

Nom :

Emmanuel CARTIER (Docteur en droit public – Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

Atelier n°4

Titre : « *Les petites constitutions* : contribution à l’analyse du droit constitutionnel transitoire »

Résumé :

L’objet de cette contribution est d’apporter un éclairage à la fois historique et contemporain sur une catégorie peu étudiée par la doctrine mais pourtant fondamentale : les « *petites constitutions* », expression empruntée au professeur Pfersmann dans le *Précis de droit constitutionnel*

Ces normes, dont le caractère juridique est emblématique, souvent édictées en période de crise, participent à un processus transitoire en permettant, lors du passage entre deux ordres juridiques, d’assurer un certain degré de formalisation de la production normative et d’organiser les rapports entre les pouvoirs publics pendant la période précédant l’entrée en vigueur de la future constitution. Elles se distinguent ainsi de la constitution définitive par leur caractère provisoire, par le faible degré de formalisation qu’elles comportent ainsi que par le fait qu’elles prévoient parfois les conditions de production de la constitution définitive. Ces *petites constitutions* permettent de déterminer et d’isoler une branche particulière du droit constitutionnel: le droit constitutionnel transitoire.

INTRODUCTION¹

Cette analyse est née de la confrontation des idées développées dans ma thèse avec certains développements du professeur Pfersmann dans le *Précis de Droit constitutionnel* où l'auteur mentionne l'existence de « *petites constitutions* », normes, "*provisoires, parfois même formalisées, souvent uniquement matérielles*", intermédiaires entre la Constitution révolue et la Constitution future encore au stade de projet². Il convient de s'interroger sur l'existence de telles Constitutions en tant que catégories normatives propres au droit constitutionnel ainsi que sur l'intérêt que peut représenter leur étude pour et la théorie du droit en particulier et pour la matière constitutionnelle en général.

1) Identité catégorielle

En dehors du référent organique au sens médical du terme, l'adjectif "petite" apposé au terme Constitution peut sembler *a priori* insolite. En effet, la Constitution, entendue comme la norme ultime qui a pour objet la détermination des conditions de production des normes générales d'un système juridique et dont résulte le critère de l'appartenance d'une norme à ce système, ne se caractérise pas *a priori* par un rapport quantitatif, sauf à considérer l'*instrumentum* Constitution par rapport à la longueur et aux nombre de ses articles. Du point de vue qualitatif à l'inverse la fonction de la Constitution est objectivement importante puisqu'elle consiste à déterminer à la fois l'autonomie du système juridique et la normativité de ses composantes, c'est-à-dire leur validité selon une chaîne dégressive allant de la norme la plus générale à la plus concrète. En ce sens la Constitution comporte une fonction centralisatrice et structurante de l'ordre juridique.³

Toute Constitution peut donc revendiquer une importance "de taille", si bien que l'expression "grande constitution", au sens qualitatif du terme, relève du pléonasme et celle de "petite constitution" de l'antinomie, sauf à définir des degrés de structuration entre les différentes composantes de l'ordre juridique sur la base de l'importance de la différenciation formelle réalisée par la Constitution examinée. C'est à cette phase du raisonnement que doit être prise en compte la distinction entre les conceptions formelle et matérielle de la Constitution, la Constitution au sens matériel du terme ne réalisant la structuration de l'ordre juridique que sur un

¹ Nous tenons à remercier vivement le professeur Pfersmann, pour sa lecture critique de notre modeste contribution durant la période estivale.

² PFERSMANN (Otto), in FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit public-Science politique, 2003, pp 102 et s. Le qualificatif de "petite constitution" attribué la première fois à la "Petite constitution" polonaise de 1919, a été dans un premier temps conceptualisé par Marcel Prélot, qui l'applique à la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 dans son *Précis de droit constitutionnel* de 1949 avant de développer le concept dans son *Précis d'institutions politiques et de droit constitutionnel* de 1961. L'auteur limite cependant la notion à des normes formellement constitutionnelles investissant un gouvernement de fait dans le cadre d'un "*régime semi-constitutionnel*", PRELOT (Marcel), *Précis de droit constitutionnel*, Paris Dalloz, 1949, p. 307 et s.; *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 1961, 6^e éd., 1975, p. 290-291 et p. 523.

³ Consiste en la détermination de relations d'ordre entre les parties d'un tout qui justifie l'unité de l'ensemble. L'unité procède ainsi du double rapport qu'entretiennent les parties entre elles et avec le tout. En droit, elle correspond à la forme des relations qu'entretiennent les normes à l'intérieur d'un même système juridique. Du point de vue positiviste, l'agencement hiérarchique de plusieurs types de règles définit, indépendamment du contenu de ces règles, l'existence d'une structure.

plan infra-constitutionnel et selon un faible degré de formalisation, par conséquent facteur d'insécurité juridique.

Au delà de cette différenciation en terme de degré de formalisation, une distinction fondée sur le domaine de validité temporel des Constitutions peut être établie. Ainsi, certaines Constitutions, formelles ou matérielles, sont-elles édictées pour une durée par principe limitée, alors que d'autres le sont pour une durée indéterminée, jusqu'à ce qu'une norme de même rang, et édictée selon la forme prévue par celles-ci, en emporte abrogation. Il est alors possible de distinguer les *Constitutions provisoires* des *Constitutions définitives*.

En effet, la plupart des Constitutions provisoires est édictée en vue de l'adoption d'une Constitution définitive, le plus souvent après une rupture avec la Constitution précédente, et comporte, en plus de la fonction structurante commune à toute Constitution, une fonction que la doctrine a pu qualifier de "pré-constituante", et consistant à fixer les modalités de production de la *constitution définitive* après avoir déterminé l'organe titulaire du pouvoir constituant selon le type de légitimité revendiqué par la rupture politique que le plus souvent elles sous-tendent. Ces Constitutions sont donc à la fois provisoires par leur durée et transitoires du fait qu'elles permettent le passage d'une Constitution à une autre, c'est-à-dire la succession de deux ordres juridiques. Elles sont sensées épuiser l'ensemble de leurs effets dans l'accomplissement de leur fonction dite "pré-constituante", sous réserve de la prorogation de certaines de leurs dispositions par la *constitution définitive*, qui leur confère ainsi une continuité matérielle sous une forme nouvelle.⁴ Néanmoins, force est de constater que certaines Constitutions dites *transitoires* ou *intérimaires* et considérées comme par principe provisoires, ont prolongé leurs effets au delà de la période prévue à l'origine. Il en est ainsi des lois constitutionnelles de 1875, de la loi fondamentale de la RFA de 1949 et de la loi fondamentale adoptée par la Knesset en 1949.

Les autres *Constitutions provisoires*, plus rares, concernent l'organisation provisoire des pouvoirs publics dans une situation d'exception telle une guerre ou l'occupation du territoire par une puissance étrangère, et n'ont pas a priori vocation à permettre l'adoption d'une nouvelle Constitution. Elles sont cependant parfois aussi à l'origine d'une rupture dans l'ordonnement juridique lorsqu'elles ne peuvent se rattacher formellement à l'ordre juridique en vigueur. Le critère de la durée n'emporte donc pas à lui seul l'unité de la catégorie des *petites constitutions* qui sont à la fois provisoires et transitoires. Au demeurant, le plus souvent, ces *petites constitutions* ne sont pas édictées en la forme constitutionnelle et comportent même parfois plusieurs actes de forme différentes – lois, décrets, arrêtés, simples proclamations – ce qui a pour effet de compliquer l'identification de la catégorie.

