dans le moment constituant mais qu'il perdure au contraire¹⁵ – de sorte que des *décisions constitutantes fondamentales peuvent être prises tardivement*, comme en témoigne le référendum de 1962. Selon la lecture qu'en donne Pierre Avril, cette consultation controversée aurait donné l'occasion au peuple souverain de lever un « compromis dilatoire » au sens schmittien du terme¹⁶. Ainsi, le constituant de 1958 aurait repoussé à plus tard la décision relative au type de parlementarisme qu'il entendait instituer. Bien que les articles 20, 49 et 50 de la Constitution prévoyaient un parlementarisme moniste, la pratique qui était apparue dès 1959 s'apparentait, *de facto*, au dualisme. C'est bien entendu en faveur de cette seconde possibilité qu'aurait tranché le « souverain » lors du référendum de 1962. Ainsi, la résurgence – toujours possible mais rarement prévisible – du pouvoir constituant inscrit-elle le « droit politique » dans *l'actualité constitutionnelle*. On ne saurait, dès lors, réduire cette démarche à une entreprise exclusivement historique.

B. Volonté politique et conventions de la Constitution

On trouvera dans le beau texte et dans l'œuvre de Pierre Avril une autre raison de repousser cette assimilation. Comme on le sait, il est l'auteur d'un livre important sur les conventions de la constitution¹⁷. Il y a notamment démontré que ces règles non écrites, répétées et vécues comme obligatoires n'étaient pas le monopole des constitutions dites « coutumières ». Le cœur de son argumentation est ici de rappeler que *l'activité politique ne saurait jamais être entièrement réglée par le droit*. Ainsi, les organes politiques disposent-ils toujours d'une marge d'interprétation importante quant aux dispositions constitutionnelles qui leur confèrent des compétences. Au-delà de la forme juridique, il faudrait donc distinguer deux types de dispositions constitutionnelles. D'une part, des dispositions constitutionnelles, contrôlées et sanctionnées par le Conseil constitutionnel ou par l'appareil judiciaire, qui visent essentiellement à garantir des droits ou à régler la confection des principaux actes normatifs. D'autre part, des dispositions constitutionnelles qui confèrent des compétences à des organes politiques et demeurent essentiellement interprétées par eux. De là naissent « des règles empiriques qui contribuent à [...] fixer [le texte constitutionnel] et que l'on peut rapprocher des conventions de la Constitution britannique¹⁸ ». Elles forment de véritables règles, extrêmement efficaces, dont le juriste doit tenir compte s'il veut comprendre le fond du droit – c'est-à-dire « la Constitution en mouvement¹⁹ ».

L'œuvre de Pierre Avril a amplement démontré l'importance décisive de ce second groupe d'éléments dans l'intellection du droit constitutionnel. Comme il le souligne, les pratiques et les conventions de la constitution ne sont pas seulement des règles « matériellement constitutionnelles ». En effet, « ces règles non écrites

¹⁵ Cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 212 : « Le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois ». Cette idée est répétée p. 229 et p. 236.

¹⁶ Pour une vue plus complète, v. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 49-51.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibid.*, § 5.

sont [aussi] la source d'actes qui sont bien juridiques²⁰ », de sorte qu'elles demeurent essentielles pour *expliquer la confection du droit*. Sous la Cinquième République, par exemple, le contenu et la procédure d'adoption de certains projets de lois sont arrêtés par le président de la République, du fait d'une convention de la constitution qui lui permet, selon la belle expression d'Armel Le Divillec, de « capter » les compétences du Premier ministre²¹. Un ancien président de la République peut ainsi estimer que l'art. 49 al. 3 « est en réalité devenu l'arme ultime du Président pour imposer ses choix » ; arme à laquelle il a toujours « pri[s] seul la décision [de] recourir²² ». Assurément, le constitutionnaliste qui ignorerait cette convention de la constitution passerait à côté d'une bonne partie de son objet. Au contraire, la démarche adoptée par Pierre Avril permet – en dépit du texte constitutionnel lui-même – de situer la véritable source de la *volonté politique*. Elle permet, si l'on préfère, d'éclairer le *Sollen* par le *Wollen*, par une volonté qui interprète et parfois déborde le sens qu'on aurait intuitivement donné à une disposition constitutionnelle. Bien que partiellement contraint par le droit et par les rapports de force politiques, c'est bien cette irréductible élément volontariste qui émerge ici.

