

De l'importance des formes non écrites dans la culture constitutionnelle et, en particulier, des principes de retenue et de coopération loyale

Marie-Claire Ponthoreau

Professeur de droit public

Université de Bordeaux

(C.E.R.C.C.L.E.)

La force d'une Constitution ne tient pas uniquement à la qualité de son écriture, ni à la clarté de ses dispositions normatives. Elle repose aussi, et peut-être surtout, sur l'adhésion qu'elle suscite, l'interprétation qu'en donnent les institutions, et les usages qui en découlent dans la pratique. Or, cette adhésion est indissociable de ce que l'on appelle la culture constitutionnelle, un ensemble de représentations, de valeurs, d'habitudes et de comportements ancrés dans les institutions et la société. En ce sens, il n'y a pas de respect des principes portés par la constitution sans une culture de la Constitution. L'objectif de notre réflexion est de mettre en évidence qu'une culture de la constitution dépourvue d'une dimension invisible -portée par des principes implicites et structurants- est exposée à un risque de désagrégation. Notre approche ne sera pas comparative, mais elle s'appuiera sur des exemples étrangers pour étayer notre questionnement de théorie constitutionnelle. D'une part, notre ambition est surtout de déplacer le curseur de l'analyse, du texte vers le contexte (principalement institutionnel et politique), entendu comme révélateur d'une culture (ou pratique) constitutionnelle. D'autre part, le défaut de culture de la constitution, entendu comme le non-respect de principes implicites et structurants, constitue un problème constitutionnel à part entière quel que soit le système institutionnel visé. L'exemple états-unien montre bien que le prisme jurisprudentiel - n'appréhender et ne préserver la Constitution que par la Cour suprême- s'avère contreproductif tant pour comprendre l'effondrement actuel des contre-pouvoirs que pour sauvegarder ce qui peut encore l'être de la doctrine du constitutionnalisme.

Au cours des deux dernières décennies, le droit constitutionnel comparé a connu une transformation profonde. Il s'est progressivement éloigné d'une approche centrée sur les seules structures institutionnelles envisagées isolément, pour accorder une attention croissante aux relations entre acteurs constitutionnels. Dans ce contexte, la théorie de la *collaborative constitution* proposée par Aileen Kavanagh offre un cadre particulièrement influent (*The Collaborative Constitution*, CUP, Cambridge, 2023). Plutôt que d'opposer les juges et le législateur dans une lutte pour la suprématie, cette approche invite à repenser le constitutionnalisme comme une œuvre partagée. La protection des droits, dans cette perspective, n'est pas confiée à une institution unique, mais résulte de l'interaction continue entre une pluralité d'acteurs, chacun exerçant un rôle distinct mais complémentaire. Ce déplacement a des conséquences importantes. Il met au premier plan non seulement le pluralisme institutionnel, mais aussi un ensemble de normes relationnelles — respect mutuel,

réciprocité, *comity* — censées orienter le comportement des acteurs constitutionnels. En ce sens, la constitution collaborative semble étroitement liée à ce que de nombreuses traditions constitutionnelles désignent comme un principe de coopération loyale.

Cette recherche qui a connu un certain succès à l'international, permet d'attirer de nouveau l'attention sur les formes constitutionnelles non écrites, mais surtout de s'interroger sur l'articulation de ces formes non écrites avec la culture constitutionnelle. Les formes non écrites — pratiques, conventions, normes implicites — ne sont pas périphériques, mais *structurantes du constitutionnalisme*. En particulier, s'intéresser aux formes non écrites de la constitution revêt une importance particulière à l'heure où certaines démocraties libérales connaissent un basculement vers des formes dites illibérales. Si les éléments formels du droit constitutionnel — procédures, composition des organes, par exemple — peuvent être amendés ou contournés par une majorité conjoncturelle, les principes implicites et les habitudes de loyauté sont, en principe, plus résistants à l'érosion immédiate. Pourtant, leur caractère non codifié ne les rend pas invulnérables : une action politique autoritaire peut progressivement altérer, voire détruire, ces fondations invisibles du constitutionnalisme, en sapant la culture de la modération, du respect mutuel, ou de l'indépendance des contre-pouvoirs. Ainsi, l'analyse des formes non écrites offre une clé précieuse pour comprendre la fragilisation interne de certains régimes constitutionnels, au-delà de leur seule façade normative. Elle oblige à penser le constitutionnalisme comme un équilibre vivant, inscrit autant dans les textes que dans les pratiques et les représentations partagées.