⁴ Ainsi qu'il en a été pour la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 dont l'application a été prorogée par l'article 98 alinéa 2 de la Constitution du 27 octobre 1946, jusqu'à la première réunion du Conseil de la République

2) Intérêt de l'étude des petites Constitutions pour le droit constitutionnel et la théorie du droit

Les *petites constitutions* sont une catégorie peu étudiée par la doctrine, plus intéressée par les œuvres définitives marquées du sceau du pouvoir constituant dit "originaire"⁵. Elles sont souvent reléguées dans le domaine du factuel puisque la plupart procèdent d'une rupture révolutionnaire avec l'ordre juridique en vigueur, ne permettant pas de leur appliquer autrement que par une appréciation rétrospective de leur effectivité une valeur juridique. Elles ont pourtant une importance certaine quant à la détermination et à l'analyse du processus par lequel un système juridique succède à un autre en intégrant – la plupart du temps par défaut – les composantes infra-constitutionnelles du système précédant, selon un procédé qui n'est pas sans rappeler ce qu'une partie de la doctrine anglo-saxonne appelle la « *greffe juridique* » ou « *legal transplant* »,⁶ proche du mécanisme, mieux connu des juristes de tradition romano-germaniste, de la « *réception* ». ⁷ En ce sens, les *petites constitutions*, quelle que soit leur forme et leur valeur, participent à la détermination d'un droit transitoire matériellement constitutionnel, un *jus supra jus*, pour reprendre l'expression consacrée par la doctrine privatiste, qui, à la différence du droit transitoire classique, ne concerne pas la résolution des conflits occasionnés par la succession de lois dans le temps mais règle celle de la succession de systèmes juridiques, selon une approche qui peut être qualifiée de macrojuridique.⁸

Les *petites constitutions* permettent ainsi la structuration de l'ordre juridique nouveau en déterminant de manière ultime les modalités de production de ses composantes formellement constitutionnelles. Elles sont par conséquent à l'origine d'un système juridique intermédiaire ou *relais*, à la fois provisoire et fondateur, qui doit se situer – négativement ou positivement – par rapport au système auquel il succède.

L'étude des *petites constitutions* implique par conséquent un choix conceptuel qui suppose de considérer le droit comme un objet davantage en construction, ou en voie de structuration, que construit et soumis comme tel à un certain degré d'incertitude dont les problématiques du changement et des mutations constituent une illustration topique.

La structuration définitive de l'ordre juridique nouveau opérée par l'édition d'une Constitution formelle définitive doit alors être envisagée non plus seulement comme un devenir

⁵ Voir cependant PRELOT (Marcel), *op. cit.*

⁶ Sur cette question, voir WATSON (Alan), *Legal transplants, an approach to comparative law*, 2nd éd, Athens and London, The University of Georgia Press, 1993, p. 27.

⁷ La réception doit être comprise comme un procédé normatif permettant de déterminer ce qui, dans un système normatif étranger autonome donc imperméable, sera considéré comme *dans* ou *en dehors* du système récepteur, éventuellement avec effet rétroactif. La réception consiste donc négativement à exclure et positivement à intégrer des éléments extérieurs au système dans le système en leur conférant ainsi une validité propre à ce dernier.

⁸ ROUBIER (Paul), *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 1929, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 5 ; HERON (Jacques), *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1996, 168 p. ; PETIT (Jacques), *Contribution à l'étude des conflits de lois dans le temps en droit public interne*, thèse Paris II, 2 vol., 1993, éd. 2002, texte remanié, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2002, 662 p. ; HERON (Jacques), « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », *RTDC*, 1985, p. 292 ; LEVEL (Patrice), *Essai de systématisation du conflit des lois dans le temps*, thèse Paris, LGDJ, 1959, 344 p.

ou un commencement auquel devrait se limiter la science du droit, mais comme le résultat d'un processus dont l'intelligibilité n'est appréhendable que par l'analyse des mécanismes de structuration pré-constituante de l'ordre juridique naissant. Cette intelligibilité pré-constituante est nécessaire à la compréhension du contenu et de la combinaison des composantes de l'ordre juridique nouveau. Elle contribue en outre à éclairer les rapports particuliers qu'entretient le droit constitutionnel avec le temps lors des nombreuses périodes de transition qu'a connu la France au cours de son histoire et qu'ont récemment connu les pays de l'ancien bloc de l'Est ainsi que les pays africains aujourd'hui.

Les *petites constitutions* s'inscrivent dans une triple dimension temporelle. **Par rapport au passé d'abord**, issues d'une rupture avec l'ordre juridique précédent, elles participent à la réception d'une partie de ses composantes dans un ordre nouveau (I). **Par rapport au présent ensuite**, elles organisent à titre provisoire les rapports entre les pouvoirs publics, sur la base d'un texte non nécessairement de forme constitutionnelle, et contribuent ainsi à la définition d'un ordre juridique de transition, relais plus ou moins formalisé (II). **Par rapport au futur enfin**, les petites Constitutions participent à la détermination du titulaire du pouvoir constituant dit "originnaire" en définissant les modalités de production de la Constitution définitive (III). Ce faisant, les petites Constitutions contribuent à la définition d'un droit transitoire matériellement constitutionnel

I – Se situer par rapport au passé normatif : rupture et réception

II – Définir le cadre normatif du provisoire: la formalisation totale ou partielle d'un ordre juridique relais

III – Définir les conditions de formalisation de la Constitution définitive : l'antichambre du pouvoir constituant originnaire

II - SE SITUER PAR RAPPORT AU PASSE NORMATIF : RUPTURE ET RECEPTION

A. Rupture et réception

La première caractéristique d'une *petite constitution* est de se situer le plus souvent en rupture par rapport à l'ordre juridique précédent. Cette situation doit être appréciée en terme de validité,⁹ indépendamment de la nature du régime auquel la *petite constitution* donnera naissance, même si le degré de continuité est le plus souvent inversement proportionnel à l'importance de la rupture politique à l'origine du changement. Toute violation de l'ordre juridique précédent ne doit cependant pas être interprétée comme une situation de rupture dans l'ordonnement juridique. Il n'y a en effet rupture que lorsque la *petite constitution* viole ou permet la violation des conditions de production du droit constitutionnel établies par le système en vigueur. La rupture doit donc à la fois concerner le degré ultime de l'ordonnement juridique et porter sur les règles de production du droit constitutionnel, toute violation de celles-ci se traduisant par une rupture dans la chaîne de validité dont résulte un nouvel ordre juridique.

Ce n'est pas le cas de certaines Constitutions pourtant appelées "petites" par leur géniteur. Ainsi, la Constitution intérimaire sud-africaine de 1993¹⁰ comme les petites Constitutions polonaises de 1919 et de 1992 se situent-elles formellement dans la continuité de la Constitution antérieure qu'elles ne font que réviser.¹¹ Ces petites Constitutions placées sous le signe de la continuité avec l'ordre juridique antérieur sont néanmoins peu nombreuses par rapport à celles procédant d'une rupture, ainsi qu'en témoigne l'histoire constitutionnelle de la France.

