

L'AMBIVALENCE DU PROCESSUS CONSTITUANT

SAISIE PAR L'HISTOIRE

Elsa Kohlhauer, ATER en droit public

Doctorante du CERCOP, Université de Montpellier

La constitution naît de la rupture. C'est une réalité universelle que l'exercice d'un pouvoir constituant se veut toujours fondateur, novateur, par opposition à l'ordre préalablement établi qu'il vient abolir¹. A ce titre, il se manifeste dans des formes autant politiques que juridiques ; caractérisé par son émancipation à l'égard du droit antérieur, il n'est pas encore soumis à l'ordre qu'il instaure. Cette position ambiguë justifie que le processus constituant soit fréquemment relégué, par les théories du droit, dans les bas-fonds de l'extra-juridicité. C'est notamment la posture qu'adopte le normativisme, selon lequel « la constitution étant la norme positive qui se trouve être au fondement d'un ordre juridique, avant qu'elle n'existe, l'ordre juridique *constitué* par elle n'existe pas. Si celui-ci n'existe pas, le « pouvoir constituant » ne peut avoir une existence (juridique) dans cet ordre considéré »². Moins radicales, d'autres éminentes doctrines abordent la question du pouvoir constituant, mais elles témoignent à cet égard d'un embarras certain, et pâtissent ainsi d'une forme d'aveuglement consenti à la profondeur de sa complexité³. Pourtant, dès lors qu'est abandonnée une conception par trop stricte de la juridicité, apparaît tout l'enjeu du processus constituant, et son influence fondatrice sur l'ordre juridique en devenir.

¹ « Il (le phénomène constituant) accompagne le changement des régimes politiques [...] », O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 215.

² J.-P. Derosier, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC* n° 76, 2008, p. 786 ; c'est l'auteur qui souligne. Olivier Beaud démontre cependant que Hans Kelsen accorde au pouvoir constituant une considération minimale, même si elle ne revêt pas, dans son œuvre, l'ampleur qu'il mériterait : O. Beaud, *op. cit.*, p. 212-213.

³ « La grande majorité de la doctrine juridique a négligé l'étude du pouvoir constituant comme auteur de la constitution ou de l'acte constituant. Pour s'en tenir à la seule doctrine constitutionnelle française, elle succombe à une étrange contradiction en se concentrant, d'un côté, sur la notion de constitution comme acte juridique, et en négligeant, de l'autre côté, le pouvoir constituant », *Ibid.*, p. 210.

Trait d'union entre deux systèmes normatifs, le pouvoir constituant puise sa raison d'être dans le droit constitutionnel dont il est l'auteur. C'est rétrospectivement qu'il acquiert sa puissance symbolique, puisqu'il influence de façon ininterrompue l'ordre juridique qui émane de lui. Moment fondateur par excellence, l'accouchement d'une Constitution porte avec lui la naissance d'un ordre réputé nouveau, épuré, radicalement distinct de l'ordre juridique antérieur. Il affirme toujours, à ce titre, son ambition de « faire table rase », à l'instar des premiers constituants français qui souhaitaient bâtir sur les cendres de l'Ancien régime un édifice politique totalement inédit. L'établissement d'une nouvelle constitution traduit ainsi toujours une scission définitive avec la précédente. C'est ce que souligne le professeur Baranger en ces termes : « en se posant exclusivement comme source, et comme source exclusive, la constitution écrite se veut pure fondation »⁴. Magnifié, sanctifié, mystifié, ce moment constituant irriguera constamment l'appréhension de la norme qu'il établit, autant dans son interprétation que dans sa contestation. Il ne tolère nulle concurrence en la matière, et se réserve ainsi le monopole de représenter une référence ultime.

Dès lors qu'il s'impose à toute lecture de la constitution, le pouvoir constituant revêt une importance considérable qui s'impose également au juriste : nul ne peut prétendre étudier la V^e République s'il n'a pas conscience de la figure tutélaire du général de Gaulle planant sur les travaux constituants de 1958 ; la lecture de la constitution de 1946 serait bien appauvrie si elle n'était nourrie d'une connaissance de la composition de l'assemblée, dominée par les partis de gauche, qui a présidé à sa rédaction ; comment envisager la III^e République, si ce n'est par le prisme du conflit entre royalistes et républicains qui survécut à son avènement ? Les exemples sont pléthores et déterminent une vérité ; que l'étude de la constitution ne saurait s'émanciper de celle de son processus d'élaboration : « Si le juriste veut décrire le droit positif, il ne peut pas se désintéresser d'un phénomène aussi important que le pouvoir constituant. Non seulement celui-ci détermine d'autres notions considérées comme essentielles par la doctrine dominante (pouvoirs constitués, contrôle de constitutionnalité, etc.), mais aussi il ne doit pas se couper des faits politiques et sociaux aussi importants que les révolutions et les coups d'Etat »⁵.

Le pouvoir constituant mérite donc que lui soit porté un regard propre, quoique juridique. Quel est donc ce phénomène que l'on ne regarde souvent qu'au travers de son effet ? Comment concevoir cette articulation qu'il aspire à incarner entre un passé juridique révolu et

⁴ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 118.

⁵ O. Beaud, *op. cit.*, p. 215.

un avenir constitutionnel inédit ? Plonger dans l'étude du pouvoir constituant favorise la remise en cause de cette prétention de rupture qui est la sienne, puisque cela révèle notamment les liens, cachés mais avérés, qu'entretient le pouvoir constituant à l'égard du passé. En effet, « [...] lorsque le juriste cherche le sens d'une constitution écrite ou de l'une de ses dispositions, il ne se trouve pas seulement confronté à son objet de prédilection, le droit positif, mais également à tout ce qui a présidé à son élaboration à un moment donné de l'histoire »⁶. L'histoire représente alors un matériau indispensable pour déterminer l'ampleur de la révolution véritablement opérée par le processus constituant, un instrument du tri nécessaire entre ce qui relève véritablement de la nouveauté, et ce qui n'est qu'un héritage consenti, légué par les constituants précédents. Si, comme l'affirme Michel Troper, « c'est une banalité que de dire que le droit constitutionnel, comme les autres branches du droit d'ailleurs, est un produit de l'histoire »⁷, c'est au moment constituant que se manifesterait cette influence avec le plus de netteté.

Comme l'étude du pouvoir constituant lui-même, l'histoire dispose pourtant dans les études juridiques, d'une place ambiguë. Très souvent mobilisée, au détour d'une démonstration ou à l'occasion d'une illustration, sa position reste souvent subsidiaire, anecdotique. Elle fait l'objet d'une discipline juridique qui lui est proprement consacrée – l'histoire du droit – mais elle s'invite rarement dans le débat des autres spécialités. En tant que discours extra-juridique, l'histoire est d'abord exclue de toute approche normativiste du droit ; science des faits, elle n'a pas voix au chapitre de l'étude de la théorie pure du droit⁸. C'est donc une démarche résolument anti-normativiste que celle qui se propose d'étudier le pouvoir constituant, à la lumière de l'histoire. A l'opposé – du moins en apparence – de la conception kelsénienne se dresse l'École historique du droit, dont le plus célèbre représentant, Friedrich von Savigny, a posé l'identité du droit et de l'histoire en ces termes : « l'École historique admet que la matière du droit est donnée à travers le passé de la nation dans son ensemble et ce, non pas de façon arbitraire, de telle sorte que cette matière pourrait aussi bien être telle ou telle, mais en ce sens qu'elle provient de l'essence la plus intime de la nation même et de son

⁶ G. Glénard, « Pour une analyse du droit constitutionnel (l'exemple de la constitution de 1791) », *Droits* n°32, 2000, p. 69.

⁷ M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 274.

⁸ « Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même théorie « pure » du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999, p. 9.

histoire »⁹. Une telle consécration de l'histoire au cœur de la définition du droit n'est pourtant pas une solution décisive quant à l'appréhension optimale du pouvoir constituant, puisqu'elle revient à le considérer comme le simple acte d'enregistrement d'un ordre social déjà efficient. C'est là lui refuser toute dimension constructive, voire révolutionnaire, et lui ôter ainsi tout intérêt scientifique, puisque le droit ne puise plus sa source dans un moment fondateur identifié, mais réside tout entier dans une réalité sociologique qui se pare, sur le tard, d'apparences normatives. Par ailleurs, cette assimilation radicale du droit à l'histoire d'une nation, à son esprit – le fameux *Volksgeist* établi par la doctrine romantique allemande du XIX^e siècle – porte en elle les germes, paradoxalement, de l'an historicisme, ainsi que le souligne Ernst-Wolfgang Böckenförde. En effet, « ramener le droit à un esprit populaire 'idéal' »¹⁰ par laquelle s'exprimerait la normativité de l'histoire, conduit à ôter à cette dernière son caractère éminemment contingent. L'histoire évoquée par Savigny ne se confond pas avec le contexte historique, politique et social, qui entoure le phénomène juridique et participe à son établissement. Elle est une histoire réifiée, idéalisée, discernable uniquement à travers sa traduction juridique. Elle ne constitue alors qu'un postulat théorique au soutien d'une démonstration juridique, et non un véritable objet de recherche dont les conclusions viendraient nourrir la connaissance juridique. En cela, l'École historique du droit apparaît comme un précurseur des théories de l'autonomie du droit¹¹, au premier rang desquelles figure le normativisme de Hans Kelsen. Cette école de pensée ne permet donc pas de saisir toute la complexité ambivalente du pouvoir constituant face à l'histoire car, si celui-ci s'appuie bien sur le passé qui justifie son intervention, il cherche également à en changer le cours, inscrivant dans le droit la nécessité d'une rupture.

