

§ 3. Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses¹

Hugues DUMONT

*Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis
Président du Centre interdisciplinaire de recherche en droit constitutionnel
Co-directeur du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques*

Introduction

Les praticiens des contentieux constitutionnels au sein des juridictions suprêmes sont peu nombreux à s'intéresser au statut des coutumes constitutionnelles. En revanche, les conseillers des gouvernements et des parlements ne peuvent pas y échapper, tout comme les manuels de droit constitutionnel. Il faut le reconnaître : ce n'est pas sans un certain malaise que ceux-ci abordent la question. C'est qu'il est à la fois impossible de décrire le droit constitutionnel d'un État sans rencontrer cette source du droit et pour le moins délicat de la traiter en se conformant aux dogmes du constitutionnalisme positiviste, tant ceux-ci l'ont rendue de plus en plus embarrassante. Quant aux théoriciens du droit, ils ne peuvent que se délecter de ces difficultés si propices à la réflexion sur la notion de source du droit et, par conséquent, sur la frontière entre le droit et le non-droit, entre le juridique et le politique, entre la juridicité et la justiciabilité.

La coutume² est un mode de formation du droit qui suscite la perplexité, parce qu'elle déroge, non pas – on va le rappeler – à la théorie de Kelsen, mais à la vulgate « kelsénienne »³, qui veut que toute norme juridique

¹ La présente contribution est une version revue et largement augmentée de l'étude parue sous le titre « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et paralégalité », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 269-299.

² Avec J. Poumarède (v° « Coutume », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., Paris, 1993, p. 119), on peut définir synthétiquement la coutume comme une « règle de droit, en générale non écrite, qui prête à une pratique constante et répétée un caractère juridique contraignant reconnu par les intéressés eux-mêmes ».

³ On ne saurait, par exemple, se contenter de citer des passages de la théorie pure comme celui-ci : « Des normes créées par la coutume sont normes juridiques lorsque la Constitution de la collectivité institue

dérive d'une autre qui lui est supérieure et lui confère la validité. En effet, quand la Constitution ne prévoit pas l'existence de coutumes, quand elle comporte, comme en Belgique, dans l'article 33, alinéa 2, une disposition-clé qui veut que tous les pouvoirs doivent être exercés de la manière établie par elle⁴, les coutumes semblent condamnées à l'inexistence.

Et pourtant, en Belgique, même les auteurs les plus réticents à l'égard de cette source finissent par en reconnaître l'existence, ne fût-ce qu'à travers un unique exemple. Comment sortir de cette contradiction ? Faut-il rejoindre l'actuelle majorité des constitutionnalistes français, qui soutient la thèse de l'inexistence des coutumes constitutionnelles ? Dans la première partie de cette contribution, nous présenterons les théories en présence en France et en Belgique. Nous verrons que ce débat ne se déroule pas dans la seule sphère éthérée des idées. Il est configuré historiquement et lié à des enjeux politiques. Nous ferons également le point sur l'état de la jurisprudence en Belgique. Nous exposerons ensuite notre propre thèse : le droit à l'existence des coutumes constitutionnelles supplétives, qu'elles soient justiciables ou non, mérite de recevoir des bases théoriques renouvelées (I).

Si l'on peut admettre, sur le plan théorique, l'existence de coutumes constitutionnelles supplétives, encore faut-il disposer de critères propres à les distinguer de l'interprétation des règles écrites, des principes généraux du droit et des usages facultatifs. Ces critères seront justifiés dans la deuxième partie (II).

La coutume n'ébranle pas seulement un modèle théorique. Elle nous invite aussi à revisiter nos convictions démocratiques. Plusieurs auteurs ont remarqué que la coutume avait le mérite d'offrir au droit un mode de formation foncièrement démocratique, qui part de la « nation d'en bas », si l'on ose dire, pour remonter vers la reconnaissance officielle⁵. À la suite d'un processus de maturation plus ou moins long, telle pratique largement observée par la population elle-même, avec la conviction qu'elle est obligatoire et non facultative, se voit reconnaître la dignité d'une règle de droit

la coutume, et plus précisément une coutume présentant certains caractères déterminés, comme fait créateur de droit » (KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 13). On passe alors sous silence la distinction décisive entre les notions de « Constitution positive » et de « Constitution au sens de la logique juridique » que Kelsen pose ailleurs (notamment p. 301). Nous allons y revenir.

⁴ Rappelons que l'article 33 de la Constitution se lit comme suit : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution ».

⁵ Voy. notamment PERRIN (J.-Fr.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève – Paris, 1979, p. 109 et s., et ASSIER-ANDRIEU (L.), v^o « Coutume et usage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.) et RIALS (S.) dir., PUF, Paris, 2003, p. 317-326.

justiciable. Si l'on rappelle que la loi, issue des assemblées représentatives, a toujours le dernier mot et peut donc abroger quand elle le veut la coutume qui lui serait contraire, le démocrate ne devrait, théoriquement, éprouver pour ces coutumes venues « d'en bas » que de la sympathie.

Mais cette présentation, passablement naïve du reste, ne convient pas quand on s'intéresse, comme nous ici, aux coutumes constitutionnelles. En effet, celles-ci érigent en normes juridiques des pratiques émanant d'autorités publiques, et non de simples particuliers. Or l'idéal de la démocratie et de l'État de droit veut que tous les comportements des pouvoirs publics soient encadrés par une règle de droit à l'élaboration de laquelle les représentants du peuple ont pu concourir. Une coutume applicable aux relations entre le Roi et ses ministres, et issue d'une longue pratique observée par ces deux catégories d'acteurs politiques s'écarte, à première vue, de cet idéal. Ce dernier peut néanmoins s'en accommoder si la coutume en question ne contredit en rien les règles constitutionnelles et législatives, et si celles-ci peuvent l'écarter en raison de leur supériorité en cas de contradiction. On le voit, la question du rang occupé par les coutumes constitutionnelles dans la hiérarchie des normes, à laquelle nous consacrerons la troisième et dernière partie de cette contribution, n'est pas seulement d'ordre technique. L'exigence démocratique semble postuler, non pas l'exhaustivité du texte constitutionnel, mais en tout cas sa supériorité sur toute norme prétendument coutumière.

Et pourtant, malgré la répugnance et parfois le refus de la doctrine à le reconnaître, il faut bien admettre qu'il existe des normes *contra constitutionem*, qui ont toutes les apparences de coutumes effectivement observées avec la conviction qu'elles sont proprement obligatoires. Au Royaume-Uni et au Canada, on distingue les règles juridiques et les règles politiques de la Constitution. Les obligations juridiques imposées aux gouvernants par la Constitution sont sanctionnées par les tribunaux, tandis que les obligations politiques, connues sous le nom de « conventions de la Constitution », ne le sont pas. Doit-on importer ou, mieux, traduire cette distinction en droit public belge ? Nous répondrons à cette question par l'affirmative, mais nous proposerons d'affiner la notion de convention de la Constitution au moyen de la théorie de la paralégalité, que nous défendons depuis plusieurs années (III).

I. Le droit à l'existence des coutumes constitutionnelles

Existe-t-il⁶ des coutumes constitutionnelles dans les États dotés d'une Constitution écrite qui ne les mentionne pas parmi les sources qu'elle institue? Sur cette question élémentaire, la doctrine se divise depuis très longtemps, au point que toutes les thèses les plus contradictoires ont été soutenues.

A. Le débat théorique et ses enjeux

1. La situation en France

En France, la majorité des auteurs, emmenés par R. Carré de Malberg⁷, ont défendu, sous les III^e et IV^e Républiques, la thèse de l'inexistence des coutumes constitutionnelles⁸. Le raisonnement est simple : une Constitution, au sens formel du terme, est à la fois suprême et rigide. Elle est supérieure à toutes les autres règles de droit et elle ne peut être modifiée qu'en respectant une procédure spéciale. Il n'y a donc pas de place pour des coutumes *contra constitutionem*. La force juridique de la coutume ne peut pas non plus être identique à celle du texte constitutionnel, puisqu'elle ne contient aucun des traits formels qui caractérisent une Constitution écrite. En raison de la supériorité du droit écrit sur le droit non écrit, le pouvoir législatif a la faculté de contredire n'importe quelle coutume prétendument constitutionnelle. Argument supplémentaire : aucun juge ne serait à même de reconnaître l'existence d'une coutume constitutionnelle. Or la valeur juridique d'une règle dépourvue de sanction serait nulle. Par conséquent, chaque fois que des auteurs sont contraints d'invoquer une coutume pour justifier le comportement de tel ou tel pouvoir public, ils occultent la

⁶ Ce terme d'« existence » doit être compris au sens juridique, et non dans un sens exclusivement factuel. On ne dira pas d'une coutume constitutionnelle qu'elle existe si elle est seulement appliquée en fait par certains organes de l'ordre juridique. Encore faut-il qu'elle soit valide en droit. Sur cette distinction, voy. TROPER (M.), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, 1986/3, p. 13-14. Du même auteur, cf. également « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Mélanges Robert-Édouard Charlier*, Éd. de l'Université, Paris, 1981, p. 309 et s. À la différence de M. Troper, nous ne nous appuyons cependant pas sur la théorie « kelsenienne » de la validité, mais plutôt sur celle de Hart : cf. *infra*, notes 48 et 52.

⁷ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, Paris, 1921, p. 571-572.

⁸ Pour un repérage et une analyse de ces auteurs, voy. CHEVALLIER (J.), « La coutume et le droit constitutionnel français », *Rev. dr. publ.*, 1970, p. 1384-1389.

réalité, à savoir que ce comportement est contraire au texte constitutionnel et illicite.

L'on aperçoit au passage la portée politique de cette théorie, même si celle-ci ne se réclame que de la rigueur juridique : elle permettra, dans le contexte du droit public français de l'époque, de « dénoncer l'affaiblissement de l'Exécutif et la disparition de ses pouvoirs en relevant que cette pratique contraire au texte constitutionnel est dépourvue de toute valeur juridique »⁹.

Parmi les publicistes de renom qui ont tenté de combattre cette thèse à cette même époque, il convient de citer L. Duguit et R. Capitant. L'un et l'autre se sont appuyés pour ce faire sur une théorie du droit différente, non positiviste. Pour Duguit, la loi positive n'est qu'un mode d'expression des règles de droit qui dérivent essentiellement de l'état de conscience de la société, lié lui-même aux sentiments de sociabilité et de justice. La constatation de ces règles de droit peut être le fait aussi bien du législateur que de la coutume. Capitant soutient aussi la thèse de la juridicité du droit non écrit. Pour lui, le droit positif n'est pas seulement le droit posé par le législateur ou le juge. Il « est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée »¹⁰. Si une règle écrite cesse d'être appliquée et si une règle non écrite s'y substitue, il faut admettre que celle-ci s'est imposée comme source de droit positif. Une coutume peut donc abroger une règle constitutionnelle écrite dès lors qu'elle émane de la nation souveraine, titulaire permanent du pouvoir constituant originaire. Autrement dit, à ses yeux, « la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale. [...] Lors même qu'elle [la nation] n'a pas le droit de manifester par écrit sa volonté, elle a néanmoins une volonté et qui s'impose. Elle reste au moins maîtresse de son obéissance, et par conséquent détient la positivité du droit [...]. Le droit peut bien recevoir son contenu du législateur, c'est de la nation qu'il tiendra toujours sa vigueur »¹¹.

Fait significatif et appelant une explication proprement politique, ces théories dissidentes redeviennent nettement majoritaires dans la doctrine au début de la V^e République, et ce jusqu'à la fin de la présidence du Général de Gaulle. Les pratiques d'inspiration gaulliste instaurées à partir de 1962, date de l'élection du président de la République au suffrage universel direct,

⁹ *Ibid.*, p. 1385.

¹⁰ CAPITANT (R.), « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'études en l'honneur de François Génys*, t. III, Sirey, Paris, 1934, p. 2.

¹¹ CAPITANT (R.), « La coutume constitutionnelle », *Rev. dr. publ.*, 1929, p. 968.

heurtent de front certains articles de la Constitution de 1958 qui étaient restés fidèles au régime parlementaire classique. À quelques rares exceptions près, les constitutionnalistes français commencent alors, curieusement, à admettre l'existence de la coutume constitutionnelle, à revisiter Duguit et Capitant, et à y faire appel pour justifier ces pratiques en droit¹²...

Mais depuis les années 1970, on assiste à un retour du balancier. La doctrine majoritaire renoue avec Carré de Malberg et défend aujourd'hui la thèse de l'inexistence des coutumes constitutionnelles. L'équipe de feu le Professeur Louis Favoreu énonce un point de vue particulièrement net à cet égard. Ses membres admettent qu'il existe sans doute ce que les Anglais appellent des conventions de la Constitution, c'est-à-dire des usages considérés comme politiquement obligatoires, mais ils ajoutent aussitôt que lesdites conventions ne peuvent «revendiquer un quelconque statut de *droit* constitutionnel formel [...]». Il ne sert à rien de dire qu'il s'agit de règles juridiques qui ne seraient simplement pas invocables devant un juge, car des règles qui ne sont pas invocables devant un organe qui doit appliquer des normes *juridiques* ne sont pas des règles juridiques mais relèvent éventuellement d'autres systèmes normatifs (bonnes mœurs, code de bonne conduite en société ou dans le monde politique, morale, etc.). L'étude en est certes utile pour la compréhension du système *politique* mais ne nous apprend rien sur ce qui est obligatoire, permis ou interdit en *droit*»¹³.

Cette doctrine, largement dominante à ce jour et très influente en Belgique notamment, doit se comprendre dans le cadre de ce qu'elle a appelé elle-même le «néo-constitutionnalisme». Celui-ci est apparu avec la généralisation des contrôles juridictionnels de la constitutionnalité des lois. On sait que la date pivot en France, à cet égard, est celle du 16 juillet 1971, avec la décision fondatrice du Conseil constitutionnel sur la liberté d'association¹⁴. Depuis lors, le droit constitutionnel est tout simplement redéfini comme «le droit de la Constitution sanctionné par un juge»¹⁵. L'idéal du constitutionnalisme est, quant à lui, exposé à travers la double exigence suivante : «a) le droit constitutionnel matériel ne doit être produit que dans la forme constitutionnelle (ou à l'inverse le droit constitutionnel formel doit obligatoirement avoir pour contenu le droit constitutionnel matériel) ;

¹² Cf. CHEVALLIER (J.), « La coutume et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 1393-1397.

¹³ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFONI (G.), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999, n° 108.

¹⁴ Voy. notamment AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution*, PUF, Paris, 1997, p. 4 et s.

¹⁵ Cf. FAVOREU (L.) et MAUS (D.), « Éditorial », *R.F.D.C.*, 1990, 1, p. 3 ; FAVOREU (L.), « Droit de la Constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.*, 1990, 1, p. 72.

le droit constitutionnel formel doit avoir des effets restructurants afin de rendre possible la traduction juridique de certaines normes politiques et morales»¹⁶.

Parmi les rares voix dissidentes contemporaines qui mobilisent des arguments non négligeables contre cette théorie dite normative de la Constitution, on mentionnera celle d'Olivier Beaud. Dans le droit fil des écrits de Benjamin Constant et des grands constitutionnalistes français des années 1896-1930¹⁷, il défend une théorie qualifiée d'«institutionnelle». Celle-ci identifie la notion de Constitution à l'ensemble – et uniquement à cet ensemble – des «principes politiques de liberté» qui forment «la garantie d'un peuple», en y incluant les institutions et procédures qui en sauvegardent l'application¹⁸. Selon cette approche, dont on perçoit ici l'option jusnaturaliste, la Constitution au sens formel n'est pas nécessairement le moyen approprié – référence est faite à l'exemple d'une Constitution foncièrement injuste –, ni l'unique moyen requis par le constitutionnalisme. Pour elle, l'essentiel se concentre dans le lien entre Constitution et régime politique, et donc entre Constitution et État, lien sur lequel la conception normative ferait l'impasse.

En réduisant la Constitution à un ensemble de normes juridiques écrites formellement au-dessus de toutes les autres indépendamment de leur contenu, la conception normative se voit reprocher de retirer «la théorie de l'État du domaine du droit constitutionnel», de rétrécir le contenu de ce dernier en l'amputant précisément de sa partie non écrite, qui nous intéresse ici, et de pratiquer de la sorte «le fétichisme de la Constitution écrite»¹⁹.

On ne sera donc pas étonné d'apprendre qu'O. Beaud entend renouer avec R. Capitant, dont on sait qu'il soutenait déjà la thèse de la juridicité du droit non écrit. Pour ces deux auteurs, la coutume constitution-

¹⁶ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFONI (G.), *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 115. Les mêmes auteurs ajoutent, dans une perspective nettement moins positiviste, que la nécessaire formalisation de la Constitution matérielle correspond par ailleurs à l'introduction du «libéralisme politique», c'est-à-dire de «l'idée qu'il faut protéger une sphère de liberté des individus et qu'en l'absence d'une participation directe à l'exercice du pouvoir, les citoyens doivent au moins être protégés de ses abus et qu'ils doivent avoir des moyens pour le contrôler».

¹⁷ Notamment Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg (du moins, pour ce qui concerne ce dernier, dont on connaît l'attachement au positivisme, en ce qu'il maintient, à la différence de la conception normative, le lien substantiel entre la Constitution et l'État) et Capitant. Du côté de la doctrine allemande, il faut certainement compter dans ce courant – référence problématique, faut-il le dire – Carl Schmitt.

¹⁸ BEAUD (O.), v° «Constitution et droit constitutionnel», in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.) et RIALS (S.) dir., PUF, Paris, 2003, p. 261.

¹⁹ *Ibid.*, p. 263.

nelle possède cette vertu « d'ouvrir le champ du droit constitutionnel aux facteurs extra-constitutionnels que sont les “facteurs historiques et théoriques” ». Le droit constitutionnel non écrit, « d'une part, exprime un droit en vigueur, capable de prendre en considération les caractéristiques de la vie politique et, d'autre part, traduit le mieux la volonté de la nation souveraine », conclut Beaud, dans le sillage de son prédécesseur²⁰.

2. La situation doctrinale en Belgique.

Comment la doctrine belge a-t-elle pris position dans ces controverses ? Serait-ce par fidélité au pragmatisme, qui tient parfois lieu de vertu nationale chez nous, toujours est-il que la plupart des constitutionnalistes belges ne s'expliquent guère sur leurs prémisses théoriques, mais cela ne les empêche pas d'admettre tous l'existence des coutumes constitutionnelles, non sans ajouter que celles-ci ne peuvent jamais contredire le texte constitutionnel²¹. Dans un État âgé de plus de 180 ans dont plusieurs règles constitutionnelles sont demeurées inchangées depuis le temps des fondations, malgré les modifications considérables qui ont affecté son régime politique lui-même, il serait sans doute difficile de soutenir la thèse de l'inexistence des coutumes constitutionnelles.

Un auteur, Francis Delpérée, est cependant très proche de cette thèse. Tout en rappelant le diagnostic en sens contraire de R. Carré de Malberg, il affirme qu'il existe des coutumes constitutionnelles en droit belge et même que « leur existence n'est pas contestée », mais ce propos est aussitôt contredit quand il ajoute que leur « droit à l'existence » n'est pas sûr, tant il semble nié par l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, que nous avons déjà cité et dont il déduit la « prétention du pouvoir constituant à tout régler par écrit »²². Le seul exemple qu'il fournit est celui des affaires courantes à expédier par un gouvernement démissionnaire, mais il propose en même temps un raisonnement différent, qui n'est autre que celui du Conseil d'État dans son arrêt fondateur du 14 juillet 1975²³, sur lequel on va revenir, qui

²⁰ *Ibid.*, p. 264.