Ainsi, le 6 juillet 1789, l'Assemblée nationale réunit-elle un comité chargé de rédiger une Constitution adoptée par l'Assemblée le 3 septembre 1791 et acceptée par le roi le 13, en violation des règles de production des lois fondamentales du royaume.¹² De même, par le décret du 10 août 1792, l'Assemblée législative prononce, en dehors des formes prévues par la Constitution de 1791, la suspension du roi et du pouvoir exécutif et prévoit la convocation d'une

⁹ La validité doit être entendue comme une relation d'appartenance au système juridique propre à une norme, c'est-à-dire, pour reprendre les mots de Kelsen, son « *existence spécifique* ». Elle résulte d'un certain type de rapport de conformité, limité aux conditions de production de la norme. Ainsi, une norme peut-elle être valide (une norme étant par définition toujours valide sinon elle n'a pas la qualité de norme) sans être pour autant conforme à l'ensemble des normes en vigueur au moment de sa production. En outre, le rapport de validité implique un rapport hiérarchique, ce qui n'est pas forcément le cas d'un rapport de conformité qui peut être envisagé entre normes de même rang. PFERSMANN (Otto), « Hiérarchie des normes », in ALLAND (Denis), RIALS (Stéphane) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, coll. Quadrige, 2003, p. 781 ; GUASTINI (Ricardo) « Invalidity », *Ratio juris*, Vol. 7, N°2, juillet 1994, p. 212-226.

¹⁰ CORDER (H.), « Toward a South Africa Constitution », *The Modern Law Review*, vol. 57, n°4, 1994, pp.506 et s.

¹¹ « The Constitutional Act of 17 October 1992 on the mutual relations between the legislative and the executive institutions of the Republic of Poland and on local self-government », *Journal of Laws of the republic of Poland*, 23 November 1992, n°84, item 426 ; *The rebirth of democracy. 12 Constitutions of central and eastern Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2e éd, 1996, pp. 251 et s. ; SOKOLEWICZ (W.), « La Constitution polonaise à l'époque des grands changements », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 23, 1992, pp. 63 et s.

¹² BAKER (Keith Michael), « Souveraineté », in FURET (François), OZOUF (Mona), (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Idées, Paris : Flammarion, coll. Champs, 1992, p. 489.

nouvelle Convention nationale.¹³ Le Sénat conservateur de l'Empire établit le 1^{er} avril 1814 un gouvernement provisoire « *chargé de pourvoir aux besoins de l'administration et de présenter au Sénat un projet de Constitution qui puisse convenir au peuple français* »¹⁴ et prononce avec le Corps législatif, le 3 avril, la déchéance de Napoléon et de sa famille avant d'appeler Louis XVIII au trône par un décret du 6 avril.¹⁵

C'est par un procédé similaire que les Chambres prévues par la Charte de 1814 proclament le 3 août 1830 la vacance du trône de Charles X et convoquent le duc d'Orléans, auquel est confié le gouvernement provisoire avec le titre de « *Lieutenant général du royaume* » avant d'adopter une nouvelle Charte à laquelle celui-ci prête serment, en dehors de la Charte de 1830.¹⁶ En 1848, la Chambre des députés, confrontée aux mouvements révolutionnaires et réformistes ainsi qu'à l'abdication de Louis-Philippe en faveur du jeune comte de Paris, nomme à la régence la duchesse de Nemours. Celle-ci doit accepter, sous la pression des événements, la formation d'un gouvernement provisoire qui se présente au peuple de Paris avant de dissoudre la Chambre afin de permettre l'élection d'une Assemblée constituante en dehors des formes prévues par la Charte de 1830.¹⁷

Selon la même logique mais cette fois à l'initiative d'autorités de fait, le gouvernement provisoire de 1870, formé par « acclamation » convoque le peuple français à des élections générales dans le but de terminer la guerre. L'Assemblée issue de ces élections s'auto-investira de la compétence constituante en dehors de la procédure de révision prévue par la Constitution de l'Empire. Selon un schéma comparable, le G.P.R.F., formé à Alger le 3 juin 1943 prévoit, en dehors des formes prévues par les lois constitutionnelles de 1875, la convocation du peuple français en vue de choisir entre le rétablissement des lois constitutionnelles de 1875 et l'investissement d'une Assemblée constituante élue le même jour mais dont l'encadrement de la compétence est laissé au peuple avec l'adoption le cas échéant d'un texte formellement constitutionnel provisoire, promulgué le 2 novembre 1945.

La rupture avec l'ordre juridique précédent traduit une discontinuité formelle avec le passé normatif qui n'implique pas de discontinuité matérielle. En effet, à l'exception des normes constitutionnelles, les composantes de l'ordre juridique précédent font l'objet d'une réception, sélective, au sein de l'ordre juridique nouveau. Cette réception, qui leur confère une nouvelle base de validité, est le plus souvent implicite mais est parfois formalisée par les textes, soit lors

¹³ SAUTEL (Gérard), HAROUEL (Jean-Louis), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, 8^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit public-Science politique, 1997, p. 54.

¹⁴ VIDALENC (Jean), *La Restauration, (1814-1830)*, Paris : PUF, Que-sais-je ?, 1966, p. 7.

¹⁵ Le Sénat, dont la compétence se limite, selon la Constitution impériale de l'an X, à « *la Constitution des colonies* » et de « *tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et qui est nécessaire à sa marche* » et à expliquer « *les articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations* », usurpe ainsi le pouvoir constituant en modifiant implicitement les dispositions de la Constitution en dehors des formes prévues à cet effet, article 54, Titre V, Sénatus-consultes des 14 -16 thermidor an X et 2 - 4 août 1802 (Constitution de l'an X)

¹⁶ VIDALENC (Jean), *La Restauration, op. cit.*, p. 122.

¹⁷ LUCHAIRE (François), *Naissance d'une Constitution : 1848*, Paris : Fayard, coll. Histoire des Constitutions de la France, 1998, p. 23 et s.

de la période précédant l'adoption de la Constitution définitive, soit dans la Constitution définitive elle-même. Il en va ainsi de l'article 68 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 qui dispose que « *le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé.* »

Le juge, confronté à la question préalable de l'identification d'une norme applicable dans le système dont il assure la concrétisation, contribue à la structuration matérielle et formelle de l'ordre juridique nouveau sur la base de cette réception, n'hésitant pas à considérer comme « caduques » certaines dispositions issues de l'ordre juridique précédent.¹⁸

L'appréhension des petites constitutions issues de ruptures juridiques par la science du droit ne va pas de soi et alimente une controverse vieille de plus d'un siècle qui touche à la question de l'origine.