L'histoire à la lumière de laquelle s'analyse le pouvoir constituant dépasse donc une définition purement juridique ou abstraite ; elle embrasse tout à la fois les faits sociaux, politiques et philosophiques. Comme l'étude du pouvoir constituant impose de s'émanciper

⁹ F. C. von Savigny, « Sur le but de la présente revue », trad. O. Jouanjan, in *L'esprit de l'École histoire du droit, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série n° 7, 2004, p. 27.

¹⁰ E.-W. Böckenförde, « L'école historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique : essai de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. O. Jouanjan, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 71.

¹¹ Cette filiation est mise en valeur par Ernst-Wolfgang Böckenförde, qui estime que, « en tant que l'École historique, d'une part, prépara [...] la voie à une science juridique conceptualiste anhistorique, isolant complètement le droit de ses contextes sociaux et historiques, et que, d'autre part, elle conduisit à une pure histoire du droit, coupée de tout lien avec la situation contemporaine et consacrée à ce que en tant que tel est passé, elle fut elle-même l'expression et le moyen d'une rupture avec l'histoire qui demeure caractéristique du XIX^e siècle », *Ibid.*, p. 66.

d'une définition « pure » du droit, l'histoire mobilisée à cette fin implique d'être considérée plus largement, comme un contexte social et politique, progressivement construit, et largement influent sur le processus constituant. Ce dernier, bien qu'il se présente souvent comme l'instrument d'une révolution, ne parvient pas à s'affranchir tout à fait du passé et porte en lui un héritage dont il ne peut se défaire totalement (I). Pour autant, c'est bien le volontarisme qui est à l'œuvre lors de l'établissement d'une nouvelle constitution et, si ce volontarisme est contraint, il n'est pas déterminé (II).

I. Le pouvoir constituant tributaire d'un héritage historiquement déterminé

La rupture opérée par l'acte constituant, si elle est toujours revendiquée, doit être tempérée ; l'histoire est, à ce titre, éclairante, puisqu'elle permet de distinguer entre ce qui est créé et ce qui préexiste à la nouvelle constitution. Caractérisé par sa souveraineté¹², le pouvoir constituant est, certes, émancipé d'éventuelles obligations juridiques et procédurales, mais il n'en reste pas moins contraint par l'héritage constitutionnel qui l'alimente. Même lorsqu'il entend instaurer une nouveauté, il le fait par référence au passé, lui empruntant parfois son langage (A) ou ses institutions (B).

A. Un héritage caractérisé par une contrainte sémantique

S'il est une chose évidente à la lecture des constitutions, c'est qu'elles empruntent des notions qu'elles ne créent que rarement. Elles les invitent en leur sein et convoquent ainsi la signification dont les a dotées l'histoire, répondant par là à la nécessité découlant de l'ambition constituante : la constitution doit être comprise pour être effective (1). L'influence du langage sur l'auteur de la constitution n'est pas unilatérale, et le pouvoir constituant est susceptible d'infléchir la signification des mots qu'il emploie, mais cette œuvre de construction demeure dans une large mesure limitée, hors d'atteinte du constituant lui-même (2).

¹² Ainsi que l'écrivait le doyen Vedel, « [...] le peuple est et demeure souverain dès lors qu'il s'exprime comme pouvoir originaire, comme Constituant », G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 93.

1. La nécessité d'emprunter un vocabulaire historiquement déterminé

Le droit est un discours, « un discours composé de termes dits juridiques qu'on trouve aussi bien dans l'arsenal des lois et des sentences judiciaires qui constituent le droit comme ensemble normatif que dans la littérature savante qui renferme les analyses et les commentaires de ces éléments normatifs »¹³. En ce sens, la constitution adopte la forme d'un ensemble de mots, susceptibles de transcrire le discours qu'elle véhicule.

Or, selon le professeur Glénard, « [...] derrière les mots se cachent les notions, de sorte que ce n'est qu'à la condition de s'imprégner de la langue constitutionnelle de l'époque où le texte juridique étudié a été édicté, qu'il est possible de dévoiler le sens des termes qui en forment la substance »¹⁴. L'étude de l'histoire de la rédaction d'une constitution est ainsi utile à l'appréhension de la norme qui en résulte, mais elle doit s'accompagner de l'examen de l'histoire des mots en tant que tels, souvent plus vieux que le texte constitutionnel qui les retranscrit.

En tant que langage, le droit engage un vocabulaire qui ne lui est pas propre, et qui puise sa source dans des constructions politiques ou philosophiques qui lui sont d'abord étrangères. Certes, le texte juridique est susceptible de produire des notions spécifiques, en ce que leur définition ou leur régime revêtira un caractère autonome. Ainsi, le droit pénal nomme et détermine les infractions qu'il pose ; le vol, le meurtre, l'assassinat sont autant d'exemples de termes dotés de significations proprement juridiques, qui s'émancipent dans une large mesure des définitions que leur octroie le langage commun. Pourtant, les mots en tant que tels ne sont pas créés par le droit, qui les sollicite dans un champ extérieur et antérieur. La constitution n'échappe pas à ce constat ; l'action constituante, malgré son caractère apparemment inédit, ne se concrétise que par l'appel à un vocabulaire pré-déterminé.

Ainsi, même lorsqu'il crée, le constituant doit le faire avec un langage susceptible d'être reçu, et dans le sens qu'il entend lui octroyer. En tant qu'expression d'une norme, mais également en tant qu'instrument d'un discours, l'énoncé juridique vise en effet des interlocuteurs, des récepteurs, qui doivent reconnaître au droit la même portée – dans la mesure du possible – que celle que son auteur a voulu lui conférer. La garantie d'une telle

¹³ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 17.

¹⁴ G. Glénard, « Pour une analyse du droit constitutionnel (l'exemple de la constitution de 1791) », *Droits* n°32, 2000, p. 69.

identité d'entendement entre l'auteur de la norme, l'autorité chargée de l'appliquer et les sujets de droit à qui on l'applique, repose tout entière sur l'emploi d'un langage commun. Cette convergence de vues, ambitionnée par le pouvoir constituant qui souhaite inscrire son œuvre dans la durée, est encouragée par l'usage de signifiés, dont le signifiant fait l'objet d'un certain consensus, et mobilise des représentations collectives¹⁵. Ces dernières peuvent être influencées par le droit mais peuvent également s'imposer à lui. Ainsi, « [...] l'historien est là pour [...] rappeler que des représentations précèdent, accompagnent et parfois survivent à ces normes. Elles sont le contexte indispensable du processus par lequel un sens leur est donné, c'est-à-dire de leur interprétation »¹⁶. Le choix sémantique du constituant n'est donc pas anodin puisqu'il doit peser au préalable la réception des mots qu'il emploie par ceux à qui la constitution s'appliquera. Le terme de Parlement par exemple, réintroduit dans le droit constitutionnel français en 1946, en avait été obstinément exclu depuis la Révolution, très probablement pour ne pas ressusciter la représentation péjorative dont il était doté depuis la chute de l'Ancien régime.

La contrainte qui résulte de l'exigence d'effectivité de la norme est indépassable. Aucune œuvre de création juridique, aussi radicale soit-elle, ne peut faire l'économie de cette référence à l'héritage linguistique social. « L'idée ici défendue est que, pour se faire comprendre de ses contemporains, [elle] n'aurait pas toute latitude quant au registre de langage qu'il devrait employer », affirme le professeur Baranger dans le contexte plus particulier de l'apparition du concept de souveraineté¹⁷. Ce dernier est en effet un exemple topique de l'enchaînement du pouvoir constituant à une histoire conceptuelle qui le dépasse largement : apparue sous la plume de Jean Bodin, attribuée par Jean-Jacques Rousseau au peuple dans son entièreté, la souveraineté est mentionnée juridiquement dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et intègre le droit constitutionnel positif en 1791. L'usage de ce terme par les constituants, s'il est juridiquement indéterminé à l'époque, n'est pas neutre, il ne peut pas être neutre, parce qu'il ne peut pas être émancipé de la signification que lui a octroyée l'accumulation de définitions, plus ou moins cohérentes, réalisée par les auteurs précités. La volonté du pouvoir constituant, réputée souveraine, reste conditionnée par la nécessité d'un accord entre tous les acteurs sur la signification à attribuer à l'énoncé

¹⁵ Le terme de « représentations » est ici employé au sens que lui confère le professeur D. Baranger, lorsqu'il écrit qu'il renvoie au « [...] monde de compréhension que les hommes créent à leur propre intention » ; D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 262.

constitutionnel, par la recherche d'un consensus minimal quant à la portée de la norme ainsi édictée.

La difficulté de s'assurer d'un tel consensus s'exprime d'abord entre les auteurs réels du texte constitutionnel, dans la mesure où certains termes inscrits dans la constitution font l'objet d'une pluralité de définitions potentielles, du fait de la stratification continue de significations que l'histoire attribue aux mots. Inscrit dans l'énoncé normatif, un terme peut ainsi, paradoxalement, faire l'objet d'un accord politique sans pour autant, ou plutôt justement, parce que les acteurs en présence ne lui accordent pas la même portée. Carl Schmitt, qui a traduit ce phénomène par le concept de « compromis de façade dilatoire », le définit comme ce qui « [...] consiste [...] à trouver une formule qui satisfasse toutes les exigences contradictoires et laisse irrésolus les vrais points d'achoppement grâce à une expression ambiguë »¹⁸. L'histoire est alors un instrument de compromis, qui permet à un même mot de receler plusieurs significations, diverses, parfois paradoxales. La formule qui fait l'objet d'un compromis « [...] ne contient donc qu'une juxtaposition extérieure, verbale de sens foncièrement inconciliables »¹⁹. Échafaudée par l'histoire et associée à un signifiant commun, une pluralité de signifiés contradictoires représente paradoxalement une ressource pour les auteurs de la constitution, qui y voient le moyen d'aboutir à un accord de principe avec leurs adversaires politiques, quitte à ce que cet accord porte en vérité sur des interprétations différentes. L'exemple espagnol est à ce titre éclairant, puisque la constitution adoptée en 1978 traduit un consensus politique entre les forces politiques en présence, divisées entre les partisans de l'Etat espagnol centralisé et les partisans de l'autonomie des collectivités le composant. Ce désaccord originel trouve sa résolution dans l'emploi quasi-simultané, et *a priori* contradictoire, des notions de « nation » et de « nationalité »²⁰. Inspiré par l'héritage idéologique porté par le terme de « nation », le constituant espagnol a choisi d'en intégrer, et d'en distinguer, deux conceptions possibles, favorisant ainsi l'entente entre ses composantes. Dans cet exemple précis, le constituant ne se contente donc pas de recevoir un vocabulaire qui s'imposerait à lui, il en clarifie également la portée, en attribuant à chaque signification, un signifiant qui lui est propre. Son influence en ce sens est néanmoins limitée, puisqu'il est plus souvent héritier que père d'une sémantique spécifiquement constitutionnelle.

