

Réflexions méthodologiques relatives à la science du droit constitutionnel à l'aune de la notion de « convention »

Les « conventions de la Constitution » – expression inventée par le juriste anglais Albert Venn Dicey (1835-1922)¹ – sont une institution bien ancrée dans le discours de la doctrine britannique. En France, bien qu'elle relève assez vite l'existence des conventions constitutionnelles², la doctrine ne s'empare que tardivement de la notion. Du début du XX^e siècle jusqu'aux années 1990, seuls quelques juristes comme Marc Réglade³, Alexandre Koulicher⁴, Jean-Jacques Chevallier⁵, André Mathiot⁶ ou encore Georges Burdeau⁷ écriront de manière approfondie sur les conventions anglaises. De manière générale, les juristes français ne faisaient qu'évoquer les conventions dans les manuels lorsqu'ils présentaient le régime britannique ou dans les articles traitant de la coutume constitutionnelle. Ces règles non écrites n'accaparaient donc pas l'attention des constitutionnalistes français qui, très généralement, n'utilisaient pas la notion pour analyser le fonctionnement effectif des institutions politiques françaises. Sur ce dernier point, il existe toutefois quelques rares exceptions : Marc Réglade, disciple de Léon Duguit, a par exemple rédigé une thèse sur *La coutume en droit public interne*⁸ en 1919 et dans laquelle il analyse la III^e République à l'aune des conventions. Plus d'un demi-siècle après, en juin 1982, c'est Jean Rossetto qui soutint sa thèse à Poitiers – *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes*

¹ *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction André Batut et Gaston Gèze, Paris, Giard & Brière, 1902, 474 p.

² La première mention qui en est faite par un juriste français remonte, semble-t-il, à la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein, publiée en 1896 : « le gouvernement parlementaire, par son jeu complexe et délicat, échappe dans une large mesure à une réglementation légale. Il vit surtout d'usages, de traditions, de conventions communément acceptées » (Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, p. 102).

³ Marc Réglade, *La coutume en droit public interne*, thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1919, 303 p.

⁴ Alexandre Koulicher, « Les quatre Constitutions de l'Angleterre », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n°3-4, 1932, pp. 480-529.

⁵ Jean-Jacques Chevallier, « Les origines et le sens du statut de Westminster », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 17, 1936, pp. 413-441 ; « La Société des Nations britanniques », *Recueil des cours/Académie de droit international de La Haye*, 1938, Tome II, pp. 237-345 ; « Le rôle de la Couronne dans l'évolution de l'Empire britannique », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert.*, vol n°2, 1938, pp. 156-169 ; « De la distinction entre la "Convention constitutionnelle" et le "Droit légal", et de son rôle dans l'évolution du Statut de Dominion », in *La technique et les principes du droit public. Mélanges en l'honneur de Georges Scelle*, Tome I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 179-193.

⁶ André Mathiot, *Le régime politique britannique*, Paris, A. Colin, coll. « Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques », 1955, 335 p.

⁷ Georges Burdeau, *Traité de science politique, tome IV. Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1983, pp. 30-38.

⁸ Marc Réglade, *La coutume en droit public interne*, op. cit., 303 p.

*constitutionnels*⁹. L'ouvrage a une importance certaine pour qui s'intéresse à l'histoire de l'importation de la notion de « convention » dans le discours français, cela d'autant plus qu'il fut rédigé sous la direction du Pr. Pierre Avril.

La doctrine s'accorde néanmoins à penser que c'est au Pr. Pierre Avril que l'on doit l'importation et la popularisation de la notion en France. Son travail de systématisation des règles conventionnelles commence surtout au début des années 1990 avec quelques articles¹⁰ puis la publication de son très célèbre ouvrage, paru en 1997, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*¹¹. Il faut également évoquer l'article fourni que le Pr. Félicien Lemaire a rédigé sur les conventions en 1998 et dans lequel il transpose la notion dans le droit français¹². Plusieurs études relativement récentes utilisent la convention comme outil d'analyse du fonctionnement effectif des institutions politiques, notamment des thèses dirigées par les Professeurs Olivier Beaud et Armel Le Divellec¹³. Que l'on songe ne serait-ce qu'à la thèse de la Pr. Manon Altwegg-Boussac sur *Les changements constitutionnels informels* qui étudie notamment la pensée du Pr. Avril à l'endroit des conventions¹⁴ ; ou encore à M. Matthieu Caron et au développement très récent de son « droit gouvernemental »¹⁵. Il ressort de ces différents discours que la convention désigne une règle formellement non écrite sur laquelle se sont accordés les acteurs institutionnels, prescrivant, selon le contexte politique, la façon dont ils doivent appliquer les textes matériellement constitutionnels et dont l'effectivité s'explique par la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du régime politique.

⁹ Bayonne, éd. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, diff. L.G.D.J., coll. « Colloques & Essais », 2019, 414 p.