Pour développer cette hypothèse, je procéderai en deux temps : d'abord, identifier la culture constitutionnelle pour l'articuler ensuite avec les principes de retenue institutionnelle et de coopération loyale.

I. Les formes non écrites comme clé de la culture constitutionnelle

Pour comprendre le rôle des formes non écrites, il faut d'abord clarifier ce que recouvre la notion de culture constitutionnelle, dont la complexité tient à sa pluralité de dimensions. La culture constitutionnelle est une notion élaborée par la doctrine pour dépasser une vision purement normative de la constitution. D'autres pourraient avancer qu'elle sert à décrire la réalité constitutionnelle. Elle renvoie à la fois à un méta-concept, à un instrument de la boîte à outils du comparatiste ou, plus spécifiquement, à une pratique institutionnelle. Les trois couches de significations se superposent, voire se recoupent dans le discours des constitutionnalistes, et les formes non écrites y contribuent.

A. Culture constitutionnelle comme concept composite

Contrairement aux normes juridiques, la culture constitutionnelle présente trois caractéristiques. D'abord, elle est diffuse. Ainsi, dans la conscience collective, une place privilégiée n'est-elle pas faite à la République, voire même à l'Etat ? Que les Français soient attachés aux valeurs républicaines¹, c'est peu contestable, et même qu'ils croient en l'Etat plus qu'en la constitution. Des notions concurrentes ou complémentaires, voire combinées, se

¹ L'adoption en 2021 d'un texte de loi en vue de conforter « le respect des principes de la République » montre tout au moins l'attachement des pouvoirs publics et en particulier de la représentation nationale : loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043964778>

manifestent et laissent penser qu'il y a une culture constitutionnelle, mais dont les représentations sont floues.

Il y a toutefois des représentations qui s'imposent dans la conscience collective qui peuvent s'appuyer sur des symboles présents dans la constitution. Il y a toujours une interconnexion entre texte et au-delà du texte. On observera ainsi que la Constitution française n'a pas de force symbolique en elle-même mais c'est bien la République qui a ce pouvoir symbolique. Il suffit de penser aux funérailles nationales de Samuel Paty, visage de la République. Nous ne parlons pas des ennemis de la constitution mais des ennemis de la République ; d'ordre républicain et non pas ordre constitutionnel. En France, certains textes se substituent même à la Constitution dans le cadre de ces représentations. Outre la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, Yves Gaudemet a pu écrire à l'occasion du bicentenaire du Code civil : « *Le Code est une constitution civile parce qu'il n'est pas –pas seulement et pas exhaustivement- un code de droit civil, mais bien un Code de la société civile, pour structurer celle-ci, la révéler à elle-même, l'organiser et la consolider* » (in « Le Code civil, 'constitution civile de la France' » 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 298-299).

Ensuite, la culture constitutionnelle reste difficilement identifiable : elle présente différentes facettes comme en témoigne le cas français. Toutefois, l'exemple français est-il transposable ? Dans d'autres cas, d'emblée, une identification est immédiate : il suffit de penser à la Constitution américaine de 1787 ou la Loi fondamentale allemande de 1949. Cette identification immédiate ne signifie pas pour autant que la culture constitutionnelle se réduit au texte, ni même que la culture constitutionnelle soit plus facilement identifiable, disons qu'elle semble plus évidente et qu'elle s'impose comme une culture de la Constitution.

Enfin, elle varie selon les groupes sociaux. Selon les perspectives et les compétences, on ne voit pas la même chose. Autrement dit, la reconnaissance par les citoyens d'une culture constitutionnelle n'est pas celle des gouvernants, le rapport au pouvoir n'étant pas le même. Grossièrement, nous pouvons avancer que les citoyens sont avant tout tournés vers leurs droits. Dans cette contribution, c'est toutefois la culture constitutionnelle des gouvernants qui sera principalement examinée.