¹⁸ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, trad. L. Deroche, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 162.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ F. Moderne, P. Bon, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris : Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1981, p. 40 et ss.

2. La reconstruction limitée d'un vocabulaire historiquement déterminé

L'influence du pouvoir constituant apparaît relativement faible en matière de sémantique constitutionnelle, témoignage d'une dépendance avérée à l'égard de l'histoire conceptuelle. Deux éléments illustrent la petitesse de la marge de manœuvre laissée ouverte au constituant. D'abord, même lorsqu'il transforme radicalement le régime politique, le pouvoir constituant consomme la rupture par une réappropriation du vocabulaire jusque-là employé plutôt que par la consécration d'un nouveau langage, ce qui démontre l'influence évidente des contraintes sémantiques qui pèsent sur lui. Ensuite, si le pouvoir constituant peut initier une évolution du lexique constitutionnel, il n'est pas maître de l'avenir de celle-ci, tout entière confiée aux acteurs constitués, plus largement aux interprètes du texte.

L'histoire française enseigne, comme nulle autre sans doute, la continuité qui s'impose à la succession de différents régimes politiques. Tocqueville, déjà, avait démontré la perpétuation de l'Ancien régime dans la Révolution²¹. L'étude du pouvoir constituant originel de 1791 témoigne en effet d'une empreinte indélébile laissée par la monarchie absolue : les cadres de pensée de l'Ancien régime se voient dénoncés, confisqués, puis remodelés sous la forme de concepts nouveaux, pourtant héritiers de l'histoire. L'illustration la plus éclairante à l'heure de la Révolution est probablement la réappropriation par le constituant du concept de nation, devenu la pierre fondatrice de l'œuvre révolutionnaire²². L'Abbé Sieyès la consacre détentrice de la souveraineté avant le droit constitutionnel lui-même, en ces termes : « Une nation est indépendante de toute forme, et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »²³. Cette notion de nation n'est pourtant pas étrangère au régime nouvellement aboli, puisque Louis XV en 1766 avait employé ce terme au cours d'un lit de

²¹ « La Révolution a achevé soudainement, par un effort convulsif et douloureux, sans transition, sans précaution, sans égards, ce qui se serait achevé peu à peu de soi-même à la longue. Telle fut son œuvre », A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Livre I, Chap. V, Paris : Michel Lévy frères, 7^e éd., 1866, p. 31.

²² Ainsi que le souligne Pasquale Pasquino : « La nation n'est pas seulement le sujet juridique, titulaire du pouvoir constituant originaire, que Sieyès oppose aux privilèges aristocratiques et à la prérogative du roi. La nation est aussi le concept autour duquel Sieyès bâtit la nouvelle identité collective, celle du tiers état. Avant même de s'opposer à l'ennemi étranger sur le champ de bataille de Valmy sous le regard stupéfait de Goethe, la nation s'était opposée à l'ennemi de l'intérieur, la noblesse française, en faisant valoir un modèle de l'unité par l'exclusion. Modèle destiné à un extraordinaire avenir », P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, p. 14.

²³ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, 3^e éd., 1789, p. 116 ; nous soulignons.

justice devant le Parlement de Paris, au cours duquel il affirme « [...] que [s]on peuple n'est qu'un avec [lui], et que les droits et les intérêts de la *nation*, dont on ose faire un corps séparé du monarque, sont nécessairement unis avec les [s]iens, et ne reposent qu'en [s]es mains »²⁴. La nation est alors l'ensemble du peuple, dont la représentation politique est assurée par le monarque seul. Le professeur D. Rousseau souligne à cet égard la continuité évidente entre ces deux conceptions de la nation : « [...] les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps [établie par Louis XV] en donnant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants. Cette continuité constitutionnelle est sans doute moins dictée par une continuité doctrinale que par les contraintes du combat politique des légitimités en 1789 [...] »²⁵. La réappropriation opérée par les révolutionnaires de notions appliquées par le régime antérieur se voit donc limitée par le cadre conceptuel dans lequel elles évoluent. Ainsi, les constituants de 1791 demeurent enchâssés dans ce double héritage : la souveraineté repose sur l'unité de son détenteur et la nation fonde l'idée de représentation. Bien sûr, l'actualisation non seulement du concept de nation mais également de l'ensemble du régime politique qui suit 1789 ne sont pas des nouveautés négligeables ; elles témoignent néanmoins de l'historicisme incontournable du vocabulaire juridique.

D'autres exemples illustrent des hypothèses dans lesquelles le pouvoir constituant révèle une plus large autonomie à l'égard de l'atavisme sémantique. C'est notamment le cas du terme « constitution », dont le sens moderne s'est imposé jusqu'à éclipser ses significés précédents. C'est là encore Sieyès qui est reconnu pour avoir érigé le concept inédit de constitution, en dotant ce signifiant d'une définition originale²⁶. Cette création, dont on ne saurait nier la portée, consiste principalement à concilier deux définitions préétablies, l'une par les philosophes français, l'autre par les constituants américains, ainsi que le présente Olivier Beaud : « [Sieyès] fusionne les deux acceptions respectivement classique et moderne de la *constitution* comme agencement des pouvoirs et comme loi fondamentale »²⁷. Cette

²⁴ Louis XV, Discours dit « de la Flagellation », « Procès verbal du lit de justice du 3 mars 1766 », *Mercurie historique* de mars, p. 174-181.

²⁵ D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 812.

²⁶ En effet, « [...] l'auteur du *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* invente le concept moderne de la constitution [...] », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Sur cette question, voir également : P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris : Odile Jacob, 1998, 262 p. ; M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution : actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, 302 p.

²⁷ L'auteur poursuit : « D'un côté, il saisit la dimension organisationnelle de la constitution à travers la métaphore organique du «corps» politique. Par là, il peut utiliser la ressource de cette acception médico-

nouvelle acception de la constitution fait l'objet d'une consécration solennelle, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁸, et acquiert ainsi une « autonomie conceptuelle »²⁹ lui permettant de s'imposer durablement. L'histoire des notions accaparées par le pouvoir constituant révèle, dans ces quelques illustrations comme dans d'autres, la force culturelle des mots qu'il emploie ; créateur d'un ordre juridique nouveau, il reste soumis à la nécessité que son œuvre soit entendue tel qu'il l'entend lui-même, et appliquée durablement. De ce fait, la contrainte sémantique est indépassable.

Malgré le soin du constituant à recevoir le langage que lui impose l'histoire, voire à contribuer à le façonner, il ne dispose d'aucune garantie quant à la pérennité de la signification du texte constitutionnel. Les dispositions qui y figurent connaissent une évolution sémantique qui échappe à leur auteur, du fait notamment de l'application qu'en font les pouvoirs constitués. Par ce biais, le langage constitutionnel se voit durablement transformé dans sa signification, du fait des interprétations qui en altèrent la portée. Comme le souligne le professeur Denquin, « dans la mesure où le langage est un enjeu, il constitue un terrain d'affrontements où des batailles se livrent, se gagnent et se perdent »³⁰. La détermination des significations échappe donc dans une large mesure à l'emprise du pouvoir constituant, et du droit lui-même, puisqu'elle dépend d'événements, politiques et sociaux, qui infléchissent la portée du texte.

L'histoire permet donc de relativiser l'autonomie du pouvoir constituant, dépendant à bien des égards d'un temps qu'il ne maîtrise pas. Une notion inscrite dans le texte constitutionnel ouvre le champ à un dessaisissement du pouvoir constituant de l'expression de sa volonté. Paradoxalement cependant, l'histoire de la notion qui s'imposait à l'auteur de la constitution, influence autant son interprète ; l'interprétation encourage la résurgence ou l'actualisation d'une signification antérieure d'un énoncé. C'est ainsi que l'interprète le plus prolifique de la Constitution française de 1958, le Conseil constitutionnel, s'est livré à une interprétation du

biologique de la constitution qu'il emprunte probablement à Rousseau et à Montesquieu [...]. Mais d'un autre côté, si la constitution du «gouvernement» est nécessaire pour que l'Etat existe et fonctionne comme pouvoir politique, elle doit être aussi utile et favorable aux individus. [...] Telle est la seconde dimension libérale de la constitution désormais considérée comme une *loi fondamentale*. Comme chez les Pères fondateurs de la révolution américaine, elle est conçue comme le moyen *juridique* de protéger la souveraineté du peuple contre les gouvernants », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

²⁸ Et notamment son article 16 qui dispose : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

²⁹ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy-PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 2003, p. 258.

³⁰ J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris : Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2007, p. 129-130.

mot « souveraineté », présent à plusieurs reprises dans le texte, lui attribuant une double signification piochée dans son histoire : le juge³¹ distingue souveraineté de l'Etat, dont la conceptualisation remonte au XVI^e siècle³², et souveraineté nationale, théorisée avec la Révolution de 1789³³, même si ces deux déclinaisons d'un même signifiant disposent de ressorts communs³⁴.