²¹ Voy., en ce sens notamment, les nombreux auteurs cités par VELAERS (J.), « Op de grens van Grondwet en politiek », in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Maklu Uitgevers, p. 457-458. Les auteurs contemporains ont tendance à réserver une attention moindre à la question. Il faut remonter à WIGNY (P.), *Droit constitutionnel*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 1952, p. 168-178 et à VELU (J.), *Droit public*, t. I^{er}, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 149-160, pour disposer d'exposés développés sur ce thème.

²² DELPÉRÉE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 2000, n° 38.

²³ C.E., 14 juillet 1975, A.S.B.L. *Association du personnel wallon et francophone des services publics*, n° 17.131, R.J.D.A., 1975, p. 288-295, note COOLEN (A.).

permettrait d'éviter de recourir à la notion de coutume constitutionnelle : la théorie des affaires courantes ne serait que le produit de la combinaison du principe général de la continuité du service public et de la règle écrite de la responsabilité ministérielle.

Il est permis de penser que cette approche revient pratiquement à nier l'existence des coutumes constitutionnelles, dans la mesure où elle leur refuse – cette fois, de manière très claire – leur « droit à l'équivalence avec les règles constitutionnelles » : elles ne se voient même pas reconnaître une force constitutionnelle supplétive. Autrement dit, elles ne pourraient pas prévaloir contre un texte écrit, fût-ce une loi. Or la notion même de coutume constitutionnelle exige que la force juridique de celle-ci soit au moins identique au texte constitutionnel. On peut comprendre²⁴ – et on doit même penser, compte tenu du texte de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution – que la coutume constitutionnelle ne peut pas se voir attribuer une force constituante, en ce sens qu'elle ne peut pas abroger une règle constitutionnelle écrite, mais si elle n'a même pas une force constitutionnelle supplétive, on ne perçoit pas bien ce qui justifie encore sa dénomination de coutume « constitutionnelle ».

Cette doctrine est assez isolée²⁵. La majorité admet la force constitutionnelle supplétive des coutumes constitutionnelles. Celles-ci peuvent se déployer « dans les vides que laisse le droit positif »²⁶. Mais au sein de ce groupe largement majoritaire, on découvre bien des nuances.

Certains auteurs soutiennent la thèse de la juridicité de l'ensemble des coutumes constitutionnelles, même si elles ne sont pas toujours justiciables. Marc Uyttendaele avance deux critères pour distinguer ces coutumes des simples usages dénués de valeur juridique : « si une pratique apparaît comme une conséquence logique et nécessaire des principes fixés par la Constitution et qu'elle est une condition indispensable du fonctionnement harmonieux des institutions, elle devra être élevée au rang de coutume constitu-

²⁴ *Contra* : CHEVALLIER (J.), « La coutume et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 1387, note 34, et p. 1388, note 38.

²⁵ Voy., aussi en ce sens, mais de manière peu justifiée, ALEN (A.), *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, Deurne, 1995, n° 83 : « en fait, la coutume n'appartient pas au droit constitutionnel (le *law of the constitution*), mais à la sphère politique : il y va de règles du jeu politique (les *conventions of the constitution*), sans lesquelles le mécanisme constitutionnel tournerait court, mais qu'aucune obligation juridique ne contraint à observer, même si leur méconnaissance peut donner lieu à des difficultés politiques » (notre traduction).

²⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, Éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1957, p. 22 et *Idem*, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 561.

tionnelle. Dans le cas contraire, il s'agira d'une simple pratique»²⁷. Si l'on se souvient que la validité en droit renvoie inévitablement, d'une manière ou d'une autre, à trois « pôles²⁸ » – la légalité, l'effectivité et la légitimité²⁹ –, on remarquera que le premier critère associe l'effectivité de la pratique, sans laquelle il ne serait pas question d'une coutume, au pôle de la légalité, tandis que le second l'associe plutôt, à travers l'exigence d'« harmonie », à celui de la légitimité. On reviendra sur cette observation plus loin.

Les autres auteurs retiennent le critère de la justiciabilité pour opposer les coutumes constitutionnelles, qui ont une portée juridique obligatoire, aux usages, qui en sont dépourvus. Si aucun juge n'a décidé que la non-observation d'une pratique récurrente d'une autorité publique est de nature à invalider un acte juridique ou à le rendre inopposable, cette pratique n'est pas une coutume. L'aptitude de celle-ci à engendrer des effets contraignants grâce à l'intervention d'un juge est ainsi érigée en condition d'existence de la coutume³⁰. On devrait alors se demander sur quels critères le juge devrait lui-même s'appuyer; mais laissons pour le moment la question en suspens et observons les indices de ce qu'il faut bien appeler un malaise doctrinal.

Après avoir exclu les coutumes du droit constitutionnel en 1995, dix ans plus tard, André Alen admet que la méconnaissance de certaines d'entre elles engendre des conséquences juridiques, parce qu'elles sont justi-

²⁷ UYTENDAELE (M.), « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. LIV, *La coutume*, 4^e partie, De Boeck Université, Bruxelles, 1989, p. 399. Il cite l'exemple de l'expédition des affaires courantes, ainsi que la règle qui veut que le Roi doive nommer un formateur avant de nommer un Premier ministre, alors que cette seconde règle est présentée comme un simple usage par des auteurs comme Fr. Delpérée ou J. Velaers. On remarquera, par ailleurs, que ces deux critères – qui rencontrent aussi l'adhésion de J. Vande Lanotte et G. Goedertier (*Handboek Belgisch Publiekrecht*, 6^e éd., Die Keure, Brugge, 2010, n° 262) – sont plus exigeants que ceux de W.J. Ganshof van der Meersch dans *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement de nos institutions politiques* (op. cit., p. 22), qui écrit qu'« une manière de procéder n'a et ne mérite le caractère de coutume que si, dans l'application de la règle de droit écrit, elle ne dégage du texte que les conséquences qu'il implique ou qu'il permet » (souligné par nous). Dans ses *Trente leçons de droit constitutionnel* (Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 93), M. Uyttendaele ne retient plus qu'un seul critère: « à l'inverse de la simple pratique », la coutume doit être « nécessaire à la mise en œuvre du droit écrit, et partant en constitue[r] un complément sans lequel la règle écrite serait privée de son effet utile ». Nous ne voyons pas très bien alors ce qui distinguerait une coutume d'une interprétation téléologique de cette règle écrite. Nous exposons nos propres critères *infra*.

²⁸ Dans des proportions variables, où la légalité est censée se tailler la part du lion.

²⁹ Cf., entre autres, OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 307 et s.

³⁰ Voy., en ce sens, VAN DAMME (M.), *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Die Keure, Brugge, 2008, n° 109; VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n°s 261-264; LEJEUNE (Y.), *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Larcier, Bruxelles, 2010, n° 101.

ciaables³¹. Si ce critère est donc adopté par la majorité des auteurs³², il n'est pas toujours appliqué avec rigueur. Ainsi, MM. Vande Lanotte et Goedertier semblent l'avoir perdu de vue quand ils qualifient de coutume constitutionnelle l'usage qui veut qu'un gouvernement qui vient d'être nommé par le Roi sollicite et obtienne la confiance de la Chambre, de sorte qu'il ne pourrait exercer ses pouvoirs qu'avec réserve en attendant ce vote dit « d'investiture »³³. Cet usage n'a jamais été élevé au rang de coutume par une quelconque décision juridictionnelle³⁴. La plupart des auteurs reconnaissent qu'il convient de distinguer, parmi les usages qui ne sont pas juridiquement obligatoires, ceux qui sont politiquement obligatoires. Johan Vande Lanotte, Geert Goedertier et Marnix Van Damme évoquent ainsi la catégorie des « usages constitutionnels », qui forment des directives pour les pouvoirs constitués tout en demeurant en dehors de la hiérarchie des normes juridiques³⁵. Jan Velaers³⁶ et Yves Lejeune recourent, pour leur part, à la notion de convention de la Constitution, sur laquelle nous reviendrons. Toutefois, Yves Lejeune reconnaît qu'on peut éprouver quelque « peine à croire que des comportements considérés comme politiquement obligatoires – par exemple : la démission obligatoire d'un ministre désavoué par la Chambre des représentants ; l'obligation de délibération ministérielle collégiale par consensus – ne puissent pas être, en Belgique, des obligations juridiques pour l'unique motif qu'ils ont jusqu'à présent échappé au contrôle d'un juge. Il est alors possible », ajoute-t-il, « de considérer que la « règle non écrite » procède souvent, en réalité, d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle qui reçoit un éclairage et prend une signifi-

³¹ ALEN (A.) et MUYLLE (K.), *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, deel I, syllabusuitgave, Kluwer, Mechelen, 2005, n° 207-208.

³² Nous allons pour notre part le rejeter (*cf. infra*).

³³ *Cf.* VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, *op. cit.*, n° 1049.

³⁴ La qualification coutumière, que retiennent également Fr. Perin (« Y a-t-il trois pouvoirs constituants ? », *Ann. Dr. Lg.*, 1987/1, p. 7) et M. Uyttendaele (*Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 380), nous semble, pour notre part, difficilement conciliable avec le texte constitutionnel, qui, dans son article 96, al. 1^{er}, réserve au Roi seul le pouvoir de nommer les ministres. Il y va donc plutôt d'une convention de la Constitution. *Cf. infra* sur cette notion.

³⁵ VAN DAMME (M.), *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, *op. cit.*, n° 110; VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, *op. cit.*, n°s 263-264. L'expédition des affaires courantes et la règle du secret dans les relations entre le Roi et ses ministres illustrent, à leurs yeux, la notion de coutume constitutionnelle, tandis que la nomination par le Roi d'un informateur avant celle d'un formateur illustre celle d'usage constitutionnel. Quant à la règle privant le Roi du pouvoir discrétionnaire de refuser la sanction des lois adoptées par les Chambres, que J. Velaers range parmi les conventions de la Constitution, ils hésitent à la ranger dans l'une ou l'autre catégorie.

³⁶ VELAERS (J.), « Op de grens van Grondwet en politiek », *op. cit.*

cation précise compte tenu de l'évolution des institutions et du contexte politique»³⁷.

Quant à l'hypothèse des coutumes *contra constitutionem*, la doctrine belge contemporaine ne l'évoque généralement que pour la condamner ou – ce qui revient au même – la refouler dans les ténèbres du non-droit³⁸. Dans la mesure où, comme on le montrera plus loin, le droit public belge connaît, au moins *de facto*, plusieurs normes effectivement pratiquées avec le sentiment de leur caractère obligatoire, alors qu'elles contredisent manifestement le texte constitutionnel, on pourrait s'attendre à d'autres développements qu'une simple condamnation de principe. C'est Jan Velaers qui a été le plus loin dans cet examen, tout en restant fidèle à la dichotomie droit/non-droit. Analysant la règle qui veut que le Roi et ses ministres ne peuvent pas refuser discrétionnairement de sanctionner une loi adoptée par les Chambres, alors que la lettre de la Constitution leur en donne le pouvoir, il suggère de recourir encore à la notion de convention de la Constitution pour viser les normes politiques de ce type qui dérogent au texte constitutionnel.

3. La situation jurisprudentielle en Belgique

Qu'en est-il enfin de la jurisprudence en Belgique? On sait que, selon l'article 608 du Code judiciaire, la Cour de cassation n'a compétence que pour connaître des décisions rendues en dernier ressort «qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité». La Cour a admis, durant ses premières décennies de fonctionnement, que les coutumes antérieures à l'indépendance de l'État belge pouvaient, en cas de violation, donner lieu à cassation³⁹. En ce qui concerne les coutumes de droit privé postérieures à la promulgation des codes, elle considère que l'usage ne constituant pas une loi, sa violation ne peut pas prêter à ouverture à cassation, sauf si des dispo-

³⁷ *Ibid.*, n° 103. Nous analysons plus loin ce raisonnement, que nous qualifions, à la suggestion de notre collègue Philippe Gérard, de stratégie discursive.

³⁸ Pour sa part, P. Wigny (*Droit constitutionnel, op. cit., eod. loc.*) atténue la dichotomie en distinguant le droit constitutionnel formel et le droit constitutionnel matériel. Pour une application de cette façon de raisonner, voy. *infra*, dans la troisième partie de la présente contribution, l'analyse qu'il proposait du possible veto royal à la sanction des lois.

³⁹ Cf. DUMON (Fr.), « La mission attribuée à la Cour de cassation par l'article 95 de la Constitution. La notion de « loi » dont la violation donne ouverture à un pourvoi devant la Cour », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 888-893.

sitions légales y renvoient⁴⁰. Qu'en est-il en ce qui concerne les coutumes constitutionnelles ?

Dans sa célèbre mercuriale de 1970, intitulée «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», le Procureur général Ganshof van der Meersch observait que «la loi est muette sur ce qu'il faut entendre par coutume et sur l'autorité qui doit être reconnue à celle-ci». Il n'en reconnaissait pas moins que «la coutume s'intègre dans le droit public et que son existence est régulièrement constatée par les tribunaux»⁴¹. Aussi, nous n'avons pas connaissance d'un arrêt de la Cour de cassation qui dirait clairement que la violation d'une coutume constitutionnelle ne pourrait jamais donner lieu à ouverture à cassation. Dans un arrêt du 10 avril 1987, sur lequel nous reviendrons⁴², la Cour statue sur une fin de non-recevoir d'un pourvoi introduit par le ministre de l'Intérieur, fondée sur la violation d'un «usage établi» couplé à «un principe général de droit public» qui exigerait une concertation préalable en Conseil des ministres avant l'adoption d'une décision aussi importante que l'introduction d'un pourvoi. Elle écarte ladite fin de non-recevoir, en écrivant notamment que «l'absence de délibération n'affecte pas en elle-même la validité d'un acte accompli par un ministre en pareille matière». Cet attendu doit être lu comme n'écartant que l'usage allégué en l'espèce, faute d'avoir une portée juridiquement obligatoire, et non comme impliquant nécessairement l'irrecevabilité de tout pourvoi invoquant la violation d'une coutume constitutionnelle. Mais nous n'avons pas non plus connaissance d'un arrêt qui admettrait que pareille violation puisse donner ouverture à un pourvoi devant la Cour.

Pour sa part, le Conseil d'État ne semble pas non plus disposé à reconnaître clairement que la violation d'une coutume constitutionnelle⁴³ puisse servir de fondement à un recours en annulation. Dans son arrêt déjà évoqué du 14 juillet 1975, qui consacre la règle pourtant coutumière⁴⁴ de l'expédition

⁴⁰ Voy. GODFROID (M.), « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé », *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 1990, p. 19-32.

⁴¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 560-561.

⁴² Cass., 10 avril 1987, *A.P.*, 1987, t. 4, p. 289, concl. Av. gén. VELU.

⁴³ En ce qui concerne les usages en droit administratif, le Conseil d'État n'est pas non plus disposé à les élever comme tels en règles de droit. Voy. MAST (A.), ALEN (A.) et DUJARDIN (J.), *Précis de droit administratif belge*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, n° 44; SALMON (J.), *Conseil d'État*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 193; DE VISSCHER (P.), note d'observation sous C.E., 20 octobre 1950, *Dethise*, n° 540, *R.J.D.A.*, 1951, p. 55; PUTZEYS (J.), note d'observation sous C.E., 20 mai 1954, *Creteur*, n° 3.403, *R.J.D.A.*, 1954, p. 223. Curieusement, le Procureur général Ganshof van der Meersch invoque pourtant ce dernier arrêt dans le sens contraire, dans sa mercuriale précitée (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 561, note 95).

⁴⁴ On en fera la démonstration *infra*.

des affaires courantes par un gouvernement démissionnaire, il évite d’user de ce terme, préférant parler d’une « règle non écrite [...] obligatoire en ce qu’elle procède de l’économie générale de la Constitution et spécialement, en ce qu’elle garantit la continuité des services publics dans le respect du double principe posé par l’article 63 [devenu 88] de la loi fondamentale : l’inviolabilité de la personne du Roi et la responsabilité des ministres ». On reviendra amplement sur le bien-fondé de cette jurisprudence dans la deuxième partie de la présente contribution. Un arrêt récent donne cependant à penser que le Conseil d’État pourrait bientôt se montrer moins réticent à appliquer expressément une coutume constitutionnelle. Ainsi, dans son arrêt n° 208.462 du 26 octobre 2010, c’est en invoquant une coutume qu’il qualifie de « constante » et « remontant aux premières années de l’État belge » qu’il justifie dorénavant la faculté traditionnellement reconnue au Roi de déléguer, dans certaines conditions, des pouvoirs réglementaires à ses ministres.

Quant aux banques de données de la Cour constitutionnelle, elles sont muettes sur les coutumes constitutionnelles...

Après ce bref compte-rendu des principales positions doctrinales et jurisprudentielles en présence, il est temps de nous expliquer à notre tour.

B. Le fondement théorique des coutumes constitutionnelles

Faute d’habilitation par « le droit constitutionnel formel positif » autorisant « la production de droit constitutionnel formel par voie de coutume », un système constitutionnel exclut-il les coutumes constitutionnelles ? Le grand mouvement de formalisation du droit constitutionnel fonde-t-il l’exigence « de ne reconnaître comme tel et de manière exclusive que les normes posées selon les règles explicitement prévues à cet effet »⁴⁵ ? En droit belge, ceci revient à se demander si l’article 33, alinéa 2, de la Constitution prive les coutumes constitutionnelles du droit d’exister en tant que sources du droit.

Pour répondre correctement à cette première question, il faut d’abord s’aviser des inévitables limites de toute prétention à l’exhaustivité d’un système normatif. L’article 33, alinéa 2, est auto-référentiel, en ce qu’il fait parler la Constitution d’elle-même. Apparemment, il clôt le système constitutionnel sur lui-même en interdisant tout exercice du pouvoir qui ne se conformerait

⁴⁵ FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFONI (G.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, n° 107.

pas à ses propres prescriptions. Or, quand un système se clôt sur lui-même, il s'expose inévitablement à des démentis. Tous les logiciens savent qu'un système formel trouve ses fondements ultimes ailleurs qu'en lui-même⁴⁶. L'observation de la réalité le confirme : elle nous apprend qu'à supposer que l'on puisse déduire de cet article une prétention à l'exhaustivité du texte constitutionnel, il n'a pas réussi à empêcher les pouvoirs publics de s'abreuver à d'autres sources du droit, qu'il ne maîtrise pas entièrement.

On peut l'expliquer aisément : autant une Constitution écrite peut instituer les sources que la théorie générale du droit qualifie de « dérivées » – ainsi, les lois, les décrets, les règlements, les actes administratifs ou les contrats –, autant elle est nécessairement impuissante à nier l'existence des sources du droit « originaires » que sont les coutumes, les principes généraux du droit et la jurisprudence⁴⁷. Dans certaines limites, la Constitution peut affirmer sa primauté à l'égard de ces sources, mais elle ne saurait les vouer à l'inexistence juridique, dans la mesure où elles sont plus originaires qu'elle-même. C'est qu'au commencement du droit, on ne trouve pas la notion de Constitution, mais bien les figures incontournables de la coutume, des principes et du juge, qui sont inhérentes à la notion même de droit⁴⁸.

Par ce propos, nous n'avons nullement l'intention de revenir sur les acquis du constitutionnalisme : il est à la fois logique et démocratiquement heureux que les constitutions contemporaines cherchent à régir la manière dont les pouvoirs publics doivent s'exercer, mais cet encadrement des conduites publiques ne peut se faire qu'en relation avec les sources originaires du

⁴⁶ Sur cette transposition du théorème de Gödel au système juridique, voy. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 307 et s.

