

LA TRADITION, SOURCE OUBLIEE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Aïda Manouguian, Doctorante contractuelle

Centre de Droit Constitutionnel – Université Jean Moulin Lyon III

« Que faire, comment se rapporter à la tradition quand il est acquis aux yeux de tous qu'elle n'est plus l'ombre tutélaire dont l'exemple doit indéfiniment nous surplomber, qu'elle ne représente pas non plus l'héritage maudit avec lequel il s'agit en priorité de rompre, mais qu'elle constitue le lest énigmatique d'une identité que nous cherchons et que nous construisons au travers du devenir ? »¹.

En droit, l'étude de la tradition peut apparaître, sinon provocatrice, du moins surannée. Au conservatisme de Georges Ripert, qui considérait que « tout juriste est un homme du passé »², la doctrine contemporaine a tendance à opposer, de manière apodictique, l'idée selon laquelle « le juriste est surtout un homme du présent, du droit positif »³. Ainsi, Roger Granger observait déjà en 1979 que « la tradition juridique est une notion peu utilisée par les juristes et qui a été peu étudiée en elle-même, fût-ce chez les historiens du droit »⁴.

L'indifférence à l'égard du concept de tradition conduit subséquemment à une indétermination de sa substance. En effet, si la tradition est communément définie comme « une *transmission* (latin *traditio*) d'idées, de pratiques, de comportements, qui s'effectue

¹ M. GAUCHET, « L'école à l'école d'elle-même. Contraintes et contradictions de l'individualisme démocratique », *Le Débat*, 1985, n°37, p. 84.

² C'est-à-dire « un homme qui comprend la valeur du passé, qui connaît le temps nécessaire à l'évolution des institutions et sait qu'il n'y a jamais rien de vraiment nouveau dans le monde », G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 18.

³ R. GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *RIDC*, 1979, n°1, p. 39.

⁴ R. GRANGER, *ibid.*

principalement de façon *non écrite* (geste ou parole), de *génération en génération* »⁵, en matière constitutionnelle, on se trouve en revanche dans une grande perplexité. Qu'est-ce en effet que la tradition *en droit constitutionnel* ?⁶ Si le mot « tradition » fut paradoxalement absent sous la France de l'Ancien Régime⁷, on constate qu'il glisse désormais fréquemment sous la plume de la doctrine et qu'une pléthore d'adjectifs y est associée. On parle ainsi de « tradition constitutionnelle »⁸, de « tradition républicaine »⁹, de « tradition politique »¹⁰. On évoque également la « tradition légicentriste », la « tradition parlementaire », voire, sous la V^e République, la « tradition gaulliste ». Pourtant, en dépit de cette multiplicité de vocables, le concept demeure difficile à appréhender. Souvent nommément désignée, rarement étudiée – à l'exception notable de la tradition républicaine, qui a fait l'objet de nombreuses études doctrinales – la tradition en droit constitutionnel pourrait s'apparenter à une affabulation juridique.

⁵ G. NOIRIEL, « Immigration et traditions politiques », *Pouvoirs*, n°42, 1987, p. 84. De façon plus imagée, Odile Rudelle définit la tradition comme « une sorte de savoir-vivre en commun accumulé par le passé et dont le présent hérite », O. RUDELLE, « La tradition républicaine », *Pouvoirs*, n°42, 1987, p. 31.

⁶ Nous nous attacherons à étudier la tradition *en droit constitutionnel* et non la *tradition constitutionnelle*.

⁷ C'est ce que relève le professeur Philippe Pichot-Bravard dans sa thèse de doctorat, en soulignant que si la tradition reflète « l'esprit qui anime la société française jusqu'à la fin du XVII^e siècle », seuls « les mots "coutume" ou "usages", souvent accompagnés des adjectifs "ancien", "antique" ou "immémorial" » sont employés, Ph. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, 2011, préface F. Saint-Bonnet, p. 79-80.

⁸ La notion de tradition constitutionnelle se retrouve singulièrement en droit de l'Union européenne. En effet, l'article 6 TUE §3 énonce : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Déjà en 1974, la Cour de justice des communautés européennes a considéré que « la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces Etats », CJCE, affaire 4-73, 14 mai 1974, *Nold*.

⁹ V. notamment, Ch. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, P.U.R. n°181, LGDJ, préface E. Picard, 1992, 392 p ; Ch. BRUSCHI, « Quelques considérations sur les sources doctrinales de la tradition républicaine » in *La symbiose de la modernité : République-Nation*, Actes de la Table ronde C.E.R.H.I.P, Aix-en-Provence, 6-7 décembre 1996, PUAM, 1997, p. 103 ; O. RUDELLE, « La tradition républicaine », *Pouvoirs*, n°42, 1987, p. 31 et « La tradition républicaine, champ de bataille de la concitoyenneté », *Pouvoirs*, n°100, 2002, p. 111 ; B. STIRN, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat » in B.Mathieu, M. Verpeaux (sous la direction de), *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 213. M. de VILLIERS, A. LE DIVELLE, « Tradition républicaine » in *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2013, 9^e éd., p. 352.

¹⁰ La tradition politique est définie par Raoul Girardet comme « tout phénomène de permanence à travers le temps d'un système relativement cohérent d'images et de représentations, de souvenirs et de comportements, d'allégeance et de refus », R. GIRARDET, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs*, n°42, 1987, p. 6.

D'autres systèmes juridiques admettent pourtant très largement l'emprise des traditions sur le droit. C'est le cas du droit anglais, au sein duquel, nonobstant le principe de souveraineté parlementaire qui conduit au volontarisme le plus exacerbé¹¹, subsiste une véritable autorité de la tradition juridique à travers le respect du droit coutumier et des précédents. Si des changements s'opèrent, c'est donc dans une continuité, par une constante prise en compte du passé dans l'élaboration de l'avenir. En outre, en droit français, le droit administratif peut paraître plus disposé à penser l'idée de tradition¹², ceci en raison de son caractère fondamentalement prétorien. En ce sens, les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif rappellent bien cette idée de tradition. En droit constitutionnel français, cependant, le doyen Vedel a souligné que le Conseil constitutionnel ne dégage jamais de principes généraux du droit, ces derniers étant toujours fondés sur des textes constitutionnels. A cet égard, les sources dont bénéficient le juge administratif et le juge constitutionnel sont dissemblables, dans la mesure où le droit administratif est jurisprudentiel tandis que le droit constitutionnel ne peut être qu'un droit écrit¹³. Dans ce cadre, il paraît donc normal de ne trouver nulle trace d'étude relative à la tradition en droit constitutionnel, alors même que l'existence de la coutume constitutionnelle, des pratiques politiques ou des conventions de la Constitution ont longtemps fait l'objet – et font encore, quoique plus modestement – de vives controverses doctrinales¹⁴.

¹¹ On pense inévitablement à la célèbre formule de Jean-Louis de Lolme : « *It is a fundamental principle with the English lawyers, that Parliament can do everything, except make a Woman a Man, or a Man a Woman* ».

¹² En ce sens, Edouard Laferrière relevait à propos des décisions du Conseil d'Etat qu'elles « sont d'autant moins changeantes qu'elles se sont toujours inspirées d'un grand respect des *précédents*, et qu'elles ont pour base, lorsque les textes font défaut, les principes traditionnels, écrits ou non écrits, de notre Droit public et administratif », E. Laferrière, « Préface » in *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et C^{ie}, 1887, Tome premier, IX.

¹³ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *Droit administratif. Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 662 et s.

¹⁴ S'agissant de la coutume constitutionnelle, V. notamment, M. EL-HELW, *La coutume constitutionnelle en droit public français*, Paris, Librairie Duchemin, 1976, Préface J. Rivero, 160 p. ; V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, n°3, 1986, p. 87 ; R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 1929, rééd. *RD*, 1979, p. 959 et « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, p. 1 ; J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RD*, 1970, p. ; C. GIROLA, « Les coutumes constitutionnelles », *Mélanges Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, traduction F. Pissard et P. Quaden, p. 9 ; D. LEVY, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel » in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, tome 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 39, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, Avant-propos M. Waline, p. 81, « Les sources du droit constitutionnel » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 207 ; S. RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. A propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La revue administrative*, n°189, 1979, p. 265 ; M.

Afin de comprendre cette nature singulièrement polémogène, il convient de se reporter à l'histoire constitutionnelle française. En effet, c'est un truisme de rappeler que le droit constitutionnel moderne s'est construit en opposition à l'Ancien Régime, lequel reposait sur les coutumes et lois fondamentales du Royaume. La Révolution française marque ainsi l'avènement du volontarisme, le culte du progrès et de la Raison contre la tradition et l'héritage du passé, fer de lance de la Contre-révolution¹⁵. En ce sens, Jean Barbey souligne que la Déclaration de 1789 comme la loi étaient pensées comme une mise en forme par écrit de données préexistantes, lesquelles n'étaient pas fondées sur la tradition, mais sur la Raison¹⁶. Au surplus, et par-delà ce facteur idéal, l'apparition de l'écrit et du formalisme juridique comme exigence du constitutionnalisme fut un facteur important d'éviction de la tradition. A cet égard, il est bien rare de trouver au sein des constitutions françaises passées une référence à cette dernière¹⁷. Sous la V^e République, la tradition, loin d'être écartée, est toutefois solidement présente. Le Préambule de la Constitution de 1958 exprime en effet la volonté d'assurer la permanence des principes et la perpétuation de la tradition constitutionnelle française. Il représente ainsi, comme l'avait souligné le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, « l'une des options les plus essentielles et les plus continues de la tradition constitutionnelle française : celle de la stratification progressive des droits et libertés hérités du passé républicain jointe à la volonté d'assurer leur application combinée »¹⁸. Sa vocation est, comme l'a souligné le professeur Anne-Marie Le Pourhiet, d'« ancrer la V^e République dans la tradition républicaine »¹⁹.

TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n°3, 1986, p. 11 et « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle » in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 309. S'agissant des conventions de la Constitution, le professeur Pierre Avril les définit comme des normes non écrites à caractère politiques et non juridiques, mais qui cependant s'insèrent dans l'ordre constitutionnel, P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

¹⁵ En ce sens, V. G. GENGEMBRE, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution » in M. Troper, L. Jaume (sous la direction de), *1789 et l'invention de la constitution*, LGDJ, 1994, p. 55.

¹⁶ J. BARBEY, « Genèse et consécration des lois fondamentales », *Droits*, n°3, 1986, p. 84.