¹⁰ Pierre Avril, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges Jacques Velu*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1992, pp. 283-295 ; « Les “conventions de la Constitution” », *R.F.D.C.*, n°14, 1993, pp. 327-340.

¹¹ Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1997, 202 p.

¹² Félicien Lemaire, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *R.F.D.C.*, n°35, 1998, pp. 451-515.

¹³ Jean-Régis Catta, *Le cabinet ministériel. Essai d'une analyse constitutionnelle*, direction Olivier Beaud, thèse de doctorat de droit public, Université Paris-2, 2012, 400 p ; Alexis Fourmont, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français. Étude comparée France-Allemagne*, direction Armel Le Divellec, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », T. 151, 2019, 562 p.

¹⁴ Bayonne, Paris, Institut Universitaire Varenne, L.G.D.J., coll. « Collection des Thèses », 2013, 627 p. De la même autrice : « Le constitutionnalisme écrit face au changement : approches doctrinales », in *Les mutations constitutionnelles*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », vol. 20, 2013, pp. 47-62 ; « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n°24, mai 2020, pp. 57-74.

¹⁵ Matthieu Caron, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement. Recherche sur le droit gouvernemental de la V^e République*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire de Varennes, coll. « Collection des thèses », 2015, 782 p ; *Droit gouvernemental*, Paris, L.G.D.J. Lextenso, coll. « Systèmes », 2020, 228 p ; *Droit gouvernemental. Finalités théoriques, pratiques et démocratiques*, préface de Nicole Belloubet, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2023, 192 p.

Depuis que M. Avril a fait connaître les conventions, une nouvelle génération de constitutionnalistes s'est progressivement emparée de la notion et l'utilise désormais pour analyser les pratiques institutionnelles, réfléchir à la définition du droit constitutionnel ou questionner les méthodes de la science du droit constitutionnel. C'est notamment sur ce dernier point que l'on voudrait axer le propos qui suit. On voudrait démontrer, à travers l'étude du discours doctrinal français, l'utilité de l'instrument « convention » pour la discipline du droit constitutionnel.

La notion de « convention » a permis à Jean Rossetto et Pierre Avril de proposer une méthode d'analyse du droit constitutionnel qui consiste à ne pas se contenter d'une approche dogmatique ou exégétique. Autrement dit, on ne se contente pas de systématiser le droit constitutionnel en dégagant des principes directeurs à partir du seul droit écrit, y compris de la jurisprudence. Cela implique au contraire d'adopter une approche réaliste ou institutionnaliste du droit constitutionnel, c'est-à-dire que ce droit ne peut être pleinement compris qu'à la condition de le replacer dans son contexte politique. Pour ce faire, il faut s'intéresser au fonctionnement effectif des institutions politiques, à la pratique des acteurs.

On observera dans un premier temps que l'utilisation de la notion de « convention » constitue en soi une critique sur l'objet d'étude de la science constitutionnelle. Son importation dans le discours français s'explique par une volonté de militer contre certaines façons de faire du droit constitutionnel affaiblissant la science du droit constitutionnel (I). On tâchera de démontrer, dans un second temps, que la notion permet à l'inverse d'enrichir la science constitutionnelle en servant une approche institutionnelle (II).

I – Une critique sur l'objet d'étude de la science du droit constitutionnel

D'une manière un peu schématique mais qui résume les courants de pensée dominants, la science constitutionnelle connaît au XX^e siècle deux évolutions majeures : la « révolution Duverger » dans les années 1940-1950 et la « révolution Favoreu » dans les années 1980-1990. La première consacre une ouverture vers la science politique et la seconde, au contraire, un cloisonnement disciplinaire. Il sera démontré, d'une part, que l'utilisation de l'outil « convention » participait autrefois d'une *revalorisation* de la théorie constitutionnelle face au scepticisme doctrinal (A). D'autre part, il sera aussi démontré qu'une telle utilisation participe aujourd'hui d'une *relativisation* de la jurisprudence constitutionnelle face au néo-constitutionnalisme (B).

A – Une revalorisation de la théorie constitutionnelle face au scepticisme doctrinal

L'ouverture vers les sciences sociales devait permettre à la science du droit de se renouveler en dépassant les approches dogmatiques et exégétiques jugées obsolètes par une « nouvelle génération » de constitutionnalistes de l'après-guerre des années 1940-1950¹⁶. Les textes ne permettant pas de saisir la réalité du fonctionnement institutionnel, la pratique des acteurs devenait l'objet d'étude premier des juristes. Les *forces* politiques intéressaient alors davantage que les *formes* juridiques. L'importation de la notion de « convention » par Jean Rossetto et Pierre Avril dans les années 1980 s'explique par la volonté de réhabiliter le droit constitutionnel en démontrant qu'une approche institutionnelle est utile pour expliquer l'évolution des régimes politiques. Comme a pu l'écrire le Pr. Olivier Beaud, « *presque au moment où l'École d'Aix perçoit dans le contentieux constitutionnel la solution pour faire du "vrai" droit constitutionnel, il y a, à Poitiers, une "mini-école" composée de deux francs-tireurs, Pierre Avril, le directeur de thèse, et Jean Rossetto, son élève docteur, qui entend réagir différemment au malencontreux tournant politiste de la doctrine constitutionnelle* »¹⁷.