B. La question de la juridicité des petites constitutions issues d'une rupture juridique

Cette problématique rejoint la question classique de l'existence et de la nature du pouvoir constituant dit « originaire » auquel l'école positiviste classique dénie tout caractère juridiquement appréhendable.¹⁹ Carré de Malberg, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, écrit ainsi : « *En somme, la question du pouvoir constituant se présente dans les mêmes termes qu'à l'époque de la formation originaire de l'État : elle se ramène à une question de fait et cesse d'être une question de droit. Il faut donc laisser de côté cette première hypothèse dans laquelle la dévolution et l'exercice du pouvoir constituant ne sont point régis par le droit : car il n'y a point de place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'État ou des révolutions et de leurs effets. Et par suite, il convient de s'attacher uniquement à un second cas, qui est celui d'une réformation paisible, régulière, juridique en un mot de la Constitution en vigueur.* »²⁰

D'un point de vue normativiste, l'étude du phénomène révolutionnaire supposerait de réintroduire le principe d'effectivité dans le domaine du droit en dehors de toute relation d'imputation puisque la chaîne de validité, propre à déterminer le caractère juridique ou non d'une norme, est rompue. Une telle étude se heurterait ainsi à la « loi de Hume » selon laquelle il n'est pas possible de tirer de manière logique des conclusions prescriptives de prémisses descriptives.²¹ La définition récursive de la juridicité qu'implique la limitation de la science du

¹⁸ A propos de la fonction « épurative » du juge administratif lors d'un changement de Constitution voir TREMEAU (Jérôme), « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », in *AJJC*, VI, 1990, Paris, Economica, PUAM, 1992, p. 283.

¹⁹ HERAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, op. cit. ; JUHEL (Bénédicte), *Le pouvoir originaire procède-t-il d'un pur fait ?*, Mémoire de DEA, Paris II, dir. Claude Goyard, 1997, 135 p.

²⁰ CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., t. 2, Paris, Sirey, 1920, rééd. C.N.R.S., 1962., p. 497.

²¹ Christophe Agostini note ainsi que « *le principe d'effectivité qui sous-tend la problématique kelsenienne de la norme fondamentale se heurte inéluctablement à la fameuse loi de Hume. Il n'est en effet pas possible de déduire de la constatation, d'un point de vue externe, que l'ordre juridique est en gros efficace, un quelconque principe fondamental de validité qui relève du devoir-être et qui permette de fonder des jugements de validité à l'intérieur de ce système. Ce saut logique irréductible et inacceptable ne peut être dépassé que par un jugement de valeur formulé en ces termes : l'effectivité est la meilleure raison que l'on ait pour considérer favorablement le principe fondamental du système, tant qu'il n'en existe pas d'autres d'ordre moral ou*

droit à l'étude des seules relations d'imputation suppose *a priori* l'exclusion de l'étude de l'origine, si ce n'est au moyen de l'hypothèse fondamentale de la *Grundnorm* qui demeure un postulat de stratégie explicative.

L'introduction de la notion de "Constitution historique", pour reprendre les termes du professeur Pfersmann, permet cependant à la science du droit d'appréhender la question de l'origine, sans pour autant lui conférer une valeur juridique puisque, par définition, aucun critère intra-juridique ne permet d'identifier une telle catégorie normative. Seules la continuité et la discontinuité dont procède le changement normatif peuvent être prises en compte juridiquement parlant. En effet, selon l'auteur, la Constitution historique correspond à « *L'acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n'est plus possible de retracer une continuité juridique (...) non pas au sens où elle serait le premier texte constitutionnel dans l'histoire d'un pays mais en tant qu'ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique. Il convient d'en distinguer la Première Constitution (historique) matérielle qui comprend l'ensemble des normes de production de normes issu de la dernière révolution juridique.* »²² Les petites constitutions correspondent donc à ces deux hypothèses, selon qu'elles adoptent ou non une forme constitutionnelle. Elles supposent la détermination délicate d'une frontière entre le factuel, ou la force, qui relève de la sociologie et de l'histoire, et sa mise en forme juridique par un acte.

En effet, pour reprendre les mots de Jean-Jacques Rousseau, « *le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir.* »²³ L'objectif de la révolution et des révolutionnaires est en effet de réaliser la « transformation » – au sens strict du mot – du factuel en règle de droit afin de rendre possible l'ordre et la paix sociale nécessaires à la réalisation de l'idée politique qu'ils défendent. Cette transformation n'est pas instantanée mais progressive et consiste en un processus de formalisation de l'ordre juridique nouveau dont la Constitution parachève la structure.

La rupture avec l'ordre juridique précédent a en effet comme conséquence de donner naissance à un nouvel ordre juridique plus ou moins structuré, préface de ce que sera l'ordre juridique définitif et que nous avons qualifié de "relais". Cet ordre juridique relais a comme fonction première de définir un cadre normatif provisoire destiné à assurer, dans l'attente de l'adoption d'une Constitution définitive, la continuité de l'activité juridique de l'État sur le plan interne comme sur le plan international.

politique, en faveur du système établi ou contre lui. », AGOSTINI (Christophe), « Science du droit, jugement de validité et évaluation : chronique bibliographique à propos de l'ouvrage d'Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* », *Droit et société*, n°36-37, p. 462. Sur la question de l'origine et de la problématique du fondement du droit à laquelle se heurte la science du droit, voir SCARPELLI (Uberto), *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. Colette Clavreul, Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, p. 65 cité par Agostini.

²² PFERSMANN (Otto), in FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 96.

²³ ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, prés. Henri Guillemin, Paris, éd. Bourgeois, coll. 10/18, 1973, I, II.

III - DEFINIR LE CADRE NORMATIF DU PROVISOIRE: LA FORMALISATION TOTALE OU PARTIELLE D'UN ORDRE JURIDIQUE RELAIS

La formalisation peut être définie en droit comme un processus normatif permettant la structuration d'un ordre juridique donné en aménageant les rapports de production et de validité entre ses différentes composantes.²⁴ Par son caractère progressif et par la cohérence de ses enchaînements la formalisation est nécessaire à la fois à la cohérence de l'ordre juridique et à la limitation des compétences des autorités constituées dans un système démocratique de type représentatif. Le degré de structuration de l'ordre juridique dépend ainsi de la forme adoptée par la *petite constitution*. Adoptée en la forme constitutionnelle, elle permettra la structuration totale de l'ordre juridique sans pour autant lui conférer un caractère définitif. Lorsqu'elle est adoptée en la forme infra-constitutionnelle, la petite Constitution ne permet qu'une structuration partielle de l'ordre juridique auquel manque encore la détermination de la forme constitutionnelle permettant la clôture du processus transitoire dans sa dimension constituante.

A. Le cas des petites constitutions matériellement constitutionnelles

La plupart des *petites constitutions* sont adoptées en une forme infra-constitutionnelle à l'issue d'une rupture dans l'ordonnement juridique et comprennent un faible degré de formalisation quant à la détermination des normes de degré infra-constitutionnel, ceci en raison des circonstances qui bien souvent aboutissent à la concentration des compétences normatives par un même organe. Ce faible degré de formalisation favorise l'instabilité des contenus normatifs et se traduit par une insécurité juridique propre à inciter les autorités à clôturer le processus transitoire. Ainsi, le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) organise-t-il, après la suspension de la Constitution de 1793 par le décret du 19 vendémiaire précédant (10 octobre),²⁵ un gouvernement provisoire révolutionnaire – le Comité de Salut public (C.S.P.) – reposant sur la suspension des droits et libertés des citoyens.²⁶ L'article 1^{er} du décret du 14 frimaire dispose que la Convention est « *le centre unique de l'impulsion du gouvernement* ». Le C.S.P., élu par la Convention en son sein tous les mois concentre les pouvoirs exécutifs et législatifs qu'il exerce invariablement sous la forme de "décrets".