¹⁷ Le paragraphe VIII du Préambule de la Constitution de 1848 faisait référence à « l'Assemblée nationale, fidèle aux traditions des grandes Assemblées qui ont inauguré la Révolution française ». Désormais, seul le Préambule de la Constitution 1946, inséré dans notre bloc de constitutionnalité, énonce en son alinéa 14 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

¹⁸ *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport du comité de réflexion sur le préambule de la Constitution présidé par Simone Veil, La documentation Française, Paris, 2009, 207 p.

¹⁹ A-M. LE POURHIET, « Touche pas à mon préambule ! », *Le Figaro*, 23 mai 2008.

Si le XX^e siècle fut d'abord marqué par ce que Hannah Arendt a identifié comme une triple crise de l'autorité, de la religion et de la tradition²⁰, le rapport au temps se présente aujourd'hui comme frénétique. Gilles Finchelstein a ainsi dénoncé « la dictature de l'urgence », urgence qui domine l'ensemble de la société. Nous nous trouverions non seulement dominés par un « culte de la vitesse », mais également enfermés dans un « culte de l'instant »²¹. En droit, cette situation se traduit à la fois par une « accélération chronique » du temps juridique²² et par une « conception instantanéiste du droit »²³. Cette situation s'avère pourtant paradoxale, dans la mesure où elle se caractérise par un double mouvement de rejet du passé et d'exhumation de la politique de mémoire. L'importance du devoir de mémoire, à travers la multiplication des commémorations et « lieux de mémoire »²⁴ ainsi que la prolifération des lois mémorielles, reflète une « interdiction d'oublier »²⁵ au moment même où l'histoire est négligée²⁶. En sus de cette exacerbation de la valeur du présent, il est possible d'envisager une exclusion de l'histoire du domaine droit constitutionnel. Le professeur Denis Baranger relève à cet égard que le positivisme juridique et la pensée constitutionnaliste contemporaine ont tendance à envisager la constitution comme une pure norme qui serait « atemporelle, bien plus qu'intemporelle »²⁷ : le droit constitutionnel se situerait alors en dehors du temps.

Parce que la tradition apparaît tant comme un élément inéluctable – la prise en compte du passé étant indispensable à la construction de l'avenir – que comme un frein à la volonté

²⁰ H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, coll. folio essais, 2011, p. 124.

²¹ G. FINCHELSTEIN, *La dictature de l'urgence*, Fayard, 2011, p. 157 et s.

²² D. GUTMAN, « Temps » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1470.

²³ F. OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? » in François Ost, Mark Van Hoecke (sous la direction de), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 7.

²⁴ P. NORA (sous la direction de), *Les lieux de mémoire. I. La République*, Gallimard, 1984, 720 p.

²⁵ D. FONSECA, « La "mémopathie" du législateur français », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, 2013, p. 177.

²⁶ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel. I – L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°3, 2009, en ligne : [<http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>].

²⁷ D. BARANGER, « Temps et constitution », *Droits*, 1999, n°30, p. 59-60.

du politique²⁸, la situation semble aporétique²⁹. L'on peut alors légitimement se demander quelle peut être l'utilité d'une telle étude. S'agit-il pour nous de faire renaître un concept enseveli sous le marbre du progrès ? De réifier un mythe ? D'exhumer le passé ? Rien de tout cela. En effet, il ne sera pas question d'adopter un point de vue axiologiquement déterminé, mais d'établir un constat : celui de l'oubli de la tradition en tant que source du droit constitutionnel. De ce constat, nous souhaitons en établir les causes, et tenter de les surmonter.

Se pose donc la question de l'existence juridique de la tradition. Est-elle une source du droit constitutionnel ? Le cas échéant, quelle est sa place ? Comment peut-elle s'intégrer au droit constitutionnel ? Présentée comme une source impensable (I), il s'agira de soutenir que la tradition est en réalité une source impensée du droit constitutionnel (II).

²⁸ Voir comme une forme de supra-constitutionnalité.

²⁹ Il nous paraît intéressant de noter, à cet égard, que François Gény relevait déjà cette difficulté. Il affirmait en effet que l'aporie de la tradition réside dans le fait que « si, d'un côté, nous sentons bien la puissance de la tradition historique, et que nous ne pouvons pas tenir pour rien les opinions déjà formulées ou appliquées avant nous, de l'autre, et par un sentiment également juste, nous éprouvons la crainte de la routine, et nous avons conscience, que le progrès, en notre science comme dans toutes autres, suppose une critique incessante des matériaux que nous a légués le passé. Tout ceci revient à dire, que la perfection de la connaissance humaine exige le concours de toutes les générations, de celles de l'avenir comme de celles d'autrefois, et que, pas plus que nous ne pouvons faire fi des précédents, pas plus nous ne devons les suivre servilement, et abdiquer toute indépendance à leur égard », F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, LGDJ, 1932, préface R. Saleilles, Tome 2, p. 7-8.

I/ La tradition en droit constitutionnel : une source prétendument impensable

Deux éléments obèrent l'étude de la tradition, tendant à en faire une source impensable du droit constitutionnel. Il s'agit, d'une part, de son éviction théorique (A) et, d'autre part, de sa négation juridique (B).

A) L'éviction théorique de la tradition en droit constitutionnel

Au sein de la doctrine constitutionnaliste, l'option de la tradition n'est pas expressément repoussée : elle n'est pas envisagée. Il convient donc de s'interroger sur les raisons qui conduisent à cette éviction implicite, éviction qui peut se comprendre par l'exposé des principaux présupposés attachés au concept de tradition.

Le premier de ces présupposés consiste à considérer que l'invocation de la tradition révélerait une forme de conservatisme. En ce sens, François Luchaire a pu affirmer que « si la tradition – républicaine ou non – s'imposait au législateur, ce serait le triomphe du conservatisme ! »³⁰. Une telle position, qui tendrait au maintien d'une continuité dans le temps, irait à l'encontre de la nature même du droit³¹, singulièrement du droit constitutionnel, présenté comme instable et en constante mutation³². Partant, la tradition serait un obstacle aux évolutions juridiques : plus qu'un conservatisme, elle constituerait un frein à la volonté

³⁰ F. LUCHAIRE, Note sous CC, 20 juillet 1988, n°88-244 DC, *Recueil Dalloz*, 1989, J. p. 274. De même, s'agissant spécifiquement des opinions dissidentes, le professeur Dominique Rousseau a considéré que « l'argument de la tradition est certainement le moins pertinent », dans la mesure où tout changement suppose de revenir sur une tradition. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des lois n'a été permis que parce que la tradition fut récusée, D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes est-elle souhaitable ? – « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », CCC, n°8, 2000, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-transposition-des-opinions-dissidentes-en-france-est-elle-souhaitable-pour-une-opinion-dissidente-en-faveur-des-opinions-dissidentes.52548.html>].

³¹ En ce sens, Jean Barthélémy et Paul Duez ont considéré que « la doctrine devient inacceptable quand elle prétend qu'une institution est légitime parce qu'elle dure pendant des siècles. Il n'y a pas de prescription contre la justice », J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 69.

³² V. par exemple, E. CARTIER, « Entre validité et effectivité, ruptures et continuités du droit constitutionnel » in G. Koubi, G. Le Floch et G. J. Guglielmi, *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 177 ; Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "constitution civile de la France" » in 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 297 ; B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, 2013, 191 p ; S. PIERRE-CAPS, « Les révisions de la Constitution de la Cinquième République : temps, conflits et stratégies », *RD*, 1998, p. 409 ; G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge » in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777 et « L'inexpérience constitutionnelle de la France » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 2, p. 433.

politique, et, par voie de conséquence, à la démocratie³³. Or, les représentants du peuple qui, conformément à l'article 3 de la Constitution, expriment la souveraineté nationale, ne sauraient se voir limiter, sinon par la Constitution³⁴. Le concept de tradition est donc en contradiction avec la théorie du Contrat social, conceptualisée notamment par Hobbes et Rousseau, qui place le volontarisme au cœur du processus juridique³⁵. Parce que la construction de l'avenir doit être libre et affranchie de l'emprise du passé³⁶, le concept de tradition apparaît donc inopportun. Cette vision révèle cependant une confusion entre le concept juridique de *tradition* et la doctrine du *traditionalisme*. Nous montrerons ainsi, dans la seconde partie de nos développements, qu'une telle conception est largement excessive dans la mesure où la tradition ne conduit pas nécessairement à l'inertie juridique mais peut, au contraire, permettre des évolutions.

Par-delà ce premier présupposé, l'éviction théorique de la tradition s'explique plus fondamentalement par la prépondérance du positivisme juridique, qui « favorise une conception exclusivement formaliste du droit »³⁷. Le droit est envisagé à la lumière du droit positif, c'est-à-dire du présent, et des sources écrites. Cette « pensée de la légalité »³⁸ rend l'étude de la tradition malaisée, voire inepte. Carré de Malberg exclut ainsi le droit coutumier et le droit issu de la tradition de l'ordre constitutionnel, en considérant que « même si les principes de 1789 devaient être considérés aujourd'hui comme ayant conservé leur existence juridique à *titre coutumier et traditionnel*, ils ne sauraient, en tout cas, être qualifiés de principes constitutionnels, ni être envisagés comme des éléments de la Constitution française proprement dite, puisque, par une conséquence même de leur caractère coutumier, ils ne sont

³³ En ce sens, le professeur Olivier Duhamel considère que « le principe de la tradition, qui veut que ce qui a été soit, est aux antipodes du principe démocratique », O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 2011, 2^e éd., p. 47.

³⁴ « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *JORF* du 24 août 1985 p. 9814.

³⁵ Sur ce point, V. notamment M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 221-222 ; S. GOYARD-FABRE, « Contrat social » in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 281.

³⁶ C'est ce qu'exprimaient Joseph Barthélémy et Paul Duez, en considérant que « la tradition ne crée pas le droit et une nation, tout en restant fidèle à ses grands souvenirs, doit pouvoir évoluer dans le sens de la raison et de la liberté, c'est-à-dire dans le sens démocratique ». Par conséquent, « la tradition, fixant la limite sur certains points, peut être écartée par une manifestation de volonté expresse contraire du Parlement », J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 69 et p. 777.

³⁷ E. MAULIN, « Positivisme » in D. ALLAND, S. RIALS Stéphane (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1175.

