

Esprit (de la constitution) es-tu là ? Les inévitables constitutions idéelles implicites

Armel Le Divellec

Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques

Dans la riche production scientifique de Philippe Raynaud, l'homme de goût peut trouver, parmi bien d'autres « pépites », le livre que notre éminent auteur a récemment consacré à la V^e République, sous un titre et des sous-titres qui méritent de retenir l'attention du juriste comme du politiste : *L'esprit de la V^e République. Histoire, régime, système*¹.

Commençons par les sous-titres.

L'histoire, car en effet, ce livre retrace avec un splendide art de la synthèse (tout en étant riche de détails judicieux), toute l'histoire de la V^e République. Et il n'est pas besoin de redire ici qu'une constitution ne peut en aucune façon se déchiffrer sérieusement sans être replacée dans sa dimension historique. Rien de ce qui s'est joué depuis 1958 jusqu'à nos jours ne se comprendrait si l'on occultait non seulement les années fondatrices mais aussi la suite immédiate et plus lointaine, en un mot la plupart des vicissitudes de la V^e République après le départ du Général de Gaulle (le choix de la continuité avec Pompidou, l'alternance de 1981, les cohabitations, et encore bien d'autres événements).

Régime / Système. On peut hésiter ici. Les juristes préfèrent généralement employer le premier terme, pour désigner le jeu institutionnel tel qu'il est encadré par le droit. Les politistes lui préfèrent souvent le mot « système ». Certains (à la fois juristes et politistes ?) opèrent un distinguo : le système serait le régime tel qu'il fonctionne réellement, dans les faits, notamment sous l'influence du système de partis. Nous avons pour notre part proposé ailleurs de recourir à des définitions stipulatives de ce couple ambigu². Inutile d'y revenir, même si l'on doute d'être entendu par nos pairs, qu'ils soient juristes ou politistes...

Venons-en au titre principal : L'esprit.

Chacun sait combien ce *topos* a été maintes fois utilisé par le Général de Gaulle³ et quelques autres comme on le verra.

La notion d'esprit de la constitution pourrait séduire les politistes (pour autant qu'ils s'intéressent aux questions constitutionnelles, ce qui est devenu rare) en ce qu'elle est, par définition, dépassement de la lettre des textes, de tout un formalisme propre au droit et peut donc contribuer à comprendre la réalité des systèmes de gouvernement par-delà leur architecture formelle. Toutefois, elle peut aussi présenter cet inconvénient d'être l'habillage d'une idéologie ou bien un instrument rhétorique, l'alibi d'un gouvernant ou d'un parti

¹ Perrin, 2017.

² « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Mélanges Hugues Portelli*, Dalloz, 2018, p. 77-97.

³ Dans sa célèbre conférence de presse du 31 janvier 1964, bien sûr (« ... une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique »), mais également dans de très nombreuses autres interventions. Ainsi, notamment, dans l'un de ses entretiens avec Michel Droit en 1965 : « *J'ai proposé au pays de faire la Constitution de 1958 [...] dans l'intention [...] de mettre un terme au régime des partis. [...] C'est dans cet esprit que la Constitution a été faite, et c'est dans cet esprit que je l'ai proposée au peuple qui l'a approuvée* ». Parfois, il invoquait « *l'esprit des institutions* » (ainsi dans sa lettre du 18 mars 1960 pour refuser de convoquer le Parlement en session extraordinaire).

cherchant à s'auto-légitimer et, à ce titre, être récusée du point de vue scientifique (problème que l'on n'évacuera pas dans ce qui suit).

Les juristes, de leur côté, se réfèrent fréquemment à l'idée d'esprit des textes, et notamment de la constitution. Mais ils se partagent à son sujet. Certains l'emploient sans états d'âme particulier, tandis que d'autres l'évitent en ce qu'elle s'accorde malaisément à une épistémologie juridique un peu stricte (ou du moins se voulant telle). Aussi la tendance dominante des auteurs se réclamant du positivisme juridique a-t-elle été de privilégier la logique quand la lettre des textes ne paraissait pas fournir de réponse suffisamment claire (cette idée fut particulièrement mise en exergue jadis par l'Allemand Paul Laband). Quant aux juges ou aux autres praticiens, s'ils veulent éviter d'employer le terme d'esprit, ils auront tendance à invoquer l'intention (supposée) du législateur (constituant).