Reste à savoir s'il faut considérer les conventions de la constitution comme du droit à part entière, quitte à le qualifier de « non écrit ». Comme on le sait, c'est la conception que Pierre Avril a défendue en distinguant plusieurs degrés « d'intensité juridique²³ ». Cette solution, schématiquement, revient à conserver la mission traditionnelle du juriste (étudier le droit), tout en étendant le concept de droit au-delà du seul droit écrit. C'est évidemment une manière très convaincante d'étudier le « droit politique ».

Il me semble néanmoins qu'il existe une autre manière de faire qui semblera peut-être plus convaincante aux juristes d'inspiration positiviste. Elle consiste à s'en tenir à une conception plus étroite de la validité – à estimer, par exemple, qu'elle demeure « une relation de conformité formelle et de compatibilité matérielle (ou substantielle) entre une certaine norme et les métanormes qui lui sont formellement et matériellement supérieures²⁴ ». En ce sens, les conventions de la constitution ne sont évidemment pas valides. En revanche, elles sont dotées d'une indéniable *efficacité* qui repose essentiellement sur la persistance de certains *rapports de force politiques*. C'est précisément ce qui explique que les conventions de la constitution ne puissent être « révisées » de la même manière qu'une disposition écrite. Pour les modifier, il faut bouleverser le *rapport de force politique* qui les soutient, *de quelque manière que l'on procède*. Ainsi, certaines conventions seront indirectement affectées par une révision de la constitution dans la mesure où le texte lui-même participe du rapport de force qui les soutient. Le référendum de 1962 en

²⁰ P. AVRIL, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, Actualités, 4 déc. 2018, [<http://jus-politicum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html>], p. 8 de la version .pdf [http://juspoliticum.com/uploads/jp-actualites_2018-12_avril.pdf].

²¹ V. A. LE DIVILLEC, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République », *Droits*, 44/2006, p. 101-138.

²² F. HOLLANDE, *Répondre à la crise démocratique*, Paris, Fayard, 2019, p. 34-35. Ce témoignage concerne la *pratique* de ces dispositions. Le président Hollande rappelle, en effet, que « l'article 49-3 a été originellement conçu comme le moyen pour le Premier ministre de faire adopter un texte sans vote du Parlement et de discipliner sa majorité[.] »

²³ Pour une vue plus complète, v. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 140-155.

²⁴ Pour reprendre, à titre d'exemple, la définition de Riccardo Guastini (R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 87).

est un bon exemple – si l'on considère que l'élection directe du président de la République a facilité la captation, par cet organe, des compétences primo-ministérielles. Mais il arrive aussi qu'une convention de la constitution puisse être altérée, pour peu que le rapport de force afférent se modifie, sans qu'il soit nécessaire de réviser aucune norme juridiquement valide. La « cohabitation » en offre un bon exemple, puisque c'est alors le résultat d'une élection qui modifie le rapport de force politique. Ne pouvant plus s'appuyer sur lui, la convention de la constitution correspondante (c'est-à-dire la « captation présidentielle ») disparaît sans qu'aucune norme juridiquement valide n'ait été modifiée.

Cette seconde manière de voir permet de prendre en compte les conventions, les pratiques et les usages, tout en les distinguant très nettement des normes juridiquement valides. On conserve ainsi le bénéfice de certaines constructions théoriques « positivistes » (notamment la distinction entre ce qui est juridiquement valide et ce qui est socialement efficace). En un mot, cette démarche alternative consiste à délimiter assez étroitement le concept de droit positif – qui se bornerait alors aux normes valides – tout en élargissant *la mission du juriste*. Dans une telle optique, il faut en effet admettre que la doctrine puisse légitimement étudier autre chose que des normes juridiquement valides. Mais n'est-ce pas, précisément, ce qui caractérise le « droit politique » ?

De quelque manière qu'on l'opère, ce pas de côté est, à mes yeux, l'un des principaux bénéfiques de cette démarche. Et il faut remercier Pierre Avril de l'avoir considérablement facilité.