³⁸ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 86.

point placés au-dessus de la puissance du législateur ordinaire »³⁹. Cette éviction est plus spectaculaire au sein du courant normativiste, qui définit le droit comme un système juridique fondé sur l'ensemble des normes en vigueur. Selon cette doctrine, le droit se situe dans la norme, le devoir-être (*Sollen*), et non dans le fait (*Sein*). L'unique source du droit constitutionnel est donc la Constitution, ce qui a pour conséquence de rendre inadmissible l'existence de la tradition, mais également de l'ensemble du droit constitutionnel non écrit. La difficulté de cette conception réside dans le fait que la tradition peut parfaitement avoir une traduction écrite. C'est par exemple le cas de la tradition républicaine, dont les composantes ont une assise juridique dans la Constitution elle-même⁴⁰. La problématique devient alors inversée, c'est-à-dire qu'on ne se demande pas si la tradition est ou non invocable, mais à quoi servirait une telle invocation en présence de textes consacrant son contenu. Autrement dit, à quoi peut servir la tradition républicaine lorsque la Constitution consacre la République, ses composantes, ses principes, et qu'elle proscriit de modifier la forme républicaine de gouvernement ?⁴¹

Enfin, et ce sera le dernier présupposé, la tradition paraît impensable parce qu'elle n'est pas distinguée des autres sources du droit constitutionnel non écrit. La confusion réside singulièrement dans l'indistinction de la tradition et de la coutume. En ce sens, Denis Lévy relevait que « la doctrine semble ne pouvoir justifier les règles non écrites que par le recours à l'idée de coutume »⁴². Il définit ainsi la coutume comme « le droit prescrivant d'agir selon l'usage, perpétuant la *tradition* »⁴³. Elle « serait tout à la fois *traditionnelle* et non écrite »⁴⁴. De même, le professeur Pierre Avril a considéré que tradition républicaine et coutume sont synonymes⁴⁵. Dans une étude sur la coutume constitutionnelle, le professeur Jacques

³⁹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920-1922, rééd., Dalloz, 2004, préface Eric Maulin, Tome 2, p. 582. Nous soulignons.

⁴⁰ Singulièrement les articles 1 et 2 de la Constitution de 1958.

⁴¹ Article 89 alinéa 5 de la Constitution de 1958.

⁴² D. LEVY, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *art. préc.*, p. 83.

⁴³ R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *art. préc.*, p. 959. Nous soulignons.

⁴⁴ R. CAPITANT, *ibid.*, p. 960. Nous soulignons. Plus tard, il ajoutera que le droit coutumier est « le droit issu du fait par la puissance de la tradition », R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit », *art. préc.*, p. 2.

⁴⁵ P. AVRIL, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution » in M. Troper, D. Chagnollaud (sous la direction de), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 390.

Chevallier semble également utiliser de manière indifférente les notions de coutume et de tradition. Ainsi, la Constitution Grévy, symbole type, s'il en est, de coutume constitutionnelle, est qualifiée de « tradition, qui est respectée par tous les hommes se succédant à la tête de l'Etat »⁴⁶. Joseph Barthélémy et Paul Duez font de même, en considérant que « la tradition n'a qu'une valeur relative en ce qu'elle peut être écartée à tout moment par un usage contraire : toute dérogation à la coutume porte en elle le germe d'une nouvelle coutume contraire »⁴⁷. Le Conseil constitutionnel semble également procéder à une indistinction entre tradition et coutume. Dans sa décision *Loi d'amnistie*, il a considéré que la tradition républicaine n'est invocable que si elle se fonde sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴⁸. Or, à cet égard, le professeur Michel Paillet souligne que cette solution suppose « que pour éventuellement donner naissance à un tel principe, la tradition invoquée doit découler d'une série de précédents parfaitement homogènes, c'est-à-dire être exempte de tout accident de parcours. C'est là faire preuve d'un degré d'exigence qu'on retrouve généralement dans le contexte plus global de la définition de la coutume »⁴⁹. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le professeur Franck Moderne écarte l'existence de la coutume en tant que source complémentaire du droit constitutionnel en faisant notamment référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1988 qui intéresse la tradition républicaine⁵⁰. Coutume et tradition ne nous paraissent pourtant ni synonymes, ni consubstantielles. Elles ne sont pas synonymes car, selon la proposition de François Gény, pour que la coutume donne naissance au droit coutumier, il faut d'une part l'établissement d'une « pratique constante », et d'autre part que cette pratique ait un « caractère de nécessité (*opinio necessitatis*) »⁵¹. Or, non seulement la tradition est dépourvue de l'obligation

⁴⁶ J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1382. Nous soulignons. Il ne distingue pas plus les pratiques politiques des traditions, puisqu'il considère que « les pratiques politiques sont des usages ou habitudes consacrés par la tradition en matière constitutionnelle ; elles résultent de l'interprétation que les organes politiques font du texte constitutionnel. Mais ces pratiques ne donnent pas naissance à une coutume, parce qu'il manque l'élément psychologique, la conviction que cet usage est juridiquement obligatoire, imposé par la Constitution », J. CHEVALLIER, *ibid.*, p. 1402.

⁴⁷ J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 763.

⁴⁸ Décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, *JORF* du 21 juillet 1988, p. 9448.

⁴⁹ M. PAILLET, Observations sur CC, 20 juillet 1988, Décision n°88-244 DC, *JCP G*, 1989, II, 21202.

⁵⁰ F. MODERNE, « Y a-t-il des sources complémentaires de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ? », *LPA*, 7 octobre 1992, n°121, p. 8.

⁵¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1932, préface R. Saleilles, p. 320.

juridique qui s'attache à la règle de droit, mais elle diffère également de la coutume par sa nature. En effet, si la coutume, du latin *consuetudo* (habitude) est une pratique répétée parfaitement identifiable, la tradition, du latin *transmissio* (transmission), est quant à elle une transmission plus ou moins précise d'idées, de pratiques ou de valeurs. Alors que la tradition suppose une transmission du passé *remodelée* dans le présent, la coutume constitue un acte répété *identique*. Tradition et coutume ne sont pas non plus consubstantielles. La tradition existe en effet indépendamment de la coutume. Parce qu'il paraît difficile de déceler une *opinio juris*, la transmission de la tradition est de l'ordre de la seule *volonté*. A la portée juridique obligatoire de la coutume, la tradition substitue donc une décision. C'est seulement lorsque la tradition revêt un caractère obligatoire qu'elle devient coutume, c'est-à-dire tradition juridicisée. Quant à la coutume, elle suppose, à l'origine de la pratique répétée, l'existence d'une règle. Or, cette règle n'est pas nécessairement issue de la tradition. Elle peut être créée *ex nihilo*, si bien que la coutume peut créer une règle nouvelle indépendamment de toute tradition⁵².

L'exposé compendieux des présupposés tendant à l'éviction théorique de la tradition permet d'expliquer l'embarras résultant de l'admission de la tradition comme source du droit constitutionnel. Par-delà ce rejet doctrinal implicite, l'existence juridique de la tradition est niée.

B) La négation juridique de la tradition en droit constitutionnel

La nature juridique de la coutume et des pratiques politiques, si elle n'est pas entièrement tranchée, est néanmoins débattue. En outrepassant le postulat normativiste, il est en effet possible d'admettre l'existence juridique de la coutume constitutionnelle ou de « conventions de la Constitution ». Du reste, une grande partie de la doctrine admet l'existence juridique des pratiques politiques, encore appelées « pratiques

⁵² Dans le même sens, pour le professeur Carlos Pimentel, la coutume n'est pas nécessairement tournée vers le passé et peut créer du droit nouveau. De même, le professeur Jean-Marie Denquin souligne que la coutume peut désigner deux situations totalement différentes : soit la coutume s'appuie sur une règle existante, soit la coutume écarte cette règle existante pour en appliquer une nouvelle, et il s'agit alors d'une « coutume en devenir », de la « fondation d'une coutume », *Jus Politicum, Encyclopédie de droit politique, Le droit constitutionnel non écrit*, Séminaire n°2, 22 septembre 2010, en ligne : [<http://www.droitpolitique.com/spip.php?article22>].

constitutionnelles»⁵³. S'agissant de la tradition, en revanche, sa juridicité difficilement admissible.

La première objection au caractère juridique de la tradition tient au fait qu'elle apparaît fortement dépourvue du caractère obligatoire qui s'attache à la règle de droit. Maintes traditions intéressant le droit constitutionnel furent ainsi remises en cause. Par exemple, la tradition selon laquelle l'élaboration d'une nouvelle constitution républicaine revient à une assemblée constituante⁵⁴ fut récusée en 1958, la Constitution de la V^e République ayant été élaborée par le gouvernement avec simple avis du comité consultatif constitutionnel. Plus spectaculaire, la « tradition légicentriste » née de la Révolution française a longtemps constitué un obstacle à la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois par les juges⁵⁵. Ce contrôle a pourtant été instauré par l'article 61 de la Constitution, d'abord de façon timide, pour finalement occuper une place prépondérante au sein de la discipline à partir de la décision du 16 juillet 1971⁵⁶. De même, la tradition selon laquelle le président de la République ne peut pénétrer dans l'enceinte du Parlement⁵⁷ fut anéantie par la réforme du 23 juillet 2008, l'article 18 de la Constitution lui permettant désormais de « prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès »⁵⁸. En outre la tradition, issue de la II^e République, d'affichage du portrait du président de la République au sein des mairies ne revêt aucun caractère obligatoire⁵⁹. Enfin, en 2007, le président Nicolas Sarkozy renonça à

⁵³ V. notamment, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 218 et s. ; J-C. MAESTRE, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP*, 1973, p. 1275.

⁵⁴ F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel. 2. La V^e République*, Paris, Flammarion, 3^e éd., 2009, p. 40-41.

⁵⁵ « Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi », M. DEBRE, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

⁵⁶ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114.

⁵⁷ La « tradition républicaine, formée à partir de la constitution de Broglie (L. 13 mars 1873) et consacrée par l'article 6 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, frappe le président de la République d'une interdiction de séjour dans l'hémicycle parlementaire », P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, n°25, CCF, p. 204.

⁵⁸ Le président de la République Nicolas Sarkozy a ainsi pu s'exprimer pour la première fois devant le Parlement réuni en Congrès le 22 juin 2009.

⁵⁹ Sur ce point, V. J-L. CLERGERIE, « Le refus d'afficher le portrait du président de la République dans les mairies n'a rien d'illégal », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 903.

perpétuer la tradition de l'amnistie présidentielle⁶⁰ ; abandon confirmé par son successeur en 2012.