Rossetto va puiser dans la théorie du droit pour démontrer que le droit est utile pour expliquer les prétendues déviations entre texte et pratique. De manière assez novatrice pour l'époque, il se concentre sur la nature des normes constitutionnelles énoncées dans les textes afin d'exposer leur diversité, leur hétérogénéité et d'insister sur la nature habilitatrice caractérisant la plupart d'entre elles. À cette présentation de dogmatique juridique, l'auteur adopte également une posture réaliste en s'intéressant à « L'interprétation des normes constitutionnelles », objet du troisième chapitre de son ouvrage. Rossetto a ce souci de ne pas présenter le droit constitutionnel comme un droit statique puisque son ambition est d'expliquer juridiquement l'évolution des régimes politiques. L'interprétation que font les acteurs institutionnels lorsqu'ils appliquent les textes est alors pensée comme un acte de volonté. Les comportements politiques ne sont donc pas de simples faits mais de véritables « pratiques constitutionnelles », des interprétations qui découlent de la Constitution écrite. Jean Rossetto démontre ainsi l'importance des textes constitutionnels pour la compréhension de l'évolution des régimes politiques.

¹⁶ Benjamin Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2020, 711 p.

¹⁷ Olivier Beaud, « Faire du droit constitutionnel un droit politique : la thèse de Jean Rossetto », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n°24, 2020, p. 15.

L'outil « convention » est utile pour conforter la méthode de Jean Rossetto, « *car l'impératif réaliste suppose de comprendre le droit constitutionnel [...] en termes d'analyse stratégique et d'analyse systémique. [...] Ce sont là les deux ressorts de l'évolution des régimes constitutionnels, au sein de laquelle s'inscrit l'idée de convention* »¹⁸. Après avoir étudié la particularité des normes constitutionnelles formelles dans la première partie de sa thèse, Jean Rossetto explique ensuite qu'il doit encore répondre à la question de savoir « *pourquoi les régimes constitutionnels s'orientent vers telle modalité d'application plutôt que vers telle autre* ». Pour y parvenir, poursuit-il, « *il importe évidemment de se référer aux forces politiques en présence lorsque la Constitution est en vigueur ; en occupant les différentes positions institutionnelles créées par les constituants, ces forces influent en effet très directement sur les options retenues en matière d'interprétation* »¹⁹. Ne cédant pas aux méthodes de la science politique, il ajoute que, « *parallèlement, on ne saurait négliger la nature et la combinaison des normes qu'utilisent les pouvoirs publics* ». Le juriste doit donc tenir compte à la fois des « *conditions politiques* » et du « *contexte normatif* » pour comprendre et expliquer l'évolution des régimes politiques²⁰. La méthode de Rossetto apparaît donc éclectique en ce qu'elle se fonde à la fois sur les textes et la théorie constitutionnels tout en tenant compte de l'influence que peuvent avoir les forces politiques dans l'évolution des régimes politiques. Ce qu'il nomme les « *évolutions à caractère conventionnel* » sont voulues par les acteurs politiques. Il est possible qu'ils s'accordent sur une façon d'appliquer les textes pour « *clarifier ou [...] compléter les dispositions édictées afin d'en déterminer exactement le sens et la portée à l'occasion de leur mise en œuvre* »²¹. L'accord peut également être justifié par la volonté de « *prévenir la reprise d'un combat qui a autrefois tourné à l'avantage de l'une des autorités* ». Les conventions « *institutionnalisent la synthèse réalisée au lendemain d'une période conflictuelle en stabilisant les rapports qui se sont instaurés après le dénouement de l'affrontement* »²².

Quelques années plus tard, en 1989, c'est au tour du Pr. Pierre Avril de présenter une méthode à contre-courant du scepticisme doctrinal ambiant dans son fameux article intitulé « *Une revanche du droit constitutionnel ?* »²³. S'il reconnaît que la science politique permet

¹⁸ Pierre Mouzet, « La thèse de Jean Rossetto : une résurrection », *R.D.P.*, 2022, p. 383.

¹⁹ Jean Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution...*, *op. cit.*, p. 206.

²⁰ *Ibid.*, p. 207.

²¹ *Ibid.*, p. 273.

²² *Ibid.*, p. 274.