II. RETROUVER LA LÉGITIMITÉ POLITIQUE

Si Pierre Avril entend rompre avec le réductionnisme normativiste, il prend également ses distances avec la « neutralité axiologique ». Sur ce point, je dois admettre qu'il m'est plus difficile de le suivre (A), qu'il traite du pouvoir constituant (B) ou des conventions de la constitution (C).

A. Remarques sur la neutralité axiologique

La question de la neutralité axiologique est, à l'évidence, bien trop vaste pour trouver ici un traitement approfondi. Faute de mieux, je me contenterai donc de remarques très simples.

Contrairement à ce que laissent parfois entendre certains auteurs positivistes, je ne suis pas persuadé que la neutralité axiologique soit une condition *nécessaire* à la « scientificité » du discours doctrinal²⁵. Lorsque la doctrine entend prescrire le droit, elle se fonde nécessairement sur une analyse préalable de ses propriétés ou de son contenu. Or, il est fort possible que, ce faisant, elle mette au jour des éléments d'explication ou d'interprétation parfaitement recevables (quoi que l'on pense, par ailleurs, des solutions prescrites). Inversement, un discours doctrinal purement descriptif – et donc aussi « neutre » que possible – peut parfaitement tendre à influencer les organes qui créent ou interprètent le droit. Qu'il poursuive ou non une telle finalité, rien n'assure, qui plus est, qu'un tel discours soit nécessairement conforme à la réalité du droit. Aussi je doute également que la neutralité

²⁵ Pour plus un exposé détaillé et illustré des idées qui suivent, v., dans le présent numéro, R. BAUMERT, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel ».

axiologique soit une condition *suffisante* à la scientificité du discours doctrinal. Enfin, il est possible que la « neutralité axiologique » ne soit jamais parfaite, et que l'on puisse toujours démasquer, derrière le choix d'un terme ou d'une expression, l'une ou l'autre préférence politique.

Malgré ces objections, il me semble néanmoins possible de conserver à la neutralité axiologique un statut d'idéal régulateur. Dans une acception modeste du terme, on peut en effet concevoir la neutralité axiologique comme une simple exigence *d'honnêteté envers le lecteur*. Elle consiste alors surtout, pour la doctrine, à indiquer le statut qu'elle attribue à son propre discours. Il s'agit, en d'autres termes, de signaler ce qui relève de l'analyse descriptive et ce qui relève de la prescription assumée. Cette technique d'écriture a surtout l'avantage de présenter les jugements de valeurs pour ce qu'ils sont, ce qui permettra au lecteur de s'en saisir plus aisément pour nourrir sa réflexion critique. Dans cette acception modeste, la neutralité axiologique doit donc éviter une politisation *occulte* du discours doctrinal – c'est-à-dire ce que la tradition positiviste allemande appelle un discours « crypto-politique ». Or, je ne suis pas certain que l'optique décisionniste adoptée par Pierre Avril permette toujours d'éviter cet écueil.

B. Légitimité et « pouvoir constituant »

Le traitement qu'il réserve au référendum de 1962 en offre un exemple. Pierre Avril y voit une *ratification par le souverain populaire* de la pratique dualiste du parlementarisme initiée par la présidence De Gaulle²⁶. Cette interprétation est sans doute conforme à la théorie schmittienne voulant que le pouvoir constituant puisse exprimer ses décisions fondamentales de n'importe quelle manière, y compris hors des formes prévues par le texte constitutionnel²⁷. On pourrait néanmoins arguer que, si une volonté politique s'est bel et bien manifestée, il est délicat de l'imputer au « pouvoir constituant ». À vrai dire, ce référendum passerait plus facilement pour une expression du *simple pouvoir de révision constitutionnelle* si la procédure de l'article 89 avait été suivie. En l'occurrence, ce ne fut évidemment pas le cas et l'on peut lire cet événement bien différemment. On peut tout aussi bien y voir un acte par lequel le *législateur ordinaire* de l'article 11, méconnaissant la procédure, aurait modifié la Constitution. En effet, rien n'interdit de penser que des normes formellement invalides puissent néanmoins appartenir au système juridique. À cet égard, la théorie schmittienne est passablement critiquable car elle attribue la qualité éminente de « pouvoir constituant » à toute force politique qui finalement triomphe, quels que soient les formes et les procédés employés. Cette théorie n'emporte-t-elle pas le risque d'amener la doctrine à *légitimer ex post* n'importe quel coup de force constitutionnel ?