²⁴ Selon Otto Pfersmann, la formalisation correspond à « *une technique juridique qui modifie la hiérarchie des normes et permet en même temps d'organiser cette même hiérarchie* », PFERSMANN (Otto), in FAVOREU (Louis) et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit public-Science politique, 2003, p. 103.

²⁵ JOUANJAN (Olivier), « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits* n°17, La Révolution française et le droit, 1993, p.125 et s.

²⁶ La théorie du gouvernement révolutionnaire est présentée par Robespierre à la séance de la convention du 5 nivôse an II (25 décembre 93), c'est-à-dire après la mise en place effective du Comité de salut public. Pour l'orateur, le gouvernement constitutionnel est celui de la République affermie et paisible alors que le gouvernement révolutionnaire est celui de la République en guerre contre ses ennemis. Alors que le premier doit conserver la république, le second doit la fonder. Ces gouvernements donnent lieu à deux types de légalité : la légalité constitutionnelle et la légalité révolutionnaire soumise à des règles « moins uniformes et moins rigoureuses ». Le principe du gouvernement révolutionnaire est la vertu et la terreur (rapport du 18 nivôse). La vertu est l'amour de la Patrie et de ses lois, c'est le ressort du gouvernement démocratique et constitutionnel. Le gouvernement révolutionnaire doit au contraire allier la terreur à la vertu. La terreur c'est « la justice prompte, sévère, inflexible (...) la vertu sans laquelle la terreur est funeste ; la terreur sans laquelle la vertu est impuissante ». Robespierre s'inspire ici de la théorie des régimes politiques de Montesquieu selon laquelle la vertu est le principe de la démocratie et la terreur le principe de la tyrannie. La terreur est « mise à l'ordre du jour » le 5 sept. 93.

Le Gouvernement provisoire de 1848 n'opère pas non plus de distinction entre « décrets », « arrêtés », et « décisions », les termes étant employés les uns pour les autres sans cohérence ni respect du parallélisme des formes.²⁷ Seule la Commission du pouvoir exécutif, qui se substitue au Gouvernement provisoire le 9 mai 1848, entreprend d'introduire une distinction procédurale parmi ses actes, laquelle permet une formalisation sommaire.²⁸ De même, en 1871, à l'occasion de l'examen des actes du Gouvernement de la défense nationale par l'Assemblée nationale, le rapporteur souligne la difficulté qu'il y a à reconnaître la qualité législative ou exécutive des décrets adoptés par le gouvernement en raison de l'absence de différenciation procédurale ou même nominale entre ces actes.²⁹ Seule la loi du 13 mars 1872 opérera une distinction organique entre les normes édictées par le Président de la République et celles édictées par l'Assemblée nationale, auto-investie des pouvoirs législatif et constituant par la loi du 31 août 1871.

La France libre opère assez tôt une distinction formelle entre les actes infra-constitutionnels. Après avoir distingué sur une base matérielle les ordonnances ayant force de loi, des décrets ayant force réglementaire, édictés par le chef des Français libres, l'article 3 de l'ordonnance du 24 septembre 1941 *portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre* prévoit une procédure différente selon la nature des actes adoptés : « *Les dispositions de nature législative feront l'objet d'ordonnances délibérées en Comité National, signées et promulguées par le Chef des Français Libres, Président du Comité National, contresignées et certifiées conformes par l'un ou plusieurs des Commissaires Nationaux. Ces ordonnances seront obligatoirement, et dès que possible, soumises à la ratification de la représentation nationale.* » L'alinéa 2 dispose ensuite que « *Les dispositions de nature réglementaire feront l'objet de décrets rendus par le Chef des Français Libres, Président du Comité National, sur la proposition ou le rapport de l'un ou de plusieurs des Commissaires Nationaux et contresignés par ce ou ces Commissaires Nationaux.* »

L'article 4 du décret du 3 juin 1943, pris en application de l'ordonnance du même jour portant institution du Comité français de la Libération nationale (C.F.L.N.),³⁰ renforce la distinction formelle entre l'ordonnance, acte législatif délibéré en Comité, et le décret, acte réglementaire.³¹ En effet, si certains décrets sont adoptés selon la même procédure que les ordonnances, ils ne peuvent l'être qu'« *en exécution d'une loi ou d'une ordonnance* ». Les autres décrets répondent à une procédure simplifiée. Le Comité national comme le C.F.L.N. et le gouvernement provisoire de la République - formés respectivement les 3 juin 1943 et 1944 - respectent la spécificité de chaque catégorie normative, en appliquant notamment le parallélisme des formes lorsqu'ils

²⁷ POUTHAS (Charles-Henri), préface à *Procès-verbaux du Gouvernement provisoire et de la Commission du pouvoir exécutif, 24 février – 22 juin 1848*, Comité national du centenaire de 1848, Paris, Imprimerie nationale, 1950, pp. X et XII ; P.V., Séance du 2 mars 1848 au ministère des Affaires Étrangères, *ibid.*, p. 34 ; décret du 2 mars 1848, *Le Moniteur*, 3 mars 1848, p. 205.

²⁸ *Ibid.*, pp. XII-XV.

²⁹ Annales de l'Assemblée nationale, t. 8, 1871, Annexe n°928, p. 313 et s.

³⁰ Article 5, ordonnance du 3 juin 1943, *portant institution du Comité français de la Libération nationale*, J.O.R.F. n°1 du 10 juin 1943, p. 1.

³¹ Article 4, décret du 3 juin 1943 *fixant l'organisation et le fonctionnement du Comité français de la Libération nationale*, J.O.R.F. n°1 du 10 juin 1943, p. 2.

modifient les textes leurs propres textes ou ceux de forme réglementaire et législative édictés antérieurement au 16 juin 1940. Le juge administratif confirme la hiérarchie des normes résultant de ce processus de formalisation, se déclarant incompétent pour contrôler la régularité procédurale des ordonnances, assimilées à des actes de forme législative.³²

