

XI Congrès français de droit constitutionnel

« Production constitutionnelle et historicité : contribution à l'étude des relations entre processus constituant et temporalité »

Par Samuel TURI, Doctorant contractuel en droit public, CRDP-ERDP (ULR n°4487),
Université de Lille

« La conscience historique varie avec les peuples et les époques, tantôt elle est dominée par la nostalgie du passé, tantôt par le sens de la conservation ou l'espoir de l'avenir »¹.

La présente contribution vise à rendre compte des liens existant entre le processus d'écriture d'une Constitution d'une part, et le concept d'historicité d'autre part. Défini par François Hartog comme les « modalités d'articulation des catégories du passé, du présent et du futur »², ce dernier entretient avec le droit en général et le droit constitutionnel en particulier des rapports singuliers. La création d'une norme constitutionnelle, qu'elle soit opérée de façon régulière (révision) ou au contraire en violation des règles positives (coup d'État, révolution), ne peut en effet se réduire à une simple succession et articulation de dispositions ayant vocation à structurer un ordre juridique nouveau. Assurant la traduction normative des préoccupations politiques et sociales d'une époque, le texte constitutionnel se construit nécessairement en réaction à ceux l'ayant précédé, que ce soit pour s'en inspirer (continuité) ou s'en extraire (rupture). Ses rédacteurs, quelle que soit la période considérée et leur méthode de travail, ont conscience de s'inscrire dans un « continuum temporel »³ ou, comme l'a théorisé Marcel Waline, un « mouvement »⁴ du droit. Les dispositions relatives à la nature du régime (Monarchie, République, Empire), aux relations entre pouvoirs publics (séparation, équilibre, confusion), ou encore à la place du citoyen dans la vie de la cité (nature du suffrage, étendue des droits et libertés) sont ainsi pensées, lors du processus d'écriture, non pas uniquement comme des éléments d'un « devenir » constitutionnel souhaitable (ce que le droit sera), mais également comme une réponse à un contexte particulier (ce que le droit est) et qui doit être traité en s'inspirant, négativement ou positivement, des expériences passées (ce que le droit a été).

L'analyse des rapports qu'entretiennent le processus de production constitutionnelle avec le concept d'historicité nécessite d'opérer au préalable un certain nombre de précisions à la fois définitionnelles et méthodologiques. Car si ce concept, qui interroge la place de l'histoire dans les champs juridiques (source, méthodologie, argumentation, histoire de la pensée)⁵, « fait figure de

¹ Raymond ARON, *Introduction à la philosophie de l'histoire. Essai sur les limites de l'objectivité historique*.

² François HARTOG, « Historicité/régimes d'historicité », in Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia et Nicolas OFFENSTADT (dir.), *Historiographies*, t. II : *Concepts et débats*, Paris, Gallimard, 2010, p. 766-771, p. 766.

³ Jacky HUMMEL « Histoire et temporalité constitutionnelles. », *Jus Politicum*, n° 7 [http://juspoliticum.com/article/Histoire-et-temporalite-constitutionnelles-460.html].

⁴ Marcel WALINE, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'Année politique française et étrangère*, 1930, n°1, p. 55.

⁵ Emanuele CONTE, « Historicité du droit, du Moyen Âge à l'époque contemporaine », *Annuaire de l'EHESS*, 2013, pp. 518-519.