⁴⁷ Sur cette distinction entre sources du droit « originaires » et « dérivées », voy. VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 148-170; OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 358-359.

⁴⁸ Voy., en ce sens, HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005, p. 110 et s.; BOBBIO (N.), « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit*, études publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 114-122; HAYEK (Fr.), *Droit, législation et liberté*, vol. 1, *Règles et ordre*, PUF, Paris, 1973, p. 41 et s.; et les théoriciens du droit cités par OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 207-218 : étudiant la transition du monde « préjuridique » vers le monde juridique, tous ces auteurs ont bien montré la place (chrono)logiquement première occupée par les coutumes et la jurisprudence, avant l'apparition des règles de changement au sens de Hart que l'on trouve typiquement dans les constitutions écrites. Sur la jurisprudence, voy. la contribution au présent ouvrage (volume 2) de M. van de Kerchove. Quant aux principes généraux du droit admis aujourd'hui comme inhérents à tout système juridique qui se veut respectueux des idéaux de la démocratie et de l'État de droit, voy. la contribution, dans ce volume, dédiée aux principes généraux du droit à valeur constitutionnelle de J. Velaers. Comp. DELPÉRÉE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., n° 5 : « au commencement du droit est la Constitution ». Sur la question du fondement juridique des constitutions, voy. notre contribution sur la notion de Constitution dans le quatrième volume du présent ouvrage.

droit, et non en les condamnant à l'inexistence, ce qui serait aussi vain que l'édit d'un despote assez fou pour interdire aux astres de briller la nuit sans sa permission. Pour le dire autrement, la notion de Constitution au sens moderne n'est pas née dans un vide juridique. Certes, les constitutions peuvent faire table rase du contenu des normes légiférées, jurisprudentielles et coutumières en vigueur avant leur édicton, mais elles ne peuvent pas prétendre nier les modes de production du droit inhérents à l'existence même de tout système juridique que sont les coutumes, certains principes généraux du droit et la jurisprudence.

Il est significatif que même Kelsen, qui est particulièrement attaché au postulat de la nécessaire habilitation de tout pouvoir créateur de normes juridiques par une norme supérieure, reconnaisse que l'on ne peut pas nier la validité des normes coutumières, y compris dans l'hypothèse où la coutume n'est pas instituée par la Constitution comme source du droit. La stratégie qu'il doit mettre en œuvre dans ce cas précis pour fonder cette validation sans contredire ses propres prémisses épistémologiques est très artificielle. Il est obligé de recourir à une fiction : « pour pouvoir considérer que les tribunaux sont habilités à appliquer [...] le droit coutumier », il faut faire comme s'il existait, au-dessus de la Constitution positive, une « norme fondamentale » (*Grundnorm*), qu'il appelle aussi « Constitution hypothétique » ou « Constitution au sens de la logique juridique », qui « institue comme faits créateurs de droit tout à la fois l'acte du législateur constituant, et la coutume résultant de la conduite des sujets soumis à l'ordre juridique créé conformément à la Constitution »⁴⁹. Comme on le sait, cette « Constitution au sens de la logique juridique » n'est « pas une norme posée »⁵⁰, c'est-à-dire de droit positif, mais une pure supposition de l'esprit, une norme d'habilitation supposée, dénuée de toute existence positive et qui n'a de nécessité que pour assurer la cohérence de la théorie pure du droit de son auteur. Ce qui est piquant, c'est qu'aux antipodes de la vulgate « kelsénienne », cet artifice théorique autorise Kelsen à se montrer beaucoup plus « laxiste » que les disciples de Carré de Malberg, puisqu'il en déduit que, le « droit légal » et le droit coutumier dérogeant « l'un à l'autre d'après le principe de la *lex posterior* », « le droit coutumier a force dérogatoire également à l'égard des lois constitutionnelles formelles, même à l'égard des lois constitutionnelles qui excluraient expressément l'application de règles de droit coutumier »⁵¹.

⁴⁹ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 301. Voy. aussi p. 305.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 296.

⁵¹ *Ibid.*, p. 306. Kelsen ajoute : « il est purement et simplement impossible qu'une Constitution exclue que les normes juridiques coutumières aient tel ou tel contenu, puisque la Constitution elle-même – même une Constitution écrite – peut être modifiée par des règles juridiques issues de la coutume ».

La théorie du droit de Hart nous semble plus satisfaisante. Il place au fondement de tout système juridique la notion de règle de reconnaissance. Celle-ci indique les critères permettant de savoir quand une règle appartient ou n'appartient pas au système en question. Cette théorie a l'avantage de ne pas chercher à tout prix à clore le droit sur lui-même, comme Kelsen le fait avec sa présupposition d'une « norme fondamentale » fictive dont le seul objet serait de fonder la validité de la Constitution elle-même. Hart admet, en effet, que « la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. *Son existence est une question de fait* »⁵².

C'est cette dernière phrase qui est essentielle. D'une certaine manière, Kelsen lui-même a dû le reconnaître pour les coutumes, car sa théorie revient à dire que celles-ci reçoivent le droit à l'existence tout simplement si, *de facto*, les tribunaux en font application avec le sentiment d'être tenus de le faire. Mais c'est au prix d'un artifice – la *Grundnorm* – qui obscurcit le phénomène plus qu'il ne l'éclaire. En outre, à la différence de Hart, Kelsen exclut la juridicité de normes prétendument coutumières dont la violation serait dépourvue de sanctions juridictionnelles. Le critère « hartien » – du moins, son critère initial⁵³ –, tiré de la pratique non seulement des tribunaux, mais aussi des fonctionnaires et des simples particuliers – nous dirons pour notre part, de manière plus restrictive : des « organes d'application du droit » –, nous paraît plus approprié à la fois aux particularités et à la variété des règles susceptibles d'être identifiées par une théorie cohérente comme étant des coutumes constitutionnelles.

Il nous appartient alors de préciser ce que nous entendons par l'expression « organes d'application du droit ». À notre sens, la justiciabilité d'une règle n'est pas un critère nécessaire de sa juridicité, mais seulement un des indi-

(p. 312). Voy. aussi, dans son même *opus*, p. 288, sur le thème de l'abrogation par désuétude comme « coutume négative » qu'aucune « règle statuée » ne pourrait empêcher. Nous aborderons cette question différemment dans la troisième partie, en mobilisant la théorie de la paralégalité.

⁵² HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 129 (souligné par nous). Voy., sur la notion, les commentaires éclairants de GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 65-83.

⁵³ En effet, comme l'a fait remarquer Ph. Gérard (« L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *op. cit.*, p. 68), dans la postface de la deuxième édition du *Concept de droit*, Hart a malheureusement réduit le cercle des agents dont la pratique permet de constituer la règle de reconnaissance aux seules juridictions. Il écrit que la règle de reconnaissance représente « une forme de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit » (HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 274).

cateurs les plus commodes de celle-ci, ce qui est très différent⁵⁴. Le juge étant *a priori* l'organe chargé de dire le droit par application des règles de reconnaissance en vigueur, il est le plus approprié des révélateurs de la juridicité des normes, mais il n'est pas le seul, en raison des limites qui affectent sa compétence. Comme nous le verrons, si certaines coutumes constitutionnelles sont facilement applicables par le juge, il est des pratiques émanant d'autorités publiques qui échappent ou se prêtent très difficilement aux contrôles juridictionnels de leur constitutionnalité. La question de leur licéité en droit ne s'en pose pas moins. Il convient donc de chercher des substituts aux juges quand ceux-ci sont inaptes à se prononcer, en conservant l'idée inhérente à la notion même de droit de la nécessaire intervention d'un « tiers » pour trancher les conflits d'interprétation. Dans le domaine des coutumes constitutionnelles non justiciables, ce « tiers » en mesure d'en attester l'existence ne peut consister qu'en certaines « autorités » non politiques ou, du moins, composées de manière à bénéficier d'une certaine indépendance par rapport aux autorités politiques dont les pratiques sont précisément en cause. Il s'agira tantôt de la section de législation du Conseil d'État, tantôt de commissions composées de « sages », tantôt encore de l'autorité plus diffuse de la doctrine, dans la mesure où un consensus ou une position largement majoritaire se dégage de ses appréciations.

Bien sûr, dans les États dotés d'une Constitution au sens formel, c'est cette dernière qui entend poser elle-même diverses règles de reconnaissance explicites sous la forme de règles de compétence et de règles de fond. Mais dans la mesure où elle est nécessairement incapable de régir la totalité des manifestations de la vie juridique, à moins de croire à une maîtrise absolue du social par une constitution fétiche, elle ne saurait faire obstacle à l'émergence de règles de reconnaissance implicites, idéalement⁵⁵ compatibles avec les règles explicites, et manifestées par cette pratique plus ou moins concordante des organes d'application du droit, qui reste le révélateur ultime de ce dernier. C'est une règle de reconnaissance qui établira ainsi l'admissibilité de la coutume comme mode de création de certaines normes juridiques, sous les conditions que l'on va énoncer dès maintenant, mais que l'on justifiera et illustrera dans le deuxième chapitre.

Ces conditions se situent à deux niveaux, que l'on ne confondra pas. Il s'agit d'abord des critères abstraits, qui permettent de définir le plus préci-

⁵⁴ Cf. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 303-305.

⁵⁵ Mais cet idéal n'est pas toujours respecté, comme on le verra plus loin.

sément possible la notion même de coutume constitutionnelle en tant que source formelle du droit. Nous parlons de « source formelle » au sens où Isabelle Hachez a défini le terme, c'est-à-dire en visant « l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration »⁵⁶. Les coutumes constitutionnelles vérifient ces deux critères à la fois : elles émanent des pouvoirs publics et elles résultent non pas d'une véritable procédure d'élaboration, mais bien d'un mode de production qui, pour être informel, n'en présente pas moins certaines caractéristiques déterminées. Nous les qualifions de « sources formelles » dans la mesure où elles engendrent des normes juridiquement obligatoires et – comme on le montrera dans le troisième chapitre – dotées d'une valeur juridique équivalente à celle de la Constitution formelle⁵⁷.

En ce qui concerne leur mode de production, on connaît les deux critères de la définition classique des coutumes : un *comportement* identique adopté de manière répétée dans certaines circonstances pendant un temps suffisamment long et l'*opinion* qu'il doit être suivi (*opinio necessitatis*) dans les mêmes circonstances. Quand nous aborderons la distinction entre les usages, qui n'ont pas force obligatoire, et les coutumes, qui en sont revêtues, nous ajouterons deux critères supplémentaires : pour être qualifiés de coutumes constitutionnelles, ces comportements doivent d'abord être *permis* par les règles de la Constitution formelle et les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle et, en outre, *exigés* par le fonctionnement harmonieux des institutions publiques.

À un deuxième niveau, il s'agit d'appliquer ces critères *in concreto*. C'est ici que l'on postule une reconnaissance du caractère juridiquement obligatoire de la pratique en cause et donc de son caractère coutumier, soit par les juridictions compétentes, si la règle sous-jacente est justiciable, soit par une autorité tierce suffisamment indépendante de ses auteurs, si elle ne l'est pas.

⁵⁶ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 6, n° 4.

⁵⁷ L'insertion des coutumes constitutionnelles dans une troisième catégorie, dénommée « sources informelles » ou « sources non formelles » du droit, où l'on trouverait aussi la doctrine et les usages (cf. la terminologie de P. Deumier et C. Thibierge présentée dans HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, notes 22 et 23) ne nous semble pas recommandable, car ces deux dernières sources ne sont pas, par elles-mêmes, à l'origine de normes juridiquement obligatoires, à la différence des coutumes constitutionnelles. Si l'on veut s'en tenir à l'opposition binaire « sources formelles » – « sources matérielles », il faut ranger les coutumes constitutionnelles parmi les sources formelles, de même, à notre avis, que les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle. Voy. cependant, en sens contraire, la contribution au présent ouvrage de J. Velaers.

Au premier niveau, on a affaire à la formulation de la règle de reconnaissance elle-même⁵⁸; au second niveau, il y va de son application à des cas concrets⁵⁹. Dans la mesure où, par hypothèse, la Constitution passe la source coutumière sous silence et où, nous l'avons constaté, la jurisprudence évite de se prononcer au sujet des coutumes constitutionnelles, ce n'est que la doctrine qui peut énoncer le contenu de la règle de reconnaissance⁶⁰. Les quatre critères que nous retenons n'ont donc que cette autorité. Mais ils ne devraient être que l'explicitation de ceux qui sont sous-jacents à la pratique des organes d'application du droit, qui se situe, elle, au deuxième niveau. La doctrine faisant partie de ces organes, il faut bien avouer que, dans certains cas, l'on n'évite pas une certaine circularité. C'est évidemment ce qui affaiblit la «force normative» des coutumes constitutionnelles, du moins de celles qui ne sont pas justiciables.

Par «force normative», l'on entend la mesure dans laquelle la norme est apte à diriger les conduites des autorités politiques concernées, compte tenu de l'intensité des liens qu'elle entretient avec la légalité, l'effectivité et la légitimité⁶¹. Si la méconnaissance de la coutume constitutionnelle ne peut pas être sanctionnée par une décision de justice, son effectivité souffre d'un certain déficit de «garantie normative»⁶². Toutefois, sa force

⁵⁸ Cette formulation confirme le propos de J.-M. Finnis, rapporté par Ph. Gérard («L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes», *op. cit.*, p. 68, note 10), selon lequel la règle de reconnaissance «inclut en réalité une diversité de règles dont certaines confèrent des pouvoirs à leurs destinataires, tandis que d'autres établissent des critères d'identification».

⁵⁹ H. Kelsen (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 307) fait bien cette distinction quand il écrit : «La question de savoir si le fait d'une coutume créatrice de droit est donné dans des cas concrets ne peut être décidée que par les organes d'application du droit. On a parfois conclu de là qu'une règle qui exprime la conduite coutumière des hommes ne devient norme juridique que si et par le fait qu'elle est reconnue par le tribunal qui applique cette règle, et que par conséquent les normes du droit coutumier ne seraient créées que par les tribunaux. Ces vues ne sont pas acceptables : en vérité, la relation entre organes d'application du droit [...] et normes de droit coutumier n'est pas différente de la relation entre ces mêmes organes et les normes de droit législatif. [...] Dans les deux cas, il existe une norme juridique générale créée déjà avant l'acte d'application du droit». Sur les doutes et les controverses qui peuvent naître au sujet de l'application de certains critères établis par une règle de reconnaissance, cf. GÉRARD (Ph.), «L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes», *op. cit.*, p. 79-82.

⁶⁰ Le rôle de la doctrine dans la formulation de certaines règles de reconnaissance est relevé par GÉRARD (Ph.), «L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes», *op. cit.*, p. 69.

⁶¹ Nous nous inspirons ici du concept initialement proposé par C. Thibierge («Conclusion. Le concept de "force normative"», in THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, p. 818), tel qu'I. Hachez («Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», *op. cit.*, p. 17-38) suggère de le reconstruire.

⁶² Par cette notion, nous visons, avec C. Thibierge («Conclusion. Le concept de "force normative"», *op. cit.*, p. 841) et I. Hachez («Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», *op. cit.*, p. 26 et 29), l'ensemble des garanties offertes par le système juridique propres à assurer un respect effectif de la norme en cause par ses différents destinataires, que ce soit à travers son «invocabilité» en justice pour faire échec à une demande ou pour contrôler la légalité d'une autre règle, ou grâce à son application directe par le juge ou un autre organe indépendant, ou

normative est loin d'être anéantie pour autant. Elle dépend de l'interaction de cinq facteurs : son degré de rattachement aux contraintes des textes constitutionnels⁶³ ; le nombre et la régularité des précédents dont elle peut se réclamer (donc son degré d'effectivité) ; le degré d'adhésion des acteurs du système politico-constitutionnel, voire des citoyens, à ce qu'elle prescrit (autrement dit, sa légitimité) ; l'autorité du « tiers » qui en a affirmé la force obligatoire ; et enfin, la force dissuasive des conséquences négatives pouvant résulter de sa violation (c'est-à-dire les sanctions politiques susceptibles de frapper celle-ci). La force normative variable des coutumes constitutionnelles confirme ainsi la pertinence de l'approche gradualiste de la juridicité défendue par les fondateurs du séminaire interdisciplinaire d'études juridiques et Isabelle Hachez dans son étude initiale⁶⁴.

Pour conclure ces développements dédiés aux fondements théoriques desdites coutumes, il nous reste à nous expliquer sur la portée que nous accordons alors à l'article 33 de la Constitution belge, qui veut, faut-il le rappeler, que « tous les pouvoirs » soient exercés « de la manière établie par la Constitution ». Cette disposition confirme la prétention de la Constitution à énoncer elle-même les règles de reconnaissance propres au système juridique national, mais elle ne saurait être interprétée comme fondant une prétention à l'exhaustivité du texte constitutionnel. Nous en déduisons, sur le plan normatif, la primauté de ce texte, mais non son impossible exhaustivité⁶⁵. On y reviendra dans le troisième chapitre. Par conséquent, nous interprétons le terme « Constitution » dans l'article 33, alinéa 2, de celle-ci – et donc la notion de Constitution au sens formel – comme ne visant

encore via une gamme plus ou moins étendue de sanctions non juridictionnelles. Un déficit de garantie normative dû à une absence de sanctions juridictionnelles peut donc être compensé, au moins en partie, par d'autres garanties, même si celles-ci sont, en théorie, moins efficaces.

⁶³ Voy. *infra* sur cette notion.

⁶⁴ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ Comme les termes mêmes de son article 33 le révèlent, la Constitution se préoccupe plus de conférer des pouvoirs à certaines autorités que d'énoncer tous les critères d'identification des normes appartenant au système juridique de l'État. Bien sûr, ces pouvoirs comprennent celui de créer des normes juridiques dans le respect de certaines conditions de fond et de procédure. On a alors affaire à des règles de reconnaissance qui sont aussi « des règles de changement » au sens où Hart les définit, c'est-à-dire des normes conférant à certaines autorités le pouvoir de modifier, compléter ou abroger les règles existantes et d'en créer de nouvelles. Mais, comme le relève justement Ph. Gérard (« L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *op. cit.*, p. 68-70), les règles constitutionnelles écrites sont généralement muettes sur d'autres critères particuliers d'identification pourtant incontournables, que l'on ne trouve alors que dans les pratiques jurisprudentielles, coutumières et doctrinales. C'est tout l'intérêt de la notion – plurielle, on le voit – de règle de reconnaissance d'en rendre compte expressément, même si elle laisse ouverte la question délicate des relations qui se nouent entre les diverses règles particulières dont elle se compose.

pas seulement la lettre des prescriptions constitutionnelles, mais, plus largement, l'ensemble formé par les règles issues de leur interprétation, les principes généraux non écrits et les coutumes dont l'appartenance à la « Constitution » est attestée par la pratique concordante des organes d'application du droit, en principe dans le respect de ses prescriptions écrites⁶⁶. Notre théorie ne se heurte donc à aucune objection textuelle et elle demeure tout à fait recevable dans une perspective positiviste que l'on pourrait qualifier d'ouverte⁶⁷.

II. Les critères de distinction des coutumes constitutionnelles

Nous venons d'établir, sur le plan théorique, le droit à l'existence des coutumes constitutionnelles supplétives. Il nous faut à présent justifier et illustrer les critères propres à les distinguer de l'interprétation des règles écrites, des principes généraux du droit et des usages.