Et pourtant, la notion d'esprit de la constitution demeure régulièrement convoquée par les acteurs politiques et même souvent par les constitutionnalistes (y compris, parmi eux, les juristes). S'il en est ainsi, c'est certainement parce qu'elle apparaît comme une réponse, inadéquate, on le verra, à une incontestable nécessité pour saisir toute constitution.

I. L'esprit, figure récurrente des discours juridiques

Depuis, au moins, la célèbre formule de Saint Paul : « la lettre tue, l'esprit vivifie » (2 Cor. 3), en passant par Montesquieu et son *Esprit des lois*, Hegel et son *objektiver Geist*, Savigny et son *Volksgeist*, l'invocation de l'esprit d'un texte est une figure récurrente de la littérature de philosophie politique qui prépare, comme le montre amplement l'œuvre de Philippe Raynaud, la pensée constitutionnelle. Chez les juristes, on peut noter que même lors de l'assomption de l'idée codificatrice, un Portalis n'en invoqua pas moins à plusieurs reprises, dans son discours préliminaire au projet de Code civil, la nécessité de s'en remettre à l'esprit de la loi, parfois même, dans une formule toute paulinienne, contre la lettre⁴. Le conservateur allemand Friedrich Ancillon reprit le terme à l'endroit de la constitution, dans une série d'essais, sous un titre directement inspiré du baron de la Brède, mais dans une tonalité sceptique sur le constitutionnalisme volontariste naissant⁵. Un peu plus près de nous, deux juristes, bien différents, ouvrant leur enseignement en droit constitutionnel à l'aube de sa renaissance après la chute du Second Empire, ont pris soin de s'y référer : Edouard de Laboulaye, dans son cours au Collège de France⁶, Charles Lefebvre dans le sien à la Faculté de droit de Paris⁷. Ils n'allaient pas être les derniers à le faire, loin s'en faut, et il n'est pas jusqu'à l'un des représentants les plus éminents de la doctrine positiviste du droit, Albert Dicey, qui ne s'en soit préoccupé⁸.

⁴ Il revient au magistrat « d'étudier l'esprit quand la lettre tue... » (Discours préliminaire repris in W. Mastor et alii (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, n°56, citation p. 693).

⁵ *Ueber den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluss auf die Gesetzgebung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1825 (trad. fr. : *De l'esprit des constitutions politiques et de son influence sur la législation*, Paris, A. Belhomme, 1850).

⁶ « Alors même que l'on rétablirait à l'école de droit, un cours de droit constitutionnel, le mien serait utile encore, car je me tiendrais moins dans la lettre de la loi, je remonterais davantage aux origines et à l'esprit de la Constitution, esprit que je dois connaître puisque j'ai vu la Constitution se faire sous mes yeux.. » (Leçon d'ouverture au cours de droit constitutionnel pour l'année 1878-1879, in *Trente ans d'enseignement au Collège de France (1849-1858)*, Larose et Forcel, 1888, p. 299-322 [310]).

⁷ « Ce n'est point un commentaire juridique que nous avons eu en vue dans ces pages. (...) Il nous a paru plus intéressant de chercher à dégager l'esprit des institutions que la France s'est données". » (*Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Maresq aîné, 1882, p. 1).

⁸ Comme l'a montré Dylan Swolarski, *Les Lectures d'Albert V. Dicey*, Mémoire pour le Master 2 droit public approfondi, Univ. Paris 2, 2019, spéc. p. 19-34.

