

Titre

La tradition, source oubliée du droit constitutionnel

Résumé

L'existence de sources non écrites du droit constitutionnel fut et demeure polémogène. Si la discipline est riche de controverses doctrinales relatives aux coutumes, pratiques politiques, voire conventions de la Constitution, la théorie des sources du droit constitutionnel est en revanche lacunaire s'agissant de la tradition. Or, la notion de tradition glisse fréquemment sous la plume de la doctrine. On parle ainsi de « tradition constitutionnelle », de « tradition républicaine », de « tradition politique » ; on évoque la « tradition légicentriste » ou la « tradition parlementaire ». Notre étude formule alors l'hypothèse selon laquelle la tradition est une source déterminante du droit constitutionnel.

De prime abord, la tradition apparaît comme une source impensable du droit constitutionnel. En effet, à partir de 1789, l'avènement du volontarisme et l'apparition de l'écrit comme exigence du constitutionnalisme furent deux facteurs importants d'éviction de la tradition. Depuis lors, le rapport au temps se présente comme frénétique, avec un passé déprécié et un avenir confus. Plus fondamentalement, la prépondérance du positivisme juridique au sein de la doctrine tend à exacerber la valeur du présent et du droit écrit. Dans ces circonstances, l'étude de la tradition paraît malaisée, voire inepte. Outre cet obstacle idéal, la tradition serait dépourvue de portée juridique. En ce sens, le Conseil constitutionnel considère que l'invocation de la tradition républicaine n'est recevable qu'à condition qu'elle se fonde sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Au surplus, la tradition ne revêtirait pas le caractère obligatoire qui s'attache à la règle de droit.

A rebours de ces présupposés, il nous semble que la tradition est une source impensée. L'observation du droit constitutionnel positif nous permet en effet de constater qu'elle se présente dans le discours juridique comme un argument d'autorité (F. Ost, M. Krygier, P. Ricoeur) et s'insère au sein de l'ordre constitutionnel par sa force de légitimation, justifiée par le poids de l'Histoire. Ainsi, depuis 1953, le Conseil d'Etat est juge privilégié de la tradition. Suivant la théorie réaliste de l'interprétation, il est aisément possible de considérer qu'en interprétant la tradition, le juge lui donne la qualité de norme (M. Troper). En outre, la tradition est une source du droit parlementaire. Elle est également décisive au moment constituant, puisqu'il paraît difficile de 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. Sa prise en compte serait inéluctable lors de réformes ou de révolutions (K. Popper). Ces exemples, parmi d'autres, permettent d'illustrer que la tradition est une source matérielle non négligeable.

Soulever la question de l'existence juridique de la tradition et de sa place au sein de l'ordre constitutionnel conduirait à se demander, de façon par trop ambitieuse, ce qu'est le droit. Pour surmonter cet obstacle, il nous paraît opportun d'inverser le raisonnement : si la tradition est une source matérielle, comment appréhender le droit constitutionnel positif ? Il convient alors 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. La tradition n'est donc pas l'essence immuable du passé. Son inconsistance – tenant à la difficulté de

définir ce qu'elle est – lui confère une nature à la fois permissive et restrictive. Elle est, en tant que « tradition constitutionnelle "de synthèse" » (D. Baranger), un instrument commode pour un droit constitutionnel synchroniquement instable et permanent.