La tradition, dépourvue de force contraignante, ne serait donc pas une notion juridique dans la mesure où de nombreuses traditions ont pu être remises en cause. Mais ne peut-on pas également envisager l'abolition d'une coutume juridique, pourtant bénéficiaire de l'*opinio juris* ? Plus encore, n'a-t-on pas vu des constitutions, des lois, bref, des normes écrites remises en cause ? Aucune règle n'est immuable : pas plus que la tradition, les sources formelles du droit ne peuvent perdurer éternellement.

La seconde objection découle de la jurisprudence constitutionnelle. En 1988, le Conseil constitutionnel a en effet pour la première fois tranché de manière explicite la question de la nature juridique d'une forme de tradition ; la tradition républicaine. A l'occasion de l'examen d'une loi d'amnistie, il a en effet considéré que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »⁶¹. La tradition républicaine n'est donc pas une source autonome, elle doit s'appuyer sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Depuis lors, ce considérant est inlassablement réaffirmé par le Conseil, ceci alors même que la tradition républicaine est sans cesse invoquée par les parlementaires à l'appui de leurs saisines⁶².

⁶⁰ L'amnistie présidentielle signifie « qu'un projet de loi d'amnistie déposé par le Gouvernement nouvelle nommé par le Président de la République soit adopté par la représentation nationale juste après l'élection présidentielle », M. CONAN, « Amnistie présidentielle et tradition », *RDP*, 2001, p. 1306.

⁶¹ Décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie* (cons. 11), *JORF* du 21 juillet 1988, p. 9448.

⁶² Décision n°2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Commission prévue à l'article 25 de la Constitution et élection des députés* : les requérants invoquent la tradition républicaine selon laquelle le découpage électoral ne peut être réalisé que par la loi. Le Conseil constitutionnel oppose la Constitution de 1958 et considère au surplus que le principe invoqué ne résulte d'aucune disposition législative et contredit même l'article 38 de la Constitution ; Décision n°2008-563 DC du 21 février 2008 : les requérants invoquent la tradition républicaine en vertu de laquelle les règles électorales ne peuvent être modifiées dans l'année qui précède le scrutin. Le Conseil constitutionnel oppose le considérant de 1988, et considère que le principe invoqué par le requérant ne résulte d'aucune loi antérieure à la Constitution de 1946, mais qu'au contraire diverses lois ont déjà modifiées les règles électorales dans l'année précédant le scrutin. Dans le commentaire aux cahiers, il est précisé : « Il est vrai que ce délai d'un an a été le plus souvent respecté. Mais il ne l'a pas toujours été et n'a jamais été consacré par aucune loi de la République ; il ne pouvait donc se voir reconnaître la valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, comme le demandaient les requérants ». V. également, Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *JORF* du 13 mai 2010, p. 8897 ; Décision n°2011-635 DC du 4 août 2011, *Participation des citoyens à la justice pénale* ; Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*.

Outre le cas spécifique de la tradition républicaine, le Conseil refuse d'inclure la tradition parmi les normes de référence de son contrôle. Ainsi, s'agissant des traditions parlementaires, le juge constitutionnel a considéré, dès 1959, que la pratique des résolutions – qui existait depuis la monarchie de Juillet – était contraire à la Constitution⁶³. A cet égard, l'histoire constitutionnelle tend à rendre impensable l'idée de tradition en droit parlementaire. En marquant le passage du régime parlementaire à ce que le professeur Armel Le Divellec qualifie de « parlementarisme négatif »⁶⁴ – dans lequel le Parlement n'exerce qu'un pouvoir d'opposition envers l'Exécutif – la Constitution de 1958 a précisément entendu faire fi de cette tradition. Au nom de la rationalisation du parlementarisme, le législateur doit désormais se conformer à la Constitution, qui organise son activité et encadre sa compétence. Le Conseil constitutionnel apparaît alors comme une « arme contre la déviation du régime parlementaire »⁶⁵. Le contrôle qu'il exerce sur les lois remet en effet en cause le « dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale »⁶⁶ et son contrôle sur le Règlement des assemblées s'inscrit en rupture avec la « tradition d'autonomie réglementaire »⁶⁷. En dépit de cela, la tradition paraît pourtant solidement ancrée en droit parlementaire. Le professeur Pierre Avril relève ainsi que certaines pratiques non écrites, comme par exemple les questions au gouvernement, ont pu s'épanouir car elles ne sont pas inscrites dans le Règlement et échappent donc au contrôle du Conseil constitutionnel⁶⁸. Par-delà les changements de constitutions et réformes constitutionnelles, certaines pratiques ou usages issues de la tradition parlementaire demeurent. Loin d'en faire une liste exhaustive, nous pouvons citer la tradition

⁶³ Décision n°59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, JORF du 3 juillet 1959, p. 6642. S'agissant de cette décision, le professeur Philippe Lauvaux note ainsi que le Conseil constitutionnel « affirme d'emblée ce principe, longtemps méconnu en France, que le Parlement n'est pas au-dessus de la Constitution et qu'il lui incombe la responsabilité, dans ses rapports avec l'exécutif, d'utiliser les procédures transparentes que lui donne la Constitution et non celles, détournées, d'une tradition parlementaire dévoyée », Ph. LAUVAUX, « Sur une décision fondatrice du Conseil constitutionnel », CCC, n°25, août 2009, en ligne : [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/sur-une-decision-fondatrice-du-conseil-constitutionnel.51707.html>].

⁶⁴ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du “parlementarisme négatif” à la française ? » in *Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire*, Jus Politicum, Hors série 2012, p. 15.

⁶⁵ M. Debré, Discours devant le Conseil d'Etat du 27 août 1958.

⁶⁶ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, coll. « Classiques », 1984, p. 221.

⁶⁷ Ph. BLACHER, *Le Parlement en France*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, p. 64. Dans le même sens, René Chazelle parle d'une « rupture absolue avec le principe traditionnel de l'autonomie des assemblées parlementaires pour élaborer leur règlement », R. CHAZELLE, « Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier », RDP, 1987, p. 717.

⁶⁸ P. AVRIL, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution », *art. préc.*, p. 389.

de suspension de sessions pendant les périodes électorales⁶⁹, ou la répartition des parlementaires au sein de l'hémicycle selon leur couleur politique⁷⁰. Plus spectaculaire est la continuité du droit parlementaire telle qu'inscrite au sein même du texte constitutionnel. C'est le cas du bicaméralisme ou de la protection du mandat parlementaire⁷¹. S'agissant plus spécifiquement de l'Assemblée nationale, on note une perpétuation de la tradition au sein des « structures de travail de l'Assemblée »⁷². Quant au Sénat, la tradition permet une véritable stabilité de l'institution, à travers notamment le maintien de la règle du renouvellement par tiers tous les trois ans depuis 1875 ou encore de la présence des Questeurs, du Bureau ou de la Conférence des présidents⁷³.

Assurément, le soubassement de la position du Conseil quant à la tradition réside dans ce qui est communément appelé la « doctrine Vedel », selon laquelle le juge constitutionnel doit toujours faire preuve de prudence dans le choix de ses sources et ainsi s'appuyer sur un texte écrit. Il doit se référer à des textes constitutionnels pour fonder sa solution, car « le gouvernement des juges commence lorsque le juge admet au rang des sources du droit qu'il doit appliquer des principes ou des règles qui procèdent, fût-ce avec les justifications les plus nobles, de sa seule décision sans rattachement à des sources du droit extérieures au juge et de niveau constitutionnel »⁷⁴. Partant, le doyen Vedel affirme que « le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre les dangers du gouvernement des juges, ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »⁷⁵.

⁶⁹ J. FOYER, « Les sources non écrites du droit parlementaire » in P. Avril, M. Verpeaux (sous la direction de), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 238.

⁷⁰ J. FOYER, *ibid.*

⁷¹ Le principe de l'incompatibilité du mandat parlementaire avec une quelconque fonction ministérielle remonte en effet aux décrets des 7 novembre 1789 et 10 janvier 1790 et l'immunité parlementaire est issue d'un décret du 23 juin 1789.

⁷² O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 660.

⁷³ V. en ce sens, R. CHAZELLE, « Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier », *RDP*, 1987, p. 711.

⁷⁴ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 668.

⁷⁵ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit français », *Journées de la Société de législation comparée*, vol. IV, 1984, p. 287, cité par F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit » in P. Avril, M. Verpeaux (sous la direction de), *Les règles et principes non écrits en droit public*, *op. cit.*, p. 59.

Cette solution semble sage, dans la mesure où il serait sans doute dangereux d'opposer à la volonté du politique une tradition « découverte » par le juge⁷⁶. Pour autant, conclure à une pure et simple négation juridique de la tradition nous paraît outrancier. Comme nous l'avons rappelé, le juge constitutionnel lie très explicitement la tradition républicaine à l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, au point que le professeur Pierre Avril a pu considérer que la tradition républicaine était la « paraphrase » de tels principes⁷⁷. L'importance de ces derniers procède donc « de la répétition du principe et de la constance de son application par-delà les régimes, de sorte que soit donnée naissance à une tradition républicaine »⁷⁸. Dès lors, en décidant de reconnaître un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République, le juge constitutionnel ne fait-il pas naître une tradition juridiquement opposable ? *A contrario*, lorsqu'il refuse, ne fait-il pas obstacle à l'intégration d'une prétendue tradition au sein de l'ordre constitutionnel ? De fait, soit le juge refuse de reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République et nie ainsi l'existence juridique d'une tradition, soit il le reconnaît, érigeant par là même la tradition en principe constitutionnel. A cet égard, il est possible d'énumérer quelques exemples de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République découlant de nos traditions. C'est le cas de l'indépendance des professeurs d'université ainsi que de l'indépendance de la juridiction administrative⁷⁹. Par conséquent, si le Conseil refuse explicitement de consacrer l'existence constitutionnelle de la tradition républicaine, on constate qu'il le fait parfois implicitement en dégagant un principe fondamental reconnu par les lois de la République issu de la tradition. Ce faisant, il crée, sur le fondement de la tradition, une règle nouvelle. Certains auteurs ont ainsi considéré que la tradition républicaine n'était pas expressément exclue des normes de référence du Conseil. Ainsi, pour François Luchaire, « la tradition républicaine apparaît pour la première fois comme source de droit, mais à certaines conditions »⁸⁰. De même, Michel Verpeaux a affirmé que « cette décision ne condamne donc

⁷⁶ En ce sens, Jacques Donnedieu de Vabre, s'agissant des matières réservées au législateur, se demandait « de quel droit les juges opposeraient-ils au législateur une tradition législative ? » faisant le rapprochement entre l'utilisation par le Conseil d'Etat de la « tradition constitutionnelle républicaine » et le « gouvernement des juges », J. DONNEDIEU DE VABRE, « L'article 13 et les décrets-lois », *Recueil Dalloz*, 1953. I, p. 138-139.

