

Le droit politique au prisme des conventions de la constitution *

Le colloque sur le droit politique fut l'occasion de débats riches et fournis. Nous avons ici reproduit la partie qui nous semblait le plus en lien avec le thème central du colloque, c'est-à-dire celle relative à la notion de droit politique, vue pour l'essentiel à travers le prisme des conventions de la constitution.

*
**

Thibault Guilluy — J'ai deux questions à propos des conventions de la constitution qui s'adressent à Renaud Baumert¹. Mes deux interrogations se rejoignent d'ailleurs à certains égards. D'une part, peut-on en la matière se contenter de constater l'existence de ces conventions, sans s'interroger sur leur légitimité ? Si, en effet, on évite le terrain de la légitimité, on est alors tenté de considérer – un peu comme le fait Michel Troper dans un article intitulé « Nécessité fait loi² » – qu'au fond ces conventions de la constitution ne sont que le produit d'un calcul purement stratégique des acteurs politiques. Peut-on par ailleurs appréhender correctement les conventions de la constitution en restant dans le cadre d'une logique normativiste ? J'ai quelques doutes sur ce point, car si on voit dans ces conventions l'interprétation d'une ou plusieurs normes, on est conduit à souligner leur invalidité, faute d'avoir été le résultat d'une habilitation.

Renaud Baumert — Il me semble que les conventions de la constitution reposent sur des mécanismes sociaux, sur des rapports de force politique durables. Je ne suis pas certain qu'on ait besoin de se poser la question de leur légitimité ou de porter sur elles des jugements de valeur. Lorsque, en période de concordance des majorités, le président de la République dit au Premier ministre : « Cher ami, vous nous avez bien servi mais maintenant il est temps que vous preniez un peu de recul », la démission du Premier ministre est en réalité le résultat d'un rapport politique interne

* Édition partielle des débats qui se sont tenus à l'occasion de la première matinée du colloque « Le droit politique face à la V^e République » organisé par l'Institut Michel Villey et la revue *Jus Politicum*, sous la direction de C. Guérin-Bargues, C. Roynier et E. Lemaire, les jeudi 6 et vendredi 7 juin 2019 à l'Université Paris II Panthéon-Assas. Transcription et édition de M. Hullebroeck, sous la direction et avec la reprise des propos par C. Guérin-Bargues. La revue et les organisatrices remercient les intervenants de leur aimable autorisation pour la publication de leurs échanges.

¹ Th. Guilluy réagit ainsi à l'intervention de R. Baumert dont a été tiré son article dans le présent numéro. Voir *supra*, R. BAUMERT, « En relisant Pierre Avril, "Penser le droit politique" (2018) ».

² M. TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Service public et libertés : Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981.

à la majorité. Je ne crois pas que, pour analyser et comprendre ce type de mécanisme, on ait besoin de mobiliser des jugements de valeur. J'ai par ailleurs tendance à voir dans les conventions de la constitution des pratiques sociales, c'est-à-dire des normes, certes, mais des normes a-juridiques. Ce ne sont pas des normes juridiquement valides au sens où l'on entend classiquement la validité – c'est-à-dire comme des normes produites, formellement et matériellement, conformément à des métanormes du système juridique. Elles n'ont donc pas de validité juridique, mais ça ne les empêche pas d'avoir une efficacité sociale ; de sorte que les acteurs politiques se sentent contraints par ces normes, ne serait-ce qu'en raison de la réprobation sociale qu'ils subiront s'ils s'y soustraient. Bien évidemment, il y a plusieurs manières de concevoir ces conventions de la constitution, et il est tout à fait possible de considérer que la validité est fonction de l'efficacité. Mais je reste probablement trop positiviste pour voir les choses de cette manière.