²³ Pierre Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°49, 1989, pp. 5-13, reproduit in Pierre Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit*

effectivement d'expliquer le fonctionnement du régime politique, la seule prise en compte des forces politiques n'est toutefois pas suffisante pour expliquer sa formation. Avec la notion de « convention », M. Avril démontre justement que le droit constitutionnel est à l'origine du régime politique expliquant ainsi sa formation. Pour la V^e République par exemple, il affirme que « *la révision de 1962 fut un aboutissement avant d'être un commencement, une conséquence avant d'être une cause* »²⁴. Sa démonstration est la suivante : dès 1959 les pratiques constitutionnelles du Général de Gaulle ont progressivement façonné le régime politique. Or, ces pratiques sont interprétatives et révèlent les virtualités contenues dans les textes. Les comportements des acteurs sont ainsi justifiés par les conventions qui se dégagent de ces mêmes pratiques. Le référendum qui n'intervient que quelques années plus tard, en 1962, est une validation de la pratique gaullienne ou du gouvernement présidentiel par le suffrage universel. Lorsqu'il utilise l'instrument « convention », le Pr. Avril développe une conception politique de la Constitution et élargit donc en même temps le droit constitutionnel au-delà d'une acception purement formelle. Ce faisant, il démontre tout l'intérêt de se fonder sur le droit constitutionnel, c'est-à-dire sur les textes mais aussi sur les grands concepts tels que ceux de « représentation » ou de « responsabilité », pour expliquer la formation du régime politique. Autrement dit, avec l'outil « convention », il conforte sa méthode éclectique consistant à la fois à se fonder sur le droit constitutionnel et la science politique pour analyser le régime politique. Comme Jean Rossetto, il apparaît soucieux de revaloriser le droit constitutionnel sans que cela signifie pour autant qu'il faille abandonner toutes les méthodes de la science politique. M. Avril étudie le droit constitutionnel à travers la réalité de sa pratique et son réalisme le conduit également à mener une analyse stratégique et systémique.

L'utilisation de la notion de « convention » est aussi devenue avec le temps une critique contre le néo-constitutionnalisme.

B – Une relativisation de l'importance de la jurisprudence constitutionnelle face au néo-constitutionnalisme

À partir des années 1990, les juristes vont progressivement recentrer leur attention sur la jurisprudence constitutionnelle qui s'est développée dans les années 1970. La parole du juge accapare leur attention au point que ces derniers délaissent largement le fonctionnement effectif des institutions politiques. Bien que l'importation des conventions dans le discours

politique, préface de Armel Le Divillec, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2010, pp. 221-227.

²⁴ *Ibid.*, p. 223 ; *Les conventions de la Constitution...*, *op. cit.*, p. 50.

français ne soit pas justifiée par une volonté de remettre en cause le néo-constitutionnalisme, la notion offre, encore aujourd'hui, une alternative dans la façon d'appréhender le droit constitutionnel. Puisqu'il permet de relativiser l'importance de la jurisprudence en pointant d'autres expressions de normativité, la notion invite du même coup la doctrine à reconsidérer sa préoccupation dominante pour le contentieux et à s'investir davantage dans l'étude des institutions politiques, enrichissant par là même la science constitutionnelle.

Bien que le développement du contrôle de constitutionnalité des lois soit une bonne nouvelle pour l'État de droit, M. Avril regrette cette tendance de la doctrine à réduire son objet « droit constitutionnel » à la jurisprudence et la discipline au contentieux. Le « néo-constitutionnalisme » devenant le courant doctrinal dominant, M. Avril justifie désormais son approche du droit constitutionnel par rapport à celui-ci vers la fin des années 1990. De manière assez significative, on peut lire dès les premières pages de ses *Conventions* de 1997 que la Constitution ne se réduit pas au droit écrit et l'auteur insiste sur l'idée qu'elle n'est pas non plus réductible à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, selon lui, est d'ailleurs aussi écrite. Également dans l'introduction du livre, M. Avril démontre le caractère éminemment politique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'aune de la très célèbre décision n°71-44 du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*. Selon lui, le « *coup de force herméneutique fut décidé [...] pour des motifs largement étrangers au droit* »²⁵. On observera néanmoins avec le Pr. Olivier Beaud que M. Avril adopte une « *position mesurée* »²⁶ puisque ce dernier admet l'importance de la jurisprudence pour connaître du droit constitutionnel positif. C'est d'ailleurs à partir de celle-ci qu'il détermine la nature politique des conventions car, selon lui, elles ne seraient pas juridictionnellement sanctionnées.

Relativiser l'importance de la jurisprudence permet en même temps au Pr. Avril de justifier l'attention qu'il prête à la pratique institutionnelle. Dans un autre article publié en 1999, il commence par évoquer la juridicisation du droit constitutionnel et son impact sur la manière dont la doctrine appréhende les règles non écrites, c'est-à-dire comme la « *survivance d'un âge révolu* » : « *la "juridicisation" du droit constitutionnel n'a cessé d'étendre son empire sur la discipline. Parce qu'elle se manifeste à travers la sanction de la supériorité des normes énoncées dans le texte de la Constitution, cette juridicisation ne pouvait évidemment accueillir les règles non écrites, considérées comme la survivance d'un âge révolu et vouées*