A. Coutumes constitutionnelles et interprétations des règles écrites

Non sans raison, la doctrine dominante se méfie aujourd'hui des coutumes constitutionnelles, parce que leur reconnaissance est souvent l'objet de controverses peu favorables à la sécurité juridique. On le constate là où il est permis d'hésiter entre deux présentations possibles d'une même norme constitutionnelle, l'une qui y voit une coutume constitutionnelle et l'autre qui l'analyse comme l'interprétation d'une règle constitutionnelle écrite bénéficiant du consensus des acteurs politiques concernés et de la patine du temps. La doctrine a tendance à préférer la deuxième présentation. La règle qui apparaît comme une déduction du texte écrit de la Constitution correctement interprété paraît plus rassurante.

⁶⁶ Voy., dans un sens analogue, VANWELKENHUYZEN (A.), « De quelques lacunes du droit constitutionnel belge », in *Le problème des lacunes en droit*, études publiées par Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 340, note 2 : « une grande partie des controverses relatives au caractère complet ou non du droit et à l'existence de lacunes paraît provenir de la confusion entre les lacunes de la loi écrite et les lacunes du droit considéré comme l'ordonnement juridique tout entier, quelles que soient ses sources ».

⁶⁷ Nous ne récusons le positivisme que dans l'approche des problèmes qui seront abordés dans la troisième partie de la présente contribution.

Sur un plan doctrinal, on peut souscrire à cette stratégie discursive, mais sur un plan plus scientifique, il ne faudrait pas se laisser abuser par elle. La règle écrite de la responsabilité ministérielle devant la Chambre offre un bon exemple à cet égard. Avant l'introduction du parlementarisme rationalisé, en 1993, par les nouveaux articles 46 et 96 de la Constitution⁶⁸, les cas et les conditions dans lesquels le gouvernement fédéral devait *de jure* présenter collectivement sa démission en raison de cette responsabilité étaient entièrement laissés à la coutume constitutionnelle⁶⁹. On peut évidemment prétendre que les normes qui énonçaient ces cas et conditions se déduisaient de l'interprétation du terme « responsable » dans les articles 88, 101, 102 et 106 de la Constitution, mais, en réalité, c'est un processus typiquement coutumier – qui remonte du reste aux origines britanniques du régime parlementaire – qui a engendré le contenu de ces normes⁷⁰.

Aujourd'hui encore, un cas de démission obligatoire *de jure*, du moins à notre estime, est passé sous silence par l'article 96 de la Constitution. Il ne trouve son fondement que dans la coutume constitutionnelle ou, plus exactement, dans l'interprétation coutumière du concept de responsabilité politique : il s'agit de la démission du gouvernement au lendemain des élections législatives⁷¹.

⁶⁸ L'article 96 n'oblige le gouvernement à démissionner qu'à la suite d'une motion de méfiance constructive ou du rejet constructif d'une motion de confiance. L'article 46 établit les cas dans lesquels le Roi peut dissoudre les Chambres.

⁶⁹ Voy. notamment, en ce sens, WIGNY (P.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 178; VELU (J.), *Droit public*, op. cit., p. 158; UYTENDAELE (M.), « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », op. cit., p. 388-390. Adde : MOLITOR (A.), *La fonction royale en Belgique*, CRISP, Bruxelles, 1979, p. 27 : « un vote négatif des Chambres à l'égard du gouvernement ne doit pas entraîner automatiquement l'acceptation de la démission ni même d'ailleurs, la présentation de cette démission au Roi. Si la question de confiance a été posée, on peut admettre que la démission s'indique. Si ce n'est pas le cas, il faut apprécier la gravité du vote qui a entraîné l'offre de démission ».

⁷⁰ Les cas dans lesquels un ministre considéré individuellement doit démissionner sont aussi sujets à des évolutions coutumières, même si l'on pourra toujours y voir une interprétation de la règle écrite de la responsabilité.

⁷¹ A. Molitor (*La fonction royale en Belgique*, op. cit., p. 27) signale que « cette tradition a été suivie en tout cas depuis 1944 ». Elle l'a été même quand le gouvernement sortant avait conservé sa majorité après les élections. Curieusement, J. Vande Lanotte et G. Goedertier (*Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n° 1275) n'y voient qu'un usage. À juste titre, M. Uyttendaele (*Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 409) relève, à l'appui de la qualification de règle coutumière, que cette démission s'impose au nom du « respect de l'expression du suffrage universel ». Selon la tradition, le gouvernement présente aussi sa démission après la prestation de serment d'un nouveau Roi. Quand le régime parlementaire était encore dualiste, on pouvait y voir une coutume constitutionnelle enracinée dans le texte de l'article 65, devenu 96, al. 1^{er}, de la Constitution, qui veut que le Roi « nomme ses ministres ». Ici, ce n'est pas la règle de la responsabilité devant le Parlement qui est en cause, mais bien la relation de confiance entre le Roi et ses ministres. Depuis le règne du Roi Baudouin I^{er}, cette règle s'est réduite à un usage de pure courtoisie. Voy. UYTENDAELE (M.) et MARON (E.), « Interrègne, avènement et prestation de serment d'Albert II », *J.T.*, 1993, p. 818-819.

Quant à la juridicité de ces règles, elle ne nous semble pas douteuse, alors qu'il n'a jamais été donné à un juge de les appliquer, du moins directement⁷². Il en va de même de celle qui, aujourd'hui encore, commande à un ministre désavoué par la Chambre, qui le viserait individuellement, de démissionner: on voit mal un juge l'y contraindre⁷³, ce qui n'empêchera pas le ministre d'éprouver la conviction qu'il doit s'effacer au nom d'une règle de droit ou, au moins, de s'entendre dire par la communauté des juristes que tel est son devoir *en droit*⁷⁴.

Un autre exemple particulièrement significatif du recouvrement de certaines coutumes constitutionnelles par des règles susceptibles de se présenter sous l'uniforme plus rassurant d'une interprétation rigoureusement fidèle au texte peut être trouvé dans la généralité d'application, reconnue seulement depuis 1949, de la règle du contreseing ministériel telle qu'elle est énoncée par l'article 106 de la Constitution. On présentera cet exemple à l'occasion d'un développement qui trouvera sa place dans la subdivision III, B.

B. Coutumes constitutionnelles et principes généraux du droit

La même stratégie discursive que celle qui vient d'être évoquée conduit la doctrine dominante à préférer aussi présenter une norme comme l'expression ou l'implication d'un principe général de droit à valeur constitutionnelle plutôt que comme une coutume, là où les deux qualifications sont défendables. Théoriquement, les principes généraux du droit diffèrent de la coutume « en ce que leur existence n'est pas fonction d'une pratique établie,

⁷² Voy. toutefois, dans le cadre juridique distinct des articles 70 à 73 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui régit les exécutifs communautaires et régionaux, les arrêts *Ligue des droits de l'homme et Coordination nationale de l'action pour la paix et la démocratie* du Conseil d'État (C.E., 29 octobre 2009, n° 197.522 (en suspension) et C.E., 7 avril 2011, n° 212.559 (au fond)). En vertu de l'article 73, al. 2, de ladite loi spéciale, « tant qu'il n'a pas été remplacé, le gouvernement démissionnaire expédie les affaires courantes ». Dans l'affaire en cause, le gouvernement wallon n'avait présenté sa démission que 16 jours après les élections régionales, soit le jour de la première réunion du Parlement nouvellement élu. Or la décision attaquée avait été prise au cours de cette période intermédiaire, précisément le lendemain des élections. Le Conseil d'État n'a évidemment pas pu contraindre rétroactivement le gouvernement à démissionner à ce moment, mais il aboutit au même résultat en considérant que « le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de ses pouvoirs pendant la période au cours de laquelle il est privé de sa base parlementaire et échappe au contrôle de l'assemblée élue ». La haute juridiction administrative en conclut que « ce gouvernement, à l'instar d'un gouvernement démissionnaire, peut uniquement expédier les affaires courantes » (souligné par nous).

⁷³ Tout au plus, le Conseil d'État, section du contentieux administratif, pourra annuler les actes signés par ce ministre en raison de son incompétence.

⁷⁴ Si nécessaire, il appartiendra au Roi de le révoquer en vertu de l'article 96, al. 1, de la Constitution.

mais bien de l'affirmation, à un moment donné par le juge, qu'il y a lieu à application d'un principe général de droit»⁷⁵. Mais pratiquement, il arrive que la différence soit fort mince, comme on va le voir dans l'exemple qui suit. Le souci de sécurité juridique qui justifie cette stratégie est à nouveau très compréhensible dans une perspective doctrinale, mais sur le plan scientifique, il convient ici encore de reconnaître que de véritables coutumes sont parfois ainsi dissimulées sous l'uniforme, également mieux accepté, des principes généraux du droit.

L'exemple déjà évoqué de l'expédition des affaires courantes par un gouvernement démissionnaire est très clair à cet égard. Le raisonnement du Conseil d'État⁷⁶, appuyé par la doctrine unanime⁷⁷, consistant à y voir la résultante du principe général de la continuité des services publics combiné avec la règle écrite de la responsabilité ministérielle est convaincant, mais il ne doit pas masquer l'origine coutumière de la règle ni le fait que son contenu concret dépend largement de la pratique et de l'*opinio juris*, sous le contrôle, il est vrai, mais seulement depuis le tournant des années 1970, du Conseil d'État et des cours et tribunaux⁷⁸.

Évoquons d'abord l'origine de la règle de droit actuelle qui veut qu'un gouvernement démissionnaire ou non démissionnaire mais soustrait au contrôle parlementaire suite à la dissolution des Chambres⁷⁹ doit se borner

⁷⁵ Comme l'écrit JAUMOTTE (J.), « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 601. Voy., pour le surplus, la contribution déjà citée de J. Velaers.

⁷⁶ Cf. note 23.

⁷⁷ Voy., avec les références jurisprudentielles, la synthèse la plus récente et la plus approfondie de VELAERS (J.) et PEETERS (Y.), « De « lopende zaken » en de ontslagnemende regering », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2008/1, p. 3-19.

⁷⁸ Cf. en ce sens, mais sans la démonstration qui va suivre, VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n° 262 et 1277; ALEN (A.) et MUYLLE (K.), *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, op. cit., n° 141; VELAERS (J.) et PEETERS (Y.), « De "lopende zaken" en de ontslagnemende regering », op. cit., p. 4-5.

⁷⁹ Après quelques hésitations jurisprudentielles et doctrinales, le Conseil d'État a assimilé cette seconde hypothèse à la première. Voy., à ce sujet, les références jurisprudentielles dans VELAERS (J.) et PEETERS (Y.), « De "lopende zaken" en de ontslagnemende regering », op. cit., p. 4, note 10. Il est intéressant d'observer qu'en 1977, un collège de juristes réputés (MM. J. De Meyer, W.J. Ganshof van der Meersch, W. Lambrechts, M. Somerhausen, A. Vanwelkenhuyzen et P. Wigny) a contribué à ces hésitations, en défendant la thèse que ce gouvernement non démissionnaire conserverait la plénitude de ses attributions pendant la période de dissolution, mais serait prié de ne les exercer « qu'avec la réserve que lui impose l'absence momentanée du contrôle parlementaire » (avis remis le 11 mars 1977 et publié dans *Administration publique*, 1976-1977, M.8, p. 132). Cette théorie des « affaires prudentes » n'a pas résisté aux critiques doctrinales qui ont bien montré que les périodes de la démission et de la dissolution appellent exactement le même régime, celui des affaires courantes, puisqu'elles ont en commun d'engendrer la même paralysie du contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale. Voy. notamment DELPÉREE (Fr.), « Au fil de la crise (3 mars – 3 juin 1977) », *J.T.*, 1977, p. 601 et SALMON (J.), « À propos des affaires courantes : état de la question », *J.T.*, 1978, p. 663. Cet avis du 11 mars 1977 confirme, si c'était

à expédier les affaires courantes. Cette origine n'est pas jurisprudentielle, mais bien coutumière. Il s'agit, au départ, d'une *pratique* dont le Conseil d'État refusait de sanctionner la violation, comme on le constate dans l'arrêt *Ligny* du 15 mars 1963⁸⁰. Cette pratique était (et demeure encore) celle du Roi, qui charge traditionnellement les gouvernements dont il accepte officiellement la démission d'expédier les affaires courantes et qui, par conséquent, refuse de signer les arrêtés royaux que les membres de pareils gouvernements lui présentent s'il estime qu'ils ne concernent pas une affaire courante⁸¹. Quand elle n'était pas encore justiciable, cette « pratique constitutionnelle », selon l'expression de Pierre Maroy⁸², cette « règle politique », selon Jacques Salmon⁸³, était justifiée par la doctrine du fait que « la responsabilité politique d'un ministre démissionnaire est un leurre »⁸⁴. Autrement dit, le Palais appliquait cet usage avec l'*opinio juris*, la conviction que l'esprit du régime parlementaire en commandait l'observation, indépendamment de tout contrôle juridictionnel. On avait donc là tous les éléments d'une coutume constitutionnelle, même si sa « garantie normative » ne reposait en dernière instance que sur la vigilance royale⁸⁵.

Pendant longtemps, ladite coutume n'a donc produit ses effets « que dans les rapports entre le Roi et ses ministres »⁸⁶. Aussi le revirement de jurisprudence du Conseil d'État qui va rendre la coutume justiciable commença-t-il dans une affaire qui met en cause la validité d'un arrêté ministériel, auquel le Roi est, par hypothèse, étranger. Il est probable que la haute juridiction administrative, s'étant avisée de l'absence de contrôle par le Palais du respect de la coutume par de telles décisions ministérielles, se soit sentie incitée à effectuer ce contrôle elle-même. Elle reste cependant timide dans son arrêt *Jassogne* du 10 mai 1968 : elle se contente de rejeter le moyen dirigé

nécessaire, le caractère relatif de l'autorité qu'il convient de reconnaître aux commissions de sages, aussi éminents soient-ils, et qu'il faut se garder d'y voir une source formelle autonome du droit.

⁸⁰ Voy. C.E., 15 mars 1963, *Ligny*, n° 9932, R.A.C.E., 1963, p. 238-239 : à propos d'une nomination par un ministre membre d'un gouvernement dont la démission avait été, conformément aux usages, acceptée verbalement par le Roi, la haute juridiction considère qu'« aucune disposition constitutionnelle ne restreint les pouvoirs des ministres au cours de la période qui précède l'acceptation de leur démission ». Le Conseil d'État ne prend donc en considération que l'acceptation officielle par l'arrêté royal contresigné pris le jour où le Roi nomme un nouveau gouvernement.

⁸¹ Sur cette pratique, voy. MOLITOR (A.), *La fonction royale en Belgique*, op. cit., p. 29 et 78-81.

⁸² MAROY (P.), obs. sous C.E., 10 mai 1968, *Jassogne*, n° 12.951, R.J.D.A., 1969, p. 90.

⁸³ SALMON (J.), « À propos des affaires courantes : état de la question », op. cit., p. 662.

⁸⁴ MAROY (P.), obs. sous C.E., 10 mai 1968, *Jassogne*, n° 12.951, R.J.D.A., 1969, p. 90.

⁸⁵ Cf. MOLITOR (A.), *La fonction royale en Belgique*, op. cit., p. 79-80 : « le Roi peut, en s'abstenant de signer un arrêté, jouer dans ces circonstances particulières le rôle de gardien des institutions qui lui est généralement dévolu. [...] Jusqu'il y a peu le contrôle royal était pendant cette période le seul frein à des abus possibles ».

⁸⁶ MAROY (P.), obs. sous C.E., 10 mai 1968, *Jassogne*, n° 12.951, R.J.D.A., 1969, p. 89.

contre l'arrêté ministériel en démontrant qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une affaire courante, ce qu'elle pouvait établir sans encore dire que le pouvoir du ministre était juridiquement limité à la gestion de ce type d'affaires⁸⁷. L'arrêt *Vergucht* du 22 octobre 1974 fait un pas de plus, en reconnaissant l'existence d'un « usage constitutionnel » – la version néerlandaise parle plus judicieusement d'une *grondwettelijke gewoonte*, c'est-à-dire d'une coutume constitutionnelle – quand le Roi charge le gouvernement démissionnaire d'expédier les affaires courantes, mais il peut rester dans l'ambiguïté en relevant que, de toute façon, la nomination querellée n'excédait pas la notion d'affaire en cours⁸⁸. Il faudra donc attendre l'arrêt précité du 14 juillet 1975 pour voir le Conseil d'État annuler une décision – et cette fois, il s'agit d'un arrêté royal – au nom de la règle. De façon significative, on l'a déjà relevé, le Conseil d'État ne présente plus celle-ci comme une coutume constitutionnelle dans cet arrêt, mais comme « une règle non écrite » qui procède de « l'économie générale de la Constitution »⁸⁹. Plus tard, quoique dans un arrêt de 1978, il parle encore d'un « usage constitutionnel »⁹⁰ (à nouveau, *grondwettelijke gewoonte* dans la version néerlandaise); il dira assez systématiquement que c'est le principe de la continuité du service public, dont la nature de principe général du droit est unanimement reconnue, qui fonde la notion d'affaires courantes⁹¹. Par ailleurs, le terme d'« affaires courantes » a reçu une consécration légale pour ce qui concerne les gouvernements communautaires et régionaux avec l'article 73, alinéa 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

Le contenu concret que le concept a reçu, à savoir « les affaires de gestion journalière, les affaires constituant la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la dissolution [du Parlement] ou la démission [du gouvernement], et les affaires urgentes »⁹², trouve aussi son origine dans la pratique du Palais et des gouvernements démissionnaires couplée avec

⁸⁷ Arrêt cité sous la note 82.

⁸⁸ C.E., 22 octobre 1974, *Vergucht*, n° 16.682, R.A.C.E., 1974, p. 1017-1021. Pour d'autres arrêts qui se refusent encore à poser clairement le principe de la compétence limitée du ministre démissionnaire, voy. COOLEN (A.), note sous C.E., 14 juillet 1975, A.S.B.L. *Association du personnel wallon et francophone des services publics*, n° 17.131, R.J.D.A., 1975, p. 294 et SALMON (J.), « À propos des affaires courantes: état de la question », *op. cit.*, p. 662.

⁸⁹ Voy. *supra*, note 23.

⁹⁰ C.E., 15 mars 1978, N. C.M.V., n° 18.848, R.A.C.E., 1978, p. 334-340. À juste titre, J. Salmon critique l'emploi du terme « usage »: « le mot "coutume" aurait été préférable: la coutume est une norme juridique, ce qui n'est généralement pas le cas de l'usage » (SALMON (J.), « À propos des affaires courantes: état de la question », *op. cit.*, p. 662, note 13).

⁹¹ Voy. les arrêts cités dans JAUMOTTE (J.), « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 634, note 232.

⁹² Selon, par exemple, C.E., 31 août 2011, *Pirard*, n° 214.910, § 17.

l'*opinio juris* attestée par la doctrine. Depuis le revirement des années 1968-1975, les juridictions compétentes sont à même de contrôler cette pratique, mais dans une mesure limitée. On s'en est particulièrement rendu compte au cours des deux longues périodes de crise que l'on a connues en Belgique à la suite des élections législatives du 10 juin 2007 et du 13 juin 2010. La formation d'un nouveau gouvernement a pris six mois dans le premier cas et près d'un an et demi dans le second⁹³. Au fur et à mesure que se sont prolongées ces périodes, les limites des affaires courantes ont été étendues. Quand bon nombre de dossiers qui n'étaient pas urgents au départ l'étaient devenus par la force des choses, la notion assez souple de l'urgence pouvait sans doute être invoquée. Mais il est permis de penser que celle-ci a commencé à s'enrichir coutumièrement à la faveur des progrès de l'intégration européenne. Une nouvelle catégorie spécifique d'affaires urgentes est née : ce sont les affaires qui doivent absolument être traitées, non pas au nom d'une urgence nationale, mais sous peine de manquer aux obligations résultant de l'appartenance de l'État à l'Union européenne, qui a son propre calendrier. Les multiples décisions adoptées par celle-ci depuis la crise financière de 2007 ayant renforcé les obligations portant sur les politiques budgétaires des États membres, l'on a fini par admettre au cours de l'année 2011, pour la première fois dans l'histoire du droit public belge, qu'un gouvernement démissionnaire pouvait déposer un projet de loi budgétaire, au lieu de se contenter de vivre sous le seul régime des douzièmes provisoires⁹⁴. L'incompétence de la Cour constitutionnelle pour censurer une loi budgétaire

⁹³ Sur ces crises, voy. DUMONT (H.), « La crise de l'État belge : un défi pour la raison publique », in *Raison publique*, 2008/8, p. 71-93 et *Idem*, « Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale ? », in *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, SEYMOUR (M.) et LAFOREST (G.) dir., P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2011, p. 177-210.