Olivier Beaud – Je voulais réagir à la réponse de Renaud Baumert à la question de Thibault Guilluy. Il me semble que si on explique ou justifie les conventions de la constitution par cette idée du rapport de force politique, on tombe dans une sorte d'impasse que justement Pierre Avril et Jean Rossetto se sont efforcés d'éviter : c'est la science politique qui en vient à expliquer le droit. L'un des grands apports de Pierre Avril, le principal selon moi, fut de redonner au droit constitutionnel une légitimité et une efficacité qui lui permettent d'expliquer des phénomènes que la science politique a voulu s'approprier. Au lieu de parler de rapports de force politiques, il faut s'efforcer d'analyser les rapports entre organes, entre autorités. Les conventions de la constitution renvoient donc à une interprétation de la pratique par des accords entre organes, entre autorités. Ces derniers s'accordent sur une signification et, faute de juge pour se prononcer en la matière, cette interprétation vaut comme étant du droit. Comme Pierre Avril l'a remarquablement expliqué dans ses écrits, ce ne sont pas que des rapports politiques, c'est vraiment du droit.

Renaud Baumert – Je n'ai pas tout à fait la même approche de ces questions, car je reste très attaché à la précision terminologique qu'a permis d'apporter, par exemple, la *Théorie pure du droit* – ou certaines théories voisines. Je crois qu'il faut mobiliser des critères extrêmement fermes et précis pour déterminer ce qui est du droit et ce qui n'en est pas. C'est la raison pour laquelle j'aurais tendance à aboutir à un constat assez proche de celui de Pierre Avril, mais d'une manière différente. Sa stratégie, si je la résume, consiste à étendre le terme de droit à des éléments que personnellement je n'aurais pas tendance à considérer comme juridiques (par exemple, les « conventions de la constitution »). Ma stratégie consiste à dire : il a raison si cela signifie qu'il faut que les juristes s'intéressent également à ces phénomènes. Mais on pourrait aussi partir d'une idée beaucoup plus simple et fort différente – sans pour autant lever un gros tabou. On peut considérer qu'il n'y a aucune raison que le juriste se cantonne à l'étude du droit positif. Dans les disciplines voisines, cela ne semble pas soulever de problème. Nos collègues sociologues, politistes ou historiens ne craignent pas d'emprunter aux disciplines voisines. Personnellement j'aurais tendance à penser que le juriste pratique une science humaine et qu'il est de plus en plus difficile de ne pas prendre en compte les résultats des autres champs disciplinaires. La convention de la constitution que nous venons d'évoquer cesse d'être efficace lorsque le rapport de force politique change, c'est-à-dire en cas de cohabitation. Cela me semble être la preuve la plus certaine qu'elle repose sur un rapport de force politique, ce qui n'interdit pas pour autant au juriste de s'y intéresser. L'idée consisterait alors à dire qu'il appartient au juriste de s'intéresser au droit positif, mais aussi à des éléments qui ne sont pas à proprement parler du droit positif. Les uns sont nécessaires à l'intellection de

l'autre, et inversement. Mais cela ne signifie pas, en revanche, qu'il faille, à toute force, considérer comme « juridiques » des normes qui ne le sont pas.

Olivier Jouanjan — Je voudrais juste faire une petite remarque : ce rapport de forces politiques n'intervient pas dans le vide. Si le président de la République peut imposer la démission du Premier ministre, c'est parce qu'on se trouve dans un certain contexte constitutionnel général normé et normatif. Le président de la IV^e République ne pouvait pas faire ça. Ce sont les conditions constitutionnelles normatives de la V^e République qui créent du pouvoir en même temps que ces pouvoirs créent du droit. Il y a ici une véritable dialectique non pas hors du système juridique et constitutionnel, mais bien à l'intérieur de celui-ci.

Renaud Baumert — Certes, mais il n'y a pas de disposition, dans la Constitution, qui permet au Président de révoquer le Premier ministre...

Olivier Jouanjan — Non, mais il y a tout un contexte, toute une organisation constitutionnelle, un système spécifique au sein duquel seulement une telle révocation, même non prévue par les textes, devient possible.

Renaud Baumert — Bien entendu mais on parle là d'une compétence qui n'existe pas dans le texte de la Constitution. Elle est le produit d'une pratique. Sur quoi repose cette pratique ? Évidemment, tout repose sur tout : si on n'avait pas de constitution, on n'aurait pas de système politique et si on n'avait pas eu de système politique, on n'aurait pas la constitution. À ce niveau d'abstraction, je suis bien entendu d'accord, mais la convention de la constitution dont on parle, celle qui permet précisément au président de la République d'obtenir la démission du Premier ministre, n'est pas une compétence réglée par le droit. Elle résulte d'un rapport de force au sein de la majorité, ce rapport de force qui fait effectivement du président de la République le leader électoral de la majorité.