En somme, nous sommes face à un puzzle conceptuel. Une myriade de notions nous renvoie à l'intériorisation d'une culture constitutionnelle défendant une vision libérale de la démocratie et passant par une pratique loyale et modérée du pouvoir, manifeste d'une fidélité à la constitution : loyauté, fair-play, modération, fidélité se côtoient, voire se recoupent sans être équivalentes. Dans la tradition britannique, largement analysée par la doctrine (notamment Dicey), les conventions constitutionnelles regroupent ces différentes notions et présentent les conventions comme des règles non juridiques qui encadrent l'exercice du pouvoir. Elles sont définies comme des règles déterminant la manière dont les pouvoirs discrétionnaires des gouvernants doivent être exercés.

Deux observations pour terminer : d'abord, l'emploi de la notion oscille entre descriptif et normatif. C'est vrai tant de la notion de culture constitutionnelle que des différentes notions et principes évoqués. Le méta-concept est un pont entre réalité et théorie constitutionnelles. Pour qu'un concept soit véritablement opératoire mieux vaut avoir une corde de rappel dans le droit positif. Le risque toujours présent est de voir plus que la réalité n'offre et de transformer une pratique en un idéal principal.

Dans la théorie du droit comparé, les « fuzzy concepts » sont souvent mobilisés pour leur puissance d'interrogations malgré leur manque de précision. Précisément, c'est parce qu'ils sont flous et susceptibles de recouvrir des réalités hétérogènes qu'ils peuvent mieux aider à appréhender des réalités changeantes et complexes. En mobilisant cette idée de « culture constitutionnelle », il s'agit aussi de s'interroger différemment et de chercher à échapper à l'emprise du formalisme juridique sur la recherche en droit constitutionnel. C'est une manière de voir à quel point le droit positif et les structures constitutionnelles présentent des limites pour créer les conditions favorables à l'épanouissement du constitutionnalisme. Trop souvent, le discours constitutionnel reste centré sur le texte écrit, sur ses articles et ses formulations, comme si ce texte contenait à lui seul l'ensemble des principes structurant la vie institutionnelle et démocratique. Or, le constitutionnalisme dépend autant des comportements des acteurs que des formes constitutionnelles elles-mêmes.

B. Culture constitutionnelle comme contexte

Les comparatistes constitutionnalistes ont manifesté un intérêt pour la culture constitutionnelle comme contexte parce qu'ils ne peuvent, quoi qu'il arrive, prétendre aborder les problèmes juridiques de la même manière que les juristes nationaux. Précisément, la mise en situation a pour objectif d'atténuer les effets de distorsion. Les comparatistes font parfois un usage commode, voire paresseux, du contexte qui vise à produire un effet de réel autour de l'objet de recherche. L'intérêt envers la culture constitutionnelle permet de réunir les deux composantes de tout système juridique : d'un côté, sa partie visible, en d'autres termes, les éléments structurels que sont les concepts et institutions et, de l'autre, sa partie invisible ou, du moins plus difficilement perceptible, c'est-à-dire les éléments culturels, notamment la manière de concevoir le droit et de raisonner en droit. L'approche culturelle conduit le juriste à porter son attention sur les éléments autres que les normes de manière à saisir en profondeur les règles de droit ou, pour reprendre l'heureuse formule de Rodolfo Sacco, « *la dimension muette du droit* » (voir sur l'importance des contextes et le nécessaire effort de contextualisation de la part des constitutionnalistes comparatistes, M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, 2^e éd., 2021, en part. pp. 83 et suivantes).

De plus, les cultures constitutionnelles vont souvent de pair avec les modèles constitutionnels qui offrent une représentation de la réalité : souvent une réduction de la réalité au contraire des cultures constitutionnelles qui sont vivantes puisqu'elles existent dans un contexte qui entoure le texte constitutionnel et donnent une vision en profondeur. Elles assument d'abord, une fonction cognitive en permettant de mieux cerner par contraste ce qui caractérise ici les cultures constitutionnelles en France et ailleurs ; et ensuite une fonction critique en fournissant des arguments à l'appui de la dénonciation de certaines faiblesses en particulier du cas français et pour essayer de les dépasser (pour une mise en application de cette fonction critique, voir notre conclusion).