⁷⁷ P. AVRIL, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution » *art. préc.*, p. 390.

⁷⁸ A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RDLA*, 2013, p. 945.

⁷⁹ V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, n°3, 1986, p. 88 et s.

⁸⁰ F. LUCHAIRE, Note sous CC, 20 juillet 1988, n°88-244 DC, *Recueil Dalloz*, 1989, J., p. 271.

pas de façon absolue la tradition républicaine en n'interdisant pas d'invoquer celle-ci : elle exige cependant que cette tradition ait fondé un principe fondamental par une loi. Ou bien la loi a pu reprendre ou formaliser une tradition antérieure, ou bien la loi a pu *créer de toutes pièces une tradition* qui n'était pas encore formée : l'essentiel est qu'il y ait eu, à un moment donné, une loi qui concrétise cette tradition »⁸¹. Quoi qu'il en soit, le choix du juge constitutionnel de dégager ou non un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République peut conduire à de vifs débats. L'on pense ainsi à la controverse récente sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, posant la question de savoir si le mariage entre un homme et une femme constituait une tradition républicaine pouvant donner naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, comme le soutenaient les auteurs de la saisine⁸².

L'ensemble de ces éléments nous paraissent toutefois insuffisants pour justifier que soit écartée la possibilité de penser la tradition comme source du droit constitutionnel. C'est la raison pour laquelle nous tenterons de démontrer qu'en dépit de ces arguments, la tradition n'est pas une source impensable du droit constitutionnel. A rebours des présupposés tendant à l'éviction théorique ainsi qu'à la négation juridique de la tradition, l'observation du droit constitutionnel positif et l'analyse du concept de tradition peuvent en effet nous permettre de considérer la tradition comme une source impensée du droit constitutionnel.

⁸¹ M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? », *LPA*, 14 juillet 1993, n°84, p. 11-12. Nous soulignons.

⁸² Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *JORF* du 18 mai 2013, p. 8281. Au sein de la doctrine, cette question a notamment opposé le professeur Alexandre Viala, qui a considéré que le principe fondamental reconnu par les lois de la République procède d'une vision subjectiviste, au professeur Anne-Marie Le Pourhiet, qui soutenait un point de vue différent en considérant qu'« il est bien clair que la notion de PFRLR emprunte beaucoup plus à la tradition qu'à l'innovation ». V. en ce sens, A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n°4, 21 janvier 2013 et A-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n°5, 4 février 2013.

II/ La tradition en droit constitutionnel : une source impensée

La question de l'existence juridique de la tradition et de sa place au sein des sources du droit constitutionnel conduirait à se demander, de façon par trop ambitieuse, ce qu'est le droit. Pour surmonter cet obstacle, il convient d'inverser le raisonnement : si la tradition est une source du droit constitutionnel, comment cette tradition s'intègre à la discipline ? Il nous semble ainsi possible de déconstruire le présupposé tendant à nier la juridicité de la tradition en reconsidérant sa place au sein de l'ordre constitutionnel. La tradition serait alors une source, tantôt matérielle, tantôt formelle (A). Ce faisant, nous pourrions repenser le concept de tradition et constater, de manière subséquente, son adéquation au droit constitutionnel (B).

A) La tradition comme source déterminante du droit constitutionnel

La théorie des sources du droit distingue communément deux grandes catégories de sources, que sont d'une part les sources formelles et d'autre part les sources matérielles⁸³. Les sources formelles désignent les normes juridiquement opposables, les règles de droit qui s'imposent de manière coercitive. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, non seulement les sources formelles étaient les seules envisagées, mais surtout, la loi en était l'unique objet⁸⁴. Ambitionnant de critiquer le « postulat de la méthode traditionnelle », François Gény a alors permis l'admission en France de la coutume comme source formelle du droit aux côtés de la loi écrite⁸⁵. Les sources matérielles réunissent quant à elles l'ensemble des facteurs se situant en amont de la règle de droit⁸⁶. Les désignant sous la terminologie de « sources réelles des règles de droit », le doyen Carbonnier les définit comme les « données profondes » des règles de droit qui « expliquent leur genèse », parmi lesquelles il identifie la « donnée historique »⁸⁷.

⁸³ Pour une critique de cette classification dichotomique, V. Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 157 p.

⁸⁴ V. en ce sens « Sources du droit » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 577.

⁸⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 1, *op. cit.* Le doyen Carbonnier considère également que les sources formelles du droit englobent la loi et la coutume, J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2002, 27^e éd., p. 25 et s.

⁸⁶ Le professeur Paul Amselek relève deux sens à la notion de sources matérielles : il s'agit soit des « facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. », soit du « fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques, mais d'invoquer des faits justificatifs », P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « Sources du droit » », *Archives de philosophie du droit, Sources du droit*, tome 27, Sirey, 1982, p. 253.

⁸⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 24-25.

S'agissant spécifiquement du droit constitutionnel, le recteur Michel-Henry Fabre a considéré que les « sources matérielles du droit constitutionnel français désignent les doctrines et les expériences politiques qui ont inspiré la rédaction de nos constitutions et leur pratique », à savoir la tradition libérale et la tradition égalitaire⁸⁸. Quant aux « sources formelles du droit constitutionnel français », ce sont les « différentes constitutions dont la France a été dotée depuis 1789 et qui sont à l'origine des institutions politiques de notre pays »⁸⁹. Or, les sources formelles occupent aujourd'hui une place prépondérante, ceci en raison de ce que le professeur Denis Baranger a appelé le « besoin fanatique de positivité qui est le propre de notre époque »⁹⁰.

Quelle place peut-alors occuper la tradition au sein de la théorie des sources du droit constitutionnel ? Si la Constitution est bien la « source par nature et logiquement parmi les plus importantes »⁹¹, la tradition peut néanmoins avoir une place au sein de l'ordre constitutionnel. Pour corroborer une telle assertion, nous n'énumérerons pas de manière exhaustive l'ensemble des traditions en matière constitutionnelle, mais nous tenterons d'établir qu'elle est une source déterminante, parfois formelle, souvent matérielle, du droit constitutionnel. Ce faisant, nous montrerons que si la tradition est, à l'instar de la coutume, originairement « une question éminemment positive et pratique » qui est peu à peu devenue « un thème plutôt spéculatif et professoral » marqué par « une réflexion plus abstraite et par moments presque idéologique »⁹², il est néanmoins possible de la penser de manière positive et pratique. Ainsi, par-delà le débat théorique, il convient de se demander comment la tradition s'insère au sein de l'ordre constitutionnel positif.

Selon Christophe Vimbert, la tradition républicaine serait une « source pré-formelle » du droit en ce qu'il n'existerait « pas de source purement matérielle ou formelle ; il y a toute une zone intermédiaire, comprenant des traditions aux composantes diverses et variées ; mais toutes ont en commun de correspondre à une source pré-formelle du droit »⁹³. Nous écarterons pourtant cette hypothèse s'agissant de la tradition en droit constitutionnel. En effet, la

⁸⁸ M-H. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, LGJD, 1984, 4^e éd., p. 34.

⁸⁹ M-H. FABRE, *ibid.*, p. 66.

⁹⁰ D. BARANGER, « Temps et constitution », *art. préc.*, p. 68.

⁹¹ D. LEVY, « Les sources du droit constitutionnel » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 214.

⁹² P. HAGGENMACHER, « Coutume » in *Archives de philosophie du droit*, tome 35, Sirey, 1990, p. 38.

⁹³ Ch. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français, op. cit.*, p. 322.

tradition remplit des fonctions diverses qui ne répondent pas aux mêmes fins et n'ont donc pas la même nature.

La tradition peut, dans quelques cas, être considérée comme une *source formelle* du droit constitutionnel. Certes, comme nous l'avons dit, le Conseil constitutionnel refuse de considérer la tradition comme une source autonome. Cependant, cela ne vaut que dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil utilise en effet la tradition en matière de contentieux électoral et de contentieux référendaire, ceci en l'absence de tout principe fondamental reconnu par les lois de la République. En matière électorale, le Conseil doit faire face aux moyens tirés de l'altération de la sincérité du scrutin en raison de l'organisation de manifestations ou fêtes organisées par l'élu, singulièrement le maire. Il recherche alors si ces événements revêtent un caractère « traditionnel ». Si tel est le cas, il conclut à l'absence de « caractère électoral » de la manifestation et donc à la non altération de la sincérité du scrutin⁹⁴, à condition toutefois que l'organisation de la manifestation traditionnelle n'ait pas été modifiée⁹⁵. En matière de contentieux référendaire, le Conseil considère de manière constante que l'exposé des motifs ne peut vicier le scrutin en ce qu'il se rattache au projet de loi « conformément à la tradition républicaine »⁹⁶.

Mais la jurisprudence administrative est plus significative, dans la mesure où le Conseil d'Etat a souvent utilisé cette source à l'appui de ses raisonnements, singulièrement en matière d'organisation des pouvoirs. L'analyse de la jurisprudence montre en effet que les années 1950-1960 ont constitué « l'âge d'or » de la tradition. En 1952, le Conseil d'Etat s'est ainsi référé au « principe traditionnel de droit public » selon lequel un gouvernement

⁹⁴ V. en ce sens, Décision n°2007-3901 AN du 22 novembre 2007, *JORF* du 28 novembre 2007, p. 19355 ; Décision n°2007-3966 AN du 29 novembre 2007, *JORF* du 5 décembre 2007, p. 19678 ; Décision n°2007-3844 AN du 13 décembre 2007, *JORF* du 19 décembre 2007, p. 20451 ; Décision n°2012-4639 AN du 20 novembre 2012, *JORF* du 22 novembre 2012, p. 18426. Décision n°2012-4647 AN du 14 décembre 2012, *JORF* du 16 décembre 2012, p. 19800. Le Conseil adopte le même raisonnement s'agissant des cérémonies de vœux du nouvel an (décision n°2012-4592 AN du 18 janvier 2013, *JORF* du 20 janvier 2013, p. 1382), de la distribution de paniers garnis (décision n°2012-4601 AN du 29 novembre 2012, *JORF* du 1^{er} décembre 2012, p. 18905), de la distribution d'enveloppes d'argent (décision n°2007-3813 AN du 22 novembre 2007, *JORF* du 28 novembre 2007, p. 19351) ou de cadeaux (décision n°2002-2613/2616/2763 AN du 19 décembre 2002, *JORF* du 27 décembre 2002, p. 21795).