⁹⁴ Voy. le projet de loi contenant le budget des Voies et Moyens de l'année budgétaire 2011, déposé par le gouvernement en affaires courantes le 18 avril 2011 (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 53-1347/001) et adopté en séance plénière le 19 mai 2011 (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 53-1347/010). La veille, le co-rapporteur Guy Coëme n'avait pas caché que « jamais encore, il n'[était] arrivé qu'un budget soit discuté en l'absence d'un gouvernement de plein exercice. Il s'agissait donc », avait-il précisé, « d'une tâche difficile car le gouvernement devait, d'une part, rester dans les limites imposées par les affaires courantes et, d'autre part, le budget devait présenter » non seulement « les principales lignes de force pour 2011 », mais aussi fournir les bases du « budget pluriannuel imposé par l'Union européenne ». De manière on ne peut plus significative, il a parlé, au nom de son groupe politique, d'un acte « responsable », surtout vis-à-vis de l'Union européenne ». Face à l'exigence imposée par celle-ci d'un « programme de stabilité 2011-2014 », qui allait donc bien au-delà d'un budget annuel, M. Coëme a déclaré que « l'état d'affaires courantes ne pouvait nous mettre en porte-à-faux par rapport à l'Union européenne » (C.R.I., Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 033, séance du 18 mai 2011, p. 8 et 11). Il faut ajouter que l'urgence provenait aussi de la nécessité de protéger le pays contre d'éventuelles spéculations... La légitimité de la pression européenne a, en tout cas, été très largement reconnue. Elle suscite pourtant bien des questions. Voy., sur ce thème, DELPÉRIÉ (Fr.), « Les cordons de la bourse », *La Revue générale*, février 2012, p. 5-8.

qui serait attaquée pour ce motif a sans doute aussi encouragé le gouvernement à poser ce geste audacieux⁹⁵.

C. Coutumes constitutionnelles et usages

La ligne de démarcation entre une coutume constitutionnelle juridiquement obligatoire et un usage sans valeur juridique est la plus délicate à tracer. Si l'on doit écarter le critère de la justiciabilité pour les raisons déjà exposées, on peut adopter, moyennant un correctif, les deux critères que retiennent MM. Uyttendaele, Vande Lanotte et Goedertier⁹⁶. Le premier critère, celui de la légalité, ne retient, parmi les pratiques effectivement suivies, que celles qui se déduisent « des principes fixés par la Constitution ». Les auteurs précités ajoutent qu'elles doivent s'en déduire au titre de « conséquences logiques et nécessaires »⁹⁷. On ne voit plus alors ce qui distinguerait la coutume constitutionnelle d'une interprétation des règles écrites ou d'une déduction de principes généraux du droit conformément aux hypothèses que nous avons rencontrées ci-avant. Nous préférons, pour notre part, suivre ici la doctrine de W.J. Ganshof van der Meersch et viser les précédents qui dégagent « du texte les conséquences que celui-ci implique ou permet »⁹⁸. Un exemple montrera, dans un instant, l'intérêt de cette nuance. Le deuxième critère, celui de la légitimité, ajoute l'exigence de former « une condition indispensable du fonctionnement harmonieux des institutions »⁹⁹. Ainsi, le sentiment éprouvé par les acteurs politiques selon lequel telle ou telle pratique est obligatoire ne peut pas suffire à l'identification d'une coutume constitutionnelle. Encore faut-il que cette pratique soit appelée ou permise par les règles et principes constitutionnels, et exigée par le fonctionnement harmonieux des institutions, compte tenu du contexte sociopolitique tel qu'il se présente aujourd'hui à la suite d'une histoire institutionnelle déterminée.

⁹⁵ D'autres motifs tiennent à l'évolution qu'ont connue les pouvoirs du Parlement en période d'affaires courantes. Voy. *infra* à ce sujet.

⁹⁶ UYTENDAELE (M.), « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », *op. cit.*, p. 399 et VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, *op. cit.*, n° 262.

⁹⁷ Souligné par nous.

⁹⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, *op. cit.*, p. 22 et *Idem*, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 561 (souligné par nous).

⁹⁹ Souligné par nous.

D'aucuns reprocheront à ce deuxième critère d'ouvrir la porte à des appréciations susceptibles de diverger – et donc à une insécurité juridique – par le biais du jugement de légitimité que l'idée d'«harmonie» introduit. L'objection est sans pertinence si l'on veut bien admettre que le critère de la légalité peut, lui aussi, prêter le flanc à des controverses herméneutiques, derrière lesquelles peuvent se cacher des jugements de valeur opposés. Le second critère a le mérite d'explicitier cette dimension axiologique souvent inéliminable.

Pour illustrer ce double critère, on peut évoquer cinq exemples. Les trois premiers sont largement admis; les deux autres illustrent les incertitudes que nos critères ne sauraient éliminer.

Prenons, tout d'abord, la règle qui veut que «nul ne peut découvrir la couronne». Elle est présentée par certains auteurs comme pouvant se déduire d'«une lecture au second degré de la Constitution»: elle s'inscrirait «entre les lignes» des articles 63 et 64, devenus 88¹⁰⁰ et 106¹⁰¹, de la Constitution¹⁰². Mais force est de constater que les premiers monarques et gouvernements belges n'ont pas fait cette lecture¹⁰³. En réalité – et selon les mêmes auteurs, du reste –, la règle s'est «dégagée» progressivement «de la pratique»; elle est aujourd'hui «accréditée par l'usage qui conduit à en tracer les contours exacts»; elle est même «sanctionnée au besoin par le juge¹⁰⁴ qui lui donne ainsi son label de qualité juridique [...]. Elle représente à ce titre une règle constitutionnelle dont les prescriptions s'imposent aux autorités publiques, voire aux citoyens. Elle fait partie intégrante des normes du droit constitutionnel». Bref, elle offre «l'exemple choisi d'une coutume constitutionnelle»¹⁰⁵. On ne saurait la confondre avec un usage, parce qu'elle répond très exactement au double critère que nous avons

¹⁰⁰ «La personne du Roi est inviolable; ses ministres sont responsables».

¹⁰¹ «Aucun acte du Roi ne peut avoir d'effet, s'il n'est contresigné par un ministre, qui, par cela seul, s'en rend responsable».

¹⁰² DELPÉRÉE (Fr.) et DUPRET (B.), «Nul ne peut découvrir la couronne», *Les Cahiers constitutionnels*, Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1989, p. 53.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 17 et s.

¹⁰⁴ Les juges font, en effet, application de la règle en tirant l'obligation d'écarter des débats les pièces et documents qui montreraient le contenu de la volonté exprimée par le Roi. Cf. *ibid.*, p. 45-46 et VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n° 262, note 267.

¹⁰⁵ DELPÉRÉE (Fr.) et DUPRET (B.), «Nul ne peut découvrir la couronne», op. cit., p. 16. Les auteurs cités structurent en réalité tout leur ouvrage autour de cette analyse en termes de coutume constitutionnelle, mais, cédant à la stratégie discursive déjà observée ci-avant, ils y renoncent *in extremis* en écrivant dans les deux dernières pages de leur travail qu'il vaut finalement mieux présenter la règle comme se déduisant d'une lecture au second degré du texte constitutionnel. En faveur de la qualification de coutume constitutionnelle, voy. aussi VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n° 262; ALEN (A.) et MUYLLE (K.), *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, op. cit., n° 124.

retenu : elle est *devenue* une conséquence logique des principes constitutionnels et une condition indispensable au fonctionnement harmonieux de nos institutions. Sa juridicité reçoit même une attestation supplémentaire de sa justiciabilité.

Deuxième exemple : la règle du consensus qui régit les délibérations du Conseil des ministres et qui est aujourd'hui confirmée par l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui l'a étendue aux gouvernements régionaux et communautaires. Elle a été longtemps une règle purement coutumière. L'ancien Premier ministre Wilfried Martens en souligne l'originalité dans ses mémoires : « la marche d'un Conseil des ministres en Belgique est sensiblement différente de celle des autres pays. Il y a chez nous une habitude profondément ancrée et pratiquement constitutionnelle : les décisions du gouvernement doivent être prises par consensus. Aux Pays-Bas, on décide parfois par vote et en Israël toujours. En France, les conclusions sont préparées à l'avance et formulées par le président ; les ministres ne peuvent même pas amener leur documentation au Conseil. En Allemagne, le chancelier n'a pas besoin de l'assentiment du Conseil des ministres pour entreprendre une action gouvernementale. Les membres du gouvernement qui auraient des objections fondamentales n'ont qu'à démissionner. Mais chez nous, c'est la règle sacro-sainte du consensus ! »¹⁰⁶.

Aucune objection tirée du texte constitutionnel, qui est lacunaire à cet égard, n'aurait pu être élevée contre une coutume différente. La règle qui veut que l'on ne vote pas au sein du Conseil des ministres ne peut pas être présentée comme une conséquence logique *et nécessaire* des principes de la solidarité ministérielle et du secret des délibérations. Comme l'a bien relevé Marc Uyttendaele, « si les ministres ne divulguent pas le contenu des discussions qui se sont déroulées au sein du Conseil et s'ils se présentent unis devant l'opinion, rien [...] ne leur interdirait de prendre leurs décisions après un vote »¹⁰⁷. Et pourtant, la règle du consensus prohibe bien le vote¹⁰⁸. Cette règle n'a donc pu être qualifiée de coutume que parce qu'elle dégage des principes constitutionnels de la solidarité ministérielle, du secret des délibérations et, depuis 1970, de la parité linguistique une conséquence qu'ils *permettent*, et parce qu'elle est apparue *en outre* comme une exigence

¹⁰⁶ MARTENS (W.), *Mémoires pour mon pays*, adaptation française par G. Daloze, Racine, Bruxelles, 2006, p. 382.

¹⁰⁷ UYTENDAELE (M.), « La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain », *op. cit.*, p. 387-388.

¹⁰⁸ *Contra* : UYTENDAELE (M.), *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 396 : « le principe du vote ne devrait pas être interdit ». On ne comprend plus alors comment l'auteur concilie ce propos avec le caractère obligatoire de la procédure du consensus.

du fonctionnement harmonieux des gouvernements de coalition que notre système électoral engendre fatalement. Cette coutume n'est pas justiciable, parce qu'une décision gouvernementale qui serait adoptée en sa méconnaissance ne pourrait pas être censurée par les juridictions compétentes, ne fût-ce qu'en raison de la règle du secret applicable aux délibérations du Conseil des ministres. Sa «garantie normative» est donc réduite à une sanction politique, à savoir la démission du gouvernement, qui implorerait à coup sûr s'il devait statuer à la majorité.

Le troisième exemple est un peu plus controversé. Pour une partie de la doctrine, c'est en vertu d'une coutume juridiquement obligatoire que le Roi est tenu de désigner un formateur avant de nommer ses ministres¹⁰⁹. Pour d'autres, il n'y va que d'un usage recommandable¹¹⁰. Si l'on suit le double critère ici proposé et si l'on se souvient que celui-ci n'érige pas la justiciabilité en condition de la juridicité, il est permis d'y voir une coutume constitutionnelle. La pratique a été instaurée dès la formation du premier gouvernement par Léopold I^{er}, en 1831. L'historien Jean Stengers a observé que tous ses successeurs se sont conformés à cette règle¹¹¹. Celle-ci est en outre appelée par les règles et principes constitutionnels et exigée par le fonctionnement harmonieux des institutions. En effet, comme l'écrit M. Uyttendaele, si le Roi «devait lui-même établir un programme et négocier la composition de l'équipe gouvernementale avec les différents partis, il prendrait le risque d'être au cœur de diverses controverses et par là même de découvrir la couronne», ce qui lui est interdit en vertu de la coutume constitutionnelle rappelée dans notre premier exemple. «Son autorité risquerait d'ailleurs d'en être affectée»¹¹².

Nos deux derniers exemples illustrent les incertitudes et les revirements auxquels se prêtent les règles candidates au titre de coutumes constitution-

¹⁰⁹ Cf., par exemple, UYTENDAELE (M.), *Précis de droit constitutionnel belge*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2005, n° 86 et *Idem*, *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 383.

¹¹⁰ Cf., par exemple, DELPÉRIE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, n° 447; comp. VELAERS (J.), «Op de grens van Grondwet en politiek», *op. cit.*, p. 457.

¹¹¹ STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, Duculot, Paris – Louvain-la-Neuve, 1992, p. 40-41. On ne connaît qu'un seul contre-exemple, mais il n'est qu'apparent. La nomination du premier gouvernement dirigé par Yves Leterme entre le 20 mars 2008 et le 19 décembre de la même année n'a pas été précédée par la désignation d'un formateur, mais en réalité, c'est Guy Verhofstadt qui a assumé ce rôle le 10 décembre 2007 quand il a formé le gouvernement dit intérimaire qu'il a dirigé du 21 décembre 2007 au 20 mars 2008 en convenant dès le départ qu'il s'effacerait rapidement au profit de M. Leterme, compte tenu du succès électoral remporté le 10 juin 2007 par ce dernier. Sur le contexte de cet épisode, voy. MABILLE (X.), *Nouvelle histoire politique de la Belgique*, CRISP, Bruxelles, 2011, p. 411-413.

¹¹² UYTENDAELE (M.), «La coutume constitutionnelle dans le droit public belge contemporain», *op. cit.*, p. 384.

nelles. Compte tenu de la règle de la parité linguistique au Conseil des ministres¹¹³, le Roi est-il juridiquement tenu de composer les gouvernements en manière telle que chaque aile linguistique de ceux-ci dispose, en principe, du soutien d'une majorité dans le groupe linguistique correspondant à la Chambre des représentants? La doctrine majoritaire refuse de voir dans ce précepte de bon aloi une véritable règle de droit. Francis Delpérée est assez isolé dans son plaidoyer en faveur de la juridicité de cette règle¹¹⁴. Il est vrai qu'il est très difficile de la présenter comme se déduisant de manière nécessaire des règles écrites de la Constitution. En revanche, il nous avait semblé jusqu'en 2008 – mais notre doctrine était isolée – qu'elle pouvait être analysée comme un exemple convaincant de coutume constitutionnelle en voie de cristallisation. En effet, elle est appelée par les normes constitutionnelles – l'on songe à la règle précitée de la parité combinée avec la responsabilité des ministres devant la Chambre des représentants¹¹⁵ – et elle est exigée par le fonctionnement harmonieux des institutions d'un État fédéral bipolaire, qui postule une relation de confiance envers les ministres fédéraux au sein des groupes linguistiques, qui représentent, d'une certaine manière¹¹⁶, les deux grandes communautés dont cet État se compose. La règle candidate au titre de coutume n'a cependant pas résisté aux démentis que lui ont infligés les crises politiques qui se sont succédé depuis 2007¹¹⁷. Les contraintes politiques extrêmes que ces crises proprement existentielles pour l'État belge ont créées, le *dissensus* doctrinal et une absence totale de «garantie normative» expliquent les coups portés à l'effectivité de cette coutume virtuelle. Sa force normative n'est cependant pas réduite à néant, compte tenu de sa confirmité à la logique du système constitutionnel et à sa forte légitimité. Aussi, l'on peut prédire sans risque qu'elle retrouvera son effectivité le jour où l'État bénéficiera d'un deuxième souffle. Dans le cas contraire, la perdurance de son ineffectivité accompagnera et stimulera le divorce belge.

¹¹³ Article 99, al. 2, de la Constitution.

¹¹⁴ Voy. DELPÉRÉE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., nos 443-444.

¹¹⁵ Prescrite par les articles 96 et 101 de la Constitution.

¹¹⁶ Sans préjudice de l'article 42 de la Constitution.

¹¹⁷ Depuis la rupture du cartel que formaient deux partis flamands, le CD&V et la N-VA, le 21 septembre 2008, le gouvernement dirigé par Yves Leterme jusqu'à sa démission, le 19 décembre de la même année, n'a plus disposé de la majorité dans le groupe linguistique néerlandais de la Chambre des représentants. Le Premier ministre Herman Van Rompuy, qui hérite de la même coalition entre le 30 décembre 2008 et le 25 novembre 2009, souffrira du même handicap, ainsi que M. Leterme, qui le remplacera jusqu'à sa démission le 26 avril 2010. On pouvait croire qu'il ne s'agissait là que d'un accident dû à l'éclatement circonstanciel du cartel en question. Mais on a observé la même absence de soutien majoritaire par le groupe linguistique néerlandais de la Chambre lors de la formation de la nouvelle coalition gouvernementale dirigée par Elio Di Rupo depuis le 5 décembre 2011.

Pour être encore plus controversé, le dernier exemple n'en est pas moins instructif. Jusqu'à la période des affaires courantes consécutives aux élections de 2007, il était d'usage que les Chambres législatives fraîchement élues s'interdisent d'adopter en séance plénière des propositions de loi aussi longtemps qu'un nouveau gouvernement n'était pas nommé¹¹⁸. Autrement dit, la théorie des affaires courantes n'était pas seulement appliquée aux activités gouvernementales, mais aussi aux actes accomplis par le gouvernement de concert avec les assemblées législatives. Quoi qu'en dise la doctrine dominante aujourd'hui¹¹⁹, cet usage pouvait se justifier par le fait que si un gouvernement démissionnaire doit pouvoir encore défendre des projets de loi indispensables à la continuité de l'État, en revanche, il n'a pas la cohésion nécessaire pour exercer son droit d'amendement et de sanction dans le respect effectif des règles de consensus, de parité linguistique et de solidarité ministérielle sur des propositions de loi étrangères aux affaires urgentes. Cette cohésion trouve en effet une part décisive de son ressort dans la menace de démission qui pèse sur un gouvernement dont les membres ne s'entendent plus. Faut-il le dire, un gouvernement qui a démissionné ne peut plus être menacé de devoir démissionner une deuxième fois... Quoi qu'il en soit, cet usage a été abandonné par la pratique parlementaire depuis la crise de 2007. Le revirement avait été préparé par l'audition de quatre constitutionnalistes¹²⁰ en 1992, *in tempore non suspecto*¹²¹, et par la recommandation que la Commission de révision de la Constitution de la Chambre en avait déduite¹²² : « Un consensus s'est dégagé au sein de la Commission pour considérer que les Chambres conservent la plénitude de

¹¹⁸ Voy. CEREXHE (G.), « La compétence des Chambres nouvellement élues entre leur installation et la formation du gouvernement », *Administration publique*, 1994, vol. 1, p. 15-23; DELPÉRÉE (Fr.) et UYTENDAELE (M.), « Les pouvoirs du Parlement en période de crise », *J.T.*, 1992, p. 665 et s.