C. Culture constitutionnelle comme pratique institutionnelle

Parmi les différentes facettes de la culture constitutionnelle, celle de la « pratique » fait spécifiquement ressortir la forme non-écrite et l'aspect évolutif et vivant en lien avec le rôle des gouvernants, des juges, voire des réformes institutionnelles. Comme le montre Aileen Kavanagh, les constitutions contemporaines reposent sur « *des normes non écrites qui encadrent et structurent le comportement politique* », constituant ainsi le « *câblage invisible* »

du système constitutionnel qu'il se fonde ou non sur une constitution écrite (p. 8). De manière plus large, toute interprétation d'une constitution (sous-entendue écrite) repose en réalité sur des idées non écrites, qui sont au cœur des conflits constitutionnels. L'attention portée à ces éléments permet de mieux cerner la manière dont les constitutions vivent, évoluent, s'enracinent ou au contraire se délégitiment. Comme le dit si bien, le grand constitutionnaliste américain, Laurence H. Tribe, « *la constitution visible flotte nécessairement dans un vaste, profond –et surtout invisible- océan d'idées, de propositions et de souvenirs remontés à la surface* » (L.H. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 9).

La culture constitutionnelle comme pratique permet de comprendre que le constitutionnalisme repose moins sur des règles que sur des comportements intériorisés. De nombreux auteurs anglo-saxons soulignent ainsi que la culture constitue non pas un élément accessoire, mais la condition même de possibilité du droit constitutionnel, en ce qu'elle fonde la confiance et l'adhésion nécessaires au fonctionnement du *Rule of Law* (P. Kahn, « The Constitution and United States' Culture »). Autrement dit, la culture constitutionnelle n'est pas un simple contexte : elle est une condition de validité du droit constitutionnel. Ainsi, la constitution ne fonctionne que parce qu'elle est crue, acceptée et intériorisée par les acteurs. Une notion clé apparaît : la confiance. Elle peut être déclinée de différentes manières : la confiance dans les institutions ; la confiance dans les juges ; la confiance dans l'impartialité du droit. Sans cette confiance, les règles constitutionnelles perdent leur autorité. Les pères fondateurs de la Constitution américaine de 1787 y avaient pensé. Dans les célèbres *Federalist Papers*, le numéro 51 rédigé par James Madison insiste sur la nécessité des structures constitutionnelles pour protéger contre les vices humains. Madison affirme aussi que le gouvernement républicain présuppose l'existence de qualités telles que l'estime et la confiance à un degré plus élevé que toute autre forme de gouvernement. Ne pas reconnaître cela reviendrait, selon lui, à accepter que « *rien de moins que les chaînes du despotisme ne pourront nous empêcher de nous détruire et de nous dévorer les uns les autres* ».

Les *Founding Fathers* ont été inspirés par la tradition britannique. Or, dans cette tradition, la constitution est un instrument de limitation du pouvoir : les acteurs respectent spontanément des limites non écrites et s'auto-restreignent dans l'exercice du pouvoir. Mais là, aussi, il peut être question d'un défaut de culture de la constitution quand les juges de la Cour Suprême du Royaume-Uni sont critiqués à propos de l'affaire du Brexit, voire même traités d'ennemis du peuple par certains journaux. Le gouvernement n'a pas été le dernier à manifester son mécontentement à l'égard des juges. Ces éléments permettent de comprendre que la culture constitutionnelle, entendue comme pratique, peut être fragilisée même dans des systèmes réputés solides.

L'important avec les conventions constitutionnelles, c'est l'idée selon laquelle les gouvernants acceptent d'être liés par la constitution. Ce n'est pas tant la forme (écrite ou non) qui compte que l'idée même d'auto-limitation du pouvoir. Cette idée peut être trouvée ailleurs et en particulier en Allemagne (voir la préface de Michael Stolleis, A. Gaillet, *La Cour constitutionnelle fédérale. Reconstruire une démocratie par le droit*, MDD, 2021). En revanche, elle n'a quasiment aucune réalité en France. Certains comportements des gouvernants peuvent témoigner d'une faible intériorisation de la Constitution française. Ainsi, lorsqu'un président de la République, pourtant défini comme son garant, cherche à contourner une décision constitutionnelle, c'est l'idée même d'auto-limitation du pouvoir qui est mise en cause (en autres exemples, la demande du président Sarkozy au premier président de la Cour de cassation de contourner une décision constitutionnelle sur la rétention de sûreté). Dit en d'autres

termes, il n'est pas certain que la Constitution française soit pleinement intériorisée par les gouvernants et, en particulier, l'interprétation donnée par le président de la République en période de cohabitation peut être vue comme un détournement de cette idée puisque le président renforce sa capacité d'empêchement et ne pratique ni la retenue institutionnelle, ni la coopération loyale.