De quelque manière qu'on l'interprète, cette révision a assurément pérennisé une pratique antérieure, celle d'un Président *leader* de la majorité qui capte les compétences du Premier ministre et du gouvernement. C'est à Pierre Avril que l'on doit cette démonstration, absolument décisive pour l'intellection du régime²⁸. On peut toutefois se demander si le corps électoral, quand il s'est exprimé en 1962, était

²⁶ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 2 et 5.

²⁷ Cf. C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 211-212 : « il ne peut exister de méthode réglementée à laquelle l'exercice du pouvoir constituant serait tenu ».

²⁸ Pour un aperçu synthétique, v. P. AVRIL, *La V^e République : histoire politique et constitutionnelle*, 2^e éd., Paris, PUF, 1994, p. 61-74.

seulement conscient de ce phénomène. D'une manière générale, il est évidemment difficile d'imputer une volonté univoque à un acteur collectif aussi large. Il faut souligner, en outre, que les enjeux du référendum étaient très nombreux. Pour le corps électoral, c'était évidemment l'occasion de se prononcer sur l'apparente extension du choix démocratique qu'impliquait l'élection directe du Président. Mais sa réponse conditionnait aussi le maintien de De Gaulle au pouvoir et, par ricochet, la solution donnée à la guerre d'indépendance algérienne. Indirectement, c'était aussi une manière de répondre aux exactions de l'OAS – dont l'attentat du Petit-Clamart venait de donner un exemple très inquiétant. Pour leur part, les partisans du « non » faisaient valoir l'irrégularité de la procédure. On remarquera d'ailleurs que certains de ces enjeux en conditionnaient d'autres, ce qui complique encore l'écheveau décisionnel. Certes, les débats parlementaires montrent qu'une partie de l'Assemblée était préoccupée par la question du dualisme, mais qu'en était-il, à vrai dire, du corps électoral ? Si l'on peut vraiment lui prêter *une* intention, consistait-elle vraiment à pérenniser un système parlementaire dualiste ? Ou faut-il plutôt considérer, avec Jean-Luc Parodi, que « les hommes font les constitutions mais [qu'] ils ne savent pas les constitutions qu'ils font²⁹ » ?

Comme on l'aura compris, il me semble que Pierre Avril a, mieux que personne, *expliqué* les effets politiques et constitutionnels du référendum de 1962. Je ne suis pas certain, en revanche, que la doctrine ait nécessairement besoin de le suivre dans la *justification* qu'il donne de cette opération électorale. *Mutatis mutandis*, on peut en dire autant des conventions de la constitution.

C. *Légitimité et conventions de la constitution*

Selon Pierre Avril, la question que soulèvent les conventions de la constitution n'est « plus celle de la légalité mais celle de la légitimité³⁰ » et il appartiendrait au juriste de « s'interroger sur leur fondement³¹ ». Généralement, c'est dans l'approbation ou dans le consentement du peuple que Pierre Avril recherche cette légitimité et ce fondement. À cet égard, et pour la captation présidentielle des compétences primo-ministérielles, le référendum de 1962 fournit assurément un exemple commode.

Au-delà de cet exemple, chercher à évaluer la légitimité du « droit non écrit » peut toutefois s'avérer difficile. De nombreuses conventions de la constitution et de nombreux usages n'ont jamais été – et ne seront sans doute jamais – soumis à l'approbation populaire. Ainsi, l'art. 27 al. 2 de la Constitution dispose que « le droit de vote des membres du Parlement est personnel ». Pourtant, les délégations de vote, très fréquentes en pratique, ne doivent rien à la volonté souveraine du peuple. S'il était consulté sur ce point, le corps électoral rejetterait sans doute cette pratique manifestement contraire au texte constitutionnel. Que dire alors de sa légitimité ? Et, du reste, que gagnerions-nous à tenter de l'établir ? Vraisemblablement, cette pratique se perpétue parce qu'elle est jugée commode par les députés et les sénateurs. En ce sens, elle a bel et bien une raison d'être aux yeux des principaux intéressés. Expliquer les phénomènes de ce genre suppose que la doctrine

²⁹ Cette formule, qui parodie un bon mot de Raymond Aron, est citée par P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*, p. 159.

