

LE MONDE 22-23 août 1962

LE DROIT PAR LA COUTUME

Par GEORGES VEDEL

Malheur à celui qui le scandale arrive ! L'auteur qui écrit ces lignes est donc bien malheureux, car les propos que voici quelques mois il tint dans ce journal (1) ont scandalisé. Evoquons-les d'un mot.

En 1962, une controverse juridique s'éleva. Il s'agissait de savoir si une révision constitutionnelle pouvait résulter d'un référendum directement proposé aux électeurs sans vote préalable du texte par les chambres. A l'unanimité, moins quelques silences clairement significatifs, la « doctrine » répondit non. Consulté (on ne pouvait faire autrement), le Conseil d'Etat fit la même réponse à l'unanimité moins une voix. Les enfants — c'est du peuple français qu'il s'agit — ne connurent pas l'avis de la Haute Assemblée ; en cette matière, le carré blanc couvre tout l'écran (2).

Certains des opinants, comme on dit au Palais, eurent bien du mérite, car ils avaient milité (et naguère malgré la doctrine même du chef de l'Etat et de son gouvernement) pour l'élection du Président de la République au suffrage universel direct ; l'honnêteté leur interdisait pourtant de se faire donner raison au prix de l'inconstitutionnalité. Ils résistèrent même à l'argumentation de Maurice Duverger selon qui la nation, détentrice du pouvoir constituant original, ne pouvait se laisser ligotée par les procédures édictées pour le pouvoir constituant dérivé. Le raisonnement était impeccable à un détail près : il ne s'agissait pas de savoir si le peuple souverain était enchaîné à la Constitution, mais si le pouvoir devait la respecter. Celui-ci n'empêcha pas moins la consultation qui tombait comme mars en carême et l'on alla aux urnes. On compta la suite : en chiffres ronds, vingt et un millions et demi de votants, un demi-million de bulletins blancs ou nuls, treize millions de oui, 8 millions de non.

Et voici qu'à propos de la réforme du Sénat et des institutions régionales un nouveau référendum va être proposé par le chef de l'Etat par-dessus la tête des assemblées. Les textes n'ont pas changé. Comme en 1962, tout juriste de bon sens doit se refuser à chercher le droit écrit de la révision constitutionnelle hors du titre XIV de la Constitution, précisément intitulé De la révision et qui ne permet le référendum en matière constitutionnelle qu'après un vote positif des chambres. Comme en 1962, il doit écarter l'application de l'article 11 qui concerne les « lois » et non la « Constitution ». En bref, les textes sont les mêmes et ni leur lettre ni leur esprit ne se sont modifiés. Le texte d'un article « change moins vite, hélas ! que le cœur d'un mortel ».

Pourtant, depuis 1962, il s'est tout de même passé quelque chose : d'abord le vote populaire dont on rappelait plus haut les résultats ; puis une campagne présidentielle au cours de laquelle les candidats opposants ne soutinrent jamais qu'ils briguaient un pouvoir illégitime ; une élection du chef de l'Etat, qui fut sans doute la consultation la plus démocratique au sens plein du terme que nous ayons connue depuis bien longtemps. Compte tenu de ces minces détails, nous avions cru pouvoir soutenir que les données du problème juridique avaient changé, et qu'une coutume constitutionnelle s'était formée qui rendait régulier dans son principe, mais non nécessairement dans ses modalités, le nouveau recours au référendum qui nous est annoncé.

C'est précisément ce propos qui a scandalisé. Et non seulement ceux qui pensent que le droit devrait toujours être au service de leur opinion, mais nombre d'hommes qui croient avec raison qu'un juriste doit toujours, dans l'exer-

cice de son art du moins, garder la tête froide. Comment, disent-ils en substance, une violation du droit pourrait-elle engendrer un droit nouveau ? Comment, surtout, une coutume constitutionnelle pourrait-elle naître d'un unique manquement ?

Sur le premier point, l'on peut débattre. C'est une question d'axiomatique juridique. On peut, par un *a priori* indémonstrable, soutenir qu'il n'existe de loi qu'écrite et que le monde du fait est sans prise sur l'univers de la norme rédigée. Mais cette thèse, aussi légitime que toute axiomatique, s'accommoderait mal de la réalité sociale. A la prendre au pied de la lettre, la Troisième République, à veu d'œil, n'aurait pas eu de pouvoir présidentiel pendant inscrit dans les textes, la désuétude du droit de dissolution non moins incorporé au droit écrit, ses décrets-lois par lesquels les chambres abdiquaient le pouvoir législatif, a été un tissu de violations du droit. Et que dire de la Quatrième, qui méconnaît systématiquement les articles 49 et 50 de la Constitution de 1958 ? Aussi en général admet-on que la coutume est une source du droit constitutionnel non seulement *præter legem* pour compléter la Constitution écrite, mais *contra legem* pour, le cas échéant, la contredire. C'est bien ce qu'enseignent les meilleurs auteurs : « Et l'opinion publique n'a pas conscience d'une violation de la Constitution ; elle admet ces déformations coutumières ; elle les incorpore en quelque sorte à la Constitution. Il y a bien modification par la coutume. » (3).

Reste à savoir si une seule violation de la Constitution écrite suffit pour donner naissance à une coutume sur le point qui en a été l'occasion. Faut-il répondre, non en se fondant sur l'adage, « une fois n'est pas coutume », et sur le principe que toute une coutume comporte une répétition de pratiques ?