De façon plus explicite, le juge constitutionnel mobilise parfois directement un argument historique³⁵ lorsqu'il est face à un énoncé sibyllin. « L'histoire, source infiniment nourricière de toutes les légitimités, pourvoit à cette difficulté : on se réfère à la tradition républicaine, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à 1789, etc. »³⁶. L'interprète puise donc dans le passé national les outils d'entendement du texte constitutionnel, soit qu'il cherche par là à se montrer fidèle à l'égard du constituant, dont il postule qu'il dispose du même patrimoine sémantique que lui ; soit qu'il invoque, au soutien de son interprétation constructive, une continuité historique brandie comme fondement de toutes les légitimités³⁷.

L'histoire des notions du droit constitutionnel éclaire donc, non seulement la volonté du pouvoir constituant, mais encore la pratique qu'en ont les pouvoirs constitués, et plus largement les interprètes de la constitution. La contrainte imposée à l'auteur de l'énoncé constitutionnel, sans remettre en cause son autorité, découle de sa confrontation à un temps social et politique qui lui est propre. Elle coïncide logiquement avec une continuité institutionnelle dépassant les changements de constitutions : la représentation que mobilise

³¹ Le Conseil constitutionnel distingue et accorde un traitement différent à la souveraineté du peuple et à celle de l'Etat ; J. Roux, *Le principe de la souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Montpellier, thèse dact. 1998, p. 10.

³² « Qu'est-ce que la souveraineté ? L'émergence du concept date de la proclamation de Jean Bodin, aux premières lignes de son œuvre majeure : ' République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine ' », B. Kriegel, *Philosophie de la République*, Paris : Plon, 1979, p. 77, citant J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre I, Chap. 1, 1576.

³³ « La lutte toujours recommencée entre le libéralisme et la démocratie, s'est traduite par l'énoncé de la doctrine de la *souveraineté nationale*, due à Sieyès (*Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* en 1789), et celle de la *souveraineté populaire*, formulée dès 1762, par Jean-Jacques Rousseau, dans le *Contrat social* », J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit public, 30^e éd., 2016, p. 240.

³⁴ « La souveraineté nationale présuppose l'autonomie nationale ; et l'autonomie nationale est liée à l'autonomie extérieure et à l'indépendance de l'Etat », O. Beaud, *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht* », *RFDA* n° 9, 1993, p. 1048.

³⁵ Voir en ce sens T. Lajoinie, *Le référent historique dans le contentieux constitutionnel comparé*, thèse dact., Aix-en-Provence, 2016.

³⁶ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 67.

³⁷ C'est l'idée résumée par les propos précédents de Denis Baranger : la force politique de l'argument historique dissimule la liberté de celui qui le manie.

l'usage d'un vocabulaire historiquement déterminé est transposée aux institutions ainsi désignées.

B. Un héritage caractérisé par une continuité institutionnelle

Le droit constitutionnel se décompose en divers champs d'investigation³⁸ parmi lesquels figure l'étude spécifique des institutions. Ce volet du droit constitutionnel s'impose comme la clef de toute constitution³⁹. Les institutions présentent un lien ambigu avec cette dernière : créées, organisées, coordonnées par le droit, elles n'en disposent pas moins d'une grande autonomie, voire d'une influence réciproque à son égard. L'histoire assume un rôle crucial dans leur étude⁴⁰, car les institutions sont des entités abstraites⁴¹ et sociales⁴², qui se construisent et s'appréhendent sur la durée, et sur lesquelles le droit n'a qu'une emprise limitée. Imposées – dans une certaine mesure – au pouvoir constituant par leur ancrage social (1), elles lui échappent en partie (2).

1. Un fondement institutionnel extra-juridique

Si les institutions s'imposent en partie à l'œuvre constituante, c'est parce qu'elles participent du même mouvement de consécration collective qui fonde l'autorité juridique.

³⁸ Le doyen Favoreu est resté célèbre pour son identification du triptyque constitutionnel par lequel il distingue les droits institutionnel, normatif et substantiel, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n° 1, 1990, p. 71-89. Cette appréhension de l'objet constitutionnel reste

³⁹ Relisons, dans cet esprit, Maurice Hauriou : « Tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions. Les institutions constitutionnelles limitent le pouvoir, s'équilibrent les unes et les autres et évoluent selon les besoins », M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, reprod. Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2015, p. 5.

⁴⁰ C'est ce qu'exprimait par exemple Boris Mirkine-Guétzévitch pour qui, « dans le domaine constitutionnel, les relations juridiques ont un caractère tellement individualisé que le juriste serait incapable sans avoir recours à l'histoire, d'expliquer la naissance, l'évolution, le fonctionnement des institutions politiques », B. Mirkine-Guétzévitch, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* vol.1, 1949, p. 400.

⁴¹ Ainsi que le souligne D. Baranger, « une institution n'est autre qu'une action humaine dissociée de son auteur et considérée en elle-même. On raisonne en termes d'institutions lorsque l'on se fait une représentation abstraite d'une action et que cette représentation survit au changement de l'individu qui en a la charge », D. Baranger, *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 9.

⁴² « [...] L'institution est également le processus qui institue un groupe humain : moins que la forme instituée, elle est la constitution de cette forme dans la durée ; l'accent ne porte alors pas véritablement sur l'organisation elle-même, mais sur le phénomène social de l'engendrement et de la durée de cette organisation », É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* n°s 30-31, 1995, p. 385.

Elles peuvent ainsi être assimilées à des « [...] représentations réifiées, comme [des] éléments du monde commun dans lequel vivent les hommes »⁴³. Les institutions, objet d'étude de prédilection de Maurice Hauriou, sont présentées en lien très étroit avec le droit constitutionnel par le maître toulousain selon lequel, « en un mot, d'une façon ou d'une autre, la base d'une constitution se trouve dans des institutions, et la Constitution elle-même n'est qu'une organisation d'institutions »⁴⁴. Les institutions s'établissent par la réception et la perception dont elles font l'objet par les individus auxquels le droit s'applique. Or, ces institutions représentent le préalable nécessaire à toute œuvre normative – et notamment constituante⁴⁵ –, puisque le droit empruntera sa force à cette représentation collective. Ainsi, « [...] pour que la règle de reconnaissance soit effectivement admise, pour que les actes de droit soient regardés comme ayant valeur juridique, il est nécessaire que les institutions politiques soient elles-mêmes reconnues par les sujets de l'Etat »⁴⁶. Cette pensée du professeur Pimentel fait écho aux considérations de Maurice Hauriou, pour qui les institutions représentaient la clef de compréhension de l'exercice du pouvoir. En effet, « ce ne sont pas les commandements du pouvoir au moment où ils sont produits comme des actes qui sont acceptés. Ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, *c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande* »⁴⁷.

Fondement de l'obéissance au droit, la reconnaissance des institutions prend la forme, selon Maurice Hauriou, d'un « consentement coutumier » ; celui-ci « [...] s'applique aux institutions comme aux règles de droit, et c'est même par les institutions qu'il commence. Un pouvoir crée une institution qui devient coutumière et sur laquelle il s'appuie ensuite pour créer du droit au nom de l'institution, ainsi s'établit la filière »⁴⁸. Droit et institutions sont donc intimement liés, bien que naviguant dans des temporalités différentes. Si elles empruntent les caractères de la coutume – répétition constante d'un comportement et *opinio juris*⁴⁹ –, les

⁴³ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁴⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, reprod. Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2015, p. 613.

⁴⁵ « L'ébauche de cadre juridique qu'offre initialement une constitution écrite [n'est] pas « neutre » mais le produit de représentations, quelles qu'elles soient [...] », A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la Ve République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la Constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2007, p. 110.

⁴⁶ C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus politicum* n° 5, décembre 2010.

⁴⁷ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 4 ; nous soulignons.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ « Au sens technique, source du droit reposant sur la répétition d'une pratique et sur le sentiment d'obligation chez les auteurs de celle-ci », P. Avril, J. Gicquel, « Coutume », *Lexique de droit constitutionnel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 5^e éd., 2016, p. 35.

institutions s'inscrivent dans une chronologie plus longue et plus linéaire que ne peut en présenter l'histoire des textes constitutionnels. Cette différence entre coutume et constitution écrite s'explique en effet par leurs rapports respectifs au temps, puisque « la première semble prendre le passé pour fondement.[...] La seconde semble au contraire plutôt tournée vers l'avenir »⁵⁰. Pourtant, le pouvoir constituant ne peut s'affranchir du passé pour forger le futur ; profondément ancré dans le contexte social et politique qui le fait naître, il en devient le miroir. « Le droit peut donc être un moyen de comprendre l'histoire politique et sociale car il reflète, sous sa forme cristallisée par le langage, un certain état des choses »⁵¹. Au surplus, les liens directs de la constitution avec l'institution coutumière ne sont pas chose rare, et ne s'épuisent pas au stade de sa rédaction ; leur influence est mutuelle et constante, ainsi que le relève le professeur Pimentel : « [...] il n'y a pas de hiérarchie univoque entre les règles de droit : tout dépendra de la place respective accordée au droit écrit et au droit non-écrit par la reconnaissance. Tantôt la valeur juridique de la coutume résultera de la constitution, tantôt la coutume pourra prendre la loi, voire la constitution même pour objet »⁵². Institutions et droit s'entremêlent avec la même intensité que coutume et constitution, ce qui explique dans une large mesure la continuité constitutionnelle perçue par-delà les changements de constitutions.