Denis Baranger — Je voudrais faire deux observations qui sont également des questions. La première, est tournée vers nos deux premiers intervenants [Olivier Jouanjan sur Böckenförde et Olivier Beaud sur Rossetto³] : je suis frappé par la référence assez permanente à Carl Schmitt (de la part d'auteurs sérieux et insoupçonnables d'extrémisme politique) comme étant un auteur nécessaire pour penser le constitutionnalisme libéral. Il me semble que deux choses l'expliquent. D'abord Schmitt semble avoir produit la meilleure critique du constitutionnalisme libéral, en en dénonçant deux penchants importants qui se sont concrétisés par la suite. D'une part, le penchant à la dépolitisation, c'est-à-dire l'incapacité du constitutionnalisme libéral à penser la politique de manière interne et la tendance à se considérer comme dépolitisé. Il en a résulté un basculement vers un droit constitutionnel à visée non politique – la tentation de se dire que le politique, c'est mal et que le droit, c'est bien... parce que ce n'est pas du politique – ce que la lecture de Schmitt guérit chez une personne intelligente. D'autre part, on trouve chez Schmitt la critique radicale et à mon avis efficace de Kelsen et du normativisme c'est-à-dire de l'idée d'un droit à fondement normatif, d'un droit autopoïétique. Ma deuxième question et remarque est tournée vers Renaud Baumert. Vous avez mis le doigt sur une difficulté constante dans l'histoire de la théorie des conventions de la constitution. Il s'agit de la tentation de la justification ou de l'explication indirecte : on constate qu'une

³ Voir *supra*, dans cette livraison, O. JOUANJAN, « La notion du politique, concept-clé de l'œuvre constitutionnelle d'Ernst-Wolfgang Böckenförde » et O. BEAUD, « Faire du droit constitutionnel un droit politique. La thèse de Jean Rossetto ».

pratique revêt une importance réelle en droit constitutionnel. Comme on ne parvient pas à déterminer directement en quoi elle a valeur normative, on en conclut que son fondement normatif est probablement indirect. Le premier à l'avoir souligné, c'est Dicey : la convention de la constitution n'a pas de valeur juridique en tant que telle, mais elle en a une indirecte, car si elle n'est pas respectée, on ne pourra plus voter une loi budgétaire, etc. Le droit finit donc par sanctionner ceux qui ne respectent pas les conventions de la constitution. Il est possible que Pierre Avril cède à ce penchant-là, mais cela ne m'avait pas frappé tant que ça, car il me semble qu'il y a un apport net chez Pierre Avril qui est sa théorie de l'interprétation de la constitution. Il a notamment montré que le droit constitutionnel, ce n'est pas la norme qui se trouve dans le texte, c'est la norme effectivement appliquée par les acteurs, ce qui permet à la fois d'intégrer les conventions de la constitution dans le droit et de sauver une certaine normativité. L'un des grands apports de Pierre Avril de ce point de vue, c'est d'avoir rompu avec la doctrine objectiviste qui remonte au moins à Carré de Malberg et qui postule qu'il n'y a de constitution que dans le texte et que l'intention des auteurs n'a aucune importance. Il y a quelque chose de profond dans cette idée de Pierre Avril selon laquelle il y a de la norme effectivement appliquée. Cela me rappelle, et je terminerai là-dessus, la grande phrase du romaniste Gustav Hugo qui soulignait qu'en définitive, le droit positif, c'est la vérité qui résulte de l'action des hommes. Au fond, dans le droit constitutionnel, il y a une vérité – qui est en même temps une positivité – qui résulte de l'action des acteurs et c'est peut-être ça les conventions de la constitution.