⁹⁵ Décision n°2012-4646 AN du 20 novembre 2012, *JORF* du 22 novembre 2012, p. 18427.

⁹⁶ Décision n°2005-33 REF du 7 avril 2005, *JORF* du 9 avril 2005, p.6457 ; Décision n°2005-35 REF du 19 mai 2005, *JORF* du 21 mai 2005, p.8849 ; Décision n°2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-I, 39 et 44 de la Constitution* (cons. 11), *JORF* du 16 avril 2009, p. 6530.

démissionnaire « ne pouvait que procéder à l'expédition des affaires courantes »⁹⁷. Dix ans plus tard, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la question de savoir si un gouvernement ayant fait l'objet d'une motion de censure était ou non compétent pour adopter des actes qui allaient au-delà de l'expédition des affaires courantes⁹⁸. Cherchant si la tradition le permettait, il réaffirma le « principe traditionnel du droit public » selon lequel « le gouvernement démissionnaire garde compétence, jusqu'à ce que le président de la République ait pourvu par une décision officielle à son remplacement, pour procéder à l'expédition des affaires courantes ». Or, il est intéressant de constater à la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement qu'en dépit du changement de constitution modifiant l'esprit du régime, le « principe traditionnel » demeure car « il n'est pas lié à une constitution donnée »⁹⁹.

L'exemple le plus remarquable de la force de la tradition au sein de la jurisprudence administrative est celui des matières réservées à la loi. La notion de tradition apparaît en effet pour la première fois explicitement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat dans un avis de 1953, dans lequel il se prononça sur la question de savoir si l'article 13 de la Constitution de 1946 permettait ou non au gouvernement d'adopter des décrets-lois. Le juge administratif a répondu en considérant que « certaines matières sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule »¹⁰⁰. La référence à la tradition constitutionnelle, déjà présente dans la loi du 11 juillet 1953, permettait donc au juge de s'opposer à l'empiètement du pouvoir exécutif sur les compétences du législateur. La solution du Conseil d'Etat inspirera ainsi la répartition des compétences prévue par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958¹⁰¹. Le mois suivant la promulgation de la Constitution de la V^e

⁹⁷ CE, 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, *Recueil Lebon*, p. 210.

⁹⁸ CE, 19 octobre 1962, *Sieur Brocas*, *Recueil Lebon*, p. 553.

⁹⁹ M. BERNARD, Conclusions sur CE, 19 octobre 1962, *Sieur Brocas*, *RD*, 1962, p. 1189.

¹⁰⁰ CE avis, 6 février 1953, *RD*, 1953, p. 170. Cette décision fut confirmée en matière pénale par CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et autres*, Conclusions B. TRICOT, *Recueil Dalloz*, 1958, p. 656. Selon Joseph Marcel, « le Conseil d'Etat désigne la tradition qui provient des différentes constitutions républicaines antérieures » qui « s'impose au Législateur avec l'autorité d'une règle constitutionnelle ». Pour lui, cette tradition n'est que le Préambule, et non pas « notamment » le Préambule, si bien que l'existence de la règle dans un texte constitutionnel écrit rend la référence à la tradition purement superfétatoire, J. MARCEL, « La notion de matières réservées à la loi », *AJDA*, 1958, p. 62.

¹⁰¹ C'est ce que confirmera le commissaire du gouvernement Jacques Rigaud, pour qui « les auteurs de la Constitution ont maintenu dans le domaine de la loi des matières que la tradition constitutionnelle républicaine y plaçait », J. RIGAUD, Conclusions sur CE, Ass., 29 janvier 1965, *Sieur L'Herbier*, *AJDA*, 1965, p. 1013.

République, et en dépit du nouvel article 34 de la Constitution, le Conseil d'Etat continua de se référer aux « matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine, compte tenu notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution de 1946 »¹⁰². Pour le professeur Gérard Teboul, qui ne distingue pas coutume et tradition, la coutume confirmée par la loi est une source formelle, mais une norme secondaire¹⁰³. Si, à partir des années 1960, le juge administratif a cessé de faire référence à la tradition, les années 2000 marqueront en revanche une résurgence de la tradition s'agissant de l'organisation des pouvoirs¹⁰⁴.

Le juge administratif est donc juge privilégié de la tradition. Parce qu'il s'est fondé sur elle pour dégager des principes jurisprudentiels, la tradition peut, dans une certaine mesure, apparaître comme une source formelle. Il convient cependant de ne pas confondre la tradition et les principes dégagés par le juge, singulièrement les principes généraux du droit. Comme l'a montré Francine Batailler, la tradition constitutionnelle régit en effet les règles d'organisation du pouvoir, relevant ainsi de la « philosophie constitutionnelle », là où les principes généraux du droit intéressent les droits et libertés individuelles, c'est-à-dire la « philosophie législative »¹⁰⁵. Suivant la théorie réaliste de l'interprétation du professeur Michel Troper, il est possible de considérer que le juge, en interprétant la tradition, lui donne la qualité d'une règle juridique. En effet, s'agissant de la coutume, le professeur Michel Troper a affirmé que sa création ne résulte pas « de quelque mystérieuse transformation du fait en droit », mais de « l'opération du juge qui a interprété le fait ». Par conséquent, la

¹⁰² CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Conclusions J. CHARDEAU, *Recueil Dalloz*, 1959, p. 475.

¹⁰³ G. TEBOUL, *ibid.*, p. 242. Plus spécifiquement, s'agissant des matières réservées au législateur, il considère qu'il s'agit à un « usage absorbé par la loi constitutionnelle », c'est-à-dire que « l'usage a été, en cette matière, codifié, c'est-à-dire phagocyté par la Constitution française du 4 octobre 1958 », La difficulté réside cependant dans le fait que cette tradition de portée normative, en tant qu'elle sera « source d'inspiration pour le législateur », peut également être considérée comme une source matérielle du droit constitutionnel, G. TEBOUL, *ibid.*, p. 264-265.

¹⁰⁴ En 2005, le Conseil d'Etat a considéré s'agissant de la prise en compte par le Conseil supérieur de l'audiovisuel du temps de parole lors d'une campagne référendaire qu'« en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'Etat dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le Président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique », CE, 13 mai 2005, *Hoffer*, *Recueil Lebon*, p. 200. Plus tard, saisi d'une requête mettant en cause le refus de prise en compte des interventions du Président de la République dans le temps de parole du Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil d'Etat renforce sa position, même s'il la nuance, en faisant référence à la place qu'occupe, « conformément à la tradition républicaine », le « chef de l'Etat dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics et des missions qui lui sont conférées notamment par l'article 5 de la Constitution », CE ass, 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, Conclusions C. de SALINS, *Recueil Lebon*, p. 140.

¹⁰⁵ F. BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 151-152.

création des coutumes résulte des « organes qui accordent à certaines pratiques la signification de normes ». Le fondement de la coutume résulte donc du fait que l'organe l'interprète et l'applique en tant que norme juridique. C'est la volonté « qui se manifeste dans l'exercice d'une activité d'application du droit »¹⁰⁶. Dans le même sens, le professeur Champeil-Desplats considère que les « interprètes authentiques » peuvent conférer « à certaines pratiques ou faits une signification objective de norme constitutionnelle à l'occasion d'une décision sur la validité d'une norme ou sur la constitutionnalité de certains comportements »¹⁰⁷. Or, puisque le juge, singulièrement administratif, utilise la tradition pour fonder sa décision, cela signifierait que le juge donne à la tradition la signification d'une norme, faisant d'elle une notion juridique.

Toutefois, la tradition apparaît plus souvent comme une *source matérielle* du droit constitutionnel. Elle est en effet une source d'inspiration décisive au moment constituant, dans la mesure où l'on ne peut faire fi des expériences passées lors de l'élaboration d'une nouvelle constitution. La tradition est alors le préalable à l'édiction d'une norme constitutionnelle. Les travaux préparatoires de la Constitution de la V^e République nous révèlent ainsi de nombreuses invocations de la tradition, singulièrement républicaine, soit afin de s'y référer¹⁰⁸, soit pour la rejeter¹⁰⁹. En ce sens, les *Commentaires sur la Constitution* font maintes références à la tradition. On relève ainsi que le Titre Ier relatif à la souveraineté « est conforme à la meilleure tradition constitutionnelle française »¹¹⁰. De même, est évoquée la

¹⁰⁶ M. TROPER, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n°3, 1986, p. 21.

¹⁰⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Théorie générale des sources du droit constitutionnel » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (sous la direction de), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 251.

¹⁰⁸ Ainsi par exemple, s'agissant de l'élaboration du titre premier de la Constitution, le commissaire du gouvernement Raymond Janot a pu affirmer, dans une séance du Comité consultatif constitutionnel du 31 juillet 1958, qu'il s'agissait « essentiellement d'une sorte de consécration de la fidélité du texte qui est présenté conforme à la tradition républicaine », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Volume II, Paris, La Documentation Française, 1988, p. 68.

¹⁰⁹ Jean Foyer a ainsi adressé une note sur la réforme électorale du 6 juin 1958 à Gaston Monnerville, dans laquelle il affirmait que « la loi constitutionnelle n'interdit nullement au Gouvernement de présenter un texte précisant que le régime électoral est majoritaire ou proportionnaliste. Objectera-t-on que la tradition est contraire à l'inclusion des règles du droit électoral dans la loi constitutionnelle ? En droit, l'objection est sans valeur aucune. La loi constitutionnelle est au sommet de la pyramide des normes juridiques », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Volume I, Paris, La Documentation Française, 1987, p. 542.

¹¹⁰ J. PORTEMER, « La souveraineté » in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, Volume IV, Paris, La Documentation Française, 2001, p. 214.

« tradition constitutionnelle parlementaire » s'agissant du Titre V relatif aux rapports entre le Parlement et le Gouvernement¹¹¹ ou la « tradition française » s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois¹¹². En outre, le mécanisme de révision constitutionnelle, en reprenant celui des constitutions de 1874 et 1946, s'inspirerait des « expériences passées, heureuses ou malheureuses »¹¹³. La tradition est donc fondamentale lors des transitions constitutionnelles.