Ces éléments montrent que les principes implicites ne prennent sens qu'à travers leur articulation avec une culture constitutionnelle donnée, laquelle varie profondément selon les systèmes constitutionnels.

II. Culture constitutionnelle et formes non-écrites : modèles d'articulation

Deux principes étroitement liés sont au cœur de la théorie de la *collaborative constitution* : la retenue institutionnelle et la coopération loyale (A). Loin d'être de simples vertus comportementales, ces principes constituent de véritables normes structurantes de l'exercice du pouvoir constitutionnel dans le cadre anglais mais s'articulent différemment dans d'autres systèmes constitutionnels. Précisément, la culture constitutionnelle est déterminante pour comprendre les différentes articulations possibles. Ainsi, trois modèles sont dégagés (B).

A. Les principes de retenue et de coopération loyale : définition et articulation

1) Les principes

La retenue institutionnelle, d'abord, ne se réduit pas à une forme de déférence ou d'abstention. Elle s'entend comme une exigence de modulation et d'ajustement de l'intervention de chaque institution en fonction de sa compétence propre, du contexte décisionnel et du rôle des autres acteurs. En ce sens, elle participe d'une logique de « calibration » du pouvoir, particulièrement visible dans le contrôle juridictionnel. Les juges ne sont ni appelés à se substituer systématiquement au législateur, ni à s'effacer devant lui : ils interviennent de manière située, en tenant compte de la qualité du processus décisionnel démocratique et de la nature des droits en jeu. Cette retenue est ainsi inséparable d'une conception relationnelle du pouvoir, dans laquelle chaque institution reconnaît la légitimité des autres à contribuer à la détermination du sens constitutionnel. Elle permet, en outre, de discipliner le conflit institutionnel, non en le supprimant, mais en le canalisant dans des formes compatibles avec la continuité de l'ordre constitutionnel — ce que Kavanagh décrit comme un passage du *constitutional showdown* au *constitutional slowdown* (p. 110) i.e le choix d'« un ralentissement constitutionnel » plutôt que d'un affrontement, voire un coup d'arrêt - car ce sont des « *affaires retentissantes et points de friction politique particulièrement vifs* » où les différents pouvoirs adoptent des positions irréconciliables sur des principes constitutionnels fondamentaux-.

La retenue institutionnelle constitue une forme de discipline réflexive de l'exercice du pouvoir, qui conduit chaque institution à ajuster son intervention en fonction du rôle et de la compétence des autres. Elle suppose une capacité à limiter volontairement son propre pouvoir, non par contrainte externe, mais au nom du bon fonctionnement de l'ensemble. Elle participe ainsi d'une logique de modération du conflit institutionnel, visant non à le supprimer, mais à le canaliser dans des formes compatibles avec la continuité du système constitutionnel.

De même, la coopération loyale repose sur un ensemble de principes — respect mutuel, réciprocité, civilité, confiance — qui structurent les interactions entre les branches du pouvoir. Il ne s'agit pas seulement d'éviter les comportements de domination ou de contournement, mais de promouvoir une forme d'engagement réciproque dans la réalisation d'un objectif commun : la mise en œuvre de la constitution et la protection des droits. Cette coopération implique également une dimension de soutien mutuel entre institutions, qui se traduit par la reprise, l'ajustement ou le renforcement des positions adoptées par les autres acteurs. Ainsi conçue, la coopération loyale dépasse la simple coordination fonctionnelle : elle exprime une véritable éthique des relations constitutionnelles, fondée sur l'idée que le sens de la constitution émerge d'un processus collectif et continu d'interactions.

Ces deux principes ne doivent cependant pas être envisagés isolément. Sans employer cette expression, Aileen Kavanagh met en évidence un ensemble de « *relational norms* » qui permettent de penser ce que l'on pourrait qualifier de « normativité relationnelle du pouvoir ». L'analyse met, en effet, en évidence l'existence de normes relationnelles entre institutions — telles que la retenue et la coopération — qui participent à la limitation du pouvoir au-delà des seules règles juridiques formelles. Ces deux principes forment les deux pôles d'une même structuration des relations entre acteurs du pouvoir.