²⁵ Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁶ Olivier Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle – à propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, janvier 1999, p. 72.

logiquement à disparaître du champ du droit positif »²⁷. Le droit saisissant la politique, il ne resterait en toute logique pratiquement plus de place pour les règles conventionnelles dans le droit constitutionnel français. On pourrait affirmer que ce schéma de pensée n'est en réalité qu'une pétition de principe et ne sert qu'à nourrir une conception du droit constitutionnel qui se veut normative. Pour contester cet *a priori* selon lequel la politique serait désormais presque totalement enserrée par les normes juridiques, M. Avril fera de l'essor de la jurisprudence un argument justifiant de porter son regard sur la pratique. Ainsi, il avance l'hypothèse que, si les règles non écrites n'ont « *jamais été aussi vivaces que sous la V^e République* »²⁸, c'est peut-être conséquemment à la juridicisation du droit constitutionnel. Il est vrai que l'idée selon laquelle le nombre de conventions aurait augmenté avec la juridictionnalisation est difficile à prouver. Il demeure que le juge ne peut pas tout contrôler. D'autre part, l'instauration et le développement d'un contrôle de constitutionnalité ont pu inciter les acteurs politiques, notamment les parlementaires, à agir par le biais de conventions, ceci afin d'éviter une potentielle censure de leur règlement intérieur, comme ce fut le cas avec les questions d'actualité au Gouvernement. Le développement de la jurisprudence ne signifie donc pas que la politique soit désormais totalement maîtrisée par le droit mais cela démontre au contraire que cette idée n'est qu'un idéal. Paradoxalement, l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois confirme que le droit constitutionnel est plus que jamais un droit politique, c'est-à-dire, selon la lumineuse formule d'Eugène Pierre, que « *ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent* »²⁹.

En dévoilant l'existence des conventions, le Pr. Avril démontre qu'il existe d'autres phénomènes normatifs que la jurisprudence et que les constitutionnalistes peuvent les étudier en tant que juristes.

²⁷ Pierre Avril, « "Une survivance" : Le droit constitutionnel non écrit ? », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 3-13, reproduit in Pierre Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, op. cit., p. 125.

²⁸ *Ibid.*, p. 125.

²⁹ *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 6^e éd., 1924, réédition, préface de Michel Ameller, avant-propos de Pierre Avril et Jean Gicquel, Paris, Éditions Loysel, 1989, p. V.

II – L'étude en tant que juriste du fonctionnement effectif des institutions politiques

La convention apparaît *a priori* comme un instrument conceptuel particulièrement pertinent pour les juristes, notamment les juspolitistes, qui ne se retrouvent pas dans le néo-constitutionnalisme et qui privilégient une approche institutionnelle de leur objet d'étude. Le propos doit être nuancé car si la notion répond en effet aux principaux postulats du droit politique (A), il n'est toutefois que partiellement utile pour leurs travaux (B).

A – Une notion répondant aux principaux postulats du droit politique

Les conventions intéressent particulièrement les auteurs qui se réclament du droit politique, que l'on songe aux fondateurs du mouvement doctrinal – les Professeurs Denis Baranger, Olivier Beaud, Armel Le Divellec et Carlos-Miguel Pimentel – qui ont certainement été influencés par la pensée de M. Avril. Si l'on étudie les postulats autour desquels se rassemblent les juristes ayant des affinités intellectuelles avec ce mouvement doctrinal, la notion de « convention » apparaît *a priori* comme un outil de prédilection. Dans la présentation qui est faite de *L'encyclopédie du droit politique*, il est indiqué que « *le projet est né d'une volonté de comprendre le droit constitutionnel à la lumière de sa pratique, de son histoire, de son soubassement philosophique, en un mot, de cette culture qui seule lui donne son véritable sens* »³⁰. La convention se présente comme un instrument particulièrement propice à une telle entreprise. Puisqu'elle permet de relativiser l'importance de la jurisprudence en droit constitutionnel, on comprend qu'elle puisse être utile pour renforcer la « *résistance épistémologique* »³¹ du droit politique face au « néo-constitutionnalisme ». Elle permet notamment de questionner le tournant contentieux de la discipline du droit constitutionnel jugée par les auteurs du droit politique comme étant « *intellectuellement stérilisante pour saisir les questions constitutionnelles* »³², mais aussi la réduction de son objet d'étude à la jurisprudence et une approche exclusivement normative de la Constitution.

Selon M. Le Divellec, « *l'un des préalables à une approche du droit constitutionnel comme droit politique [...] est sans doute épistémique : il s'agit de récuser le postulat selon lequel la véritable scientificité passerait par la distinction radicale entre les sphères de l'être et du devoir-être, que le droit n'existerait (ou ne pourrait être pensé) que dans la seconde et*

³⁰ Présentation de *L'encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <https://droitpolitique.com/page/presentation>

³¹ Alexandre Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrétiste. Questions de méthode », *R.D.P.*, n°4, 2016, p. 1139.