lieu commun depuis Savigny »⁶, il demeure néanmoins l'objet de controverses quant à ses finalités et ses implications. L'affirmation selon laquelle il existe une connexité entre histoire et droit se heurte en premier lieu à une critique tenant à la nature même de ces disciplines : la première, « permettant de reconstituer et de mettre dynamiquement en relation les événements du passé »⁷, différerait fondamentalement de la seconde qui aurait quant à elle vocation à étudier « un certain type de règles sociales de conduite - les normes juridiques - qui tout en étant déterminé par leur contexte historique, sont avant tout des outils mentaux auxquels une finalité spécifique est assignée »⁸. En second lieu, cette démarche s'oppose à une critique d'ordre épistémologique. Le positivisme, et plus spécifiquement le positivisme kelsénien, y voit le risque d'une construction artificielle, celle d'une « prétendue causalité qui chercherait en vain à voir dans les normes juridiques les effets de facteurs historiques »⁹, en d'autres termes, à « expliquer » les lois par l'histoire »¹⁰. Si de telles réserves sont tout à fait justifiées, il convient toutefois de ne pas tomber dans l'excès inverse en faisant du droit une science hermétique à toute influence historique et, plus globalement, à toute réflexion sur le temps et ses implications normatives. Une telle démarche s'avérerait en effet délicate dans la mesure où le processus de production d'une norme juridique ne peut être compris si son analyse est « purgée » de toute considération temporelle. Quelle est l'origine d'une norme ? À quel(s) objectif(s) répond-t-elle ? Vient-elle modifier à la marge l'état du droit ou en opérer une transformation substantielle ? Pourquoi est-elle assortie (ou non) de dispositions transitoires ou de « clauses d'éternité » ? Répondre à ces interrogations nécessite d'appréhender la création d'une norme juridique non pas uniquement comme une simple opération *technique* de rédaction et de juxtaposition d'un ensemble cohérent et structuré de dispositions, mais bien comme un processus intellectuel global et temporellement situé.

La norme constitutionnelle, plus que toute autre norme juridique, est en effet originellement imprégnée de ces considérations temporelles. Déterminant les caractéristiques fondamentales de l'État (forme et exercice du pouvoir, place du citoyen, relations extérieures, organisation territoriale), la Constitution se singularise à la fois par son contenu, sa « vocation à réaliser des finalités politiques »¹¹, mais aussi et surtout par ses origines. Cette singularité est d'ailleurs reconnue par l'ensemble des courants doctrinaux, bien que ces derniers la situe à un niveau différent. Du point de vue de la théorie normativiste, l'origine d'une Constitution se distingue formellement par la mise en œuvre « d'une procédure *renforcée* par rapport à la procédure d'élaboration des normes générales et abstraites »¹² (notamment les lois). Cette définition, bien que « cohérente, élaborée et consciente de soi »¹³, limite cependant l'intelligibilité juridique du processus constituant dont la compréhension systématique nécessite précisément, pour le juriste, d'étudier de nombreux phénomènes auxquels le normativisme dénie traditionnellement toute juridicité. Outre la procédure suivie (organisation des débats, examen des dispositions, étapes de l'entrée en vigueur), l'analyse du « moment constituant » nécessite d'aborder la question des auteurs impliqués (mode de nomination, élection, orientations politiques), celle de la forme de la décision finale (adoption par

⁶ Jean-Louis HALPERIN, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, vol. 75, no. 2, 2010, pp. 295-313.

⁷ Emmanuel CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 67, no. 3, 2006, pp. 509-534.

⁸ *Ibid.*,

⁹ *Ibid.*,

¹⁰ *Ibid.*,

¹¹ Denis BARANGER, *La Constitution. Source, méthode, interprétation*, Éd. Dalloz, Coll : Méthodes du droit, 2022, p. 330.

¹² Pour une définition complète de constitution normative de la Constitution et de la définition juridique de la révolution, voir Jean-Philippe DEROSIER. « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 102, no. 2, 2015, pp. 391-404.

¹³ Denis BARANGER « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon ALTWEGG-BOUSSAC », *Jus Politicum*, n° 11 [http://juspoliticum.com/article/Normativisme-et-droit-politique-face-aux-changements-constitutionnels-informels-A-propos-de-l-ouvrage-de-Manon-Altwegg-Boussac-826.html].

une assemblée spécialisée, une commission *ad hoc*, le peuple par référendum ou plébiscite)¹⁴ ou encore celle de l'organisation provisoire des pouvoirs publics et des normes matériellement constitutionnelles, que ces derniers sont susceptibles d'édicter en attente de l'entrée en vigueur de la Constitution définitive. Afin de rendre compte de ces différents phénomènes, il convient donc d'adopter une méthode d'analyse qui, tout en conservant le droit comme objet d'étude, opère un élargissement de ses sources et frontières conceptuelles. Pour ce faire, la présente analyse sera conduite selon la théorie dite du « droit politique », non pas en raison d'une quelconque supériorité scientifique, mais simplement par rapport à la définition qu'elle adopte de la science juridique, et plus spécifiquement des concepts qu'elle intègre en son sein (souveraineté, transition constitutionnelle, pouvoir constituant, droit révolutionnaire).