2) La dialectique entre la retenue institutionnelle et la coopération loyale

Ces deux principes sont indissociables comme en témoigne leur relation qui s'énonce sous une forme dialectique. La retenue sans coopération conduit à la paralysie tandis que la coopération sans retenue conduit à la domination.

La retenue institutionnelle en constitue la dimension négative, en ce qu'elle impose à chaque acteur de limiter l'exercice de son pouvoir ; la coopération loyale en représente la dimension positive, en organisant les conditions d'un exercice conjoint de ce pouvoir. Leur articulation est essentielle : sans retenue, la coopération dégénère en domination ; sans coopération, la retenue conduit à la fragmentation ou à l'inefficacité du système. La constitution collaborative élaborée par A. Kavanagh repose ainsi sur une dialectique entre autolimitation et engagement réciproque.

A notre avis, cette architecture normative suppose un certain nombre de conditions — notamment une culture constitutionnelle partagée, un minimum de confiance entre institutions et une adhésion commune aux valeurs fondamentales du système. Parmi les normes relationnelles mises en évidence par A. Kavanagh, il y en a une dénommée « *comity* » qui mérite notre attention. Difficilement traduisible en français, l'idée de « fair-play institutionnel » reflète quand même assez bien cette norme relationnelle qui repose sur une éthique de comportement de la part des gouvernants visant à respecter les règles du jeu par un usage modéré du pouvoir. Toutefois, la *comity* ne correspond pas seulement à un comportement respectueux des règles du jeu mais à une structuration des relations institutionnelles. Si la notion de *comity* peut être rapprochée d'une forme de « fair-play institutionnel », c'est à condition de l'entendre comme une exigence de respect, de retenue et de loyauté dans les relations entre institutions et donc comme une norme relationnelle structurante et non comme une simple attitude morale.

La théorie de la constitution collaborative n'est pas purement abstraite : elle s'enracine principalement dans l'expérience constitutionnelle britannique, en particulier dans le cadre du *Human Rights Act* de 1998. Au-delà du modèle dégagé par A. Kavanagh, cette théorie demeure

tributaire de conditions politiques et culturelles. Si ces principes sont communs à tout système constitutionnel libéral, leur nature et leur articulation ne sont sans doute pas similaires.

B. Trois modèles d'articulation entre principes non écrits et culture constitutionnelle

Les principes de retenue institutionnelle et de coopération loyale trouvent un ancrage profond dans la tradition constitutionnelle britannique. Ils s'enracinent à la fois dans la doctrine de la souveraineté parlementaire, qui a historiquement favorisé une culture de retenue judiciaire, et dans une conception relationnelle de la constitution, marquée par l'importance des conventions et des pratiques. Le *Human Rights Act* de 1998 a prolongé cet héritage en instituant des mécanismes d'interaction entre juges et Parlement fondés non sur la hiérarchie, mais sur une responsabilité partagée. Pour rappel, les juges britanniques peuvent interpréter la loi conformément aux droits de la Convention européenne des droits de l'homme (section 3) ou, si cela s'avère impossible, ils rendent une déclaration d'incompatibilité. Cette déclaration n'annule pas la loi, mais redonne la main au Parlement qui a la décision finale. C'est un système fondé sur le respect mutuel et la réciprocité, sans obliger le Parlement à suivre la décision juridictionnelle dans le respect du principe de souveraineté. Ce dispositif offre une illustration particulièrement nette de la notion de *comity* évoquée précédemment : les juges signalent une incompatibilité sans se substituer au législateur.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la théorie de la *collaborative constitution* développée par Aileen Kavanagh. Le succès de sa théorie dans le monde anglo-américain repose sur l'alternative offerte à l'opposition classique entre « constitutionnalisme politique » et « constitutionnalisme juridique », en concevant les institutions politiques et juridictionnelles comme des partenaires dans la production du sens constitutionnel. L'accent est ainsi déplacé des affrontements vers les « *pratiques ordinaires permettant de faire fonctionner des relations constitutionnelles durables* » (p. 12), c'est-à-dire sur le travail quotidien de gouvernement, au cours duquel des questions constitutionnelles surgissent régulièrement et sont résolues de manière consensuelle. Ce travail quotidien met en lumière des acteurs qui « *partagent l'objectif commun de préserver un gouvernement juste dans le respect de la constitution* » (p. 101), sans pour autant éliminer les désaccords.