³² Armel Le Divellec, « Le droit ressaisi par le politique ? », *Nonfiction.fr*, 6 janvier 2011, entretien disponible en ligne : <https://www.nonfiction.fr/article-4108-jus-politicum-le-droit-ressaisi-par-la-politique.htm>.

que le droit s'expliquerait uniquement lui-même par le droit »³³. Or, l'importation par Jean Rossetto ou Pierre Avril des conventions dans le discours se justifiait notamment par la volonté de dépasser cette dichotomie entre l'être et le devoir-être, de « s'efforcer de penser ensemble le droit et son application »³⁴. La notion permettrait ainsi de ne pas tomber dans ce « piège » pour la science constitutionnelle qu'est le « juridisme », c'est-à-dire « dans l'étude et fabrication du droit pour le droit »³⁵. La plupart des juspolitistes se retrouvent sur ce postulat, peut-être « le plus fondamental », selon lequel « il est nécessaire, indispensable même, de penser de manière relationnelle être et devoir-être, réalité et norme juridique, de les mettre en relation, d'admettre ce lien au moins en tension, éventuellement de manière dialectique »³⁶.

Dépasser la dichotomie de l'être et du devoir-être justifie que les juspolitistes ne se contentent pas d'une approche normativiste du droit, mais qu'ils s'autorisent à appréhender des « faits » « porteurs de valeurs »³⁷. Ces faits, que l'on a parfois appelés (et souvent « sans trop d'élaboration théorique ») des « faits normatifs », selon M. Baranger, « ne sont pas justiciables de la même ontologie que ceux appréhendés par les sciences de la nature »³⁸. « Les normes juridiques ne sortent pas du néant », écrit M. Mouzet qui ajoute que « si le droit gouverne ou exige des comportements, les comportements façonnent aussi le droit »³⁹. Ces faits démontrent ainsi « qu'il existe des formes variées de normativité », des principes et règles non écrits qui sont « tout autant (et parfois plus) importants que les règles formelles »⁴⁰. Les juspolitistes peuvent alors démontrer que « le phénomène du pouvoir possède une autonomie irréductible »⁴¹. Ce faisant, la notion de « convention » permet aux juspolitistes de « repolitiser » le droit constitutionnel, encore une autre ambition des fondateurs du droit politique.

³³ Armel Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n°6, 2018, p. 101.

³⁴ Pierre Avril, « Roger Pinto ou le droit sans rivage », *R.F.D.C.*, 2006, pp. 221-223, reproduit in Pierre Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, *op. cit.*, p. 148.

³⁵ Denis Baranger, « “Le piège du droit constitutionnel”. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Juspoliticum. Revue de droit politique*, n°3, 2009.

³⁶ Armel Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *op. cit.*, p. 102.

³⁷ Denis Baranger, « Avant-propos », in Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. XVI.

³⁸ *Ibid.*, p. XVI.

³⁹ Pierre Mouzet, *La science constitutionnelle. Études de droit français. Tome 1 : la constitutionnalité*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2026, p. 11.

⁴⁰ Armel Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *op. cit.*, p. 102.

⁴¹ Denis Baranger, « Avant-propos », in Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. XVII.

Les juspolitistes mettent également en avant l'interdisciplinarité : « *le droit politique [...] se doit d'être un objet de dialogue entre juristes, philosophes, historiens et politistes* »⁴². L'instrument « convention » favorise le décloisonnement disciplinaire. L'histoire, par exemple. En se fondant uniquement sur les normes juridiques pour analyser le droit constitutionnel, la majorité des constitutionnalistes aurait tendance à délaisser l'histoire constitutionnelle ou l'histoire des idées politiques. Pour M. Avril, la Constitution réelle s'identifie d'abord, *a priori*, à travers l'acte souverain initial et elle s'observe aussi, *a posteriori*, « *en intégrant la jurisprudence qui précise la portée des dispositions édictées par l'acte initial à l'occasion du contentieux de leur application, ainsi que les normes conventionnelles qui naissent de l'exercice des pouvoirs que ces dispositions attribuent et règlementent* » : autrement dit, poursuit-il, « *l'acte fondateur est en même temps le début d'une histoire* »⁴³. Parce qu'elle se constate *a posteriori*, la Constitution « *est le produit d'une histoire dont elle intègre l'expérience* »⁴⁴. Pour autant, précise M. Avril, la Constitution « *n'est pas déclarative d'un héritage* », elle est « *d'abord une ouverture sur l'avenir, le déclenchement d'une création continue, dans laquelle les conventions tiennent une place essentielle en incorporant l'expérience grâce à la force du précédent réussi* »⁴⁵. Le Pr. Baranger a pu écrire que « *la doctrine des conventions de la constitution envisage [le rapport entre Constitution écrite et pratique constitutionnelle] sous une forme flexible et respectueuse de la contingence de la vie institutionnelle* ». Et d'ajouter : « *la constitution appliquée est le résultat de l'histoire* »⁴⁶. Étudier la Constitution en tenant compte des conventions, c'est étudier l'histoire de la volonté politique dont les règles conventionnelles sont la cristallisation. Le droit constitutionnel ne peut donc pas être appréhendé à partir des seuls textes, il est nécessaire notamment de recourir « *à des sources de plus en plus délaissées* »⁴⁷ par la doctrine dominante, tels les discours des acteurs institutionnels. Ces derniers permettent d'appréhender du mieux possible la volonté des acteurs qui a façonné la Constitution réelle.