Le cadre méthodologique ayant été établi, il convient désormais d'aborder l'intérêt de la thématique traitée. L'histoire constitutionnelle française représente un champ d'étude privilégié, à la fois riche et diversifié. Ayant connu pas moins de seize constitutions, ce « vaste laboratoire d'expérience constitutionnelle »¹⁵ témoigne de l'indissociabilité entre droit et histoire en général, expérience historique et production constitutionnelle en particulier. De la rédaction de la première Constitution écrite des 3 et 4 septembre 1791 à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 en passant par la proclamation de l'Empire et la restauration monarchique, le temps apparaît comme un élément à la fois moteur et structurant de la production constitutionnelle. Cette importance accordée au temps, loin de concerner un type de régime en particulier, est au contraire partagée par l'ensemble des systèmes juridiques.

Les constitutions républicaines d'abord, en dépit de l'hétérogénéité de leur contenu (institutions, principes directeurs) et de la diversité de leur procédure d'adoption (Commission *ad hoc*, Assemblée constituante, référendum, plébiscite), se construisent toutes dans une temporalité particulière qui explique leurs caractéristiques. Les républicains de 1848, tout en faisant œuvre de création (proclamation du suffrage universel direct, création du Président de la République, abolition de l'esclavage et de la peine de mort en matière politique) renouent avec la tradition du parlement monocaméral des Constitutions de 1791 et de l'an I. Les rédacteurs des lois constitutionnelles de 1875, bien que réintégrant le bicamérisme présent sous la Monarchie et les deux Empires, rejettent l'élection directe du chef de l'État en assurant la prééminence du pouvoir législatif. Les rédacteurs de la Constitution de 1958, s'inscrivant sur de nombreux points dans la continuité des Républiques précédentes, rompent toutefois définitivement avec le dogme de « l'infaillibilité de la loi » (par l'introduction du contrôle de constitutionnalité) et de la prépondérance du Parlement (par la revalorisation des attributions et de la légitimité du chef de l'État).

Les constitutions monarchiques ensuite, bien qu'obéissant à une logique différente, répondent à un schéma similaire (continuité, discontinuité). Plaçant en en-tête de la Constitution de 1791 la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789, les constituants inscrivent leur œuvre dans la continuité du projet révolutionnaire en vue d'abolir « irrévocablement les institutions qui bless[ent] la liberté et l'égalité des droits ». Dans une perspective inverse, la Charte constitutionnelle de 1814, renouant avec l'Ancien Régime, rompt dans le même temps avec la souveraineté nationale¹⁶ et, par extension, les acquis de la Révolution.

Il en est enfin de même pour l'élaboration des constitutions impériales. La proclamation de Louis Napoléon Bonaparte du 14 janvier 1852 revendique en effet explicitement la volonté de s'inscrire

¹⁴ Pour plus de précisions sur ce point, voir Denis BARANGER, *La Constitution. Source, méthode, interprétation, op.cit.*, p. 141.

¹⁵ Boris MIRKINE GUETZEVITCH, « Mille huit cent trente dans l'évolution constitutionnelle de l'Europe », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, 1931, pp. 241-256.

¹⁶ Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, LGDJ, p.186.

dans la continuité de Napoléon 1^{er} en renouant avec le système politico-institutionnel des constitutions du Consulat et de l'Empire.

À un régime spécifique (République, Monarchie, Empire) correspond dès lors une multitude de configurations normatives reflétant non seulement la réalité des rapports de forces politiques à un instant t , mais également « la capacité des acteurs d'une société à inscrire leur présent dans une histoire, à le penser comme situé dans un temps non pas neutre mais signifiant, par la conception qu'ils s'en font, les interprétations qu'ils s'en donnent et les récits qu'ils s'en forgent »¹⁷.