Cependant, la tradition se présente parfois dans le discours juridique comme un *argument d'autorité*¹¹⁴. Qualifier la tradition d'autorité, c'est reprendre à son compte la pensée de François Gény, qui considérerait que la tradition est l'autorité « revêtue d'un cachet d'antiquité »¹¹⁵. Cette tradition n'a pas la valeur des sources formelles que sont la loi ou la coutume, mais elle a néanmoins de l'influence dans la mesure où l'interprète qui se retrouve face à un vide juridique pourra puiser dans l'autorité de la tradition une réponse¹¹⁶. Cette référence ne sera pas sans incidence, car, comme le rappelle l'auteur, si elles n'ont pas la même valeur que les lois et coutumes, « elles n'en conservent pas moins, très justement, sur l'esprit du juriste, un ascendant moral que rien (pas même une disposition formelle de la loi) ne saurait lui ravir »¹¹⁷. Cependant, François Gény souligne que, si elles ont une influence sur le droit positif, l'« on ne peut reconnaître comme telles, avec force obligatoire, l'autorité et la

¹¹¹ J. SOLAL-CELIGNY et L. BERTRAND, « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire » in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, Volume IV, *op. cit.*, p. 242

¹¹² J. BOITREAUD, J. FOYER et F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel » in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, *ibid.*, p. 281.

¹¹³ J. PORTEMER, « De la révision » in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, *ibid.*, p. 331-332.

¹¹⁴ La notion d'autorité est entendue ici au sens fonctionnel, et non organique, c'est-à-dire d'un « pouvoir légitime d'exiger, sans recours à la contrainte physique, un certain comportement de la part de celui qui lui est soumis », Ph. GERARD, « Autorité » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 2, *op. cit.*, p. 2. Dans le même sens, le professeur François Ost considère que « la tradition, c'est une antériorité qui fait autorité », F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999, p. 53. De même, le professeur Paul-Alain Foriers considère que la tradition est « l'argument d'autorité par excellence, permettant de justifier ce que les textes légaux ou les principes généraux du droit ne peuvent à eux seuls expliquer », P-A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition » in G. Haarscher, L. Ingber, *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 58.

¹¹⁶ F. GENY, *ibid.*, p. 23.

¹¹⁷ F. GENY, *ibid.*, p. 24.

tradition, qui souvent éclaireront l'interprétation ou inspireront le juge, jamais ne s'imposeront à lui »¹¹⁸. Dans le même sens, le professeur François Ost considère que l'invocation de la tradition en droit permet « d'assurer la certitude du raisonnement, par un argument d'autorité fondé dans un passé immémorial »¹¹⁹. De même, Martin Krygier considère que l'une des caractéristiques essentielles de la tradition réside dans sa présence autoritaire¹²⁰, c'est-à-dire que la tradition se fonde sur le « passé revêtu d'autorité dans le présent »¹²¹. La tradition s'insère alors au sein de l'ordre constitutionnel par sa force de légitimation, qui exclut l'usage de la violence au profit de moyens de persuasion purement affectifs¹²².

La tradition peut s'apparenter à un argument d'autorité pour le juge ainsi que pour les pouvoirs publics. S'agissant du juge, la jurisprudence administrative récente est marquée par l'utilisation de la tradition, non plus seulement comme une source contenant un principe issu de l'histoire constitutionnelle, mais comme un instrument de légitimation. C'est le cas singulièrement en matière de protection de la dignité de la personne humaine. En 2009, le juge administratif a en effet rattaché ce principe à la Déclaration des droits de 1789 ainsi qu'à la « tradition républicaine »¹²³. Dans le même sens, l'ordonnance du 9 janvier 2014 relative à l'affaire Dieudonné réaffirme que les « valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine » se rattachent à la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » et à la « tradition républicaine »¹²⁴. L'on voit ici que l'invocation de la tradition est un instrument

¹¹⁸ F. GENY, *ibid.*, p. 407.

¹¹⁹ F. OST, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁰ M. KRYGIER, « Law as tradition », *Law and Philosophy*, 5, 1986, p. 245 et s.

¹²¹ M. KRYGIER, « Tradition » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 620.

¹²² En ce sens, Hannah Arendt considère que « l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition : là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué », H. ARENDT, *La crise de la culture*, *op. cit.*, p. 123.

¹²³ CE ass, 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, *Recueil Lebon*, p. 43. Cette solution est nouvelle, dans la mesure où le Conseil d'Etat considérerait originellement qu'il était « une des composantes de l'ordre public », CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Recueil Lebon*, p. 372. Le Conseil constitutionnel a quant à lui rattaché le principe de dignité de la personne humaine au Préambule de la Constitution de 1946, Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *JORF* du 29 juillet 1994, p. 11024. V. récemment, Décision n°2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *JORF* du 16 juin 2013, p. 10025.

¹²⁴ CE ord, 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n°374508. Curieusement, l'ordonnance rendue le lendemain se fonde sur la dignité de la

commode de légitimation pour le juge, permettant d’asseoir l’autorité de son argumentation juridique. La tradition apparaît également comme un argument d’autorité pour les parlementaires, leur permettant notamment de faire obstruction aux réformes. Ainsi, par exemple, la discussion de réforme constitutionnelle tendant à la saisine par voie d’exception du Conseil constitutionnel a pu faire l’objet de nombreuses oppositions au nom de la tradition. Pour Jacques Larché, « ouvrir aux citoyens la possibilité de recours contre les lois votées » irait « à l’opposé de la tradition républicaine la plus affirmée »¹²⁵. Dans le même sens, Josselin de Rohan considérait que la notion d’exception d’irrecevabilité « est tout de même très étrangère à notre tradition juridique »¹²⁶ et Yves Guéna s’y opposait en considérant que « ce n’est pas notre tradition, que ce n’est pas notre génie. Ne touchons pas au cœur du régime républicain »¹²⁷. Cet argument tiré de la tradition revient constamment dans la rhétorique parlementaire¹²⁸. Partant, il est possible de relever, avec Raoul Girardet, la « déconcertante facilité avec laquelle le terme de tradition semble pouvoir se prêter aux entreprises les plus diverses de fabulation – ou d’accaparement – historique. Utilisé dans le cadre, et au service, d’une quelconque stratégie politique, il constitue alors un facteur de légitimation d’une efficacité non négligeable »¹²⁹.

Qu’il soit une source formelle pourvu de juridicité, une source matérielle préalable à l’édiction de nouvelles normes constitutionnelles ou un argument d’autorité, la tradition, bien qu’impensée, est une source déterminante du droit constitutionnel. Son rôle nous conduit alors à penser que le concept est adapté au droit constitutionnel.

personne humaine sans pourtant faire référence à la tradition républicaine. V. CE ord, 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, n°374528.

¹²⁵ J. LARCHE, Sénat, séance du 25 mai 1993, Discussion d’un projet de loi constitutionnelle, Titres VII, VIII, IX et X de la Constitution.

¹²⁶ J. de ROHAN, Sénat, séance du 25 mai 1993, Discussion d’un projet de loi constitutionnelle, Titres VII, VIII, IX et X de la Constitution.

¹²⁷ Y. GUENA, Sénat, séance du 25 mai 1993, Discussion d’un projet de loi constitutionnelle, Titres VII, VIII, IX et X de la Constitution.

¹²⁸ Très récemment, Henri Guaino a par exemple présenté le 22 janvier 2014 une motion de rejet de la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires au nom de la tradition.

¹²⁹ R. GIRARDET, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs*, n°42, 1987, p. 11.

B) L'adéquation du concept de tradition au droit constitutionnel

Le droit constitutionnel moderne issu de la Révolution française, en tant qu'il se fonde sur les principes de volonté, de souveraineté, de progrès et de Raison, semble s'inscrire en opposition manifeste avec le concept de tradition. Pourtant, à rebours des présupposés tendant à les inscrire dans un rapport antagoniste, il nous semble possible de démontrer leur parfaite adéquation.

Comme l'a relevé Hannah Arendt, il est nécessaire de distinguer tradition et passé¹³⁰. La tradition ne constitue pas l'ensemble des événements passés : elle en est une sélection¹³¹. Quand l'Histoire, « récit d'événements vrais »¹³², relève de la connaissance scientifique objective, la tradition suppose un *choix*. Ainsi, l'histoire constitutionnelle ne se confond pas avec la tradition constitutionnelle, dans la mesure où la première prétend à l'exhaustivité des événements constitutionnels passés tandis que la seconde en est une sélection. Par conséquent, la tradition présuppose une volonté de transmission. Elle nécessite que, par un mouvement de volonté, on *décide* de perpétuer la tradition. Par conséquent, comme l'a montré Denis Lévy s'agissant du droit non écrit, la tradition « suppose le consentement de ceux qui sont régis par la règle, les gouvernés »¹³³.

Au surplus, comme l'a montré Paul Ricoeur, avant d'être cette « prétention à la vérité », la tradition est une « traditionalité », c'est-à-dire une transmission qui présuppose la prise en compte de notre expérience du passé, à travers « la chaîne des interprétations et des réinterprétations des héritages du passé »¹³⁴. La tradition suppose donc inéluctablement d'être interprétée. Elle est, selon la formule du professeur François Ost, cette « aptitude à produire sans cesse de l'inédit dans des cadres anciens, tel du vin nouveau qu'on verse dans de vieilles outres, sans les faire éclater pour autant »¹³⁵. En ce sens, l'assimilation du concept de tradition

¹³⁰ H. ARENDT, *La crise de la culture*, op. cit., p. 124.

¹³¹ Dans le même sens, Rainer Rochlitz considère que « la tradition est une notion à contenu normatif ; elle ne se localise pas dans le temps comme un passé déterminé, mais se définit par des valeurs culturelles ». A l'inverse, le passé ne se rapporte pas nécessairement à la tradition, « c'est une notion empirique », R. ROCHLITZ, « Critiquer une tradition : pourquoi, au nom de quoi, comment ? », *Hermès*, 10, 1991, p. 167.

¹³² P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Editions du Seuil, 1971, 349 p.

¹³³ D. LEVY, « Les sources du droit constitutionnel » *art. préc.*, p. 219.

¹³⁴ P. RICOEUR, *Temps et récit. 3. Le temps raconté*, Editions du Seuil, 1985, p. 397 et s.

¹³⁵ F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 55.