¹¹⁹ Cf. notamment les auditions de M. Uyttendaele et P. Van Orshoven sur l'activité du Parlement en période d'affaires courantes in Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits par M. LANDUYT, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 996/1, p. 19-20, 30-31, pour le premier, et p. 5-6, pour le second; VELAERS (J.) et PEETERS (Y.), « De « lopende zaken » en de ontslagnemende regering », *op. cit.*, p. 13-19; UYTENDAELE (M.), *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 436-438; VAN DER HULST (M.), *Le Parlement fédéral. Organisation et fonctionnement*, U.G.A., Kortrijk – Heule, 2011, p. 537 : pour ces auteurs, l'usage en question ne reposait sur aucun argument juridique, mais seulement sur un motif politique, à savoir la crainte de compromettre par des divisions politiques ingérables la formation d'une nouvelle équipe gouvernementale.

¹²⁰ Outre M. Uyttendaele et P. Van Orshoven, Fr. Delpérée et H. Van Impe (cf. le rapport cité ci-dessus dans la note 119).

¹²¹ Quoique les débats sur la suite des réformes institutionnelles pouvaient, dès 1991, donner à penser que la formation des prochains gouvernements deviendrait de plus en plus laborieuse...

¹²² Cf. Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits par M. LANDUYT, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1992-1993, n° 996/1, p. 37-38.

leurs compétences législatives en période d'affaires courantes. Cela signifie que les propositions de loi déposées régulièrement, prises en considération en séance plénière et renvoyées en commission peuvent être examinées et mises aux voix tant au sein de la commission compétente qu'en séance plénière». La doctrine dominante a approuvé ce revirement, en considérant que la théorie des affaires courantes n'aurait jamais dû recevoir un autre objet que celui de protéger les prérogatives du Parlement, de sorte qu'elle ne saurait s'appliquer aux actes posés par le gouvernement quand le Parlement est en mesure de les contrôler¹²³. La crise exceptionnellement longue qui a suivi les élections de juin 2010 a bien sûr encouragé la Conférence des présidents de la Chambre à confirmer ce point de vue.

Cette question des pouvoirs du Parlement en période d'affaires courantes est très révélatrice des problèmes que posent les coutumes constitutionnelles. La pratique des Chambres antérieure à la crise de 2007 n'était-elle qu'un usage dénué de tout fondement juridique et donc susceptible du revirement que l'on a constaté? Ou s'agissait-il d'une coutume largement appelée par les règles de droit en vigueur, mais violée à la faveur des circonstances et avec la bénédiction d'une doctrine plus attentive aux droits des parlementaires qu'à l'équilibre des pouvoirs? La question est indécidable, tout simplement parce que la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour la trancher à l'occasion des recours en annulation dirigés contre les lois adoptées dans cette configuration inédite. C'est donc la doctrine largement majoritaire qui est la moins mal placée pour attester ou contester (comme ici) l'existence de la coutume, même si la doctrine dissidente conserve le droit de penser que la première est mal inspirée.

III. Le rang des coutumes constitutionnelles et les conventions de la Constitution paralégales

La doctrine belge actuelle est unanime, on l'a déjà relevé, pour considérer que l'article 33, alinéa 2, de la Constitution exclut qu'une coutume de droit

¹²³ C'est, à notre avis, négliger le principe de collégialité, qui préside à l'exercice de la fonction législative en vertu de l'article 36 de la Constitution, dès lors qu'une des trois branches du pouvoir qui en est investi a perdu, du fait de la démission du gouvernement, la cohésion qui garantit le respect des règles de consensus, de parité linguistique et de solidarité ministérielle qui régissent son fonctionnement. La doctrine majoritaire et le précédent du 29 avril 2010 rejoignent paradoxalement ce point de vue quand la procédure de la sonnette d'alarme (article 54 de la Constitution) est activée. Dans ce cas, l'on reconnaît qu'un gouvernement démissionnaire n'a précisément pas la cohésion requise pour assumer sa fonction.

public puisse prévaloir contre un texte constitutionnel. S'il se place sur un plan doctrinal, c'est-à-dire sur un plan plus prescriptif que descriptif¹²⁴, le constitutionnaliste ne peut qu'adhérer à cette position¹²⁵. Mais une science du droit constitutionnel descriptive et explicative ne devrait pas s'interdire pour autant de *constater* que plusieurs usages, dans des domaines non négligeables de la vie institutionnelle, sont régulièrement pratiqués par les acteurs politiques les plus éminents avec la conviction de leur caractère obligatoire, alors qu'ils contredisent le texte constitutionnel. La théorie de la paralégalité gagne à être mobilisée pour en rendre compte (A). Auparavant, il convient d'examiner le rang des coutumes dont la compatibilité avec la Constitution écrite ne fait guère problème (B).

A. *Le rang des coutumes constitutionnelles*

La coutume constitutionnelle, écrit Rusen Ergec, « a la même valeur juridique que la Constitution formelle. Sa modification ne peut se réaliser que par voie de révision constitutionnelle. Elle peut compléter les règles constitutionnelles écrites, régir des domaines qui échappent à leurs prévisions. Mais elle ne peut se développer à l'encontre de leurs termes explicites »¹²⁶. Cette position, qui exclut la force constituante, mais admet la force constitutionnelle supplétive de la coutume constitutionnelle, est généralement partagée par les auteurs, qui reconnaissent sans réserve le droit à l'existence de ces coutumes dans le système constitutionnel belge¹²⁷. Elle signifie concrètement qu'une coutume constitutionnelle s'impose au pouvoir législatif, qui ne peut pas l'écarter, même par une loi. Nous pouvons y souscrire à partir de nos propres prémisses ici exposées, en ce qui concerne en tout cas les deux premières catégories de coutumes constitutionnelles que nous avons retenues dans le deuxième chapitre de cette contribution. En effet, les coutumes constitutionnelles, que l'on peut présenter aujourd'hui comme des interprétations commandées par le texte constitutionnel ou comme

¹²⁴ Sur la distinction entre la doctrine et la science du droit, voy. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 449 et s.; DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, n° 75/2010, p. 275-293.

¹²⁵ *Contra*: la doctrine de H. Kelsen évoquée au point I, B, et dans la note 51.

¹²⁶ ERGEC (R.), *Introduction au droit public*, t. I, *Le système institutionnel*, 2^e éd., Story-Scientia, Diegem, 1994, n° 84.

¹²⁷ Voy. par exemple, dans le même sens, PERIN (Fr.), « Y a-t-il trois pouvoirs constituants ? », op. cit., p. 6; VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Belgisch Publiekrecht*, op. cit., n° 264; LEJEUNE (Y.), *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, op. cit., n° 102.

des expressions ou des implications nécessaires de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, sont le plus souvent reliées aux « contraintes du texte constitutionnel »¹²⁸, en manière telle que l'on ne pourrait pas y déroger sans porter atteinte à ce texte. Pour ne prendre que cet exemple, il était de toute évidence requis, en 1993, de réviser la Constitution¹²⁹ pour modifier les cas dans lesquels un gouvernement est juridiquement obligé de présenter sa démission, dès lors que ces cas étaient déterminés auparavant par la coutume constitutionnelle dans le prolongement des articles 88, 101, 102 et 106 de la Constitution, qui énoncent la règle de la responsabilité ministérielle.

La relation d'« inhérence » aux contraintes du texte constitutionnel est moins forte en ce qui concerne les pratiques seulement appelées ou permises par les principes constitutionnels et exigées par le fonctionnement harmonieux des institutions. Faudrait-il, par exemple, nécessairement recourir à une révision formelle de la Constitution pour substituer à la règle du consensus celle du vote au Conseil des ministres? Idéalement, oui, mais de manière purement théorique et pour les seules bonnes fins de l'exercice, imaginons qu'à la suite d'une réforme radicale des structures de l'État, cette règle soit systématiquement écartée et remplacée *de facto* et avec une nouvelle *opinio juris* par l'application d'un principe de majorité renforcée. La « violation » de la coutume initiale étant soustraite à toute sanction juridictionnelle et, toujours dans notre hypothèse, n'ayant pas conduit non plus à une sanction politique, on ne saurait exclure qu'il faille, à un moment donné, constater qu'une nouvelle coutume s'y est substituée. En droit international public, par application des principes généraux du droit, on admet qu'en cas de conflit entre deux coutumes, la plus récente l'emporte¹³⁰. En droit constitutionnel, pour autant que les textes et autres principes constitutionnels ne soient pas violés, on ne voit pas bien comment on pourrait exclure, par analogie aussi avec le phénomène du revirement de jurisprudence, qu'une nouvelle coutume constitutionnelle remplace, après une période d'incertitude, une plus ancienne sans révision formelle de la Constitution. Un deuxième exemple, non moins théorique, reconnaissons-le, pourrait justifier la même analyse: c'est celui d'un consensus quasi révolutionnaire qui autoriserait le Roi à former un gouvernement sans désigner préalablement un formateur. Si l'on admet la force constitutionnelle supplétive de ces coutumes, il serait bien sûr préférable d'en soumettre la modification à une

¹²⁸ DE VILLIERS (M.), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, Paris, 1998, p. 62.

¹²⁹ Cf. article 96, al. 2, de la Constitution.

¹³⁰ DINH (N.Q.), DAILLIER (P.) et PELLET (P.), *Droit international public*, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 1994, n° 224.

révision formelle de la Constitution. Néanmoins, en l'absence de pareille révision, le défaut de toute sanction juridictionnelle les rend vulnérables à un éventuel processus de modification coutumier. En pratique, c'est donc surtout la force dissuasive de la sanction politique susceptible de frapper les contrevenants qui en protège l'effectivité...

Ces interrogations ne sont pas aussi théoriques que les deux derniers exemples pourraient le donner à penser. Songeons à la règle du secret qui protège les délibérations du Conseil des ministres. Cette règle coutumière est confirmée par la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration¹³¹. Mais celle-ci se contente d'y soustraire les procès-verbaux du Conseil. Il reste que la règle postule aussi traditionnellement la discrétion des ministres à propos du contenu de toutes les délibérations gouvernementales. Or on a bien dû constater ces dernières années que cette règle est de plus en plus souvent violée par des ministres qui ne résistent pas au bonheur de distiller quelques indiscretions lors d'interviews à chaud à la sortie du 16, rue de la Loi. Si ces transgressions devaient se multiplier à l'avenir sans aucune conséquence¹³², il n'est pas exclu qu'il faille un jour constater que la coutume a fait l'objet d'un processus d'abrogation par désuétude sans aucune révision formelle de la Constitution¹³³...

B. Les conventions de la Constitution paralégales

Il n'est pas rare qu'une règle constitutionnelle autorisant une conduite déterminée et permettant donc théoriquement aussi de s'en abstenir soit invoquée par les acteurs du système constitutionnel à l'appui d'une prétendue obligation ou d'une prétendue interdiction qui ne se concilie pas avec le texte de la règle. En effet, s'ils usent systématiquement de la permission, il advient que celle-ci se transforme dans leur esprit en obligation et, inversement, s'ils s'abstiennent tout aussi systématiquement d'en faire usage, la permission se métamorphose parfois en une interdiction.

Analysant ce phénomène, les constitutionnalistes français Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats refusent d'y déceler la naissance d'une coutume constitutionnelle *contra constitutionem* : on peut y voir le résultat

¹³¹ Article 6, § 2, 3°.

¹³² On peut songer, mais ceci est à nouveau très théorique, à la révocation du bavard par le Roi moyennant le contreseing du Premier ministre et, en pratique, l'accord de tous ses collègues, qui accepteraient de se désolidariser du contrevenant.

¹³³ Pour un autre cas possible, voy. *supra*, sous la note 71.

d'une *contrainte juridique* induite par «la configuration du système juridique à un instant donné, c'est-à-dire par l'ensemble des compétences dont jouissent les différents acteurs»¹³⁴, mais non une *obligation juridique*. «Une pratique contraire ne pourrait pas être sanctionnée. La prétendue coutume dure tant que dure la contrainte. Mais si celle-ci disparaît, alors peut naître une pratique différente»¹³⁵.

La plupart des constitutionnalistes français recourent plutôt à la notion bien connue, comme on l'a déjà relevé, en droit britannique et en droit canadien, de «conventions constitutionnelles». Il convient de l'examiner plus en profondeur ici. Elle désigne, selon le Professeur canadien Daniel Proulx, «des obligations politiques qui sont considérées comme de véritables normes impératives auxquelles tout gouvernement est soumis. Toutefois, comme elles sont dépourvues de caractère juridique, la sanction de ces normes constitutionnelles relève d'autres organes que les juridictions. Cela ne leur enlève pas pour autant leur caractère obligatoire, d'un point de vue constitutionnel pris au sens large». Ainsi, selon certains textes législatifs toujours en vigueur au Canada, la Reine d'Angleterre possède encore «*en droit strict* le pouvoir de bloquer toute décision du pouvoir exécutif et toute loi d'un Parlement, qu'il soit fédéral ou fédéré». Mais «en l'absence de révision constitutionnelle formelle, des «conventions constitutionnelles» de nature politique se sont, au cours des ans, greffées aux textes juridiques écrits, totalement anachroniques, afin de les rendre en pratique désuets compte tenu des valeurs démocratiques de notre temps»¹³⁶.

L'analyse de Daniel Proulx a le mérite d'intégrer lesdites conventions dans les normes constitutionnelles au sens large¹³⁷. Cette approche gradualiste de la normativité constitutionnelle nous semble de loin préférable aux

¹³⁴ CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et TROPER (M.), «Propositions pour une théorie des contraintes juridiques», in *Théorie des contraintes juridiques*, TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et GRZEGORCZYK (Ch.) dir., L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2005. Ces auteurs définissent leur concept de contrainte juridique comme suit : «la contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait » (p. 12), parce que «la solution retenue par l'acteur n'est pas déterminée par une norme qui le lierait : il se trouve dans une situation de pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, il est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre » s'il se comporte en *homo juridicus* rationnel (p. 13). Voy. aussi p. 2-3 du même ouvrage pour l'éclairante métaphore tirée du jeu d'échecs.

¹³⁵ HAMON (F.), TROPER (M.) et BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel*, 27^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 54.

¹³⁶ PROULX (D.), «La sécession du Québec : principes et modes d'emploi selon la Cour suprême du Canada», *R.B.D.C.*, 1998/4, p. 377 et 371, note 25.

¹³⁷ La distinction pratiquée par P. Wigny et déjà évoquée entre l'approche formelle et l'approche matérielle de la Constitution avait aussi cet avantage.

approches dichotomiques qui prétendent rejeter ces normes en dehors du champ d'étude des juristes, alors qu'il est impossible de rendre compte de la réalité des normes constitutionnelles effectivement appliquées sans les évoquer¹³⁸.

Tel est aussi le point de vue des publicistes français Yves Mény et Pierre Avril. Selon Yves Mény, «une convention constitutionnelle constitue une «révision politique» de la Constitution ou à tout le moins une interprétation plus ou moins laxiste qui s'impose grâce à l'accord des acteurs politiques comme norme obligatoire tant que le consensus persiste ou qu'une révision juridique expresse ne s'y est pas substituée». Certaines de ces conventions «peuvent transformer la nature d'une Constitution par une interprétation qui modifie l'ensemble des équilibres institutionnels. C'est ce qui est advenu depuis le XVIII^e siècle en Grande-Bretagne – au détriment du monarque – et en France sous la V^e République – au profit du chef de l'État – (avec la seule exception [des périodes de cohabitation, où l'on revient à la lettre du texte]). [...] Une convention peut être écartée par divers moyens: la révision constitutionnelle, l'intervention du juge constitutionnel», si elle est possible, «ou la modification des conditions politiques qui avaient permis sa naissance ou son maintien. Mais il est difficile de les éliminer totalement, du moins si l'on souhaite que les constitutions soient capables de s'ajuster aux évolutions politiques et sociales»¹³⁹.

Pierre Avril, pour sa part, a montré que la montée en puissance du juge constitutionnel n'enlève rien à la pertinence de cette approche¹⁴⁰. Olivier Beaud résume bien son enseignement quand il observe que son collègue utilise la notion de convention de la Constitution comme «moyen technique pour démontrer, d'une part, l'incomplétude majeure et inévitable de la Constitution écrite et, d'autre part, l'impossibilité pratique de subsumer entièrement la pratique constitutionnelle sous le texte constitutionnel (sous le texte de la norme écrite)». La survivance du droit non écrit tient «aux angles morts du contrôle de constitutionnalité, au pouvoir discrétionnaire gisant dans l'application de la Constitution (interstice dans lequel se glissent

¹³⁸ On observera d'ailleurs que les juristes anglais sont divisés sur la juridicité des conventions de la Constitution. Voy. les références dans VELAERS (J.), «Op de grens van Grondwet en politiek», *op. cit.*, p. 461, note 72. Quant aux constitutionnalistes continentaux les plus attachés à la pureté juridique de leur objet, ils ne parviennent jamais à demeurer cohérents avec eux-mêmes, puisqu'ils finissent tous par présenter ces règles dans leur manuel, alors qu'ils devraient logiquement les laisser aux bons soins de leurs collègues politologues.

¹³⁹ MENY (Y.), *voir* «Convention constitutionnelle», in *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL (O.) et MENY (Y.) dir., PUF, Paris, 1992, p. 232-233.

¹⁴⁰ Cf. AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution*, *op. cit.*

les rapports de force politique) et dans la volonté des acteurs politiques de contourner les contraintes du droit écrit pour des raisons souvent légitimes [...]. Ce droit non écrit décrit, en réalité, toute une série de dérogations aux normes constitutionnelles qui ne peuvent pas être sanctionnées et qui ont donc une valeur effective »¹⁴¹.

Nous pouvons faire nôtres ces analyses à condition de les affiner à l'aide de la théorie plus large de la paralégalité¹⁴². Par ce terme de « paralégalité », nous proposons d'entendre ici un ensemble de normes juridiques présentant les quatre caractéristiques suivantes :

- 1° il s'agit de normes considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par une élite ;
- 2° certaines d'entre elles ne sont pas conformes à des exigences fondamentales de la Constitution ;
- 3° elles obéissent à une rationalité juridique parallèle et concurrentielle par rapport à des idées de droit cardinales du système constitutionnel ;
- 4° il est possible, moyennant certaines conditions, que ce rapport de concurrence les conduise à faire irruption dans ce système constitutionnel et à s'y imposer en tout ou en partie, de manière stable ou précaire.

La validation de ces règles initialement contraires à la Constitution exigerait en principe une révision formelle de cette dernière, seul moyen d'assurer la coïncidence entre les pôles de la légalité, de l'effectivité et de la légitimité, mais en l'absence de cette révision, elle est assurée de manière partielle par des actes de reconnaissance juridiquement imparfaits. Cette reconnaissance partielle se situera au seuil minimal de la juridicité quand elle ne proviendra, faute de sanction juridictionnelle, que de la pratique concordante des autorités politiques et de l'approbation plus ou moins réservée de la communauté des juristes ou, du moins, de sa fraction la plus influente¹⁴³. Elle pourra aussi se hisser à un degré supérieur, mais encore imparfait, de juridicité grâce à une intervention du pouvoir législatif non sanctionnée¹⁴⁴.

¹⁴¹ BEAUD (O.), *op. cit.*, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 264.

¹⁴² Sur cette théorie, voy. DUMONT (H.), *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. 1, Publications des F.U.S.L. – Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 37-51 ; *Idem*, « Droit public, droit négocié et paralégalité », in *Droit négocié, droit imposé*?, GÉRARD (Ph.), OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.) dir., Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1996, p. 457-489 ; PAYE (O.), « Regards sociologiques critiques sur l'approche interdisciplinaire du droit », *Droit et Société*, 2000, n° 44/45, p. 261-272 ; MARTENS (P.), *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 244.

¹⁴³ Voy. *infra* l'exemple de l'obligation paralégale pour le Roi de s'incliner en cas de désaccord persistant avec ses ministres, celui de la collégialité, qui préside « paralégalement » au fonctionnement du Conseil des ministres, et celui des restrictions paralégales qui affectent l'exercice du droit de veto royal.