La question n'est donc pas seulement de savoir si les principes de retenue institutionnelle et de coopération loyale existent dans différents systèmes, mais de déterminer sous quelles formes ils s'y manifestent, et dans quelle mesure ils peuvent être élevés au rang de principes structurants. Le cas britannique montre qu'ils reposent sur un ensemble de facteurs — culture de modération, densité des normes informelles, confiance entre acteurs — qui ne se retrouvent pas nécessairement ailleurs. Dans un système marqué par l'absence de constitution codifiée et la centralité des conventions, la coopération loyale apparaît ainsi comme une norme implicite mais structurante, au fondement même du fonctionnement institutionnel. Les conventions constitutionnelles, bien que dépourvues de force juridiquement contraignante, jouent un rôle structurant dans l'organisation des rapports entre pouvoirs, en instaurant des attentes de comportement fondées sur la confiance et la loyauté institutionnelle et l'adoption du *Human Rights Act* n'a fait que renforcer cette dynamique.

À l'inverse, dans des ordres juridiques plus fortement hiérarchisés, tels que le système français, les relations entre institutions sont davantage encadrées par des règles formelles, et la logique

de séparation des pouvoirs tend à s'exprimer sous des formes plus tranchées. Dans ce cadre, la retenue institutionnelle y prend souvent la forme d'une délimitation stricte des compétences. Cependant, cela n'a rien de systématique, comme l'a montré la cohabitation. Il suffit de penser aux pouvoirs du président de la République et du Premier ministre partagés sans leur fixer de limites respectives. La coopération entre institutions ne constitue pas non plus un principe autonome structurant, mais relève davantage d'une coordination fonctionnelle encadrée par le droit. La cohabitation a précisément révélé les faiblesses de cette coordination (voir le bilan dressé par Olivier Schrameck, directeur de cabinet du Premier ministre, Lionel Jospin, lors de la troisième cohabitation, décrivant une compétition permanente au sein de l'exécutif : O. Schrameck, *Matignon Rive gauche (1997-2001)*, Le Seuil, 2001). Surtout, la Constitution en 1986 n'a pas été interprétée à l'aune de ces deux principes et en cela ils ne sont ni structurants, ni coordonnés. Bien qu'interdépendants, l'institution présidentielle quelle que soit la période cherche toujours à s'imposer face au Premier ministre. Ces principes ne sont pas des normes structurantes de la Ve République. L'exemple au Secrétariat général du gouvernement est révélateur : son action est commandée par les principes de la continuité et de l'impartialité de l'Etat qui ne sont toutefois pas tout à fait équivalents aux principes de retenue institutionnelle et de coopération loyale. Si cette institution contribue à une forme de civilité institutionnelle, elle agit à l'intérieur de l'exécutif. Il s'agit donc, au mieux, d'une forme faible de « *comity* » qui relève davantage d'une culture administrative que d'une culture constitutionnelle de limitation des pouvoirs. Là où les affrontements sont quasiment inévitables en particulier en période de cohabitation « les normes relationnelles » ainsi que les organes de conciliation, voire de sanction, sont quasiment inexistants notamment parce que le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour trancher les conflits entre organes.

Précisément, entre ces deux modèles, l'Italie offre une configuration intermédiaire particulièrement éclairante. Le système italien, fondé sur une constitution écrite et sur l'existence d'une juridiction constitutionnelle forte, n'en développe pas moins une compréhension profondément relationnelle du constitutionnalisme. La pratique de la *Corte costituzionale* témoigne d'une attention constante aux équilibres institutionnels et aux effets de ses décisions sur les autres pouvoirs. Plus encore, la doctrine italienne insiste sur la centralité des relations entre institutions et sur le caractère interactif de la production du sens constitutionnel. Dans cette perspective, la Constitution italienne apparaît comme le produit d'un ensemble de relations dynamiques entre acteurs, plutôt que comme un simple système de compétences hiérarchisées. La Cour constitutionnelle est compétente pour trancher les conflits entre organes et emploie depuis le début des années 1990 le principe de loyale collaboration entre les pouvoirs. Initialement utilisé pour la résolution des conflits inter-territoriaux, ce principe a pénétré la sphère des conflits d'attribution entre pouvoirs.