D'ailleurs, au-delà de la littérature doctrinale, on peut relever un cas remarquable de texte constitutionnel qui évoque notre notion : la Constitution de la Norvège de 1814, la plus ancienne constitution formelle du continent européen toujours en vigueur aujourd'hui, dispose, depuis l'origine, dans son dernier article⁹ que si cette *Grundlaw* peut être révisée selon une procédure spéciale (la constitution est donc « rigide »), le changement projeté ne doit cependant « jamais être contraire aux principes de la présente Loi fondamentale ; il ne doit avoir pour objet que des modifications dans quelques dispositions particulières qui n'altèrent point *l'esprit de la présente Constitution* ».

On se souviendra également que même le Conseil constitutionnel s'est hasardé à l'évoquer dans sa décision du 6 novembre 1962, signe de l'embaras évident pour la jeune institution d'alors, si étrangère à la tradition constitutionnelle française, lorsqu'elle dut justifier sa décision d'incompétence dans l'affaire politiquement explosive du référendum constitutionnel fortement contesté¹⁰.

Autres temps, pensera-t-on. Mais le Conseil d'Etat, de son côté, ne s'est-il pas tout récemment encore référé à l'idée d'esprit *des institutions* – terme un peu embarrassé dont on se demande s'il signifie, chez ceux qui l'emploient, autre chose que le terme « constitution »¹¹ –, estimant, dans son avis consultatif du 3 mai 2018 relatif au projet de loi constitutionnelle « pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », qu'il « lui appartient aussi de signaler qu'une disposition contreviendrait à *l'esprit des institutions*, porterait atteinte à leur équilibre ou méconnaîtrait une tradition républicaine constante »¹².

Le problème posé aux juristes par l'idée d'esprit de la constitution ne peut donc décidément être aisément évacué. Mais ce qu'il soulève implicitement ne doit-il pas être envisagé d'une manière différente ?

II. L'esprit, peut-être, mais lequel ?

Il est tentant de considérer qu'il y a bien eu quelque chose que l'on peut appeler un esprit gaullien de la V^e République. Le Général, on l'a vu, le revendiquait explicitement et, indépendamment de cela, on ne comprendrait pas grand-chose à la façon dont la Constitution de 1958 s'est développée si l'on voulait faire abstraction de la manière dont de Gaulle a « façonné » (le terme est même de lui) ces institutions. Alors qu'il avait dû se résoudre à plusieurs compromis avec les représentants des partis dans la rédaction du texte constitutionnel, il parvint à faire triompher sa lecture (globalement favorable au président) de celui-ci, en assénant une sorte de « leçon de droit constitutionnel » aux tenants de la république parlementaire classique¹³. L'esprit a donc semblé triompher d'une lettre indécise et l'on sait qu'au moins sur le rôle de direction politique du président et l'exercice de ses

⁹ Initialement le § 112, devenu le § 121 depuis la révision du 14 mai 2014.

¹⁰ Le terme d'esprit fut également repris, en différentes occasions à cette époque, dans les délibérations du Conseil, par Léon Noël ainsi que Georges Pompidou (v. P. Avril, « Georges Pompidou au Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p. 107-118 [108, 114]). Le président Giscard d'Estaing l'invoqua également dans sa lettre du 12 mars 1979 au président de l'Assemblée nationale (D. Maus, *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la V^e République*, La Documentation française, 5^e éd. 1990, p. 126).

¹¹ Chez de Gaulle, les termes sont manifestement identiques. V. aussi le titre donné aux *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet : L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs* (Daloz, 2013).

¹² Phrase reprise à l'identique dans son Avis consultatif du 29 août 2019 sur le projet de loi constitutionnelle « pour un renouveau de la vie démocratique » (avatar du projet précédent).

¹³ P. Avril, « De Gaulle interprète de la Constitution. Une paradoxale leçon de droit constitutionnel », in *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Ed. Panthéon-Assas, 2010, p. 239-246.

compétences juridiques, ses successeurs ont conservé l'essentiel du legs gaullien. Victoire de l'esprit ? Vraiment ?