L'auteur de la constitution se voit en effet contraint par la réalité institutionnelle qui le précède. Armel Le Divellec estime à ce titre, que la constitution de 1958 se comprend à la lecture des « [...] contraintes institutionnelles, essentiellement héritées de la tradition constitutionnelle française et auxquelles de Gaulle n'a pas pu [...] ou pas cru devoir renoncer, et qui ont trouvé place dans l'architecture formelle de la Constitution »⁵³. Le régime parlementaire, la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale, le pouvoir exécutif bicéphale représentent autant de « [...] contraintes [qui] étaient de nature à altérer considérablement l'épanouissement de l'idéal constitutionnel gaullien »⁵⁴. De même, Olivier Beaud souligne que « [...] la discontinuité constitutionnelle manifestée par le pouvoir constituant est contre-balançée par la continuité étatique »⁵⁵. L'Etat représente de fait le cadre le plus commun aux pouvoirs constituants, dont la principale fonction consiste justement à

⁵⁰ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 57.

⁵¹ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

⁵² C.-M. Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum* n° 1, décembre 2008.

⁵³ A. Le Divellec, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la Ve République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la Constitution » et système de gouvernement) », *Droits* n° 44, 2007, p. 114.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁵⁵ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 264.

l'organiser. En tant qu'institution, il est enraciné dans une histoire et une conceptualisation qui lui garantissent une stabilité autonome du pouvoir constituant : « [...] l'institution de l'État, envisagée dans ses réalités profondes et dans ses équilibres fondamentaux, continue d'être consacrée juridiquement par un consentement coutumier, dans lequel baignent constitutions et lois organiques »⁵⁶.

C'est par la force de leur ancrage social que les institutions subsistent aux changements de constitutions. La puissance de la représentation conceptuelle et du sentiment d'obligation coutumière qui participent à la définition d'une institution, lui assure de fait parfois une plus grande pérennité que la loi écrite. Le doyen Vedel avait souligné ce paradoxe : « Il est évidemment plus facile de faire une révolution que j'appellerais « matérielle », une révolution « de mécanique », qu'une révolution mentale et morale. La continuité psychologique et sociale est généralement plus assurée que ne peuvent l'être les mécanismes par lesquels elle s'exprime »⁵⁷. Continuité ne signifie pourtant pas stabilité absolue, dans la mesure où les institutions ne sont pas condamnées à la permanence ; elles évoluent, se transforment, voire disparaissent, mais rarement à un rythme dicté par le pouvoir constituant.

2. Une dynamique institutionnelle autonome

Les institutions sont décrites par Maurice Hauriou comme vivantes, animées par la finalité qui les porte, et sujettes à évolution. Leur stabilité, *a priori* confirmée par une dénomination constante, dissimule en réalité la mutabilité de leurs représentations. « En somme, la forme de l'institution, qui est son élément durable, consiste en un système d'équilibres de pouvoirs et de consentements construit autour d'une idée »⁵⁸. Une partie de la lente métamorphose institutionnelle découle du droit, notamment constitutionnel, qui prend les institutions pour objet. Celles-ci sont « [...] des réalités sociales vivantes que le Droit ne [fait] qu'encadrer, sans les créer »⁵⁹. Dotées d'une vie propre, sans être véritablement indépendantes à l'égard de l'ordre normatif, les institutions disposent néanmoins d'une véritable autonomie par rapport à la constitution, et d'une influence réciproque à son égard. A l'immutabilité revendiquée du droit se mêle ainsi l'évolution permanente de l'institution, qui « [...] se présente comme

⁵⁶ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁷ G. Vedel, « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC* n° 1, 1990, p. 6.

⁵⁸ Par opposition au fond qui est susceptible d'être modifié ; M. Hauriou, *op. cit.*, p. 73

⁵⁹ N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

l'outil conceptuel qui [...] permet d'inscrire le droit politique dans une durée évolutive qui, sans cesse, engendre de nouveau »⁶⁰. La constitution échappe une fois encore à son auteur, lorsque la dynamique propre des institutions auxquelles elle s'applique transforme en retour la portée de l'énoncé juridique. Produit d'une histoire en mouvement, l'institution poursuit son cours en adoptant ponctuellement les formes que lui prête le droit constitutionnel, et l'entraîne avec elle dans son élan. « On appelle *faussemens de la constitution* les déformations que la pratique apporte au fonctionnement des institutions gouvernementales et aux rapports des pouvoirs publics. La pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la constitution et qui posent la question de l'abolition de ces textes par le non-usage »⁶¹. Les incidences sont donc mutuelles, et se traduisent par exemple, comme le souligne Maurice Hauriou, par l'idée de désuétude⁶² ou d'anachronisme⁶³ de l'énoncé juridique. Certaines institutions, intégrées dans les consciences au moment constituant, se trouvent en effet inscrites en la forme constitutionnelle mais connaissent une transformation qui rend ensuite caduc l'énoncé concerné. C'est bien sûr le cas de la dissolution de l'Assemblée nationale sous la III^e République, mécanisme indépassable du régime parlementaire, qui se voit dépouillé, à partir de 1879, de sa pertinence politique⁶⁴. C'est également le cas du principe d'irresponsabilité du chef de l'Etat en vigueur depuis 1958, reformulé en 2007⁶⁵, qui, à maints égards, n'est pas adapté à la fonction présidentielle telle qu'elle est exercée sous la V^e République. Dans ces deux hypothèses, l'équilibre politique et institutionnel s'est transformé considérablement, émancipé d'un pouvoir constituant disparu sitôt son œuvre achevée. Pour autant, ces transformations institutionnelles sont, en retour, le produit du droit constitutionnel, même si elles n'ont pas nécessairement été anticipées par le pouvoir constituant : l'irresponsabilité du Président de la République française n'eût pas été questionnée, si l'usage des pouvoirs que lui accorde la constitution ne lui avait pas octroyé une telle prééminence politique. Les institutions ne sont donc pas hermétiques à toute influence juridique, mais elles représentent le point d'appui nécessaire à tout changement constitutionnel digne de ce nom.

Le pouvoir constituant comme les pouvoirs constitués chargés de mettre en œuvre la constitution établie ne peuvent renier cet héritage institutionnel. Ils sont de fait soumis à la

⁶⁰ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁶¹ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 260 ; l'auteur souligne.

⁶² P. Mouzet, « La désuétude en droit constitutionnel », *RDP* n° 5, 2009, p. 1381-1399.

⁶³ B. Jeanneau, « Les anachronismes constitutionnels français », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris : LGDJ, 1999, p. 173-205.

⁶⁴ Francis Hamon et Michel Troper évoquent ainsi « l'impossibilité de la dissolution », F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, coll. Manuel, 33^e éd., 2012, p. 409.

⁶⁵ Loi constitutionnelle portant modification du Titre IX de la Constitution, n° 2007-238 du 23 février 2007.

nécessité de s'adapter plutôt que de s'imposer, afin de ménager la légitimité de leur action. C'est ce qui apparaît à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question de la volonté générale. Issu des écrits de Jean-Jacques Rousseau, proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, constitutionnalisé à nouveau par la V^e République, le principe en vertu duquel la loi est l'expression de la volonté générale constitue probablement le fondement politique le plus ancien des systèmes de gouvernement français depuis 1789. Source du légicentrisme du XIX^e siècle⁶⁶, il est pourtant méconnu dès lors qu'éclot en France la justice constitutionnelle, la continuité institutionnelle séculaire paraissant ainsi brisée. Pour reprendre en ce sens les propos du doyen Vedel, « tel qui est persuadé, comme je le suis, que l'infailibilité de la loi a constitué la base même du droit public français pendant deux siècles, peut difficilement voir la continuité dans l'apparition du contrôle de constitutionnalité »⁶⁷. Le Conseil constitutionnel, désormais chargé de contrôler l'expression de la volonté générale, représente au premier abord un obstacle à la pérennité de cet adage. Pourtant, plutôt que de choisir d'en nier la portée, le juge décide justement d'appuyer l'opportunité de son office sur ce même fondement, en affirmant que « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁶⁸. Loin de remettre en cause le principe qui s'impose à lui, il en adapte la portée et bénéficie de la légitimité qui l'accompagne. « [...] Prenant acte du changement de paradigme opéré par le développement de son contrôle, face à une tradition constitutionnelle profondément légicentriste, le Conseil a fait le choix [...] d'inscrire son office dans le prolongement d'un principe révolutionnaire situé au fondement du droit »⁶⁹.

Les institutions, si elles sont contraignantes à l'égard du pouvoir constituant, ne le privent pas de toute liberté. Il est rare qu'il les renie, mais il peut travailler, plus ou moins directement, à leur disparition. C'est le cas flagrant de la méfiance, historique en France,

⁶⁶ « [...] La loi porte la marque *indélébile* de la souveraineté : elle est *l'expression de la volonté générale* (article 6 de la Déclaration de 1789). A son image, elle est *absolue et infailible* », J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Montchrestien – Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 22^e éd., 2008, p. 194.

⁶⁷ G. Vedel, « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC* n° 1, 1990, p. 7.

⁶⁸ CC n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* p. 70, cons. 27. Pour une analyse détaillée de cet *obiter dictum* et de ses conséquences quant à la redéfinition de la volonté générale, voir : P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris : PUF, coll. Les Grandes thèses du droit français, 2001, 246 p.

⁶⁹ B. Lecoq, « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français. A propos du mythe de la « volonté générale » », *Actes du Congrès de l'AFDC*, Lyon, 2014, disponible en ligne : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-lecoq_T2.pdf

exprimée à l'égard des juges ; « [...] héritée de l'expérience de l'Ancien Régime [...] »⁷⁰, cette tradition politique est infléchie par la consécration du contrôle de constitutionnalité des lois à partir de 1958 et plus encore de 1971⁷¹. Certes, la méfiance manifestée à l'égard du juge perdure sans doute malgré le développement de son office⁷² ; en témoignent par exemple récemment les réactions virulentes en réponse à la mise en examen d'un candidat à l'élection présidentielle. Pour autant, il est possible de lire dans cette évolution du droit positif et l'enthousiasme doctrinal qu'elle suscite, la promesse d'une transformation durable de la pensée de l'exercice du pouvoir, et des institutions qui s'y rattachent⁷³.