B. Le cas des petites constitutions formellement constitutionnelles

Les *petites constitutions* adoptées en la forme constitutionnelle opèrent en principe une différenciation formelle plus importante entre les normes infra-constitutionnelles. Il en est ainsi des lois constitutionnelles de 1875 ainsi que de la loi du 2 novembre 1945, mais pas des actes édictés sur la base des actes constitutionnels du maréchal Pétain. Le maréchal Pétain, chef du gouvernement français de la République, en s'auto-proclamant "chef de l'État français" par l'acte constitutionnel n°1 du 11 juillet 1940, s'investit de la compétence constituante dont l'exercice ne nécessite pas d'autre formalisme que sa propre signature selon la formule lapidaire générique "*Le chef de l'État décrète*". L'article 1^{er} §2 de l'acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 dispose que le chef de l'État français « *exerce le pouvoir législatif en Conseil des ministres. 1° Jusqu'à la formation de nouvelles assemblées. 2° Après cette formation, en cas de tension extérieure ou de crise intérieure grave, sur la seule décision et dans la même forme. Dans les mêmes circonstances, il peut édicter toutes dispositions d'ordre budgétaire et fiscal.* »³³ Entre le 17 novembre 1942 et la chute du gouvernement de Vichy le 20 août 1944, la compétence législative du chef de l'État est exercée dans les mêmes formes concurremment avec le chef du gouvernement, conformément à l'acte constitutionnel n°12 (article unique), complété par l'acte constitutionnel 12 bis (article unique) des 17 et 26 novembre 1942.³⁴ Il en va de même pour l'évolution de l'exercice du pouvoir réglementaire exercé sous la forme de décrets simples. A l'exception de l'obligation de délibération des actes de forme législative en Conseil des ministres, la modification de la Constitution, d'une loi ou d'un décret suit quasiment la même procédure qui n'exige qu'une signature et quelques contreseings. La création, par l'acte dit loi du 22 janvier 1941, du conseil national, organe purement consultatif à la discrétion du chef de l'État ne modifie en rien ce schéma.³⁵

Le système de Vichy apparaît donc comme un ordre juridique relais peu formalisé à la différence du système issu de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945. Adoptée en la forme

³² L'ordonnance « *ne constitue pas un acte susceptible d'être déféré au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir* », CE, 22 février 1946, *Botton, Rec.*, p. 58 ; S., 1949-III-56, note P. H.

³³ Acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 *fixant les pouvoirs du Chef de l'État français*, *J.O.R.F.* du 12 juillet 1940, p. 4517.

³⁴ « *Hors les lois constitutionnelles, le chef du gouvernement pourra, sous sa seule signature, promulguer les lois ainsi que les décrets. Le chef du gouvernement pourra exercer le pouvoir législatif en Conseil de cabinet dans les conditions prévues par l'article 1^{er} (§2) de l'acte constitutionnel n°2.* », Actes constitutionnels n°12 du 17 novembre 1942, et n°12 bis du 26 novembre 1942, *J.O.E.F.* du 19 novembre 1942, p. 3834 et *J.O.E.F.* du 27 novembre 1942, p. 3922.

³⁵ Cet organe est composé de représentants des assemblées législatives, départementales, municipales et professionnelles ainsi que de différentes personnalités qualifiées. Ses membres sont nommés par décret du chef de l'État, les séances du Conseil sont privées et les avis n'ont qu'un caractère consultatif. Leur publication relève de la seule décision du chef de l'État. Loi du 22 janvier 1941 *créant un conseil national*, *J.O.E.F.* du 24 janvier 1941, p. 366., voir RÉMY (Dominique), *Les lois de Vichy, op. cit.*, pp. 105 et s. ; PAXTON (Robert O.), *La France de Vichy, 1940-1944*, trad. Claude Bertrand, préf. Stanley Hoffmann, Paris, éd. du Seuil, Points Histoire, 1973, p. 188.

constitutionnelle par référendum le 21 octobre précédent en vertu de l'ordonnance du G.P.R.F. du 17 août 1945, cette petite constitution attribue le pouvoir législatif à l'Assemblée constituante, le G.P.R.F. étant investi du seul pouvoir réglementaire. Il partage l'initiative des lois avec l'Assemblée, conformément au principe de la séparation des pouvoirs. Un décret du 23 novembre 1945 relatif à la forme de promulgation des lois tire les conséquences de cette nouvelle distinction formelle en précisant dans son article 1^{er}: « *A l'avenir les lois seront promulguées dans la forme suivante : « L'Assemblée nationale constituante a adopté ; le Président du Gouvernement provisoire de la République promulgue la loi dont la teneur suit (...) »* »³⁶ Les lois de l'Assemblée nationale constituante se substituent ainsi aux ordonnances du G.P.R.F. tout en conservant une place identique dans la hiérarchie des normes puisque seule une loi peut modifier une ordonnance antérieure.

La catégorie des actes de forme réglementaire ne fait pas l'objet de modifications substantielles, l'autorité habilitée étant toujours le pouvoir exécutif. La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 ne détermine pas spécifiquement la forme des différents actes réglementaires ni leurs modalités d'adoption. L'exercice du pouvoir réglementaire est régi par la jurisprudence classique du Conseil d'État en matière de pouvoir de police générale³⁷ ainsi que par les textes législatifs pour le pouvoir réglementaire d'exécution. La forme de ces actes obéit aux mêmes règles que celles en vigueur sous la III^e République³⁸ auxquelles s'ajoutent les décrets en Conseil d'État.³⁹

De manière à opérer rapidement une formalisation suffisante de l'ordre juridique transitoire, gage de stabilité juridique et de confiance pour les justiciables, les organes au pouvoir optent parfois pour la résurrection de textes constitutionnels révolus, issus d'un régime considéré comme en partie ou totalement légitime. C'est le cas par exemple de la transition constitutionnelle en Grèce après la chute du régime des colonels où la Constitution de 1952 est remise en vigueur, amputée de ses dispositions relatives à la forme monarchique du régime, par l'article 1^{er} de l'acte constitutionnel « *A* », dit « *statutaire* », du 1^{er} août 1974.⁴⁰ Il en est de même pour l'Afghanistan à la chute du régime des Talibans où le « *gouvernement islamiste de transition* » formé en juin 2002 conformément aux accords inter-afghans de Bonn du 5 décembre 2001, fonctionna selon les

³⁶ Décret n°45-02 du 23 novembre 1945 *relatif à la forme de promulgation des lois*, J.O.R.F. n°278 du 25 novembre 1945, p. 7826.

³⁷ CE, 8 août 1919, *Labonne, Rec.*, p. 737 ; GAJA, 14^e éd., *op. cit.*, p. 225.

³⁸ Selon l'article 8 de la loi du 24 mai 1872, « *Le Conseil d'État (...) est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'administration publique* ». Ces actes sont soumis à l'Assemblée générale du Conseil d'État et l'acte porte la mention « *le Conseil d'État entendu* ». Cet avis n'est pas nécessaire pour les décrets réglementaires du Président de la République, LAFERRIERE (Edouard), *Traité de la juridiction administrative*, 2 vol., reprint de l'édition de 1887, Paris, LGDJ, 1989, t. 2, p. 10. Cette procédure est reprise par l'article 22 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 *sur le Conseil d'État*, J.O.R.F. n°179 du 1^{er} août 1945, p. 4770.

³⁹ Article 23, *ibid.*

⁴⁰ KAMINIS (Georges), *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, préf. Jean Gicquel, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1993, pp. 158 et 187.

principes de la Constitution de 1964 remise en vigueur début février 2002, à l'exception des passages faisant référence à la monarchie.⁴¹

IV - DEFINIR LES CONDITIONS DE FORMALISATION DE LA CONSTITUTION FUTURE : L'ANTICHAMBRE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

A. La détermination de l'organe détenteur du pouvoir constituant dit « originaire » par un acte matériellement constituant

L'abrogation de la Constitution antérieure, comme l'adoption de la nouvelle Constitution, supposent, dans un premier temps, l'intervention d'un organe constituant qui, dans le cas d'une révision totale est soit celui prévu par la Constitution antérieure soit celui prévu par la révision de la procédure de révision ainsi qu'il en a été lors de l'adoption des lois constitutionnelles des 10 juillet 1940 et 3 juin 1958. Le changement éventuel de l'organe titulaire du pouvoir constituant n'entraîne pas de rupture sur la plan juridique, contrairement à la position développée par Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution*.