A) L'esprit apparent : l'esprit... des vainqueurs

Les juristes ont, avec le temps, fini majoritairement par enregistrer cette concrétisation tous azimuts, essentiellement réalisée par de Gaulle, du texte de 1958 dans le sens (pour faire court) du présidentielisme. Il est donc tentant de parler de l'esprit qui est parvenu à perdurer au-delà du principat gaullien : des conventions de la constitution se sont fixées, qui le reflètent et le consolident¹⁴. Un réseau de présomptions émerge, qui obligent ceux qui contesteraient cet esprit et ses conventions à justifier leur position : la charge de la preuve pèse sur eux.

Mais comment qualifier cet « esprit » ? Il s'agit tout bonnement de l'esprit de ceux qui ont été « aux commandes » au moment décisif, en position objectivement favorable : en l'occurrence surtout l'Exécutif avec la direction de l'appareil administratif, le « pouvoir immédiat » (J.S. Mill) et le privilège du préalable, dirait Hauriou. Et particulièrement le chef de l'Etat, que le texte constitutionnel de 1958 place techniquement en « clé de voûte » (l'image choisie par Michel Debré en 1958 était bien trouvée) pour quantité d'actes¹⁵. Sous ce rapport, le cas de la V^e République est un peu particulier : on a rarement eu dans l'histoire un texte constitutionnel à ce point fruit de la volonté et des conceptions d'un homme, appuyé et relayé dès le début par un groupe d'élus et de personnalités à son service (même si certains, comme M. Debré, durent infléchir leurs propres conceptions)¹⁶. Même le Conseil constitutionnel dans ses premières décisions, lorsqu'il censura, sur plusieurs points, les premières versions des règlements des assemblées puis dans l'affaire du référendum de 1962, se situa tout à fait dans la ligne gaullienne (il est vrai que la majorité de ses membres étaient acquis au chef de l'Etat). Autrement dit, c'est l'esprit des vainqueurs qui a triomphé... Et cela est tout sauf objectif.

Certes, il est possible d'affirmer que la majorité du corps électoral a « ratifié » l'interprétation gaullienne de la Constitution, implicitement approuvé ses grandes lignes lors des différents scrutins nationaux de 1961 à 1968¹⁷, puis encore lors de l'élection présidentielle de 1969 (le battu du second tour, Alain Poher, ayant proposé une conception de la présidence passablement différente des gaullistes). Un sociologue sourcilleux serait néanmoins sceptique sur les interprétations à tirer d'un scrutin, fût-il référendaire, c'est-à-dire obligeant à une réponse en termes binaires (oui/non), étant en outre observé que l'électeur moyen n'est pas très versé dans les questions constitutionnelles et qu'il serait périlleux de lui attribuer une pensée cohérente dans ce domaine.

Certes encore, on pourrait avancer que la gauche a fini par se rallier progressivement pour l'essentiel aux institutions de la V^e République et combien François Mitterrand les a confortées sous certains aspects, sans oublier que Lionel Jospin se prêta (finalement pour son plus grand malheur) en 2001 à l'ajustement du calendrier électoral pour favoriser la logique présidentieliste et enfin que François Hollande ne s'est finalement pas inscrit dans une autre démarche. Pour autant, tout indique que les choses sont en réalité moins simples.

¹⁴ P. Avril, *Les conventions de la constitution*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1997.

¹⁵ Ainsi notamment pour convoquer le Parlement en session extraordinaire, signer les ordonnances ou des nominations. Le refus de signature devient un instrument de pouvoir véritable.

¹⁶ *A contrario*, de telles conditions peuvent faire complètement défaut : tel fut le cas par exemple dans l'Allemagne de Weimar, dont l'architecture des pouvoirs était voisine de celle de la V^e République, mais les conditions de mise en œuvre totalement différentes.

¹⁷ Ce que le Général ne s'est évidemment pas privé de faire : « *Je suis sûr qu'il a approuvée dans cet esprit* », continuait de Gaulle dans l'entretien de 1965 cité plus haut (note n°3).

B) Danse des esprits (bienheureux) ou danse des furies ?