à celui d'identité ou d'essence nous semble inadmissible¹³⁶. En effet, l'identité comme l'essence renvoient à la permanence¹³⁷. Un objet permanent conserve la même identité en dépit de son évolution. Or, l'on ne peut qualifier la tradition de permanente dans la mesure où, une tradition peut être anéantie. Si l'on considère, par exemple, que la tradition légicentriste relève de l'identité constitutionnelle française, doit-on en conclure que la France aurait perdu son identité au moment de l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois ? Une telle indistinction conduirait à admettre de façon extravagante que l'identité ou l'essence puissent être anéantie subséquemment à l'abolition d'une tradition. C'est la raison pour laquelle il ne nous paraît pas possible d'assimiler la tradition à l'identité ou à l'essence. La tradition est une continuité, en ce sens que des éléments évoluent, au point de vue temporel, ou s'insèrent, au point de vue spatial, de façon similaire. Tandis que l'identité ne souffre aucune interprétation, qu'elle est par nature immuable, la tradition est évolutive et sujette à interprétations. Il convient donc de s'affranchir de l'idée selon laquelle la tradition ne serait qu'un frein au progrès pour comprendre que sa capacité d'adaptation et d'interprétation peut permettre des évolutions juridiques. Ces interprétations sont opérées par les pouvoirs constitués et les juristes. Or, comme le souligne le professeur Paul-Alain Foriers, le juriste n'est pas historien. Par conséquent, il n'effectue pas de recherches historiques mais se sert « des travaux d'auteurs modernes », c'est-à-dire « ce qui est déjà une interprétation de la règle ancienne », si bien qu'« à force de commenter des textes déjà interprétés, l'on s'éloigne immanquablement de la règle première »¹³⁸. Dans le même sens, le professeur Denis Baranger souligne que le juge constitutionnel, dans son travail d'interprétation, se replonge dans l'histoire afin de comprendre la volonté des constituants. Ainsi, « mêmes dans les traditions recousues trop visiblement par un tisserand maladroit, le juge constitutionnel a les meilleurs chances de trouver ce qu'il cherche. Mais il va payer le manque d'unité de sa tradition recomposée du prix élevé de la fiction, de l'artifice peu convaincant au moyen duquel il sera tenu d'aller

¹³⁶ *Contra*, Jacques Donnedieu de Vabre a pu considérer que l'interdiction de « l'extension législative du pouvoir réglementaire », dans l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953, ne repose pas sur l'article 13 de la Constitution de 1946 mais sur « une interdiction spéciale d'essence constitutionnelle ». Se référer à la tradition constitutionnelle républicaine, c'est donc, selon lui, se référer « aux règles d'essence constitutionnelle relatives à la délimitation du domaine législatif », J. DONNEDIEU DE VABRE, « L'article 13 et les décrets-lois », *art. préc.*, p. 138.

¹³⁷ Sur cette assimilation entre identité et permanence, V. A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique » in L. Burgorgue-Larsen (sous la direction de), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens n°1, Paris, Editions Pedone, 2011, p. 7. Quant à l'essence, elle est, selon le dictionnaire *Larousse*, « ce qui constitue le caractère fondamental, la réalité permanente d'une chose ».

¹³⁸ P-A. FORIERS, « Variations sur le thème de la tradition » *art. préc.*, p. 51.

puiser dans le passé antérieur à l'entrée en vigueur du dernier texte constitutionnel »¹³⁹. En tant que « tradition constitutionnelle "de synthèse" »¹⁴⁰, elle est donc un instrument commode au service du droit constitutionnel.

Si le concept de tradition résulte d'une volonté et nécessite une interprétation, cela signifie inmanquablement qu'elle permet tant la continuité que le changement. Le concept de tradition correspond donc à ce que Georges Ripert a qualifié de « forces créatrices du droit », c'est-à-dire les causes qui sous-tendent la décision d'adopter la règle¹⁴¹. Pour Ripert, les « forces créatrices du droit » sont soit « les *forces conservatrices* qui essaient de maintenir le droit existant », soit « les *forces réformatrices* qui veulent le modifier ou le transformer ». Il nous semble cependant possible de considérer que la tradition est une « force créatrice du droit » tant « conservatrice » que « réformatrice ». Par son inconsistance et son caractère nébuleux, rendant toute définition malaisée¹⁴², la tradition est tant permissive que restrictive¹⁴³. Restrictive, la chose est acquise, puisqu'elle conduit à se référer au passé pour s'opposer aux réformes. Permissive, la chose est plus surprenante. Elle s'explique néanmoins par le fait que la tradition ne peut demeurer inchangée : elle n'est pas l'essence immuable du passé, mais le masque de la continuité derrière la réalité des évolutions¹⁴⁴. Le professeur Martin Krygier a ainsi montré que la transmission d'une tradition n'est pas seulement un passé fait présent, elle est une interprétation. Une tradition ne peut donc demeurer inchangée,

¹³⁹ D. BARANGER, « Temps et constitution », *art. préc.*, p. 66.

¹⁴⁰ D. BARANGER, *ibid.*, p. 69.

¹⁴¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 84 et s.

¹⁴² En ce sens, le professeur Michel Verpeaux a considéré que « la difficulté principale, lorsqu'est évoquée la tradition, est que celle-ci n'est pas appréhendée de la même façon par tout le monde et qu'il existe des risques de discours divergents », M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? », *art. préc.*, p. 10.

¹⁴³ *Contra*, Christophe Vimbert considère que « le « principe » paraît peut-être plus souple que la « tradition » : la connotation conservatrice de celle-ci pourrait gêner l'adaptation de la jurisprudence à l'évolution de la réalité et de ses exigences, tandis que le contenu et l'applicabilité du principe peuvent s'adapter aux transformations de la société », Ch. VIMBERT, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁴ « L'invocation de la tradition peut signifier le refus de l'évolution, ou d'une réforme. Mais il est clair justement que le propre d'une nouvelle Constitution, ou d'une révision de la Constitution est, par une autre organisation des pouvoirs publics, ou de nouvelles procédures, d'orienter la tradition dans une nouvelle direction : par définition, une tradition est vivante », M. de VILLIERS, A. LE DIVELLEC, « Tradition républicaine » in *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2013, 9^e éd., p. 352. Dans le même sens, Georges Burdeau considère que « les traditions ne sont fécondes que dans la mesure où elles s'enrichissent de l'apport d'un présent sans cesse renouvelé », G. BURDEAU, *Traité de science politique, Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Tome IV, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1983, p. 29.

elle fait l'objet d'interprétations conduisant, de manière inéluctable, à des changements¹⁴⁵. A l'instar de la coutume, la tradition peut « servir à une chose et son contraire selon les hasards de la politique » : soit à respecter une tradition préexistante soit à en fonder une nouvelle¹⁴⁶. Plus révélateur, Karl Popper, plaidant pour « une théorie rationaliste de la tradition », a souligné la nécessité de prendre en compte la tradition afin d'adopter une attitude critique constructive¹⁴⁷. Niant la possibilité d'une quelconque « table rase », il considère en effet la tradition comme un instrument nécessaire pour les « rationalistes animés d'une volonté de réforme social », dans la mesure où la tradition est un instrument sur la base duquel doit s'établir la critique et à partir de quoi il est possible d'opérer des transformations¹⁴⁸.

En pratique, la tradition peut véritablement conduire à des avancées. Ainsi, en 1974, le garde des sceaux Jean Lecanuet invoquait la tradition pour défendre la réforme de 1974 sur l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, en considérant que le fait qu'une institution « au-dessus de tous les pouvoirs » puisse contrôler la conformité d'une loi à la constitution s'inscrit dans « la tradition démocratique française »¹⁴⁹. De manière plus significative, s'agissant de la réforme constitutionnelle du droit d'asile, Pierre Méhaignerie, garde des Sceaux, affirmait qu'« en adoptant ce projet de loi constitutionnelle, vous marquez une forte volonté d'adapter une tradition séculaire du droit d'asile aux exigences de notre temps »¹⁵⁰. En outre, la tradition apparaît aux côtés de la coutume comme « un instrument autonome et privilégié d'adaptation du droit parlementaire aux réalités politiques

¹⁴⁵ M. KRYGIER, « Law as tradition », *art. préc.*, p. 251 et s.

¹⁴⁶ J-M. DENQUIN, *Jus Politicum, Encyclopédie de droit politique, Le droit constitutionnel non écrit*, Séminaire n°2, 22 septembre 2010, en ligne : [<http://www.droitpolitique.com/spip.php?article22>].

¹⁴⁷ K. POPPER, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, Paris, Payot, 1985, trad. M-I. et M. B. de Launay, p. 186.

¹⁴⁸ K. POPPER, *ibid.*, p. 199. Ce faisant, Karl Popper affirme que nous ne pouvons « jamais nous affranchir totalement des liens de la tradition », ou encore que « dans toute vie sociale, la tradition est nécessaire », K. POPPER, *ibid.*, p. 186 et p. 198.

¹⁴⁹ Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral des séances, 8^e séance, séance du 10 août 1974, JORF du 11 octobre 1974. De même, Pierre Mauroy affirmait, s'agissant de la saisine par voie d'exception du Conseil constitutionnel que « le Conseil constitutionnel a peu à peu réussi à trouver sa place dans notre dispositif juridictionnel. Cette tradition est récente mais heureuse. Il faut la renforcer... », Sénat, séance du 25 mai 1993, Discussion d'un projet de loi constitutionnelle, Titres VII, VIII, IX et X de la Constitution.

¹⁵⁰ Assemblée Nationale, séance du 27 octobre 1993.

changeantes, aux nouvelles exigences, et aux difficultés juridiques imprévues auxquelles les assemblées parlementaires se trouvent si fréquemment confrontées »¹⁵¹.

La tradition ne peut dès lors être envisagée comme une seule « limite aux réformes du droit »¹⁵². Elle est un héritage modulable, permettant de penser le présent et l'avenir à la lumière d'expériences passées précisément choisies. En nous essayant à penser l'impensable, il nous est donc apparu que la tradition n'était qu'une source impensée, tant quant à sa place au sein du droit constitutionnel positif que quant à sa définition. Inconsistante mais déterminante, surannée mais novatrice, force de conservation comme de réformes, la tradition est cet au-delà normatif attestant que le droit constitutionnel est maître de son histoire.

¹⁵¹ R. CHAZELLE, « Continuité et tradition juridique au sein de la seconde chambre. Le Sénat et le droit parlementaire coutumier », *art. préc.*, p. 733.

¹⁵² R. GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *art. préc.*