Mais comment rendre compte de cette « conscience historique » ? De quelles manières les constituants mobilisent et s'approprient, lors du processus d'élaboration d'une norme constitutionnelle, le facteur temporel ? Il apparaît, au détour d'une analyse globale des différentes procédures constituantes¹⁸ que le temps (et notamment l'articulation de ses différentes composantes) revêt essentiellement deux fonctions. La première consiste à l'utiliser comme instrument de légitimation ou de délégitimation des expériences constitutionnelles passées. Une Constitution x sera érigée en exemple à suivre, une référence, alors qu'une Constitution y représentera au contraire un contremodèle. Dans cette perspective, le temps se limite à une simple source de référence normative (I). La seconde vise quant à elle à le mobiliser dans une perspective transitionnelle. L'élaboration d'un nouvel ordre juridique, notamment lorsque celui-ci se construit en opposition radicale avec le précédent, nécessite d'organiser, selon des modalités variables, des mécanismes de jonction qui permettent de prévenir d'éventuels conflits normatifs. Dans cette optique, le temps est utilisé comme un instrument pratique de transition juridique (II).

I- Le temps comme source de références normatives

L'élaboration d'une nouvelle Constitution implique pour ses rédacteurs de se positionner au regard des textes constitutionnels passés. Certains constitueront des exemples à suivre et serviront de base à l'établissement d'une certaine filiation juridique (A). Cette continuité se traduira notamment par l'existence de dispositions similaires voire identiques. Elle se manifestera également par des discours politiques qui revendiquent une telle filiation. D'autres textes, au contraire, feront office de véritables contremodèles (B) que les constituants, instruits par l'expérience, chercheront à ne pas reproduire.

A- Inscrire le présent dans une histoire : l'établissement d'une filiation

Malgré la grande diversité des textes constitutionnels qu'a connue la France depuis 1791, ces derniers entretiennent une certaine parenté, tant sur le plan formel que matériel. Des auteurs tels que Maurice Hauriou et Maurice Duverger ont tenté de rendre compte de ces similitudes en développant le concept de « cycles constitutionnels », grille de lecture qui permet de trouver dans l'apparente instabilité de l'histoire constitutionnelle française des éléments de régularité.

Les différentes proclamations de la République sont à cet égard particulièrement éclairantes. Le 25 septembre 1792, la formule « la République française une et indivisible » se substitue à « la Royauté une et indivisible ». Ce nouveau régime n'est cependant pas le fruit d'une génération spontanée. Il renvoie en effet, pour ses créateurs, à « une culture politique substantielle : droit de

¹⁷ Ludivine BANTIGNY. « Historicités du 20^e siècle. Quelques jalons sur une notion », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 117, no. 1, 2013, pp. 13-25.

¹⁸ La présente analyse sera essentiellement conduite selon un angle national.

l'homme, souveraineté nationale, démocratie »¹⁹. L'influence des lumières et des penseurs libéraux du XVIIIème siècle apparaît ainsi particulièrement présente et déterminante.

La Constitution de l'an III s'inscrit à son tour pleinement dans ce processus. Car bien que « donnant à l'histoire politique un cours nouveau, elle se situe d'abord dans la continuité républicaine »²⁰. Cette continuité se matérialise tant du point de vue de la méthode de rédaction du texte constitutionnel (désignation d'une commission issue de la Convention) que de son contenu (indivisibilité de la République, universalité des citoyens)²¹.

La Révolution de 1848, qui débouchera sur l'adoption de la Constitution de la Deuxième République, poursuit cette logique de continuité. Le Gouvernement provisoire, exerçant la plénitude des pouvoirs exécutif et législatif entre l'abdication de Louis-Philippe et la réunion de l'Assemblée nationale constituante, multiplie les références à ses prédécesseurs de 1792, que celles-ci soient de nature constitutionnelle ou symbolique. S'inspirant du décret du 11 août 1792, le décret du 5 mars 1848 rétablit ainsi le suffrage universel tout en l'élargissement de façon significative²². Cet acquis de la révolution trouvera une traduction constitutionnelle pour la désignation du pouvoir législatif (article 24) et exécutif (article 46). Un arrêté du même jour rétablit par ailleurs le pavillon et le drapeau tricolore, « tels qu'ils ont été fixés par le décret de la convention nationale du 27 pluviôse, an II ». Une telle continuité s'établit aussi et surtout au niveau institutionnel. L'affirmation selon laquelle « le peuple français délègue le pouvoir législatif à une Assemblée unique » (article 20 de la Constitution du 4 novembre 1848) ne faisant que reformuler le principe selon lequel « Le Corps législatif est un, indivisible et permanent » (article 39 de la Constitution du 24 juin 1793). Dans les deux cas, l'unité de la nation implique (exige), pour les constituants, l'unité de la représentation nationale à travers l'institution d'un Parlement monocaméral.