Il ne s'agit pas ici de faire un pas de côté musical avec la *Reigen seliger Geister* et la *Tanz der Furien* de Gluck – encore que Philippe Raynaud n'y serait sans doute pas insensible¹⁸. Il convient de mettre l'accent sur un point que négligent les analyses en termes d'« esprit de la constitution ». Ayant été rappelé que la conception gaullienne de la Constitution de la V^e République ne s'est imposée qu'au terme d'une âpre lutte (dont on semble avoir aujourd'hui un peu oublié la vigueur), force est de constater qu'elle n'a jamais été la seule disponible, et surtout qu'elle a fini par être, avec le temps, passablement écornée pour ne pas dire dénaturée. Ce que l'on a cru pouvoir appeler son esprit n'est-il, dès lors, pas introuvable ?

1) L'esprit dénaturé

Il ne faut pas être grand clerc pour réaliser que l'on est loin aujourd'hui (et depuis un moment) de l'esprit gaullien de la Constitution¹⁹. Sans doute peut-on avancer que la primauté politique du président de la République s'est maintenue, durant six décennies, contre vents et marées ; sous ce seul rapport, il y a bien une véritable « tête à l'Etat », comme le souhaitait de Gaulle. Mais n'est-ce pas au prix d'un dévoiement considérable²⁰ ? Pour s'en tenir à l'essentiel : la responsabilité politique du président devant le peuple, qui équilibrait la prétention gaullienne à la direction du pays, a été répudiée par ses successeurs (et ce, pas uniquement à travers les périodes de cohabitation) qui, au contraire, ont accentué autant qu'ils ont été en mesure de le faire, parfois jusqu'à la caricature, leur emprise sur le gouvernement et le parlement²¹. Le quinquennat et l'ajustement du calendrier électoral ont réduit la flexibilité du système. On ajoutera que, quoique partiellement contenus par le présidentielisme, les partis politiques ont retrouvé une place sensiblement éloignée des espoirs du Général (que l'on songe aux « primaires » organisées depuis deux décennies).

2) Des esprits pluriels et évolutifs

Ainsi non seulement l'esprit gaullien, victorieux en 1959-62, s'est effiloché avec le temps, mais ce qu'il en reste ne fait pas pleinement consensus. Outre l'hostilité de divers courants pas ou peu associés au gouvernement (le Front puis Rassemblement national, les Verts, les communistes et enfin, plus véhémentement, la France insoumise), la famille socialiste elle-même semble vouloir revenir sur son ralliement à « l'esprit du régime », qui n'a jamais été complet ni culturellement profond²². Dans ces conditions, il est devenu plus difficile que jamais de prétendre qu'il existe un seul esprit de la V^e République. Le pluriel serait plutôt de mise. Et malgré un scénario initial donnant l'impression inverse, il n'est pas certain que la présidence d'Emmanuel Macron se traduise par un véritable retour aux sources gaulliennes.

3) Introuvable esprit

La sorte de résilience de la V^e République rend particulièrement complexe l'analyse que l'on peut en faire en termes constitutionnels et notamment à propos de la question de l'esprit. On

¹⁸ Comme en témoigne le titre donné à son essai sur le macronisme, *Emmanuel Macron : une révolution bien tempérée* (Desclée de Brouwer, 2018). Encore préfère-t-il peut-être le contrepoint du cantor de Leipzig aux accents *Sturm und Drang* du Chevalier viennois dans Orphée...

¹⁹ V. parmi d'autres : G.-D. Lavroff, « Feue la V^e République », in B. Mathieu (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 35-42.

²⁰ P. Avril, « De la domination présidentielle sous la V^e République », *Le Débat*, n°206, 2019, p. 73-83.

²¹ A. Le Divellec, « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, n°44, 2007, p. 101-137.

²² G. Grunberg, *La loi et les prophètes. Les socialistes français et les institutions politiques*, CNRS éditions, 2013.

peut ainsi défendre l'idée que la cohabitation fut un péché contre l'esprit gaullien²³. Mais aussi défendre à l'inverse que le président de cohabitation renouait ainsi avec une présidence détachée des partis, restaurait ainsi en un sens le « pouvoir d'Etat » (au sens de Georges Burdeau) caractéristique de la V^e originelle (thèse de Jean-Louis Quermonne).