La réponse doit être nuancée. Lorsque la formation de la coutume suppose l'adhésion de partenaires nombreux et dispersés, il est légitime de faire de la répétition des pratiques une condition de son existence. Ainsi en va-t-il de la coutume internationale et la manière, dont se sont comportés une fois deux Etats dans leurs rapports réciproques ne peut évidemment lier la communauté internationale. De même, en matière d'usages commerciaux, les accords de deux commerçants à l'égard d'un contrat unique ne prennent point valeur coutumière. Mais s'agissant de pratique politique dans le cadre du droit interne, l'on est nécessairement moins exigeant, car tous les protagonistes sont présents à l'événement et les électeurs eux-mêmes. Quand en 1956, au mépris des règles les plus sûres du régime parlementaire, le Sénat élu au suffrage indirect et qui ne pouvait être dissous, malgré l'ordre du jour de la Chambre des députés qui le rappelait au respect de « la souveraineté du suffrage universel », renversa le cabinet Léon Bourgeois, une coutume constitutionnelle était bel et bien, dès le premier coup forcé. L'échec de Mao-Mahon, en 1877, anéantit, sans autre estocade, une dizaine d'articles des lois constitutionnelles de 1875 et les vœux des « pères de la Constitution ».

Observons ensuite que, dans le cas qui nous occupe, la coutume ne repose pas sur un fait unique, à savoir que le président de la République a réussi à user de l'article 11 pour réviser la Constitution. D'autres comportements massifs ou répétés ont eu valeur d'adhésion : celui des électeurs qui, tant lors du référendum que lors des élections législatives de

1962, malgré les invites pressantes qui leur furent faites, ne désavouèrent pas le chef de l'Etat ; celui des candidats à l'élection présidentielle de 1965 qui, on le rappelait plus haut, n'en contestèrent point le principe, pas plus que les partis qui les soutenaient ; notre comportement quotidien à tous, qui est celui de citoyens partagés sur la valeur de la politique du chef de l'Etat élu selon la règle posée en 1962, mais non moins convaincus de la légitimité de son investiture.

Enfin, même si l'on admet que les bulletins blancs ou nuls lors du référendum de 1962 émanant de citoyens dressés contre l'inconstitutionnalité commise, et que les tenants du « non » étaient mûs par un semblable sentiment, cela ne fait que huit millions et demi de voix contre treize millions. On peut admettre qu'une pratique unique ne suffit pas à effacer le texte constitutionnel là où le débat se déroule entre les seuls organes des pouvoirs publics, comme ce fut le cas pour le refus de convocation du Parlement par le chef de l'Etat en 1960 ; le combat à fin faute d'arbitre et non par une véritable décision. Mais quand la nation a parlé, on ne peut plus raisonner ainsi. En 1962, les électeurs ont été irrégulièrement consultés, mais ils ont voté librement et en pleine lumière. Il est tout de même difficile de ne pas retrouver là cette *opinio juris* ou, si l'on préfère, ce *consensus* qui est le véritable fondement de la coutume et dont la pratique n'est en fin de compte que l'expression.

Le juriste, comme la plus belle fille du monde, mais de façon moins coisante, ne peut donner que ce qu'il a. Il n'a rien d'autre que des principes et une méthode dont l'application conduit à mécontenter beaucoup de gens et, souvent, lui-même.

Non, ce n'est pas par entêtement, mais tout bien pesé, nous maintenons notre opinion sur l'état de notre droit en matière de révision. Ce qui ne veut pas dire que celle qui se prépare soit à l'abri de toute critique politique et juridique.

Sur le terrain politique, la renonciation à un bicaméralisme tempéré n'est pas sage. Prendre le Sénat plus représentatif est un louable dessein. Le réduire au rang d'une commission consultative après l'exaltation du suffrage indirecte inscrite — on l'oublie trop souvent — dans le texte de 1958, c'est tomber d'un écueil dans l'autre. Le pouvoir, chez nous, a tant de pesanteur et si peu de contrepois qu'il faut défendre celui qui est menacé. Et si la France n'était pas exactement représentée au Luxembourg, elle n'y était point trahe.

Du point de vue juridique, il est inutile de rappeler que la loi défend les ventes bigoudées, dans lesquelles, comme au temps du marché noir, il faut acheter dix paquets de bigoudis pour avoir un quart de beurre, la suppression du Sénat pour avoir la région. Et M. Maurice Faure avait raison quand il montrait, au cours des récents débats de l'Assemblée, que c'est un détestable désordre juridique que d'enfermer dans une question unique une réforme constitutionnelle et des réformes législatives. Le jardin à la française, fierté des légistes de 1958, tourne au terrain vague.

(1) Voir le Monde des 28 et 29 juillet 1962.

(2) Une question écrite de M. Jean Nayrou du 7 novembre 1960 (n° 7948) demande au premier ministre de faire connaître l'avis émis par le Conseil d'Etat en 1962. Elle est demeurée à ce jour sans réponse, du moins à notre connaissance. Ainsi l'avis du Conseil d'Etat est connu, comme le fut en son temps le rapport Krouchtchev, par le silence de ceux qui l'ont élu.

(3) M. Duverger *Droit constitutionnel*, 1959, p. 221.