Cela ne signifie pas pour autant que la notion de « convention » conduit à un syncrétisme des méthodes. On pense notamment à une critique que l'on pourrait adresser aux

⁴² Présentation de *L'encyclopédie de droit politique*, disponible en ligne : <https://droitpolitique.com/page/presentation>

⁴³ Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution...*, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁶ Denis Baranger, *La Constitution. Sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2nd éd., 2026, p. 339.

⁴⁷ Renaud Baumert, « En relisant Pierre Avril, "Penser le droit politique" (2018) », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, n°24, 2020, p. 109.

juristes étudiant le droit constitutionnel sous le prisme de la volonté politique : faire de la sociologie. Appréhender le droit constitutionnel à l'aune des conventions implique sa subjectivisation car ce n'est plus « *la règle prise en elle-même qui compte, c'est la façon dont elle est comprise et la façon dont ses interprétations se confrontent dans le cadre du débat public* », écrit le Pr. Pimentel⁴⁸. Par exemple, le Pr. Le Pillouer considère que, « *si on s'efforce d'analyser ce que pensent les acteurs politiques, en effet, on fait du droit politique une branche de la sociologie du droit et une sous-branche de la sociologie en général* »⁴⁹. Cela impliquerait que les juristes se fassent aussi sociologues, donc qu'ils utilisent des instruments ou des méthodes qu'ils ne sont pas certains de maîtriser. Mais, comme le précise M. Pimentel, c'est ce que les acteurs pensent *d'après ce qu'ils disent* qui est étudié, autrement dit leurs discours et non pas leur pensée profonde : ce matériau empêche le constitutionnaliste de verser dans la sociologie ou la psychanalyse. L'interdisciplinarité souhaitée par les auteurs du droit politique n'implique donc pas nécessairement ce syncrétisme des méthodes.

La notion de « convention » apparaît ainsi comme un outil d'une véritable praticité pour nourrir les réflexions du droit politique mais il faut nuancer car l'on observe qu'il n'est que partiellement utile aux travaux de ce mouvement doctrinal.

B – Une notion partiellement utile aux travaux du droit politique

La convention, pour Jean Rossetto et Pierre Avril, est le fruit d'une décision interprétative des acteurs institutionnels qui font nécessairement acte de volonté lorsqu'ils appliquent les textes. Toute convention repose pour le Pr. Avril sur « *sur une interprétation de la norme pertinente en fonction du contexte de son application* »⁵⁰. Que la convention soit interprétative ou créatrice, elle est toujours pensée par rapport au texte, « *ce qui varie est l'importance de la création par rapport à l'énoncé* »⁵¹. Une telle conceptualisation place la règle conventionnelle dans une situation de dépendance vis-à-vis de la Constitution formelle, elle ne serait que son « *ombre portée* »⁵². Elle apparaît à M. Baranger comme « *une norme secondaire, ou pourrait-on dire une norme-miroir, qui spécifie le sens à donner, dans un certain contexte politique, à la disposition écrite qui constitue l'énoncé primaire devant être*

⁴⁸ Carlos-Miguel Pimentel, « Le droit constitutionnel non écrit », *Droitpolitique.com*, 22 septembre 2010, séminaire 02 disponible en ligne : <https://droitpolitique.com/publications/seminaire/22/seminaire-2-le-droitconstitutionnel-non-ecrit>.

⁴⁹ Arnaud Le Pillouer, « Le droit constitutionnel non écrit », *op. cit.*

⁵⁰ Pierre Avril, « Coutumes constitutionnelles et conventions de la Constitution », in Michel Troper, Dominique Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2012, t. 1, p. 399.

⁵¹ *Ibid.*, p. 399.

⁵² Félicien Lemaire, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *op. cit.*, p. 515.

interprété »⁵³. Les interprétations conventionnelles ne se déploieraient qu'à l'intérieur d'un « cadre » de significations que représente la Constitution formelle. N'étant qu'une règle d'interprétation des textes, elle ne peut pas modifier la forme constitutionnelle mais seulement le fond du droit : ce schéma de pensée témoigne pour M. Beaud d'un maintien de « *la traditionnelle supériorité du droit écrit sur le droit non écrit* »⁵⁴. Ainsi, M. Avril ne serait pas « *allé jusqu'au bout de son entreprise de réhabilitation de la dimension politique du droit constitutionnel* » et se serait « *arrêté à mi-chemin de sa démonstration* » en présentant les conventions comme étant seulement des règles politiques et non pas des règles juridiques⁵⁵. Pour Mme Altwegg-Boussac, l'ouvrage de M. Avril « *paraît manquer son objectif qui était de renverser le "primat du droit écrit"* »⁵⁶.