³⁰ P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 5-6.

³¹ P. AVRIL, « Penser le droit politique (suite) », *op. cit.*, p. 8.

parvienne à dégager, même schématiquement, les motivations des acteurs politiques. Toutefois, je ne suis pas certain qu'elle gagnerait grand-chose à tenter de les légitimer ou de les disqualifier – si tant est que la chose soit seulement possible.

À l'occasion, Pierre Avril fait un pas supplémentaire : contre l'interprétation constitutionnelle « authentique » (développées par les juridictions), il défend le principe même de l'interprétation « autorisée » (celle des acteurs politiques). Pour résoudre certaines questions épineuses, il vaudrait mieux s'en remettre à ces solutions informelles. Ainsi, Pierre Avril estime excessif le mécanisme prévu par l'art. 93, al. 1^{er}, § 1 de la Loi fondamentale allemande³². Les dispositions visées confient à la Cour constitutionnelle le soin de trancher les litiges et différends d'interprétation relatifs à la Constitution qui s'élèveraient entre les principaux organes politiques fédéraux (les « conflits constitutionnels »). La rédaction de cet article s'explique sans doute par l'histoire des cours constitutionnelles germaniques, dont l'une des premières fonctions était précisément de régler ce type de conflit. Pierre Avril y voit l'expression regrettable d'une « conception intégriste de l'État de droit », à laquelle il oppose la sage modération du Conseil constitutionnel³³. La décision d'incompétence que ce dernier rendit à l'occasion du référendum de 1962 aurait permis à la volonté du peuple français de prévaloir, écartant du même coup le « gouvernement des juges ».

Comme le montre cette dernière référence, ces considérations sont manifestement dictées par les solides convictions démocratiques de l'auteur. On peut néanmoins se demander s'il est vraiment préférable de laisser aux organes constitutionnels eux-mêmes le soin de régler les conflits relatifs aux limites de leurs compétences respectives. De fait, cela ne revient-il pas surtout à abandonner la compétence à l'acteur politique le plus puissant, et à consacrer ainsi la logique de Brennus ? Pierre Avril veut croire, *en l'occurrence*, que cet acteur était le peuple souverain – ce qui prête déjà à discussion – et que la décision d'incompétence du Conseil a permis son triomphe. Toutefois, rien ne démontre qu'abandonner ce type litige à un pur rapport de force politique conforterait *toujours et nécessairement* la démocratie – si tant est que ce soit le cas dans notre exemple. Que dirait-on si le législateur parlementaire modifiait directement la Constitution et que le Conseil constitutionnel se déclarait incompétent au motif que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants » (art. 3 al. 1^{er}) ?

En un mot, s'il me semble absolument nécessaire d'identifier, de décrire et d'expliquer les conventions de la constitution, je ne suis pas sûr qu'il faille absolument tenter de les défendre individuellement ou de justifier le principe qui les fait naître.

*
**

Il me semble donc que Pierre Avril a doublement pris congé de la vulgate « kelsenienne » telle qu'elle s'est développée en France. D'une part, en réintroduisant la *volonté politique* dans le droit, il a entendu rompre avec une « réduction normativiste » appauvrissante à certains égards. D'autre part, et c'est très différent, il s'est distancé d'une certaine « neutralité axiologique » pour renouer, occasionnellement, avec le jugement en légitimité. Comme on l'aura compris, je le suivrais plus

³² V. P. AVRIL, « Penser le droit politique », *op. cit.*, p. 5-6.

³³ *Ibid.*

volontiers sur le premier de ces terrains que sur le second – mais c’est là affaire de préférences théoriques personnelles.

Nous devons surtout à Pierre Avril d’avoir brillamment démontré que la tâche du juriste ne saurait se limiter à la seule étude d’un système de normes juridiquement valides. Ce faisant, il a donné du système institutionnel de la Cinquième République une lecture dont nous sommes nombreux à demeurer tributaires. C’est donc une démonstration qu’il a menée de la meilleure manière qui soit, c’est-à-dire par l’exemple.

Renaud Baumert

Professeur de droit public à l’Université de Cergy-Pontoise, membre du Centre de philosophie juridique et politique (CPJP).