Trois configurations distinctes se dégagent. Le Royaume-Uni incarne un modèle relationnel fondé sur les pratiques et les conventions, dans lequel la coopération loyale constitue une norme implicite mais structurante. La France représente, à l'inverse, un modèle hiérarchisé, dans lequel la retenue institutionnelle est encadrée par le droit et où la coopération demeure secondaire, voire extrêmement marginale. L'Italie, enfin, combine une forte structuration juridique avec une approche relationnelle des rapports entre institutions. Outre le rôle de la Cour constitutionnelle, la fonction de chef de l'Etat principalement conçue comme un garant neutre dans le système italien s'inscrit pleinement dans cette approche relationnelle des rapports entre organes sans commune mesure avec la fonction présidentielle française.

Dès lors, la portée de la théorie de la *collaborative constitution* apparaît étroitement dépendante des conditions institutionnelles et culturelles dans lesquelles elle s'inscrit. Loin de constituer

un modèle universel immédiatement transposable, elle semble plutôt formaliser une configuration spécifique du constitutionnalisme — caractérisée par un haut degré de confiance institutionnelle et par une valorisation des relations entre pouvoirs.

Pour conclure, les principes de retenue institutionnelle et de coopération loyale révèlent une dimension souvent négligée du constitutionnalisme — celle des conditions culturelles et relationnelles de son fonctionnement. Ils invitent ainsi à déplacer le centre de gravité de l'analyse, du texte vers les pratiques effectives. Dès lors, la réflexion sur la culture non écrite de la constitution prend une portée critique. Elle ne consiste pas seulement à enrichir l'analyse doctrinale, mais à identifier les conditions de possibilité du constitutionnalisme lui-même. Elle conduit à poser une question décisive : que devient la constitution lorsque les pratiques qui la font vivre disparaissent ? Elle pose ainsi, en creux, une autre question centrale cette fois-ci spécifiquement pour la comparaison des droits constitutionnels : des systèmes constitutionnels sont-ils plus propices que d'autres à la coopération loyale entre organes ? Comment penser la coopération entre pouvoirs lorsque les conditions mêmes de cette coopération — confiance, modération, loyauté — sont en voie d'érosion ?

Cette dernière interrogation trouve un écho dans le célèbre « dilemme de Böckenförde ». Celui-ci énonce que « l'État libéral sécularisé vit de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir » (E. W. Böckenförde, « La naissance de l'Etat, processus de sécularisation » in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, Bruylant – LGDJ, 2000, p. 117). Dans le prolongement de ce dilemme, il est possible d'avancer que les conditions de possibilité du constitutionnalisme — notamment la confiance, la loyauté institutionnelle et la modération — échappent en grande partie au droit lui-même. Dès lors, les formes non écrites de la culture constitutionnelle apparaissent non seulement comme structurantes, mais comme fondationnelles : elles constituent ces présupposés extra-juridiques sans lesquels la constitution ne peut fonctionner. Mais elles en sont aussi le point le plus vulnérable, car si certaines peuvent être reconnues, consolidées ou protégées par le juge constitutionnel, aucune norme juridique ne peut à elle seule produire les comportements de confiance, de retenue et de loyauté dont elles dépendent.

Ce qui fait vivre une constitution n'est pas seulement ce qui est écrit, mais ce qui est intériorisé, partagé, et respecté sans y être contraint. Et c'est peut-être là, précisément, que réside aujourd'hui sa plus grande vulnérabilité, mais aussi sa plus grande force : ce n'est qu'une contradiction apparente, *tout dépend de la profondeur de la culture de la constitution*. L'exemple italien suggère ainsi que la profondeur d'une telle culture peut constituer le dernier rempart contre l'érosion des équilibres institutionnels. C'est ainsi que nous interprétons les résultats négatifs du dernier référendum de mars 2026 qui visait en substance à affaiblir le pouvoir judiciaire.