Eleonora Bottini – Je voudrais prolonger la réflexion de Renaud Baumert qui soulignait qu'il n'y a pas de raison pour que les juristes ne puissent s'intéresser aux rapports de force politique. Mais laisser les deux mondes bien séparés – celui des conventions constitutionnelles d'un côté et celui des dispositions juridiquement sanctionnées de l'autre, n'est-ce pas s'interdire d'appliquer une approche de droit politique aux dispositions juridiques écrites et sanctionnées par exemple relatives aux droits et libertés ?

Renaud Baumert – Il me semble important de dire que le juriste n'est pas censé s'occuper que de droit positif. Mais il serait dommage de perdre, par-là, ce qui fait sa spécificité : c'est-à-dire sa capacité à appréhender très finement et très précisément le droit positif via la mobilisation d'un certain nombre de catégories. Si je suis si attaché à dire que les conventions de la constitution ne sont pas du droit – du droit valide –, mais qu'elles doivent néanmoins être prises en compte par le juriste, c'est parce qu'elles ne répondent pas au même régime que les dispositions constitutionnelles. On ne peut pas les réviser par la procédure de l'article 89 si le rapport de force politique qui les sous-tend perdure. Je ne pense pas pour autant que le juriste qui étudie ces conventions doive renoncer à sa spécificité, c'est-à-dire à sa capacité à entendre le droit. Les deux approches à mon avis appartiennent à l'activité du juriste. Mais il me semble que pour ce faire, le choix consiste soit à étendre le concept de droit à toutes sortes d'éléments, au risque de le diluer ; soit à conserver, d'une certaine manière, des catégories juridiques très précises et très restreintes, et à se contenter d'étendre, non pas l'objet « droit », mais le regard du juriste.

Bruno Daugeron – Le droit politique est un concept que nous avons tous du mal à saisir au-delà de son rôle d'étendard brandi contre certaines évolutions « juridictionnalisantes » du droit constitutionnel. Si je reprends l'approche que nous en a proposé Renaud Baumert, et si je ne me trompe pas, le droit politique est du droit mais qui ne pourrait et ne devrait pas être réduit à ce qu'il nomme « droit positif »

de manière un brin péjorative. La difficulté réside dans le fait que les tenants de cette position ne donnent généralement pas de définition de ce qu'ils entendent par « droit positif ». Le sens de ce droit positif semble implicitement être assimilé à une sorte de formalisme étriqué propre au droit écrit, qui ne comprend pas les enjeux de la politique et qu'il conviendrait de dépasser par la pratique pour mieux atteindre son essence. Or, je m'étonne de cette vision du droit. Car le droit constitutionnel, même qualifié de « politique », commence toujours par être « du droit positif » au sens de droit écrit résultant de certaines procédures d'adoption. Sans ce droit « formel », il ne peut bien entendu exister de constitution et donc de pratique de ces textes. Avant de prétendre qu'il est légitime de s'éloigner de la « lettre » du texte pour mieux trouver son « esprit », encore faut-il qu'un texte existe. Le droit dit « positif » est donc un point de départ nécessaire comme l'a remarqué Olivier Jouanjan et non un artifice. C'est d'ailleurs là, à mon sens, toute la difficulté de la théorie des conventions de la constitution, qui semble mépriser le droit écrit taxé de juridisme alors même qu'il est la condition de la mise en œuvre d'une pratique qui lui serait supérieure. D'un point de vue de théorie du droit, les normes naissent la plupart du temps d'un énoncé qui est le support d'une interprétation par les acteurs politiques qui vont lui donner sa signification de norme. Je m'interroge donc sur le concept de « droit positif » et plus largement de droit retenu par les défenseurs du droit politique et des « conventions de la constitution » qui voient la politique comme quelque chose d'extérieur et le droit comme un embarras pour la politique alors même qu'ils prétendent les réunir.

Renaud Baumert — Ce que j'appelle le droit constitutionnel positif, le droit au sens restreint, c'est le texte de la constitution et l'interprétation qu'en donnent les interprètes authentiques – ce qu'on pourrait appeler les « normes constitutionnelles ». À titre personnel, je n'aurais pas tendance à considérer les conventions de la constitution comme du droit mais comme des normes sociales, des normes qui reposent simplement sur leur efficacité et qui ne sont pas produites conformément à la procédure de révision. Ça me paraît être un bon indice de la différence entre les deux.