¹⁴⁴ Voy. *infra* l'exemple de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail.

ou non sanctionnable par la juridiction constitutionnelle, ou par la vertu d'une interprétation de la Constitution admise par les juridictions suprêmes malgré les réserves de la doctrine la plus rigoureuse¹⁴⁵.

Cette théorie de la paralégalité est utile pour expliquer des processus qui conduisent à des modifications en profondeur d'un régime politique, alors que la Constitution écrite demeure inchangée. La mutation du régime parlementaire belge, précisément la transformation de son parlementarisme, initialement dualiste ou orléaniste, en un parlementarisme moniste¹⁴⁶, sans révision formelle des articles de la Constitution régissant les prérogatives royales, en offre une première illustration de choix.

Au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les règles constitutionnelles qui veulent que le Roi soit irresponsable¹⁴⁷ et qu'il n'agisse qu'avec le contre-seing d'un ministre¹⁴⁸, qui, lui, est responsable devant les Chambres, sont interprétées comme signifiant qu'en cas de désaccord entre le Roi et ses ministres, le premier ne doit pas nécessairement s'incliner devant les seconds¹⁴⁹. Conformément à la lettre de ces dispositions, ils sont appelés à marcher de concert. L'exécutif est conçu comme bicéphale. On se souvient des propos tenus par Léopold I^{er} avant d'accepter le trône de Belgique: «En y mettant de la bonne volonté *de part et d'autre*, on peut encore marcher»¹⁵⁰.

En outre, alors que la règle du contreseing est formulée de manière générale et sans exception, elle est souvent interprétée au cours de cette période comme ne devant pas s'appliquer ou ne s'appliquer que dans une moindre mesure dans certains domaines: en vertu de ce qui a été souvent présenté comme une interprétation restrictive de nature coutumière, le Roi estime pouvoir prendre certaines décisions seul, donc sans contreseing ministériel

¹⁴⁵ Voy. *infra* l'exemple des lois de pouvoirs spéciaux.

¹⁴⁶ Par l'expression de « parlementarisme dualiste », rappelons que l'on vise un régime parlementaire dominé par deux forces politiques distinctes, le Roi et le Parlement, les ministres, nommés par le premier et responsables devant le second, occupant l'interface. Ce régime devient « moniste » avec l'effacement des prérogatives royales et la montée en puissance des partis politiques. Il n'y a plus alors qu'une seule force politique dominante, qui transcende la distinction entre les pouvoirs législatif et exécutif: cette force unique est incarnée par le parti ou la coalition de partis qui dispose de la majorité des sièges au Parlement et qui occupe simultanément tous les postes ministériels.

¹⁴⁷ Article 88.

¹⁴⁸ Article 106.

¹⁴⁹ Cf. DE LICHTERVELDE (L.), « Coutumes de la monarchie constitutionnelle », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 5^e série, t. XXXIV, 1948, p. 156: « Quand le Roi a des objections à une mesure qui lui est soumise, la coutume offre l'exemple de plusieurs méthodes pour régler le différend ».

¹⁵⁰ Cité par MOLITOR (A.), *La fonction royale en Belgique*, *op. cit.*, p. 17.

et à l'abri du contrôle parlementaire, en matière de défense nationale¹⁵¹ et en politique étrangère¹⁵².

Aujourd'hui, en revanche, on considère comme certain que le Roi ne peut pas s'opposer seul à la volonté du gouvernement si celui-ci dispose de la confiance de la Chambre¹⁵³. Quant à l'applicabilité de la règle du contre-

¹⁵¹ On a souvent prétendu que cette lecture du texte constitutionnel qui consistait à extraire du champ d'application de la règle du contreseing l'article 68, al. 1^{er} (« Le Roi commande les forces de terre et de mer [...] »), devenu 167, § 1, al. 2 (« Le Roi commande les forces armées [...] »), était de nature coutumière et avait l'appui de la quasi-unanimité des constitutionnalistes du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle: voy., à ce sujet, STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, op. cit., p. 92-95. À vrai dire, ce n'est pas tout à fait exact. Voy. les pratiques variables d'un cas à l'autre et le *dissensus* aussi bien au sein de la doctrine que parmi les acteurs politiques de l'époque dans GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le commandement de l'armée et la responsabilité ministérielle en droit constitutionnel belge », *Revue de l'Université de Bruxelles*, fasc. 3, mars-juin 1949, p. 256-321 et dans le précieux ouvrage, plus récent, de VELAERS (J.), *Albert I Koning in tijden van oorlog en crisis 1909-1934*, Lannoo, Tielt, 2009, p. 152-167, 194-198, 204-211, 223-225 et 344-361. Le Chef du cabinet et Ministre de la Guerre Charles de Broqueville avait tenté de rompre avec cette interprétation soi-disant coutumière, notamment dans une missive adressée au Roi Albert I^{er} le 26 avril 1918: « Il m'apparaît comme manifeste que le Constituant a voulu que, dans tous ses actes, le Roi soit couvert par la responsabilité ministérielle. [...] Laisser le Roi isolé devant la responsabilité des opérations militaires » lui paraît « en opposition avec tout l'esprit qui inspire la Constitution » (texte cité par STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, op. cit., p. 96). En réalité, de Broqueville veut surtout protéger l'inviolabilité constitutionnelle du Roi. Mais celui-ci n'a pas accepté cette bonne leçon de droit constitutionnel. Il est resté inflexible, du moins sur le plan théorique, en ce qui concerne les actes relevant du commandement de l'armée. Après avoir rappelé la formule constitutionnelle de son serment de garantir l'intégrité du territoire, il n'a pas cherché le raffinement dans l'argumentation juridique: « Qu'il soit civil ou militaire, le ministre de la Guerre ne peut me couvrir dans le domaine des opérations actives, attendu qu'il n'y intervient pas. [...] Léopold I^{er} a lui-même commandé en chef à Louvain. Il est donc inutile de remuer les textes et de solliciter leur esprit comme il est oiseux de s'adresser à des juristes pour définir les principes du commandement militaire: mon grand-père, d'accord avec les auteurs mêmes de notre charte fondamentale, a fixé, pour l'avenir, la portée exacte de l'article 64 » (texte cité par VELAERS (J.), *Albert I Koning in tijden van oorlog en crisis 1909-1934*, op. cit., p. 354-355). Sur les tensions entre Albert I^{er} et de Broqueville, mais aussi leurs formules pratiques de nature transactionnelle, voy. note 154. Adde: STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, op. cit., p. 92-95; et surtout, les analyses approfondies de HAAG (H.), *Le comte Charles de Broqueville, Ministre d'État, et les luttes pour le pouvoir (1910-1940)*, t. II, Collège Érasme – Nauwelaerts, Louvain-la-Neuve – Bruxelles, 1990, p. 650-665 et 848-867, et VELAERS (J.), *Albert I Koning in tijden van oorlog en crisis 1909-1934*, p. 344-361.

¹⁵² Sur l'évolution des pratiques de Léopold I^{er} à Léopold III en matière d'action diplomatique, voy. STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, op. cit., p. 247-271. Dans la « grande politique » de Léopold I^{er}, les ministres n'avaient « aucune part » (p. 252). En revanche, en ce qui concerne « la conduite de la politique spécifiquement belge, consacrée à la sécurité et aux intérêts du pays », le pouvoir des ministres a été grandissant après les quinze premières années du règne. Sous Léopold II et Albert I^{er}, le couple classique Roi – ministre se met en place, mais avec de notables exceptions, qui voient le Roi tantôt imposer ses vues, tantôt mener des actions purement personnelles. Quant à Léopold III, il a parfois renoué « avec la tradition de Léopold I^{er} »... (p. 261).

¹⁵³ Cf. notamment DELPÉRÉE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., n° 501: « en cas de divergence, il n'y a pas absence de décision. L'un est appelé à l'emporter sur l'autre. Dans la mesure où la responsabilité – entendue en termes juridiques – des actes du pouvoir exécutif fédéral repose sur les seules épaules des ministres, leur volonté est vouée à prévaloir ». M. Uyttendaele (*Trente leçons de*

seing à tous les actes du Roi qui ont une portée politique quelconque, elle ne souffre plus aucune exception et fait même l'objet d'une interprétation résolument extensive.

Léopold III a perdu son trône pour n'avoir pas compris la force de l'idée de droit démocratique, qui ne pouvait plus tolérer la perpétuation du parlementarisme dualiste¹⁵⁴. Portée par un mouvement social puissant et relayée par des hommes politiques déterminés, cette idée de droit a ainsi réussi, non seulement à infléchir l'interprétation initiale de la règle du contreseing ministériel, en lui donnant dorénavant une généralité d'application – que le texte constitutionnel semblait même commander¹⁵⁵ –, mais aussi à subvertir cette règle par une interprétation *contra constitutionem* qui oblige le Roi à s'incliner en cas de désaccord persistant avec ses ministres. Il est à noter que cette mutation, qui échappe à toute sanction juridictionnelle, a bénéficié d'une forme de reconnaissance juridique par des tiers autorisés, à savoir les membres de la « Commission chargée d'émettre un avis motivé sur l'application des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des prérogatives du Roi ». Présidée par L. Soenens et composée à la fois de personnalités politiques appartenant aux trois partis nationaux et d'éminents spécialistes du droit public, cette commission a rendu son rapport final en juillet 1949, rapport signé par tous les membres, à l'exception des socialistes¹⁵⁶, et publié au *Moniteur belge*¹⁵⁷.

Sur l'applicabilité générale du contreseing ministériel, la Commission Soenens est très nette : « à s'en tenir aux termes de l'article 64 [devenu 106], il semble que l'obligation qu'il prévoit se limite aux actes, c'est-à-dire aux

droit constitutionnel, op. cit., p. 410-411) énonce la même règle, en occultant aussi sa contrariété avec l'article 106 de la Constitution.

¹⁵⁴ Voy. la très intéressante comparaison entre les pratiques d'Albert I^{er} et celles de Léopold III à propos du commandement de l'armée, faite par HAAG (H.), *Le comte Charles de Broqueville, Ministre d'État, et les luttes pour le pouvoir (1910-1940), op. cit.*, p. 863-867. Les deux rois se fondent sur la même interprétation du texte constitutionnel – l'exercice du commandement de l'armée leur revient –, mais ils ne l'appliquent pas de la même manière. Malgré leur désaccord sur les principes, *de facto*, le Roi Albert I^{er} et de Broqueville mettaient chacun de l'eau dans leur vin. Quand ils n'étaient pas d'accord sur les décisions à prendre, ils finissaient tout de même par trouver des solutions « grâce à un effort mutuel de compréhension et d'imagination » (p. 865). En revanche, en mai 1940, Léopold III s'est effectivement refusé à « toute coopération avec le gouvernement concernant les opérations militaires » (p. 866).

¹⁵⁵ Dès les travaux du Congrès national, ce point est clair pour certains. Ainsi, J. Lebeau s'exprime comme suit le 20 novembre 1830 : « la royauté [...] n'est pas, à proprement parler, un pouvoir. Comment dire qu'il y ait pouvoir, lorsque toute faculté d'agir est interdite sans l'assentiment d'autrui ? Telle est la position de la couronne, assujettie qu'elle est par le contreseing à la volonté du conseil » (HUYTTENS (E.), *Discussions du Congrès national, 1830-1831*, t. I^{er}, A. Wahlen et Cie, Bruxelles, 1844, p. 208).

¹⁵⁶ Voy., à ce propos, STENGERS (J.), *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence, op. cit.*, p. 43, 86 et 93.

¹⁵⁷ À la date du 6 août 1949.

écrits susceptibles d'être habilités par un contreseing. La *coutume constitutionnelle* a cependant largement étendu cette obligation. Aussi tout acte du Roi susceptible d'avoir une incidence politique directe ou indirecte, doit-il être couvert par un ministre. Il en est de même dans les cas où le Roi, sollicité par son gouvernement d'accomplir un acte déterminé, estime devoir s'en abstenir¹⁵⁸.

En revanche, en ce qui concerne l'hypothèse d'un différend opposant le Roi et le gouvernement, il est frappant de constater que la majorité des membres de la Commission Soenens est encore d'avis que «si les ministres ne parviennent pas à rallier le Roi à leur opinion, ils n'auront, en règle générale – après avoir attiré l'attention du Roi sur la gravité de la situation et les risques qu'elle comporte – d'autres ressources que d'offrir leur démission, mais les Chambres, soit avant, soit après une dissolution, auront toujours le dernier mot et, dans la logique de l'article 25 [devenu 33] de la Constitution, le devoir du Roi et du gouvernement sera de faire en sorte que la volonté du Parlement se traduise dans les faits»¹⁵⁹. La minorité – en l'occurrence, socialiste – de la Commission considère¹⁶⁰, pour sa part, que le Roi doit se conformer «aux avis de ses ministres et, en dernière analyse, aux décisions délibérées de son gouvernement, qui tient son autorité des Chambres et qui est responsable devant celles-ci».

En 1952, Pierre Wigny se rallie encore au point de vue de la majorité, non sans rappeler que le Roi avait pu renverser «le ministère en 1871, en 1884, en 1911»¹⁶¹. Certes, l'éminent constitutionnaliste invite «le ministre qui est sûr de sa majorité et convaincu de bien interpréter la volonté nationale» à «faire prévaloir son opinion». Mais «en cas de résistance opiniâtre» du Roi, il ne reste à ce ministre que «la liberté et le devoir de démissionner»¹⁶².

Cette interprétation des règles constitutionnelles est sans doute la plus respectueuse des textes qui les énoncent. En effet, en toute rigueur, il faut bien reconnaître que ceux-ci ne permettent pas de considérer que le Roi est juridiquement obligé de s'incliner, ni qu'il lui serait interdit de résister aux vœux ministériels au point de contraindre les ministres à présenter leur démission. Et pourtant, il est aujourd'hui hors de doute que le Roi est bel et

¹⁵⁸ Avis de la Commission chargée d'émettre un avis motivé sur l'application des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des prérogatives du Roi, *M.B.*, 6 août 1949, p. 7591 (souligné par nous). Pour ce qui concerne le commandement des forces armées, voy. p. 7595-7598.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 7592.

¹⁶⁰ En se revendiquant des propos de J. Lebeau cités ci-dessus.

¹⁶¹ WIGNY (P.), *Droit constitutionnel*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1952, p. 579-580.

¹⁶² Étant entendu qu'un nouveau gouvernement devra tenir compte, lui aussi, d'une volonté inchangée des Chambres (*ibid.*, p. 574).

bien tenu par cette obligation et par cette interdiction ou, si l'on préfère la terminologie de Michel Troper, par cette double « contrainte ». Autrement dit, c'est bien, sur ce point, la thèse de la minorité socialiste de la Commission Soenens qui exprime la règle en vigueur. L'honnêteté intellectuelle commande d'y reconnaître une coutume *contra constitutionem*.

La doctrine contemporaine a tendance à masquer cette réalité. Partant du principe que le droit public belge ne peut pas intégrer pareille coutume dans ses sources, mais admettant sans réticence la règle en question, elle fait comme si celle-ci pouvait se déduire de l'article 106 de la Constitution bien compris, *quod non*. Nous jugeons plus conforme à la vérité scientifique de qualifier cette norme de convention de la Constitution paralégale. Elle ne s'appuie que sur les deux pôles généralement les plus marginalisés de la validité juridique : l'effectivité, dans la mesure où les successeurs de Léopold III s'y sont conformés sans exception, et la légitimité, parce que l'exigence démocratique telle qu'on la comprend aujourd'hui ne pourrait pas supporter qu'un monarque désigné par les seules lois de l'hérédité puisse provoquer la démission d'un gouvernement soutenu par une majorité parlementaire dans le seul espoir de faire admettre son point de vue personnel par une majorité différente. Un jour viendra où cette convention de la Constitution paralégale sera avalisée par une révision formelle de la Constitution. Le processus du changement juridique décrit aura alors trouvé son aboutissement. En attendant, sa « force normative » est d'ores et déjà considérable. L'explication tient en ce que son inconstitutionnalité textuelle et l'absence de sanction juridictionnelle due à l'inviolabilité constitutionnelle du Roi sont largement compensées par deux « garanties normatives » substitutives : le consensus doctrinal sans faille qui atteste sa légitimité et, surtout, la sanction politique radicale qui résulterait de sa violation, à savoir la fin de la monarchie, qui serait immédiatement exigée par la majorité de la société civile et de ses représentants.

L'exemple que l'on vient d'exposer est loin d'être exceptionnel. La place nous manque malheureusement pour développer tous les autres auxquels on peut songer. Qu'il nous soit seulement permis, en renvoyant pour la démonstration à des travaux publiés ailleurs, d'en citer cinq, qui ne sont pas moins révélateurs que le premier des changements profonds que des conventions de la Constitution paralégales peuvent faire subir à la « raison juridique » d'un système constitutionnel en l'absence de toute révision formelle.

1. *Le principe de la nécessaire délibération en Conseil des ministres de toute question politique importante.* Les règles constitutionnelles écrites sont fondées sur la

responsabilité individuelle des membres du gouvernement fédéral¹⁶³. Elles n'en sont pas moins subverties depuis longtemps par un principe paralégal de collégialité, un modèle de gestion qui, selon les termes d'André Molitor, « fait appel à la décision collective, et cela dans des conditions qui viennent diluer, voire noyer les possibilités de décision personnelle et aussi [...] les responsabilités bien définies qui en découlent »¹⁶⁴. Mais suivant l'enseignement formellement incontestable de MM. Ganshof van der Meersch¹⁶⁵ et Velu¹⁶⁶, la Cour de cassation – nous avons déjà eu l'occasion de le relever – a refusé de reconnaître le caractère juridiquement obligatoire de la délibération du Conseil des ministres quand elle n'est pas imposée par une disposition constitutionnelle, légale ou réglementaire : « s'il est d'usage que le Conseil des ministres délibère et décide lorsqu'il s'agit d'affaires présentant une certaine importance, l'absence de délibération n'affecte pas en elle-même la validité d'un acte accompli par un ministre en pareille matière »¹⁶⁷. Cette jurisprudence n'affaiblit que marginalement l'effectivité de la règle paralégale de la collégialité et la conviction que celle-ci est au moins politiquement obligatoire¹⁶⁸. La collégialité est d'autant plus légitime aux yeux des responsables politiques qu'elle donne à la règle constitutionnelle de la parité linguistique du Conseil des ministres une portée vitale pour la paix communautaire, en s'appliquant à la discussion de tous les projets de loi avant leur dépôt sur le bureau de la Chambre des représentants. Sa « force normative » peut donc se passer de la garantie juridictionnelle et reposer sur la sanction politique des démissions ministérielles qui ne manqueraient pas de frapper sa méconnaissance.

2. *Le veto royal*. « Le Roi sanctionne et promulgue les lois », énonce l'article 108 de la Constitution. On l'a dit, il s'agit typiquement d'une règle qui ouvre textuellement un pouvoir discrétionnaire¹⁶⁹. Depuis 1884, la sanction est cependant devenue quasi automatique. La permission qu'elle procure à

¹⁶³ À la différence des règles applicables aux gouvernements communautaires et régionaux, qui sont formellement tenus par le principe de collégialité (article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980), au niveau fédéral, le contreseing d'un seul ministre suffit, en vertu de l'article 106 de la Constitution.

¹⁶⁴ MOLITOR (A.), « Le ministre et le pouvoir », *Administration publique*, 1982, vol. 4, p. 214.

¹⁶⁵ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le Conseil des ministres au sein du pouvoir exécutif en droit constitutionnel belge », in *Rapports belges au XI^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1985, p. 117-175.