En effet, pour l'auteur, il n'y aurait véritablement abrogation de la Constitution que lorsque le pouvoir constituant lui-même change de mains. Ainsi, les révolutions et coups d'État français de 1848, 1851 et 1870, ne constitueraient pas une rupture juridique avec la Constitution précédente car le pouvoir constituant continue d'appartenir au peuple français.⁴² L'abrogation, pour être totale, devrait donc porter à la fois sur la Constitution formelle et sur l'organe détenteur du pouvoir constituant.

Ce raisonnement conduit Carl Schmitt à distinguer trois hypothèses aux conséquences juridiques très différentes. La première est celle de « *l'anéantissement de la Constitution* ». Elle suppose à la fois l'abrogation de la Constitution en place et celle du pouvoir constituant. La seconde hypothèse consiste en « *l'abrogation de la Constitution* » qui ne suppose, comme son nom l'indique, que l'abrogation formelle de la Constitution en vigueur. La troisième hypothèse consiste en la « *révision de la Constitution* » qui n'emporte comme effet que la modification du texte de la Constitution.⁴³ Pour l'auteur, seul « *l'anéantissement de la Constitution* » traduisant une rupture avec l'ordre juridique en vigueur.

⁴¹ voir *Le Monde* des 6 et 29 décembre 2001 ; *ibid.* du 3 novembre 2003 ; *ibid.* des 5 et 26 janvier 2004 ; « Quelle Constitution pour l'Afghanistan ?, interview de Muhammad Ismail Qassimyar, président de la « Loya Jirga » d'urgence, ancien membre de la Cour suprême de la première République d'Afghanistan », *Cahiers du CREMOC* n°36, 2002, p. 7 et s.

⁴² SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, 1927, Trad. Olivier Beaud, PUF, Léviathan, 1993, p. 231.

⁴³ *Ibid.*, p. 237.

Carl Schmitt ajoute cependant qu'en vertu de la logique démocratique, la forme d'exercice de la volonté du peuple importerait peu. Quelle que soit la forme de Gouvernement, ce qui importerait c'est que la volonté du peuple ait existé, explicitement ou tacitement. Il serait ainsi possible de rattacher cette volonté à un Gouvernement monarchique comme à un Gouvernement républicain.⁴⁴ Les seules limites seraient le système despotique et la tyrannie qui ont pour caractéristique commune de confisquer la volonté du peuple au profit d'un seul. Par conséquent, le principe de continuité de l'État et de son ordonnancement juridique devrait être appliqué dans la majorité des changements révolutionnaires de Gouvernement.⁴⁵ Cependant, cette théorie, toute séduisante soit-elle quant à son ancrage dans l'histoire constitutionnelle et par l'utilisation qu'ont pu en faire les gouvernements révolutionnaires, ne repose pas sur une analyse du seul système juridique qui suppose de ne prendre en compte que les normes et leurs rapports spécifiques, mais sur la combinaison d'une analyse juridique de l'abrogation et d'une analyse politique du titulaire du pouvoir constituant lequel ne pourrait être dépossédé de sa compétence que par un acte de rupture impliquant, indépendamment de l'abrogation formelle de la Constitution précédente, l'existence d'un principe supra-constitutionnel d'insaisissabilité de la compétence constituante. En outre, la prise en compte de la logique démocratique, ou du "*principe démocratique*" pour reprendre les mots de l'auteur, dans l'analyse de l'attribution de la compétence constituante, repose sur une conception politique des régimes impropre à constituer un critère d'évaluation juridiquement pertinent.

Il convient d'inscrire les *petites constitutions* dans le cadre strict de l'analyse juridique, c'est-à-dire selon que la détermination de l'organe constituant procède ou non de la Constitution précédente. Dans le cas d'une rupture avec l'ordre juridique précédent, l'organe qui procède à la désignation du titulaire du pouvoir constituant dit originaire est auto-habilité, c'est-à-dire non investi de la compétence constituante par la Constitution en vigueur.

Dans l'hypothèse où la rupture s'accompagne d'une révolution au sens politique du terme, l'organe auto-habilité cherche à rattacher ses actes à une règle de droit formellement déterminée qui lui permet d'ancrer sa légitimité dans un système juridique offrant une stabilité et une cohérence minimales propres à assurer la confiance des justiciables et l'ordre dans l'organisation des fonctions de l'État. Aussi, cherche-t-il à former un organe décisionnel conforme au principe de légitimité sur lequel son action repose : une Assemblée élue, un monarque ou le peuple ponctuellement assemblé en corps politique.

Le recours à une autorité constituante conforme aux principes de légitimité ayant guidé la révolution intervient à la fois comme procédé de ratification de l'exercice irrégulier du pouvoir constituant et comme procédé de formalisation de l'ordre juridique naissant.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ « *Quand un État repose sur un fondement national et quand le peuple a une volonté consciente d'exister politiquement sur le fondement de cette unité nationale, il est toujours possible de considérer cette volonté comme le fondement essentiel de toute constitution de l'État* ». Ibid., p. 233.

B. Le recours à un organe constitué conforme au principe de légitimité ayant guidé la révolution : le pouvoir originaire *in vitro*

L'usurpation du pouvoir constituant par une autorité constituée ou par une autorité auto-constituée, comme c'est le cas des gouvernements de fait lors de guerres ou de révolutions, conduit l'usurpateur à rechercher dans la formation d'un corps constitué légitime la validation de ses actes et l'élaboration de la nouvelle Constitution, c'est-à-dire l'exercice positif du pouvoir constituant.

Hormis les deux épisodes de la Restauration où le corps constitué est incarné par la personne d'un monarque, l'organe « usurpateur » du pouvoir constituant se tourne vers le peuple, soit directement en le convoquant en tant que pouvoir décisionnel, soit indirectement en lui demandant d'exercer son droit de suffrage afin de désigner des représentants qui exerceront pour lui et en son nom la compétence constituante. Il y a donc une sorte de relais entre l'autorité usurpatrice du pouvoir constituant, qui procède à la rupture avec l'ordre juridique en vigueur, et un organe constituant nouveau dont la fonction est à la fois de légitimer l'usurpation de son géniteur et d'exercer formellement le pouvoir constituant afin d'adopter la nouvelle Constitution. Les démocraties connaissent deux formes d'exercice légitime du pouvoir constituant. La première, conforme à la théorie de la démocratie représentative, est la forme parlementaire où le peuple exerce son droit de suffrage afin d'élire des représentants au sein d'une Assemblée souveraine dont la tâche est d'adopter une nouvelle Constitution. La seconde est la forme directe où le peuple est invité lui-même à approuver ou à rejeter un texte élaboré par une autorité qui peut être aussi bien une Assemblée qu'un comité exécutif restreint. Cette forme d'exercice du pouvoir constituant correspond aussi bien à la démocratie représentative qu'à la « *démocratie de type césarienne* » des régimes bonapartistes.⁴⁶

Le recours à une Assemblée est une procédure commune aux Républiques et à l'Assemblée nationale en 1789. En effet, cette dernière s'estime investie d'un mandat constituant en vertu des dispositions contenues dans les cahiers généraux, ainsi que l'illustre la présentation à l'Assemblée faite par le duc de Clermont-Tonnerre le 27 juillet 1789, d'un résumé des cahiers généraux concernant les réformes constitutionnelles. La Convention élue en 1792 comme les Constituantes de 1848 et de 1871-1875, s'inscrivent aussi dans cette optique.