Le Second Empire constitue à son tour un exemple pertinent de cette volonté d'articuler des ordres juridiques temporellement espacés dans l'optique de fonder un nouvel édifice constitutionnel. Rétabli par le Sénatus-consulte du 7 novembre 1852, son élaboration s'étend sur plus d'une année et apparaît ponctuée par de nombreuses références aux Constitutions de l'an VIII et de 1804. À l'issue du coup d'État du 2 décembre 1851, le Président de la République convoque les électeurs pour se prononcer par plébiscite sur plusieurs questions d'ordre constitutionnel. Ces dernières portent essentiellement sur l'organisation des pouvoirs publics : « un chef responsable nommé pour dix ans », « des ministres dépendant du pouvoir exécutif seul », un Conseil d'État « préparant les lois et soutenant la discussion devant le Corps législatif ». Tirant les conséquences du vote favorable, la proclamation du 14 janvier 1852 officialise, en fait, la fin de la deuxième République et renoue dans le même temps explicitement avec les Constitutions du Consulat et du Premier Empire : « J'ai pris comme modèle les institutions politiques qui (...) ont raffermi la société ébranlée et élevé la France à un haut degré de prospérité et de grandeur ». « Puisque la France ne marche depuis cinquante ans qu'en vertu de l'organisation administrative, militaire, judiciaire, religieuse, financière, du Consulat et de l'Empire, pourquoi n'adopterions-nous pas aussi les institutions politiques de cette époque ? ». Dans cet exemple, le passé constitutionnel est instrumentalisé en vue d'établir une continuité. La France de 1852, comparable selon le prince-Président à celle du début du dix-neuvième siècle, justifierait une transposition normative.

¹⁹ Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, LGDJ, 16^e édition, 2020, p. 99

²⁰ Jean-Pierre MACHELON. « La Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) : archaïsme ou modernité ? », Gérard Conac éd., *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*. Presses Universitaires de France, 1999, pp. 29-37.

²¹ Article 1 : « La République Française est une et indivisible » ; Article 2 : « L'universalité des citoyens français est le souverain ».

²² Les indigents et domestiques, considérés comme « des proies faciles », sont effectivement exclus du corps électoral en 1792.

Le facteur temporel occupe ainsi, au cours de la période constituante, une place de premier plan. Source d'inspiration pour l'établissement d'un nouvel ordre juridique, il permet d'opérer des connexions entre différentes temporalités, connexions pas uniquement symboliques mais aussi juridiques.

B- Bâtir l'avenir en s'émancipant de l'histoire : l'identification de contremodèles

Les régimes constitutionnels antérieurs ne sont pas automatiquement érigés en modèles à suivre. Les constituants, désireux d'inscrire leur œuvre dans la durée et de fonder un ordre juridique stable, peuvent au contraire s'écarter de la lettre et de l'esprit de certains textes (ou de dispositions particulières) susceptibles d'occasionner, en raison de leurs imprécisions, de leur radicalité ou de leur inadéquation, des périodes d'instabilité. Ainsi, ces derniers font figures de véritables repoussoirs qui seront, selon la période considérée, identifiés de façon plus ou moins explicites. Sans prétendre à l'exhaustivité, plusieurs textes méritent une attention particulière.

La Constitution du 22 frimaire an VIII, par sa concision et la nature de ses dispositions, est clairement élaborée dans une perspective d'opposition à la Constitution des Thermidoriens. Siéyès, bien qu'animé par la volonté de conserver les acquis de la Révolution, se fait le défenseur, lors du processus d'écriture, d'une véritable « conception mécaniste de la Constitution »²³, seule à même de garantir l'efficacité constitutionnelle. Cette efficacité, qui se matérialise par un encadrement stricte des rapports institutionnels, vise essentiellement pour les constituants à encadrer les pouvoirs constitués et leurs rapports en vue de circonscrire les potentiels conflits politiques susceptibles d'advenir. Le pouvoir exécutif occupera en ce sens une place prépondérante. Les Consuls sont nommés pour dix ans (article 39), et ne tiennent plus leur légitimité, comme c'était le cas en 1795, du corps législatif (article 132). Dans le cas présent, c'est l'objectif même de la norme constitutionnelle qui est conçue par opposition au texte précédemment en vigueur. Les constituants rompent avec le blocage institutionnel et politique du Directoire en favorisant l'efficacité gouvernementale.