Le pouvoir constituant n'est donc pas sans prise sur la réalité institutionnelle qu'il prétend modeler. Son œuvre s'inscrit en revanche davantage dans le temps long – celui précisément des institutions – qu'il ne l'admet : il authentifie ou amorce un changement qui naît ou s'achève en dehors de son champ de compétence. La confrontation de la temporalité constituante avec celle des institutions met donc en exergue les limites intrinsèques à l'action constituante. L'histoire permet ainsi de balayer le mythe de la table rase, pourtant véhiculé à chaque changement de constitution. Pour autant, il ne s'agit pas de tomber dans l'excès inverse, qui considérerait le pouvoir constituant comme un organe strictement déterminé par les circonstances de son temps, privé de tout pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Là encore, paradoxalement sans doute, l'histoire est révélatrice du volontarisme à l'œuvre dans tout chantier constitutionnel.

II. Le pouvoir constituant émancipé d'un destin historiquement imposé

⁷⁰ C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, Mont-Saint-Aignan : Publications de l'Université de Rouen, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1992, p. 50.

⁷¹ Si le constituant de 1958 rompt avec la tradition en instituant un organe doté du pouvoir d'abroger une loi, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui étend l'enjeu de son office : CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29. « La décision du 16 juillet 1971 est la « grande » décision du Conseil constitutionnel, celle qui opère une véritable révolution politique en rompant avec les principes traditionnels du droit français et en particulier la souveraineté de la loi », D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, coll. Domat droit public, 11^e éd., 2016, p. 42.

⁷² Ainsi que le souligne par exemple Noëlle Lenoir, « la contestation de la légitimité du « pouvoir judiciaire » en France est toujours présente en dépit de la montée en puissance des juridictions françaises, depuis le « contrôle de conventionnalité » qui leur permet d'écarter une loi contraire à une norme internationale, jusqu'à la récente mise en place de la « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) qui rapproche considérablement le rôle du (encore) « Conseil constitutionnel » de celui d'une Cour à part entière », N. Lenoir, « Séparation des pouvoirs et gouvernement des juges », *Entretiens du Jeu de Paume*, Versailles, 17 juin 2011, disponible en ligne : <http://www.ceuropeens.org/article/separation-des-pouvoirs-et-gouvernement-des-juges>

⁷³ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

L'histoire constitutionnelle n'est pas une providence ; le pouvoir constituant ne répond pas à des auspices dont la teneur et la portée échapperaient à son appréciation. Ancré dans un contexte qui le voit naître, il n'en perd pas pour autant le volontarisme qui le caractérise. Malgré les contraintes qu'il doit accueillir, le pouvoir constituant reste la manifestation juridique de la souveraineté, ce qui implique une forme de liberté dans sa prise de décision⁷⁴. Paradoxalement, c'est l'histoire elle-même qui révèle que la constitution ne lui est pas assujettie, en enregistrant les ruptures qui sont le fruit du pouvoir constituant. Partant, l'étude historique des constitutions permet d'affirmer l'inanité des thèses naturalistes (A) et des thèses progressistes, qui lisent dans la succession des constitutions une dynamique téléologique (B).

A. L'incohérence historique d'une conception naturaliste de la constitution

L'observation attentive de l'histoire permet de remettre en cause la thèse selon laquelle les normes disposeraient d'une existence ou d'une origine naturelles. Si le droit était l'expression d'une nature normative, il en adopterait le rythme, lent et progressif, susceptible d'évolutions seulement sur le long terme. Or, bien que le pouvoir constituant ne soit pas indifférent au passé constitutionnel, il marque une rupture à son égard, que ne peut justifier que le volontarisme ainsi mis en œuvre : le contexte constituant permet donc d'éclairer les choix effectués, mais n'est pas normatif. La succession des constitutions révèle en ce sens l'absence de déterminisme de la construction juridique, non seulement au regard du pouvoir constituant lui-même (1) mais également à la lumière du devenir du texte constitutionnel, et de sa portée sans cesse transformée (2).

1. Un volontarisme triomphant : l'acte constituant

Même si elle est tempérée de contraintes de différentes sortes, l'adoption d'une constitution présente sans nul doute un caractère volontariste. Acte politique par excellence, acte fondateur à bien des égards, l'adoption d'une constitution ne saurait être réduite à une

⁷⁴ « [...] Seul le pouvoir constituant détient dans sa totalité et dans son unité la souveraineté originaires ; les pouvoirs constitués y compris le législateur n'en ont qu'un exercice partiel et conditionné », G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 93.

opération cognitive, par laquelle serait trouvée dans la nature la règle de droit la plus judicieuse. Au contraire, l'histoire constitutionnelle permet de bannir cette conception naturaliste. Ainsi, à l'instar du professeur Halpérin, « nous nous inscrivons résolument dans une perspective positiviste qui, en rejetant toute forme de droit naturel de caractère invariable (ce qui nous semble signifier une négation de l'histoire) ou à contenu changeant (ce qui constitue une forme d'aveu sur l'idéologie liée à toute conception d'un droit de la nature), conçoit le droit comme un artefact humain, une technologie »⁷⁵. Que soit défendu un droit naturel aristotélicien, puisé dans le *cosmos*, ou un droit naturel moderne, fondé sur la subjectivité et la raison humaines, l'histoire s'élève contre l'existence d'une source supérieure et transcendant le droit positif.

La première raison à cela découle du fait, paradoxal à première vue, que l'histoire n'est pas normative. Ainsi, la pérennité multiséculaire d'un ordre politique ne présume en rien de son intangibilité. Ce fut pourtant l'argument premier des contre-révolutionnaires qui, aux XVIII^e et XIX^e siècles, se refusèrent à reconnaître les différentes constitutions au nom d'un régime définitivement révolu. « Il est significatif à cet égard que les écrits contre-révolutionnaires, parallèlement à leur réfutation du volontarisme constitutionnel, condamnent le passage d'un temps immuable à un temps irréversible et la croyance en l'irréversibilité de l'histoire qui pose l'humanité comme fondatrice d'elle-même »⁷⁶. Si, ainsi qu'ils le défendaient, l'effectivité d'un ordre juridique dépend de sa conformité à des exigences naturelles supérieures, une lecture même rapide de l'histoire constitutionnelle ne peut que leur donner tort. C'est ce qu'expriment d'ailleurs les révolutionnaires républicains par la plume de Mona Ozouf pour qui « l'histoire ne fournit ni précédent ni appui, la durée n'a rien à dire sur la valeur. Bien au contraire : car plus le passé a duré, plus il s'est surchargé de compromis, confus, obstacles à l'émancipation individuelle ; plus il comporte une présomption de corruption »⁷⁷. La confrontation idéologique qui justifie l'opposition des contre-révolutionnaires contribue en fait à révéler une transformation dans le traitement juridique de l'histoire, ainsi que le souligne le professeur Saint-Bonnet, « sous l'Ancien Régime, l'histoire constitutionnelle est conçue comme un corpus de règles tandis qu'elle devient, avec la Révolution, une collection ou un recueil d'arguments »⁷⁸. Le pouvoir constituant lui-même,

⁷⁵ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 297.

⁷⁶ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n° 7, mai 2012.

⁷⁷ M. Ozouf, « L'idée républicaine et l'interprétation du passé national », *Annales. Histoire, Sciences sociales* n° 6, 1998, p. 1077.

⁷⁸ F. Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

les pouvoirs constitués après lui, vont en effet emprunter à l'histoire sa force symbolique au service de la légitimité de leurs décisions. Le juge notamment, fonde ses interprétations constructives sur l'argument d'un passé recomposé⁷⁹. Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une obligation qui s'impose au constituant ou à l'interprète, mais de l'expression de la liberté juridique des acteurs, aptes à chercher dans l'histoire les justifications adéquates à leur décision. L'invocation de l'histoire appartient au champ de la légitimité avant d'appartenir à celui de la légalité.

Non seulement l'histoire ne livre-t-elle pas ce que *doit être* le droit constitutionnel, mais encore ne dicte-t-elle pas non plus la forme que celui-ci devrait adopter, comme en témoigne la diversité dans la succession des constitutions françaises. En effet, « l'inventaire des treize textes qui se sont succédé depuis 1791 et des révisions partielles encore plus nombreuses, révèle des matériaux étonnamment divers. La souveraine liberté des Constituants les a autorisés à composer leur œuvre à leur idée sans souci des frontières, de schémas, de volume [...] en fonction de ce que leur paraissaient justifier les circonstances »⁸⁰. Si la continuité reste marquée dans la procession des constitutions, elle s'explique par d'autres facteurs que la prégnance d'un droit naturel introuvable.

Le pouvoir constituant, en tant qu'émanation d'un contexte social et politique déterminé, est influencé par son environnement. La validité de son action n'est cependant pas évaluée à l'aune de sa conformité à ce contexte. C'est pourtant la thèse défendue par Léon Duguit, qui voyait dans le fait social, dans la « solidarité sociale », le fondement nécessaire du droit émanant des organes de l'Etat⁸¹. Si le doyen de Bordeaux se distingue ainsi en apparence des thèses classiques du droit naturel, il se heurte aux mêmes travers : l'insaisissabilité de la norme objective conduit à postuler la conformité du droit positif à son endroit, ce qui revient à accorder un blanc-seing à la puissance de l'Etat⁸², et à dépouiller ainsi sa théorie de tout effet opératoire. Par ailleurs, une telle conception du fondement du droit positif repose sur une appréhension tronquée des rapports réciproques entre fait social et constitution. En effet, « le

⁷⁹ D. Bailly, « La force normative de l'histoire en droit constitutionnel : à propos des relations entre histoire et identité constitutionnelle », *Actes du Congrès de l'AFDC*, Nancy, 2011, disponible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN9/baillyTD9.pdf>

⁸⁰ P. Ardant, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 31.