¹⁶⁶ VELU (J.), concl. sous Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, A.P., 1987, t. 4, p. 297-298.

¹⁶⁷ Cass. (ch. réunies), 10 avril 1987, A.P., 1987, t. 4, p. 289. Cet arrêt est critiqué par UYTENDAELE (M.), *Précis de droit constitutionnel belge*, op. cit., n° 86.

¹⁶⁸ Voy. CANNEEL (A.), « Le Premier ministre, ses cabinets et ses services administratifs », *Les Cahiers constitutionnels*, Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1987, n°s 3-4, p. 43 et s., et p. 59 et s.

¹⁶⁹ Sur les précédents, qui datent, pour l'essentiel, du XIX^e siècle, voy. VELU (J.), *Droit public*, op. cit., p. 699 et s.

l'exécutif, sous la responsabilité politique des ministres bien sûr, d'opposer son veto aux projets de loi régulièrement adoptés par les Chambres doit-elle alors être tenue pour abrogée par désuétude, de sorte qu'elle aurait cédé la place à une obligation de sanctionner ces lois? Pierre Wigny n'était pas loin de le penser. Il parlait d'une « pratique abolitive »: « serait-il possible que, revenant sur une tradition fermement établie, le Roi exerce réellement le pouvoir de sanction et puisse refuser de donner la valeur légale à un texte qui a déjà été voté par les deux chambres élues? ». Mais il entend rester fidèle à la doctrine, qui récuse toute abrogation par désuétude, la coutume ne pouvant jamais prévaloir sur un texte écrit. Il cherche alors la solution en distinguant le droit constitutionnel formel, qui énonce la permission, et le droit constitutionnel matériel, qui équivaut à interdire, sous la menace de sanctions exclusivement politiques, l'exercice de cette permission¹⁷⁰. La doctrine actuelle considère plutôt que le refus de sanction doit reposer sur des considérations objectives qui ne peuvent se présenter que dans des circonstances exceptionnelles, de sorte qu'il ne s'agit en tout cas plus d'un pouvoir discrétionnaire¹⁷¹. Une convention de la Constitution paralégale est venue ainsi au moins limiter sévèrement la portée d'une règle écrite¹⁷².

3. *Les pouvoirs spéciaux*. L'interprétation qui est donnée, au moins depuis 1974¹⁷³, avec la bénédiction de nos trois plus hautes juridictions, à l'article 105 de la Constitution aux fins de fonder les lois de pouvoirs spéciaux ne doit pas faire illusion. Tous les ingrédients d'une convention de la Constitution paralégale sont observables dans cette interprétation des pouvoirs réglementaires de l'exécutif aussi peu convaincante¹⁷⁴ que forcée par une effectivité insistante faite de nombreux précédents vécus avec la conviction de leur légitimité malgré tous les obstacles constitutionnels¹⁷⁵. Si la jurisprudence a sans doute réussi à faire oublier ces obstacles, en faisant comme si l'article 105 pouvait réellement fonder et encadrer les lois de pouvoirs spéciaux, et s'il faut donc s'incliner devant ce qu'on peut appeler la « consti-

¹⁷⁰ WIGNY (P.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 177-178.

¹⁷¹ Cf. notamment DELPÉRÉE (Fr.), « Le Roi sanctionne les lois », *J.T.*, 1991, p. 593-597; ERGEC (R.), *Introduction au droit public*, t. I, *Le système institutionnel*, op. cit., n° 416.

¹⁷² Voy., dans le même sens, mais sans employer le concept de paralégalité, VELAERS (J.), « Op de grens van Grondwet en politiek », op. cit., p. 459-463.

¹⁷³ Cf. Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 564, concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.).

¹⁷⁴ Parce qu'elle échoue dans sa tentative d'offrir un encadrement normatif un tant soit peu complet à une pratique très éloignée du texte de l'article 105, quoi qu'en dise la doctrine la plus conciliante.

¹⁷⁵ Voy. la démonstration de cette thèse dans DUMONT (H.), « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé: pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé », in *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, RIGAUX (Fr.) et HAARSCHER (G.) dir., études publiées par P. Vassart, Centre interuniversitaire de philosophie du droit, Story-Scientia, Bruxelles, 1987, p. 226-230.

tutionnalisation jurisprudentielle» de ceux-ci, il nous semble indiqué de ne jamais perdre de vue pour autant, sur le plan scientifique, leur origine paralégale.

4. *Les conventions collectives de travail.* La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail offre un autre exemple de validation problématique d'une convention de la Constitution paralégale, cette fois par la médiation d'une loi. Celle-ci reconnaît aux partenaires sociaux un pouvoir proprement réglementaire que la Constitution réserve pourtant au Roi. Son véritable fondement ne peut être situé ailleurs que dans une longue pratique jugée légitime par la plupart des acteurs du système institutionnel et politique belge, à juste titre d'ailleurs, et légalisée à l'encontre des règles constitutionnelles, qui exigent que tous les pouvoirs soient exercés conformément à leurs prescriptions¹⁷⁶. La question de savoir si cette loi a été rétrospectivement constitutionnalisée à travers la consécration du «droit de négociation collective» par l'article 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution révisée en 1994 demeure controversée¹⁷⁷.

5. Dernier exemple enfin : *l'attribution de plus en plus fréquente par le pouvoir législatif de pouvoirs réglementaires ou de décision individuelle à des institutions ou organismes autonomes de droit public et parfois aussi de droit privé.* Faut-il citer l'Autorité des services et marchés financiers, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (I.B.P.T.) ou, dans le domaine des matières communautaires et régionales, où le problème se pose dans des termes analogues, le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française et les universités? Cette multiplication des délégations de pouvoirs du législatif vers des autorités autres que l'exécutif interdit aujourd'hui de les analyser comme une forme exceptionnelle de dévolution des pouvoirs, suscitant tout au plus un sentiment de malaise constitutionnel. Elle est révélatrice de mutations profondes dans les modes de gouvernance que la Constitution n'a pas encore réussi à encadrer. Sa reconnaissance, contrainte et forcée, par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, malgré les obstacles consti-

¹⁷⁶ Voy. la démonstration de cette thèse dans DUMONT (H.), «Droit public, droit négocié et paralégalité», in *Droit négocié, droit imposé?*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1996, p. 473-481.

¹⁷⁷ Voy. la doctrine recensée par BOMBOIS (Th.), JOASSART (P.) et PIRET (F.), «Constitution et conventions collectives», in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 2007, p. 159-174. Dans leur plaidoyer en faveur de la thèse de la constitutionnalisation, ces auteurs oublient l'objection tirée de ce que l'article 23 de la Constitution ne pouvait, en principe, pas réviser implicitement les dispositions constitutionnelles qui réservent le pouvoir réglementaire au Roi. Mais il faut reconnaître que l'interdiction des révisions implicites est très souvent violée depuis longtemps...

tutionnels, autorise, une fois encore, à identifier ce que nous nous permettons d'appeler un phénomène de « constitutionnalisation jurisprudentielle d'origine paralégale »¹⁷⁸.

Conclusion

Les internationalistes sont familiers des difficultés éprouvées pour démontrer, d'abord, l'existence et, ensuite, les contours précis du contenu des coutumes internationales. Ils insistent sur l'importance des « sources auxiliaires du droit international » que sont la doctrine et la jurisprudence dans cette démonstration... On peut faire la même observation à propos des coutumes constitutionnelles. Leur identification et la délimitation de leur contenu postulent aussi leur reconnaissance par l'une ou l'autre de ces sources ou au moins par un tiers, qui peut prendre la forme d'une commission de sages suffisamment indépendants. Considérant que, quand le juge ou l'arbitre reconnaît l'existence d'une coutume, il la « crée par la même occasion », les internationalistes Dominique Carreau et Fabrizio Marrella se demandent « où finit la *reconnaissance* et où commence la *création* de la règle coutumière ». Nous dirons, pour notre part, qu'en droit, le juge qui reconnaît une coutume contribue seulement à sa création, en dissipant les doutes qui pouvaient affecter son existence. Toujours est-il qu'il y a là, continuent-ils, « des éléments d'incertitude et d'imprécision qui expliquent les réticences des juristes, surtout ceux de droit écrit, devant le phénomène coutumier »¹⁷⁹. Notre étude de droit constitutionnel autorise les mêmes conclusions. Mais ici s'arrêtent les ressemblances. En droit international, la coutume continue à occuper une place « privilégiée »¹⁸⁰ en raison du développement des organisations internationales et de l'émergence de nouveaux sujets du droit international, comme les entreprises multinationales. En droit constitutionnel, la montée en puissance de la justice constitutionnelle et administrative a certainement rétréci l'espace initialement occupé par les coutumes constitutionnelles. Nous l'avons constaté notamment dans l'exemple de la consécration

¹⁷⁸ Voy. notamment DUMONT (H.), « La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance », in *De Grondwet verleden, heden en toekomst – La Constitution : hier, aujourd'hui et demain*, Sénat de Belgique, Cahier n° 2, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 59-70 et DE ROY (D.), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 711-747.

¹⁷⁹ CARREAU (D.) et MARRELLA (F.), *Droit international*, 11^e éd., Pedone, Paris, 2012, p. 304.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 303.

jurisprudentielle des affaires courantes par le Conseil d'État. Mais ce rétrécissement ne saurait conduire à une mise à néant des coutumes constitutionnelles compte tenu, d'une part, de la rigidité qui caractérise, par définition, les procédures de révision des constitutions écrites et, d'autre part, des angles morts des contrôles juridictionnels de constitutionnalité. Par ailleurs, à la différence du juge constitutionnel, «le juge international peut puiser dans les statuts gouvernant sa fonction la reconnaissance de la coutume comme source de droit (art. 38)»¹⁸¹. Dès lors que la Constitution, en France comme en Belgique, ne reconnaît pas cette source, la jurisprudence est très rétive à l'invoquer, même dans les cas où elle y puise de toute évidence la source des ses décisions, comme à propos du régime des affaires courantes. Nous avons donc dû effectuer un long périple pour démontrer que les coutumes ont bel et bien encore le droit d'exister en tant que sources formelles du droit aptes à engendrer des normes juridiquement obligatoires et dotées d'une valeur juridique équipollente à celles de la Constitution formelle. Les principaux acquis de ce périple se laissent récapituler en trois points.

Premièrement, l'article 33 de la Constitution belge ne conteste en rien le droit à l'existence des coutumes constitutionnelles, pour autant que l'on interprète la notion de Constitution – à laquelle il prescrit à tous les pouvoirs de se conformer – comme visant non seulement la lettre de ses dispositions, mais aussi, plus largement, l'ensemble des règles issues de leur interprétation, les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle et les coutumes produites conformément à «la règle de reconnaissance», qui permet de les identifier en tant que coutumes constitutionnelles. Selon cette règle de reconnaissance forment des coutumes constitutionnelles les pratiques adoptées de manière récurrente par les pouvoirs publics, dans des circonstances déterminées, avec la conviction de leur caractère obligatoire, dès lors que ces pratiques satisfont aux trois conditions suivantes: *primo*, elles sont appelées ou permises par les règles de la Constitution écrite et les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle; *secundo*, elles sont exigées par le fonctionnement harmonieux des institutions publiques compte tenu du contexte sociopolitique tel qu'il se présente à un moment donné à la suite d'une histoire politique déterminée; et *tertio*, leur «obligatorité» est attestée soit par les juridictions compétentes si celles-ci sont habilitées à sanctionner¹⁸² la méconnaissance de la règle sous-jacente, soit

¹⁸¹ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 321.

¹⁸² De manière directe – c'est le cas de l'obligation pour un gouvernement démissionnaire d'expédier les affaires courantes – ou indirecte – il en va ainsi de l'obligation gouvernementale de démissionner au lendemain des élections et de l'interdiction de découvrir la couronne.

par une autorité publique ou morale tierce suffisamment indépendante de ses auteurs si ladite règle n'est pas justiciable¹⁸³. Dans ce dernier cas, ces pratiques peuvent éventuellement se prêter plus longtemps à des controverses quant à leur existence en tant que coutumes constitutionnelles, ce qui peut affaiblir leur degré de juridicité et leur force normative, à la manière d'une jurisprudence partagée¹⁸⁴, mais ces incertitudes ne justifient pas pour autant leur refoulement hors du champ juridique.

Deuxièmement, l'article 33 interdit de reconnaître à ces coutumes constitutionnelles une force supérieure à la Constitution écrite, mais il exige de leur prêter une force constitutionnelle supplétive chaque fois qu'elles sont reliées aux contraintes du texte constitutionnel, au point que l'on ne pourrait pas y déroger sans porter atteinte à ce texte. Leur modification ne peut alors se réaliser que par la voie d'une révision formelle de la Constitution, comme celle qui a introduit, en 1993, le parlementarisme rationalisé en modalisant le régime des motions de méfiance et de confiance adressées au gouvernement. Quand elles ne sont pas reliées aux contraintes du texte constitutionnel par un lien d'implication nécessaire, tout en satisfaisant aux autres critères énoncés plus haut, elles sont vulnérables à un éventuel processus de modification coutumier, que l'on pourrait qualifier de «sauvage».

Les deux thèses que l'on vient de rappeler ici se situent sur un plan doctrinal. Elles sont donc d'ordre prescriptif: elles exposent quelques normes relatives à un mode de production du droit contesté dans l'espoir que leur validité, au regard du dogme de la suprématie constitutionnelle, soit mieux reconnue par les organes d'application du droit et les collègues de la communauté des juristes.

Troisièmement, la science du droit ne saurait, pour sa part, se satisfaire de cette approche doctrinale, qui n'est légitime que dans son ordre propre. En effet, ladite science cherche, non pas à décrire, d'une manière fatalement prescriptive, les modes de production du droit constitutionnellement valides à l'intérieur du système juridique concerné, mais à décrire, expliquer et évaluer d'un point de vue plus externe les modes de production du droit réellement appliqués, qu'ils soient conformes ou non à la dogmatique officielle des sources du droit. Ainsi, là où la doctrine et la jurisprudence peuvent déployer une double stratégie discursive pour préserver

¹⁸³ Pensons à l'obligation pour le Roi de solliciter le concours d'un formateur pour être en mesure de constituer un gouvernement ou à celle de faire couvrir par le contreseing des actes non écrits susceptibles d'avoir une portée politique.

¹⁸⁴ Sur la jurisprudence comme source du droit, voy. la contribution au présent ouvrage (volume 2) de M. van de Kerchove.

autant que faire se peut l'intégrité de cette dogmatique officielle, soit en récupérant les coutumes *secundum* et *praeter constitutionem* pour en faire des implications nécessaires du seul texte constitutionnel, soit en refoulant les coutumes *contra constitutionem* pour les cantonner hors du champ juridique, la science du droit ne peut pas se laisser abuser par cette stratégie. Elle doit démasquer les coutumes constitutionnelles qui se cachent derrière des interprétations soi-disant textuelles ou des principes généraux du droit. Elle doit aussi identifier les coutumes *contra constitutionem* effectivement observées, que la doctrine ne peut que déformer – en leur prêtant un uniforme acceptable – ou disqualifier de manière radicale – en leur contestant toute juridicité.

Pour éviter la confusion avec les coutumes constitutionnelles supplétives évoquées dans nos deux premières conclusions, nous avons proposé le terme de « conventions de la Constitution paralégales » pour viser ces coutumes *contra constitutionem*. En leur appliquant la théorie de la paralégalité, nous avons montré combien ces conventions, loin d'être des accidents insignifiants, sont, au contraire, très révélatrices des changements juridiques profonds qui ont pu affecter le régime politique de la Belgique au cours de son histoire, sans révision formelle de la Constitution.

Enfin, à la différence de l'approche doctrinale dichotomique qui oppose le droit constitutionnel au non-droit sans transition, le point de vue plus externe propre à la science du droit nous a permis aussi de comprendre que la juridicité constitutionnelle n'est pas, en réalité, une affaire de tout ou rien et que l'on ne peut donc pas opposer le juridique au politique à la manière de deux univers voisins qui seraient séparés par une cloison étanche. Entre la norme constitutionnelle qui a été valablement édictée et qui demeure très largement effective, juridictionnellement sanctionnée et légitime aux yeux des autorités publiques comme à ceux des citoyens¹⁸⁵, d'une part, et la règle candidate au statut de coutume constitutionnelle supplétive, mais encore controversée et appliquée de façon discontinue¹⁸⁶, d'autre part, l'on passe sans doute d'une force normative maximale à une force normative minimale¹⁸⁷, mais il y a un continuum. Entre ces deux extrêmes, il y a

¹⁸⁵ Pour un exemple simple, voy. l'article 18 de la Constitution : « La mort civile est abolie ; elle ne peut être rétablie ».

¹⁸⁶ Par exemple, l'interdiction de constituer un gouvernement fédéral *a priori* inapte à bénéficier de l'appui d'une majorité dans chaque groupe linguistique avant les contre-exemples de 2008 et 2011 ou l'interdiction pour les Chambres d'adopter en séance plénière une proposition de loi en période d'affaires courantes avant le revirement de 2007.

¹⁸⁷ Le taux de juridicité de la règle est proche de zéro, mais elle demeure invocable sur la scène politique au titre d'un argument qui n'est pas exclusivement politique, comme on a pu le constater dans les

place, en effet, pour bien des degrés intermédiaires. En nous limitant à des figures que nous avons rencontrées dans nos développements, on peut, en descendant l'échelle des degrés de la force normative, évoquer :

- 1° la coutume constitutionnelle supplétive justiciable, largement effective, reconnue comme légitime par les acteurs politiques ainsi que par la communauté des juristes et placée sous le contrôle des juridictions compétentes¹⁸⁸ ;
- 2° la coutume constitutionnelle supplétive non justiciable, mais constamment appliquée par les acteurs politiques concernés et reconnue comme légitime par une commission de sages et la doctrine unanime¹⁸⁹ ; et
- 3° la coutume constitutionnelle supplétive non justiciable et reconnue par une doctrine seulement majoritaire, mais systématiquement appliquée et perçue comme légitime tant par les acteurs politiques en cause que par la société civile¹⁹⁰.

Quant aux conventions de la Constitution parallèles, leur illégalité originelle ne les a pas privées de toute force normative et celle-ci se prête aussi à une présentation graduée. Ont une force élevée les règles d'origine parallèle qui ont réussi à se faire reconnaître par le droit public grâce à une consécration législative¹⁹¹ ou juridictionnelle¹⁹² malgré leur inconstitutionnalité. Ont une force plus faible, du moins en droit, les conventions de la Constitution non justiciables, mais effectivement pratiquées de façon constante et unanimement perçues comme légitimes par les autorités politiques et la communauté des juristes¹⁹³.

exemples de la note précédente.

¹⁸⁸ Par exemple, l'obligation pour le gouvernement démissionnaire d'expédier les affaires courantes et l'interdiction de dévoiler la Couronne.

¹⁸⁹ Par exemple, l'obligation, depuis 1949, pour le Roi de faire couvrir par le contreseing tous ses actes non écrits mais susceptibles d'avoir une portée politique.

¹⁹⁰ Par exemple, l'obligation pour le Roi de solliciter le concours d'un formateur pour être en mesure de constituer un gouvernement.

¹⁹¹ Par exemple, la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail.

¹⁹² Par exemple, les lois de pouvoirs spéciaux jugées conformes à l'article 105 de la Constitution par la jurisprudence et la doctrine dominante depuis 1974, malgré le caractère inapproprié de cette disposition.

¹⁹³ Par exemple, l'obligation, depuis 1949, pour le Roi de s'incliner en cas de désaccord persistant avec ses ministres, malgré le texte de l'article 106 de la Constitution.