La naissance de la III^{ème} République offre un exemple éclairant de cette rhétorique d'opposition au regard de l'histoire constitutionnelle. Le processus d'élaboration des lois constitutionnelles de 1875 représente effectivement un véritable laboratoire de contremodèles. De la Monarchie constitutionnelle à l'Empire en passant par la République, les constituants de 1871 ont derrière eux une histoire constitutionnelle particulièrement mouvementée et source d'incertitudes. L'établissement d'un régime authentiquement parlementaire nécessite de purger la future Constitution de toute disposition susceptible d'engendrer une instabilité politique et de faire sombrer le régime dans les dérives du pouvoir personnel. Dans sa thèse portant sur l'écriture des lois constitutionnelles de 1875, Ludovic de Thy identifie ainsi clairement l'état d'esprit des constituants, conscients des « excès à ne pas reproduire ». Selon l'auteur, « l'analyse des doctrines des constituants et des débats constitutionnels entre 1871 et 1875 montre que, toute solution constitutionnelle apparaissant comme extrême, dogmatique ou révolutionnaire doit être écartée »²⁴. La Monarchie chrétienne apparaît dès lors comme anachronique, les constitutions révolutionnaires et plébiscitaires comme sources d'instabilité et de concentration des pouvoirs, soit au bénéfice du pouvoir exécutif, soit d'une Assemblée unique.

Dans un tout autre contexte, la Constitution du 4 octobre 1958 témoigne de l'influence négative de l'histoire constitutionnelle dans la construction d'un nouvel ordre juridique. Son élaboration,

²³, Johan MENICETTI. « L'écriture de la constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, vol. 18, no. 3, 2013, pp. 68-83

²⁴ Ludovic DE THY, *L'écriture des lois constitutionnelles de 1875. La fondation de l'ordre constitutionnel de la III^{ème} République*, Thèse, LGDJ, 2021, p. 29.

qui a lieu dans un contexte particulier dont la présente contribution n'a pas vocation à rendre compte, marque non seulement une rupture vis-à-vis du régime précédent, mais également avec une certaine conception de la République. Certes, de nombreux éléments présents au sein des constitutions précédentes demeurent. Il s'agit d'établir un régime conforme à la « tradition républicaine »²⁵ et démocratique dont les principes directeurs s'inscrivent clairement dans la continuité de la Constitution de 1946, et notamment de son titre I. En revanche, la véritable rupture intervient au sujet de l'organisation des pouvoirs publics, de leurs attributions et de leurs rapports. D'après les auteurs de la Constitution, « les pouvoirs ne seront réellement séparés qu'à deux conditions : « Ils ne doivent pas avoir la même source » et « doivent être séparés par leur composition ». Cette affirmation suppose l'incompatibilité des fonctions parlementaire et gouvernementale : « si les membres du gouvernement sont en même temps membre du parlement dans un pays comme la France où la nature même de la vie politique conduit à la multiplicité des partis, le Gouvernement sera divisé »²⁶.

Source de références, catalogue de contremodèles... L'histoire constitutionnelle apparaît, pour les constituants, comme un élément indissociable du processus de création d'une nouvelle Constitution. Cela n'épuise toutefois pas la fonction du temps. Outre sa mobilisation « passive » (modèles, contremodèles), il revêt une dimension pratique permettant d'opérer une transition entre deux ordres juridiques.

II- Le temps comme outil de transition juridique

L'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution suppose par définition la substitution d'un ordre juridique à un autre. Que cette disparition intervienne de façon régulière ou à la suite d'un changement informel (coup d'État, révolution), des mécanismes juridiques doivent être mis en place en vue de stabiliser le futur régime. Cette opération de transition, propre à chaque période constituante, revêt des formes diverses qui ne répondent par ailleurs pas aux mêmes objectifs. Le premier, d'ordre pratique, vise à prévenir les problématiques d'incompatibilités et d'incohérences normatives entre les deux systèmes constitutionnels qui se succèdent. Il se manifestera par la présence, au sein même du texte constitutionnel, de dispositions transitoires qui permettront d'articuler différentes temporalités juridiques tout en assurant une continuité minimale de l'État **(A)**. Le second consiste, quant à lui, à utiliser le temps dans une perspective purement politique. Cela se matérialisera par la mobilisation d'artifices, d'une « fiction juridique », qui consistera à opérer une reconstruction rétroactive visant à nier le passé **(B)**