Le recours à un référendum décisionnel, traditionnellement associé au Premier et au Second Empire, illustre aussi cette phase commune aux révolutions juridiques qui se réclament du principe de légitimité démocratique. Les Constitutions de 1793, de l'an III, de l'an VIII, de l'an X, de l'an XII, de 1852 et de l'Empire libéral de 1870 sont ainsi toutes ratifiées par le peuple réuni en corps politique.

⁴⁶ Expression empruntée à BARTHELEMY (Joseph), « La crise de la démocratie représentative », *RDP*, 1928, p. 590.

De la même façon, l'ordonnance du 17 août 1945 désigne le titulaire de la compétence constituante – le peuple – en permettant à celui-ci, soit de l'exercer lui-même, soit d'en déléguer l'exercice à une Assemblée unique ou aux Chambres de la III^e République. Mécanisme qui est fondamentalement novateur. L'ordonnance ouvre ainsi le temps de la fondation, en permettant la détermination de la structure définitive de l'ordre juridique en construction. Selon la doctrine constitutionnaliste classique, le temps de la fondation correspond à la représentation d'un moment originel, sorte de mythe collectif dont la signification est de poser les fondements du régime politique en déterminant le titulaire de la souveraineté et les modalités d'exercice de celle-ci dans le cadre de l'ordonnancement juridique qui en procèdera.⁴⁷ Le moment originel s'apparente ainsi à un acte magique dont l'origine demeure formellement indéterminée et qui est cependant censé produire instantanément des effets durables. L'acte constituant réaliserait ainsi instantanément « *la pleine juridicisation de la société politique* ».⁴⁸

Cette thèse revient néanmoins à postuler l'absence de droit en dehors de la Constitution formelle et a comme conséquence l'exclusion d'une partie du phénomène des transitions constitutionnelles du champ d'étude de la science du droit. La période précédant l'adoption de la Constitution est ainsi réduite à l'ordre du factuel, ce qui ne pourrait être admis. En effet, antérieurement au moment constituant définitif, existe un ensemble de normes constitutif d'un véritable système juridique partiellement formalisé mais qui comporte une catégorie de normes provisoires, possédant les mêmes propriétés matérielles structurantes qu'une Constitution définitive sans en revêtir la forme et dont la juridicité ne peut, comme le souligne le professeur Pfersmann, être établie autrement que par un jugement *ex post facto*, sur la base de considérations relatives à la stabilité historique de l'ensemble normatif issu de la rupture.

Les organes habilités par ces normes matériellement constitutionnelles complètent la structuration de l'ordonnancement juridique en déterminant les conditions de production du droit constitutionnel formel par la désignation de l'organe titulaire du pouvoir constituant.

Le titulaire du pouvoir constituant définitif est le plus souvent désigné, directement ou indirectement par les autorités à l'origine de la rupture avec l'ordre juridique en vigueur. Aussi, l'organe constituant ne peut-il être que constitué, quelle que soit la forme de l'acte ayant à l'origine déterminé sa compétence. Si, conformément à la conception démocratique du pouvoir, le peuple est considéré comme le titulaire du pouvoir constituant « originaire », c'est-à-dire d'un pouvoir à la fois initial, inconditionné et fondateur, la détermination organique de sa forme politique ainsi que les modalités de son expression relèvent des autorités l'ayant investi en dehors des formes prévues par la Constitution en vigueur. Ainsi, le peuple français consulté sur la base d'un référendum le 21 octobre 1945, s'exprime en tant que corps constitué sur le fondement des ordonnances du 17 août 1945 édictées par le G.P.R.F. Par conséquent, dès lors que le peuple s'exprime au travers de ce corps politique, il ne peut être considéré comme originaire. Le

⁴⁷ KLEIN (Claude), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1996, p. 192.

⁴⁸ OST (François), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 187.

qualificatif "originaire" relève en effet d'une appréciation philosophique ou politique ne pouvant constituer un critère de validité. Juridiquement, le peuple rassemblé dans le corps politique des électeurs est un organe matériellement constitué. Il s'agit donc d'une sorte de pouvoir constituant « originaire » *in vitro*.⁴⁹ En outre, à moins de pouvoir être subsumé à partir d'une norme en vigueur dans l'ordonnement juridique considéré, le caractère originaire d'un pouvoir ou d'une autorité n'est pas une propriété juridique. Il s'agit dès lors d'une qualité procédant de considérations factuelles, historique, voire sociologique.

*

Les petites constitutions quelle que soit leur forme, participent à la détermination de la structure de l'ordre juridique. Leur étude contribue dès lors à démystifier le pouvoir originaire et le récit de la fondation, héritages religieux relevant plus de l'incantatoire que du prescriptif. Ces normes au statut ambivalent, souvent édictées en période de crise, participent à un processus transitoire en permettant, lors du passage entre deux ordres juridiques, d'assurer un certain degré de formalisation de la production normative et d'organiser les rapports entre les pouvoirs publics pendant la période précédant l'entrée en vigueur de la future constitution. Elles se distinguent ainsi de la constitution définitive par leur caractère provisoire, par degré plus ou moins fort de formalisation qu'elles comportent ainsi que par le fait qu'elles déterminent *in fine* les conditions de production de la constitution définitive. L'étude des *petites constitutions* permet d'isoler une branche particulière du droit constitutionnel encore peu explorée par la doctrine : le droit constitutionnel transitoire.

II - Se situer par rapport au passé normatif : rupture et réception.....6

⁴⁹ Il convient de noter en outre, que du moment où il est fait appel à un minimum de collégialité, la pluralité des volontés psychologiques doit être réduite à une volonté juridique indispensable au fonctionnement de l'organe. La détermination de la manifestation de la volonté juridique de l'organe résulte de règles de procédures. Or, là où un organe collégial peut fixer lui-même les règles déterminant les conditions de manifestation de sa volonté juridique, le peuple ne le peut pas car, par principe, sa volonté psychologique est confuse et sa volonté juridique nécessairement prédéterminée.

A. Rupture et réception.....	6
B. La question de la juridicité des petites constitutions issues d'une rupture juridique.....	8
III - Définir le cadre normatif du provisoire: la formalisation totale ou partielle d'un ordre juridique relais	10
A. Le cas des petites constitutions matériellement constitutionnelles.....	10
B. Le cas des petites constitutions formellement constitutionnelles.....	12
IV - Définir les conditions de formalisation de la Constitution future : l'antichambre du pouvoir constituant originaire	14
A. La détermination de l'organe détenteur du pouvoir constituant dit « originaire » par un acte matériellement constituant	14
B. Le recours à un organe constitué conforme au principe de légitimité ayant guidé la révolution : le pouvoir originaire <i>in vitro</i>	16