Denis Baranger — Mais on peut parfaitement réviser une convention de la constitution. C'est d'ailleurs l'argument kelsénien classique selon lequel le droit écrit peut réviser la coutume. Les autorités de révision habilitées en vertu de l'article 89 pourraient s'accorder sur l'idée que le précédent de la révocation de M. Chaban-Delmas par le président Pompidou est absolument scandaleux. Elles pourraient décider – via une révision des dispositions des articles 20 et 21 de la Constitution – de prohiber définitivement la révocation unilatérale du Président sur la base d'une convention de la constitution applicable depuis 1973. Pourquoi ne pourrait-on pas ?

Renaud Baumert — Je ne dis pas le contraire. Je dis simplement que si vous avez une convention de la constitution – comme typiquement la possibilité pour le président de la République de « révoquer » le Premier ministre –, elle ne s'appuie pas sur une disposition constitutionnelle. On peut certes essayer de la contrer par une disposition constitutionnelle, mais on n'est pas certain d'y parvenir, de lui retirer ce qui fait son sel, c'est-à-dire son efficacité. Pour que cela fonctionne, il ne suffit pas de retoucher le texte de la constitution, il faut, plus fondamentalement, modifier le rapport de force qui fait perdurer la convention. La différence que j'établis entre le droit positif de la constitution et les conventions de la constitution, elle est là. La définition traditionnelle de la convention de la constitution réside dans (1) l'absence de fondement écrit, (2) la répétition dans le temps et (3) le consensus intersubjectif. Il s'agit donc de normes qui impliquent une certaine régularité dans l'action, mais

que je distingue, à titre personnel, des normes qui sont juridiquement valides. Qu'ensuite il y ait un rapport dialectique entre conventions de la constitution et droit positif, j'en suis bien conscient. Il faut d'ailleurs les étudier avec précision, parce que c'est en se fondant sur un certain nombre de ces conventions de la constitution qu'on produit des actes normatifs, c'est-à-dire du droit valide. Mais, je trouverais regrettable à titre personnel qu'on noie la différence entre ces types de normes sous la simple appellation de « droit politique ».

Denis Baranger – Il me semble que comprendre la notion de droit politique suppose au préalable de refuser la dichotomie entre la règle de droit et la pratique politique. Certes, combiner les deux est un problème délicat, comme en témoignent d'ailleurs nos débats. Mais le droit politique ne saurait être réduit à un outil qui permet de remariage droit dur et pratique politique ou de s'interroger sur le statut des conventions de la constitution. C'est plus que cela. Ceux qui ont essayé de faire du droit politique, avec toute une variété d'approche, ont en commun l'idée que la politique est inhérente à la conception même de la règle de droit, de l'objet constitution, de la jurisprudence constitutionnelle. En être conscient permet d'éviter l'éternel problème dichotomique sur lequel on ne cesse de buter. Partant de là, il faut par exemple lire politiquement la jurisprudence du Conseil constitutionnel et regarder ce qu'il y a de politique là-dedans, se dire que le juge ne se contente pas d'émettre des normes complètement neutres du point de vue politique et prendre conscience qu'il y a des endroits à partir desquels il fait juridiquement de la politique. C'est montrer que dans certains standards, dans certaines décisions, dans certaines méthodes du juge constitutionnel, il y a à l'évidence un matériau politique qui joue un rôle juridique. Cela n'implique en rien de se rallier à une position dogmatique, c'est-à-dire se positionner sur la meilleure manière d'interpréter la constitution. On peut parfaitement décrire de manière neutre, scientifique, un objet qui contient de la politique et de l'idéologie. Considérer que dans le bagage de départ du droit constitutionnel, il y a de l'idéologie – par exemple, le constitutionnalisme classique des pères fondateurs de la République américaine ou des révolutionnaires français – ou encore souligner l'existence d'une lourde erreur conceptuelle, à propos du concept de souveraineté ou de représentation, dans telle ou telle jurisprudence, ce n'est pas tomber dans un travers essentialiste ou dogmatique. Faire du droit politique, c'est constater qu'il y a de la politique dans l'objet, ce qui ne veut pas nécessairement dire faire de la politique soi-même.