A- Intégrer le passé pour harmoniser l'avenir : l'anticipation des risques de conflits normatifs

Bien qu'animés par la volonté d'établir un nouvel ordre constitutionnel, les titulaires du pouvoir constituant souhaitent maintenir un minimum de stabilité juridique. Les périodes de transition risquent en effet, par la simple disparition de l'ancien édifice constitutionnel, de remettre en cause des situations légalement acquises et de fragiliser plus généralement l'ordonnement juridique dans son ensemble, tant sur le plan institutionnel que juridictionnel. C'est ainsi que la majorité des

²⁵ M. JANOT Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958, p. 68.

²⁶ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, Volume 1, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958, La documentation française, p. 245

Constitutions prévoient en leur sein un certain nombre de dispositions transitoires. Normes par essence temporaires, celles-ci « n'ont pas vocation à s'appliquer d'une manière indéterminée dans le temps, mais seulement pour une durée par avance limitée, jusqu'à ce qu'une norme nouvelle déjà envisagée vienne les remplacer »²⁷.

L'analyse systématique des textes constitutionnels permet d'attribuer à ces normes deux fonctions principales. La première vise à assurer une continuité minimale de l'État, en prévoyant la permanence (et le cas échéant la disparition) d'institutions politiques en place au cours de la période de transition. Elles permettent alors d'articuler différentes temporalités en évitant un vide juridique. Ainsi, l'article 99 de la Constitution de 1946 prévoit la démission du Gouvernement provisoire dès que le Parlement aura procédé à l'élection du Président de la République. L'article 113 de la Constitution de 1848 prévoit que « toutes les autorités constituées par les lois actuelles demeurent en exercice jusqu'à la promulgation des lois organiques qui les concernent ». L'article 91 de la Constitution originelle de la Cinquième République prévoit un mécanisme similaire, disposant que « les institutions de la République prévues par la présente Constitution seront mises en place dans le délai de quatre mois à compter de sa promulgation ». Dans ces exemples, des institutions exerçant des fonctions à un temps t cesseront leur activité à un temps $t+1$ préalablement déterminé.

Les normes transitoires répondent également à une logique de cohérence normative. La succession de deux ordres constitutionnels soulève en droit des difficultés sérieuses sur le plan de la compatibilité des normes infra-constitutionnelles avec la nouvelle Constitution. Le but est d'harmoniser l'ordre juridique et de le purger de dispositions potentiellement contraires à l'esprit du nouveau régime. Les différentes constitutions prévoient, pour remédier à ces difficultés, des mécanismes permettant de minimiser cette incohérence normative. Ainsi, la Charte de 1830 prévoit, dans son article 70, que « toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées ». L'article 56 de la Constitution du 14 janvier 1852 prévoit quant à lui que « les dispositions des codes, lois et règlements existants, qui ne sont pas contraires à la présente Constitution, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ».

La présence de ces dispositions transitoires illustre ainsi la conscience qu'ont les constituants de la problématique temporelle qu'engendre la succession de deux systèmes constitutionnels. Cela ne les empêche cependant pas, au cours de certaines périodes, d'utiliser la transition en vue de reconstituer, de façon rétroactive, une continuité juridique.

B- « Purger » le passé pour préparer l'avenir : la fiction de la reconstruction normative

Les périodes de transition constitutionnelle peuvent également être le lieu d'opérations juridiques complexes. Outre les normes transitoires, les périodes de transition constitutionnelle se caractérisent par l'édiction de normes éminemment politiques. Désirant rejeter un système normatif dont ils nient la régularité et la légitimité, ses auteurs n'hésitent pas à nier son existence juridique, quand bien même ce dernier aurait créé du droit voire, plus globalement, un système juridique.