On peut même se demander, comme le soutiennent dans leur bel essai Marc Sadoun et Jean-Marie Donégani²⁴ si l'esprit gaullien initial n'a pas commencé à mourir après les législatives de 1962 et de plus en plus par la suite... D'ailleurs, la réforme du mode d'élection du président de la République était-elle vraiment conforme à l'esprit gaullien initial ? Les analystes sont divisés sur ce point, entre ceux qui estiment que 1962 parachève le projet de 1958 et permet de l'inscrire dans la durée, et ceux (moins nombreux, à vrai dire) qui soutiennent l'inverse.

4) L'esprit évanescent

Mais tout cela n'est-il pas, au fond, une vaine querelle ? N'est-ce pas le propre de l'esprit de « souffler où il veut » (Jean 3, 8) ?!

Plus sérieusement, n'assiste-t-on pas parfois à une instrumentalisation de la notion d'esprit de la constitution (ou des institutions), pour justifier tel ou tel choix particulier de politique constitutionnelle ? Le fait est assez évident de la part du personnel politique (ainsi le refus initial de J. Chirac à propos du quinquennat) – on pourrait dire : c'est « de bonne guerre ». Mais n'est-ce pas également ce que font certains juristes eux-mêmes qui, consciemment ou non, légitiment une certaine conception de la constitution ? En quoi le Conseil d'Etat est-il fondé à prétendre devoir veiller à l'esprit des institutions quand le gouvernement lui demande un avis juridique sur un projet de loi constitutionnelle ?

A tout prendre, le seul « esprit » qui peut fédérer tous les protagonistes d'un ordre constitutionnel démo-libéral est précisément celui, très général, du constitutionnalisme libéral-démocratique (le pluralisme, la protection des minorités, le respect des règles de forme, la modération...), ce qui peut expliquer la faveur que rencontre la justice constitutionnelle moderne. La figure du juge paraît la plus à même de faire respecter ce que d'aucuns préféreront appeler les « valeurs » de l'Etat de droit et de la démocratie. Mais le problème n'est que déplacé car il ne saurait y avoir une seule manière de formuler cet esprit ou ces valeurs. Simplement, c'est en général la vision des juges qui est la mieux acceptée par le plus grand nombre de citoyens aujourd'hui, que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore²⁵.

III. Nécessaires et inévitables : les représentations intellectuelles des énoncés juridiques ou les « constitutions idéelles implicites »

Le constat de la relativité de la notion d'esprit de la constitution ne ferme pas la question véritable. Il existe de bonnes raisons de considérer que c'est plutôt du côté des représentations qu'il faut chercher. La notion d'esprit de la constitution révèle en fait la nécessité, pour tout lecteur et tout acteur du jeu constitutionnel, avant d'agir, de se forger des représentations intellectuelles afin de pouvoir donner un sens aux dispositions des textes organisant le pouvoir politique. Le droit n'est pas un objet qui peut être considéré comme intelligible par les seuls éléments linguistiques fournis par les textes et réduit à un simple dispositif technique

²³ Telle était en particulier la thèse de Raymond Barre, étayée par les arguments d'Alain Peyrefitte (« Les trois cohabitations », *Pouvoirs*, n°91, p. 25-31).

²⁴ *La I^{ère} République, Naissance et mort*, Calmann-Lévy, 1998.

²⁵ Il faut se reporter sur ce thème au recueil d'articles de Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, A. Colin, 2008.

objectivement connaissable, mais doit être pensé intellectuellement²⁶ en amont de ceux-ci. C'est ce que nous proposons d'appeler une (ou, plutôt des) constitution(s) idéale(s) implicite(s).