⁸¹ Ainsi le maître bordelais écrit-il que « [...] la loi positive pour être légitime devra être l'expression, le développement ou la mise en œuvre de ce principe », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd. Paris : Ed. Panthéon-Assas - LGDJ, coll. Les Introuvables, 2007, p. 10.

⁸² « On y retrouve une théorie lénifiante caractéristique des doctrines du droit naturel qui consistent, comme l'a remarqué Kelsen dans l'histoire de la pensée jusnaturaliste, à éliminer les conflits entre le droit idéal et le droit positif en justifiant, davantage qu'en le renversant, l'ordre juridique établi », A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 98.

renouvellement des normes ne résulte pas [...] d'un déterminisme socio-historique ; s'il tient compte des transformations sociales, il arrive aussi que les règles précèdent les mœurs en les suscitant »⁸³. La relation entre fait et norme n'est donc pas unilatérale, comme le préconisent les tenants du droit naturel ; cela justifie que la constitution ne soit pas regardée comme la traduction fidèle d'une réalité sociale instantanée. Au contraire, « la constitution écrite est tournée vers l'avenir en raison de l'inspiration politique que lui désigne le constitutionnalisme »⁸⁴.

Le pouvoir constituant, s'il peut partiellement s'analyser en termes de contraintes, ne peut être réduit au résultat d'une nécessité, formulation édulcorée d'un impératif naturaliste. De même, il ne peut être exclusivement étudié à travers la notion de hasard, porteuse des traces d'un droit sociétal immanent adoptant les formes constitutionnelles. Selon les propos de Georges Vedel, « [...] le couple hasard-nécessité nous livre une fausse grille de lecture »⁸⁵, qu'il faut dépasser. « C'est tout d'abord sur la substitution de la liberté au hasard qu'il faudrait porter son attention : la liberté dans son sens le plus fort, c'est-à-dire la volonté, opposée à la fois au hasard et à la nécessité »⁸⁶. L'histoire constitutionnelle milite en faveur de la confirmation de la souveraineté du pouvoir constituant, caractérisée par la liberté qui préside à l'établissement des constitutions. Sans être indépendant, le droit positif reste le fruit d'une autonomie de la volonté, qui elle-même ne dépend pas d'une nature humaine prescriptive. En effet, « face à des conceptions essentialistes, qui supposent des universaux ou des invariants dans le contenu des règles juridiques, nous affirmons que tout peut être changé dans un ordre juridique et que la possibilité d'un changement – le fait que le changement soit en quelque sorte prévu d'avance et organisé par des règles procédurales – est précisément un critère déterminant pour identifier la création d'ordres juridiques par rapport à d'autres ordres de contrainte »⁸⁷. Cette dernière affirmation se doit cependant d'être nuancée, dans la mesure où le changement constitutionnel n'épouse pas systématiquement les formes prévues à cet effet sans que soit pour autant remise en cause son effectivité.

2. Un volontarisme permanent : l'évolution de la Constitution

⁸³ S. Goyard-Fabre, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale* n° 83, 2014, p. 315.

⁸⁴ D. Baranger, « Temps et constitution », *Droits* n° 30, 2000, p. 56.

⁸⁵ G. Vedel, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 29.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁷ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 298.

L'histoire constitutionnelle, pour étudier les différentes constitutions, ne doit pas être aveugle à l'histoire de chacune d'elles : entre deux moments constitutants, le droit constitutionnel n'est pas statique mais démontre au contraire une mobilité permanente, résultat inévitable de son application. La plupart des constitutions prévoient en effet, au service de leur propre longévité, les moyens juridiques de leur révision⁸⁸. Cette évolution formelle du texte constitutionnel, répondant à une procédure aisément identifiable, est souvent assimilée à l'œuvre d'un pouvoir constituant de même nature que l'auteur originel de la constitution⁸⁹. Partant, elle est rarement occultée par les chercheurs intéressés à l'histoire constitutionnelle⁹⁰. En revanche, il en va autrement des « changements constitutionnels informels »⁹¹, dont l'existence même ne fait pas consensus⁹². La « nature » constitutionnelle, si elle ne s'impose pas au pouvoir constituant, ne s'impose pas davantage aux acteurs de la constitution, qui en altèrent continuellement la portée. Malgré l'exclusivité affichée de la procédure de révision pour modifier une constitution dite rigide, la norme constitutionnelle se caractérise par son évolutivité permanente. Jellinek notamment, insiste sur la nécessité « [...] de reconnaître ouvertement ces transformations qui se font jour en dépit de tous les

⁸⁸ C'est la pensée exprimée par Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, selon laquelle « il n'est pas de Constitution qui puisse être définitive. Il faudra donc lui apporter des retouches, des compléments, des adaptations. Les constituants eux-mêmes devront avoir la sagesse de prévoir et d'insérer dans leur œuvre les procédures qui permettront de réparer ses imperfections et l'usure du temps », P. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 28^e éd., 2016, p. 86-87.

⁸⁹ Il s'agit par exemple de la posture défendue par le doyen Vedel, pour qui le pouvoir de révision dispose des mêmes prérogatives que le pouvoir constituant « originaire », et donc d'une véritable souveraineté : « Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé ») est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la révision », G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 90.

⁹⁰ « En définitive, on peut donc dire que quand l'historien du constitutionnalisme analyse les normes et les institutions, il doit mettre en relief non seulement leur permanence mais aussi leur changement ; changement qui, non seulement, s'opère à travers la réforme du texte constitutionnel, mais aussi grâce aux réformes des autres normes constitutionnelles de type matériel, à travers les conventions et en vertu de la jurisprudence des tribunaux, sans qu'il y ait eu expressément, pour cela, une réforme de tel texte normatif », J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *RFDC* n° 68, 2006, p. 681-682.

⁹¹ Cette notion a fait l'objet d'une thèse : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne : Institut universitaire Varenne, Paris : LGDJ-Lextenso, coll. des thèses, 2013, 627. C'est cependant à Georg Jellinek que revient la paternité de l'expression « changement constitutionnel » ; G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, 1926, cité par O. Beaud, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs* n° 99, 2001, p. 21.

⁹² Voir par exemple à cet égard : O. Pfersmann, « De l'impossibilité de changement de sens de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 353-374.

empêchements juridiques : nous voulons parler de ces changements qui résultent des relations réelles de puissance entre les différents organes supérieurs de l'Etat »⁹³.

Coutumes constitutionnelles⁹⁴, conventions de la constitution⁹⁵, pratiques anonymes : les changements constitutionnels informels peinent à se ranger sous une dénomination commune, mais présentent malgré tout une unité dans leur portée – ils transforment l'application du texte constitutionnel – et dans leurs sources – ils résultent de la manifestation d'une volonté des pouvoirs constitués. Confronté à ses pratiques, le texte constitutionnel apparaît, quoiqu'inchangé, juridiquement affecté puisqu'il subit l'action du temps, au rythme des acteurs qui s'en saisissent. « En insistant sur le critère du changement pour la détermination des ordres juridiques, la perspective historique met en valeur leur métamorphose, à la fois perpétuelle et susceptible de rythmes ou de formes très variables »⁹⁶. L'histoire permet donc de révéler l'évolutivité de la norme constitutionnelle en dehors de tout changement formel du texte, pourtant censé en être la source exclusive. Elle permet par ailleurs de discréditer certaines thèses par trop radicales. En effet, « la propension au changement des ensembles constitutionnels, ce que l'on pourrait appeler tout simplement l'histoire, constitue l'un des affronts les plus manifestes de la réalité au positivisme rigide et endogène d'un Kelsen »⁹⁷. L'histoire est également un instrument utile à démontrer l'inanité des thèses naturalistes : il n'est pas de droit qui s'imposerait en soi car les normes sont largement déterminées par l'acte de volonté des interprètes, qui peuvent conférer à un énoncé inchangé, une signification renouvelée. Le droit constitutionnel présente ainsi une partie des caractères de la tradition politique, tels qu'ils sont identifiés par Raoul Girardet qui souligne le « [...] rôle accidentel, mais à l'occasion décisif, joué par une personnalité au rayonnement suffisamment puissant pour détourner à son profit l'apparent déterminisme des habitudes, des allégeances et des comportements »⁹⁸. Le rôle de la volonté des pouvoirs constitués ainsi consacré efface d'autant le déterminisme naturel auquel ils sont censés être soumis.

⁹³ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'Etat*, trad. G. Fardis, Paris : M. Giard & E. Brière, 1913, rééd. Paris : Ed. Panthéon-Assas – LGDJ, coll. Les Introuvables, 2005, p. 213.

⁹⁴ René Capitant, « La coutume constitutionnelle », R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, reproduit à la *RDP* n° 4, 1979, p. 959-970.

⁹⁵ P. Avril, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.

⁹⁶ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 304.

⁹⁷ D. Baranger, « Les constitutions de Michel Troper », *Droits* n° 37, 2003, p. 143.

⁹⁸ R. Girardet, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 12.