M. Baranger observe également que si la convention a le mérite de saisir un type de réalité spécifique tout à fait distinct de celui de la coutume, elle a aussi selon lui « *le défaut d'avoir été inventée pour placer ces phénomènes en dehors du cadre juridique* »⁵⁷. Albert Venn Dicey a en effet conceptualisé les conventions de la Constitution pour exclure certains phénomènes politiques du droit strict. La notion étant importée dans le discours français sans adaptation de la part du Pr. Avril, il a transporté avec lui ce « défaut ». Alors que son ambition est résolument réaliste puisqu'il cherche à démontrer l'existence et l'importance des règles non écrites, il demeure influencé par le kelsenisme. Ainsi, la convention ne serait pas une norme juridiquement valide puisqu'elle ne serait pas sanctionnée par le juge mais seulement une norme politique. Or, Mme. Marcia Chevrier posait la question suivante : puisque « *l'interprétation de la Constitution est une activité juridique lorsqu'elle est exercée par le juge, pourquoi ne le serait-elle pas lorsqu'elle l'est par les autres organes ?* »⁵⁸.

Également, M. Mikhaïl Xifaras objectait que les mots de « coutume » et de « convention » auxquels recourent fréquemment les juspolitistes ne seraient pas les plus appropriés pour rendre compte de cette « *zone grise* » qui caractérise le droit constitutionnel et

⁵³ Denis Baranger, *La Constitution. Sources, interprétations, raisonnements*, op. cit., p. 335.

⁵⁴ Olivier Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle... », op. cit., p. 74.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁶ Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, op. cit., p. 330.

⁵⁷ Denis Baranger, « Avant-propos », in Manon Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, op. cit., p. XX.

⁵⁸ Marcia Chevrier, *La première décennie de la Cinquième République. Contribution à une théorie de la concrétisation non juridictionnelle de la Constitution*, préface de Denis Baranger et Olivier Beaud, Paris, L.G.D.J. Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », p. 195.

qui existe entre le fait politique et la norme juridique⁵⁹ : les juristes, soucieux de montrer qu'ils ne sont pas des sociologues ou des philosophes vont puiser leur vocabulaire dans la « *grande boîte à outils de la dogmatique juridique* » pour montrer qu'ils « parlent » et « font » le « *langage du droit* ». Pour autant, le vocabulaire de la dogmatique juridique ne serait pas nécessairement utile selon M. Xifaras qui pense qu'il faudrait « *essayer de rendre compte de ces zones grises autrement qu'en termes dogmatiques* »⁶⁰. On retrouve chez M. Jean-Marie Denquin cette idée similaire selon laquelle la notion de « convention » serait utilisée par les juristes pour « juridifier » des phénomènes qui ne relèvent pas du domaine du droit. Le droit politique, selon M. Denquin, touche des problématiques qui ne concernent pas nécessairement le droit mais on va quand même, selon lui, « *baptiser ça avec des noms édifiants pour faire croire que les juristes ont quelque chose à voir dans la question* ». Et de conclure : « *mais je crois qu'ils n'ont rien à voir dans la question parce qu'on n'est pas dans le domaine du droit* »⁶¹. Que ce soit la critique de M. Xifaras ou celle de M. Denquin, elles paraissent ne relever que du *credo*. En d'autres termes, si des juristes « croient » qu'il est pertinent d'analyser la pratique politique à l'aune de la convention, ces deux auteurs « croient » à l'inverse que ça ne l'est pas. Enfin, pour le Pr. Daugeron, la théorie des conventions – celle du Pr. Pierre Avril – « *se borne à légitimer une certaine manière d'appliquer ou d'ignorer la Constitution et à donner l'illusion que les constitutionnalistes disposent d'une théorie pour rendre compte d'un phénomène qui, en réalité, leur échappe quand ils récusent l'analyse réaliste, et trouver un fondement à ce qui n'en a pas* »⁶².

In fine, même si son utilisation demeure relativement marginale et que certains juspolitistes doutent de sa pertinence, la notion de « convention » a cependant ce mérite d'avoir démontré la fécondité d'une approche institutionnelle du droit constitutionnel français.

⁵⁹ Mikhaïl Xifaras, « La Constitution est-elle une norme ? », *Droitpolitique.com*, 14 juin 2010, séminaire 01BIS disponible en ligne : <https://droitpolitique.com/publications/seminaire/21/seminaire-1bis-la-constitutionest-elle-une-norme>.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Jean-Marie Denquin, « Le droit constitutionnel non écrit », *Droitpolitique.com*, 22 septembre 2010, *op. cit.*

⁶² Bruno Daugeron, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., coll. « Thémis », 2023, p. 74.