Ces représentations sont plurielles notamment parce que dans un régime constitutionnel, les acteurs sont pluriels (et qu'un même acteur peut, avec le temps, modifier, en tout ou partie, sa propre représentation des énoncés à prétention normative). Elles ne gagnent en force que lorsqu'elles sont suffisamment convergentes c'est-à-dire partagées par le plus grand nombre d'acteurs. Elles sont implicites parce que chaque acteur les formule d'abord pour lui-même, et souvent de manière à peine consciente, avant de les faire (explicitement ou implicitement) partager à d'autres. Ce processus est généralement occulté parce que l'opinion commune (y compris les juristes) méconnaît la complexité du concept juridique de constitution.

Le monde des Modernes a considérablement modifié l'idée que l'on se faisait du droit. Désormais a triomphé le paradigme volontariste, selon lequel on considère que le droit est posé par des actes de volonté humaine, dont la constitution formelle est (pour beaucoup, notamment les juristes) l'élément primordial, à partir de laquelle tout le reste découle. On se figure généralement le droit comme sinon réductible à –, du moins essentiellement formé par – des prescriptions formalisées dans des textes qui, de ce fait (le fait d'être écrits) seraient objectivement connaissables. Et pourtant, tout indique que ce projet du « gouvernement par des lois et non des hommes » ne peut être entièrement tenu. Tout le talent des meilleurs tenants d'une approche exclusivement formaliste du droit, censée être épurée de tout biais idéologique, ne parvient pas à masquer l'impuissance intrinsèque de l'écrit, ce que le juriste Leo Wittmayer (un autre Viennois, collègue de Kelsen) a appelé « *la problématique tragique de tout droit constitutionnel écrit* »²⁷.

Les énoncés à prétention normative des textes constitutionnels ne peuvent manifestement pas offrir une clarté et une complétude suffisantes pour permettre d'identifier le sens du droit positif et donc de la constitution normative. Plus exactement, ils ne peuvent par définition l'exprimer par eux-mêmes.

La situation est évidente pour les énoncés censés poser des principes structurants de l'ordre constitutionnel, par exemple l'Etat de droit, la République, la démocratie, la distinction des pouvoirs, la laïcité,...., autant de notions générales et complexes, nécessitant des raisonnements et explicitations pour acquérir une signification juridique opératoire. Et encore ce qui est dit un jour par un juge suprême (si l'on veut voir en lui l'interprète majeur du système juridique) peut-il manquer de clarté, être contesté par d'autres, ou encore révisé par lui-même.

La chose est évidente également pour les droits et libertés fondamentaux, formulés de manière si générale qu'ils requièrent sans cesse des interprétations, des concrétisations, des ajustements pour être applicables pratiquement et d'une manière qui peut être évolutive.

Ces incertitudes ne sont pas moins patentes en ce qui concerne les énoncés concernant les organes de gouvernement, leur statut, leurs compétences, les procédures qu'ils doivent suivre et les relations qu'ils entretiennent les uns avec les autres. La chaîne qui part des énoncés d'une constitution formelle pour aboutir au droit de la constitution puis à un système de gouvernement opératoire est bien plus longue qu'on ne veut bien le dire²⁸.

Ce que l'on appelle « esprit » (d'un texte censé être normatif, ici : une constitution formelle) renvoie à une idée (ou un réseaux d'idées) relativement générale(s), qui est en fait un but, un objectif ou un ensemble d'objectifs. Il ne peut guère qu'être flou sur les moyens juridiques

²⁶ « Le droit est un phénomène subjectif, c'est-à-dire d'ordre humain interne. (...) il existe dans nos cerveaux », formulait judicieusement Georg Jellinek (*L'État moderne et son droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, t. I, 2005, p. 502-503).

²⁷ *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tubingue, Mohr, 1922, p. 37.

²⁸ V. notre article précité aux *Mélanges Hugues Portelli*, Dalloz, 2018.

pour réaliser ce ou ces buts. Et cet esprit ne suffira pas, par lui-même, à expliciter directement le nécessaire travail sur les énoncés.