L'exemple le plus saisissant est incontestablement celui de l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine. Par cette ordonnance, d'une part, Vichy est rétroactivement qualifié « d'autorité de fait », son activité normative est considérée comme « nulle et de nul effet » (article 2)²⁸. D'autre part, et en conséquence, « la forme du gouvernement de la

²⁷ Gweltaz EVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, Dalloz, 2007 p. 44.

²⁸ Pour plus de précision sur ce point, voir Emmanuel CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1944). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique républicain*, Thèse, LGDJ, 2004, pp. 37 et suiv.

France est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a *jamais* cessé d'exister » (article 1). Cette norme, qui « ne constate pas des faits mais ordonne une qualification juridique pour le passé à destination des justiciables et des autorités habilitées à appliquer le droit », établit ainsi une double fiction juridique : l'inexistence de Vichy et la continuité, en droit, de la République.

Bien que rares, ce type de dispositions a existé dans d'autres périodes de l'histoire constitutionnelle française, que ce soit au sein même de la norme constitutionnelle, ou dans des normes juridiques intervenant au cours des périodes de transition.

Le 2 mars 1848, la circulaire du ministre des affaires étrangères Lamartine à destination des agents diplomatiques de la République, également appelée *Manifeste à l'Europe*²⁹, s'inscrit ainsi dans cette logique de négation juridique du passé : « Les traités de 1815 n'existent plus en droit aux yeux de la République (...) Attachez-vous (...) à faire comprendre et admettre de bonne foi cette émancipation de la République des traités ». Le Gouvernement provisoire, souhaitant rompre avec l'organisation juridique internationale établie par le Congrès de Vienne à l'issue de la chute de l'Empire souhaite, par la voie de son ministre des affaires étrangères, s'émanciper des contraintes diplomatiques pesant sur la France. Cette déclaration témoigne de la volonté des révolutionnaires non seulement de s'inscrire dans une certaine filiation, celle de leurs prédécesseurs de la Première République, mais également de concevoir une diplomatie républicaine libérée de contraintes normatives susceptibles d'interférer avec leurs objectifs et affranchie « des chaînes qui pesaient sur son principe et sur sa dignité »³⁰. En dépit de son caractère révolutionnaire, cette affirmation de l'inexistence juridique des traités de 1815 se limitera à une simple déclaration d'intention et ne sera d'ailleurs pas reprise dans le texte constitutionnel de novembre³¹.

La Charte du 14 juin 1814 offre à son tour un exemple saisissant de reconstruction temporelle. De sa dénomination (Charte) à son contenu en passant par son mode d'entrée en vigueur (octroi), ce texte restaure la souveraineté royale de l'Ancien Régime tout en niant les acquis de la Révolution de 1789. Son texte introductif, empreint de références aux monarques passés (Saint-Louis, Philippe Le Bel, Louis XIV...), fait ainsi figure d'anachronisme : « En cherchant ainsi à renouer la chaîne des temps, que de funestes écarts avaient interrompue, nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire, tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence ». Le droit positif apparaît ainsi purgé des acquis révolutionnaires, et « cela au prix d'une fiction juridique »³². Le principe de souveraineté nationale disparaît, Louis XVIII déclare régner depuis la mort de Louis XVII et opère de ce fait une transition juridique originale lui permettant d'ignorer les transformations politico-juridiques majeures intervenues au cours de cette intervalle.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que le donné temporel apparaît comme une composante indissociable du processus de production constitutionnelle. L'articulation du passé (histoire constitutionnelle), du présent (crise politique nécessitant une nouvelle Constitution) et de l'avenir (fonder un ordre juridique durable) permet d'associer le processus constituant à une opération intellectuelle particulièrement riche, indépendamment de la forme que prend ce

²⁹ Alphonse de LAMARTINE, *Manifeste à l'Europe* : [Circulaire du ministre des Affaires étrangères aux agents diplomatiques de la République française] / par Lamartine, 5 mars 1848.

³⁰ *Ibid.*, p. 16.

³¹ La Constitution se limitera en effet à déclarer timidement, dans le V de son Préambule : « [La France] respecte les nationalités étrangères, comme elle entend faire respecter la sienne ; n'entreprend aucune guerre dans des vues de conquête, et n'emploie jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple »

³² Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, LGDJ, 2020, p. 186.

processus (acteurs, institutions, objectifs) et de sa réussite (durée du régime, conditions de disparition).