Au contraire, la notion de constitution idéale permet de décrire le raisonnement intellectuel (mental) qui se produit inévitablement chez chaque lecteur-acteur pour effectuer le passage des mots d'un texte constitutionnel vers un droit positif opératoire. Les lecteurs (et donc, parmi eux, les acteurs habilités à lui donner une réalisation concrète) sont obligés de donner un sens aux énoncés qui ne peut résulter automatiquement (ou bien imparfaitement) des seuls mots inscrits dans le texte. Cette opération mentale joue, nous semble-t-il, à trois niveaux :

D'abord, en ce qui concerne certains termes singuliers, souvent essentiels, que le texte lui-même ne définit pas. Ainsi par exemple, les notions de confiance, d'arbitrage, de responsabilité, de contrôle, de pouvoir exécutif, etc. Il faut, pour les faire passer au stade du sens juridique, se référer à des idées (souvent élaborées par les penseurs et/ou par la doctrine juridique) en amont du texte. Et l'on en sait la relativité : on serait en peine de trouver un consensus parfait entre les juristes et/ou théoriciens politiques pour chacun de ces termes. Au mieux les lecteurs s'accorderont-ils sur un sens approximatif.

Ensuite, il est nécessaire de trouver un sens concernant un énoncé comportant plusieurs mots. Selon la texture de la phrase, ce sens sera plus ou moins ouvert (s'agit-il d'une obligation ? d'une faculté ?...). Parfois, les énoncés sont purement littéraires et absolument anormatifs. En tout état de cause, il est rare qu'un énoncé soit parfaitement univoque et ferme complètement la porte à des nuances de compréhension et d'interprétation multiples.

Enfin et surtout, le lecteur du texte constitutionnel doit se livrer à une lecture combinée des énoncés, des dispositifs contenus dans le document. C'est certainement à ce stade que l'opération est la plus complexe. Il faut imaginer mentalement le statut de chaque institution qui peut résulter des différents énoncés, ses attributions, les procédures pour adopter tel acte ou accomplir telle mission.

Bref, de multiples opérations intellectuelles ou mentales sont nécessaires, inévitables même, afin de déterminer les différentes normes juridiques (ce qu'en toute rigueur, on pourrait appeler, avec Dicey et Hauriou, le « droit de la constitution ») puis de les mettre en cohérence pour faire apparaître mentalement un système normatif coordonné sur telle ou telle partie du champ normé (par exemple la protection des droits individuels, l'articulation technique entre les normes, l'agencement entre les organes constitutionnels) et finalement un système de gouvernement tout entier. Autrement dit, la constitution normative et le système de gouvernement qui en résultera sont le produit d'une série de rencontres mentales des principaux acteurs constitutionnels, c'est-à-dire dire avant tout des institutions.

La constitution idéale est donc cet espace mental dans lequel le lecteur projette les énoncés qu'il a reformulés puis mis (au moins approximativement) en cohérence. On peut la voir comme un moment de concrétisation intellectuelle du texte constitutionnel, qui précède sa concrétisation pratique ou opérationnelle : par des actes, décisions, déclarations et comportements qui officialisent publiquement le sens donné par le lecteur-acteur au texte de la constitution.

C'est de la confrontation entre les constitutions idéelles des différents acteurs que naîtra l'accord relatif (et pas forcément immuable) sur le sens à donner en tout ou partie au texte constitutionnel.

En d'autres termes, une constitution formelle ne peut exister juridiquement, c'est-à-dire n'a pas de sens objectif et ne peut être mise en œuvre (« appliquée », dira-t-on couramment), sans une constitution idéale implicite, ou plus exactement des constitutions idéelles implicites approximativement convergentes émanant des acteurs du champ constitutionnel.

La notion d'esprit de la constitution, séduisante à première vue, présente l'inconvénient de masquer cette lourde complexité. Elle ne peut guère, nous semble-t-il, être opératoire que sur un autre plan qui n'est pas celui de la technique juridique, de la fabrication du droit et de sa

mise en œuvre, mais bien plutôt sur celui des buts politiques généraux que les gouvernants et les citoyens se proposent de suivre. Les registres ne doivent donc pas être mélangés mais peuvent être, chacun à leur place, également dignes de considération. Par quoi un bon constitutionnaliste, juriste ou non, ne devrait pas avoir mauvais esprit !

Armel Le Divellec