Cette leçon de l'histoire semble pourtant ignorée par les héritiers de la doctrine du droit naturel moderne. Ce dernier procède d'une conception particulière des impératifs qui s'imposent au constituant, dans la mesure où « le droit naturel moderne est [...] un droit naturel *constitutionnel*, ou un droit naturel *public*, [...] un droit public valable pour *tous* les Etats, et basé, non sur les coutumes, la loi antérieure ou positive, mais sur la seule raison naturelle »⁹⁹. L'acception moderne du droit naturel se distingue ainsi d'un droit naturel ancien, conçu comme le fruit d'un environnement déterminé¹⁰⁰. A l'inverse, les partisans modernes du droit naturel reconnaissent l'universalité des droits associés à la raison humaine ; ainsi extraits de la contingence historique et géographique, les fondements du droit positif trouveraient dans l'humanité leur source inaltérable. Cette doctrine n'est pas étrangère au développement, au niveau national et international, de mécanismes de garantie des droits subjectifs des individus¹⁰¹. Ainsi, selon le doyen Vedel, dans l'esprit des Français, « [...] le fondement ou la raison d'être du contrôle de constitutionnalité des lois se trouverait dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social, ce qui reviendrait à ressusciter triomphalement le « jus-naturalisme » [...] »¹⁰². Pourtant, considérer que la nature humaine impose la protection des droits de l'homme par un mécanisme juridictionnel recèle de contradictions. Comment, en effet, justifier la transformation que connaissent les droits protégés par le juge au cours du temps ? Comment concilier l'universalité de la liberté et la contingence de sa garantie ? L'évolution continue que connaît le droit constitutionnel en matière de protection des droits ne saurait être considérée autrement que comme le résultat d'une volonté conjuguée des pouvoirs constitués, et notamment du juge constitutionnel. Si les droits fondamentaux s'imposent dans une certaine mesure au pouvoir constituant lui-même, c'est d'abord parce qu'ils prennent la forme d'institutions¹⁰³, dont la

⁹⁹ L. Strauss, « Le droit naturel », trad. E. Patard, *Archives de philosophie* Tome 79, 2016, p. 463 ; l'auteur souligne.

¹⁰⁰ Ainsi, « [...] le droit naturel des Anciens est pour eux irrémédiablement marqué par une cosmologie « hiérarchique » dans laquelle l'esprit ne peut plus se reconnaître, et surtout, il est incapable de faire droit aux exigences universalistes qui sont apparues avec les doctrines des droits de l'homme [...] », P. Raynaud, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris : Armand Colin, coll. Le temps des idées, 2010, p. 17-18.

¹⁰¹ « Les droits de l'homme, les libertés et droits fondamentaux, de quelque nom qu'on les appelle, relèvent originellement du droit naturel », G. Vedel, « La constitution comme garantie des droits, le droit naturel », in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution. Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 205.

¹⁰² G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* n° 45, 1988, p. 153.

¹⁰³ « Autrefois, ils [les droits de l'homme] étaient une idée qu'il importait de réaliser, contre et outre les obstacles du droit existant. Désormais, ils sont soit une partie du droit existant, soit un principe qui anime le droit de l'intérieur », D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009.

force politique ne saurait être négligée¹⁰⁴. Néanmoins, il est vain, et incohérent à la lumière du droit positif, de plaider en faveur de l'intangibilité des droits attachés à la nature humaine. Face à une jurisprudence sans cesse constructive en la matière, la seule réponse rationnelle à ce problème résiderait dans l'affirmation que les droits naturels n'ont pas achevé de s'imposer au pouvoir constituant, et que le juge participe quotidiennement de leur « découverte ». Le droit constitutionnel poursuivrait ainsi une progression constante, jusqu'à parvenir à un régime juridique optimal, enfin conforme aux prescriptions naturelles. Cependant, cette lecture de l'histoire constitutionnelle, animée par la dynamique du progrès, n'est pas sans présenter elle-même plusieurs failles.

B. L'incohérence d'une conception progressiste de l'histoire constitutionnelle

L'historien encourt le danger de lire dans la lente fuite du temps, la poursuite d'une destinée déterminée dès l'origine. La pensée finaliste de Hegel dispose d'un certain écho en matière constitutionnelle même si son héritage est rarement ouvertement revendiqué. La construction de la doctrine moderne assimile en effet dans une certaine mesure la croyance dans un progrès, manifesté par les constructions constitutionnelles successives. Au service de ces thèses, qui dissimulent une profonde subjectivité sous couvert de l'énonciation d'une vérité, le passé (1) et l'avenir (2) sont présentés comme autant d'exigences qui s'imposent au pouvoir constituant.

1. Une lecture partielle de l'histoire

Dans une perspective progressiste, l'histoire tient lieu de justification principale ; elle détermine et démontre à la fois la finalité qui anime la succession d'événements identifiés. Loin d'être une procession de faits indépendants, l'histoire, et en l'occurrence l'histoire constitutionnelle, serait téléologique, à la poursuite d'un objectif, révélé rétrospectivement. Une telle conception s'appuie moins sur la continuité institutionnelle qui caractérise

¹⁰⁴ Le doyen Vedel identifie ainsi une contrainte à l'égard du pouvoir constituant, dont l'innovation se limite à ajouter des droits, sans en retirer. Pour lui, « ce n'est que par cette acceptation totale de l'héritage qu'il devenait possible de lui ajouter quelque chose », à propos de l'élaboration de la constitution de 1946 ; G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* n° 45, 1988, p. 154.

l'enchaînement des régimes politiques, que sur l'existence d'une finalité, parfois inavouée ou inconsciente, des discours qui ont mené à leur mise en place. Depuis l'aube de l'ère constitutionnelle, la même perfection, jamais atteinte, sans cesse recherchée, justifierait la succession des entreprises constitutives. Une telle conception de l'histoire constitutionnelle, progressiste et finaliste, fait fi de plusieurs limites d'ordre épistémologique, au premier rang desquelles figure l'introuvable objectivité des arguments mobilisés à son service.

L'histoire et le droit présentent une même difficulté dans leur appréhension scientifique ; en effet, « ces deux disciplines ne peuvent prétendre à une connaissance empirique comme les sciences de la nature, car l'histoire comme le droit sont des sciences fondées sur l'interprétation »¹⁰⁵. L'histoire ne permet donc pas une objectivité avérée, dans la mesure où elle repose en grande partie sur l'étude d'un discours, et non sur l'analyse de faits dont la compréhension s'imposerait immédiatement à l'observateur. « En effet, à la différence du présent, où l'observateur peut utiliser, grâce au vécu, autant l'événement que la langue, le passé qui s'offre à l'historien voit disparaître l'événement de sorte que le langage est la trace qui reste et qui est visible »¹⁰⁶. Conjuguée à la nature dialogique du droit, l'indétermination de l'analyse historique contribue à la relativité des arguments fondés tout entiers sur l'autorité du passé. Les thèses défendues dans le temps présent pourront ainsi librement piocher dans les discours passés, fussent-ils partiels et sortis de leur contexte, les arguments de leur pertinence. Mona Ozouf reproche ainsi aux partisans de l'idée républicaine une « invocation très désinvolte à l'égard de l'histoire »¹⁰⁷, par laquelle cette dernière « est traitée comme un trésor d'exemples »¹⁰⁸, au détriment de la systématisme que mériterait la compréhension du passé. L'histoire regorge en effet d'arguments d'autorité, susceptible de fonder la légitimité du pouvoir, que l'existence des faits invoqués soit scientifiquement avérée ou non¹⁰⁹.

A bien des égards, cette convocation instrumentale de l'histoire soutient également la doctrine juridique contemporaine qui voit dans le contrôle juridictionnel de constitutionnalité

¹⁰⁵ T. Carrère, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus politicum* n° 14, juin 2015.

¹⁰⁶ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Emmanuel Cartier présente une conclusion similaire lorsqu'il écrit que « cette complémentarité de l'histoire à l'égard du droit s'illustre [...] surtout par la technique de recherche du juriste qui, comme l'historien, interroge des documents principalement écrits, parfois formellement identiques [...] », E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC* n° 67, 2006, p. 515.

¹⁰⁷ M. Ozouf, « L'idée républicaine et l'interprétation du passé national », *Annales. Histoire, Sciences sociales* n° 6, 1998, p. 1075.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 1083.

¹⁰⁹ C'est ce que souligne Emmanuel Cartier, qui évoque « [...] une histoire officielle dont l'objectif est de légitimer l'exercice du pouvoir et l'existence de ses détenteurs », E. Cartier, *op. cit.*, p. 522.

des lois et dans le modèle de l'Etat de droit le dénouement sans cesse différé de l'œuvre révolutionnaire¹¹⁰. Ainsi, « [...] cette suprématie (de la constitution par l'avènement du contrôle de constitutionnalité) peut aujourd'hui s'interpréter comme un aboutissement du discours libéral constitutionnaliste vieux de plus de deux siècles, comme le dénouement historique qui en marque le singulier moment tout à la fois de l'apothéose et du déclin »¹¹¹. Pourtant, une autre lecture des travaux constitutifs de 1789 à 1795 conduit à une conclusion très différente : la protection des droits proclamés n'implique pas que soit instauré un gardien¹¹², et le pouvoir législatif, relevant de la souveraineté nationale, ne saurait être contrôlé¹¹³. Il est certes possible de considérer la continuité de la pensée idéologique qui, de Sieyès à Kelsen, a mené à l'établissement d'une justice constitutionnelle, fondée sur la supériorité normative de la constitution établie sous l'influence du premier¹¹⁴. Pour autant, l'existence, en 1789, de prémices philosophiques au normativisme ne saurait être assimilée à la preuve d'une nécessité historique de la consécration de la justice constitutionnelle au XX^e siècle. Si l'histoire peut certes permettre « [...] d'identifier les racines de cette problématique, en insistant notamment sur la garantie des droits de l'homme et la suprématie de la constitution »¹¹⁵, on ne saurait prêter aux révolutionnaires un dessein qui leur était tout à fait étranger. Le concept d'Etat de droit s'est certes depuis imposé autour notamment du contrôle de constitutionnalité des lois, mais son avènement relève davantage d'un concours de

¹¹⁰ L'Etat de droit apparaît ainsi sous la plume de Louis Favoreu, comme l'aboutissement d'une progression. Il écrit ainsi que « l'Etat de droit constitue une étape supplémentaire et un perfectionnement par rapport à la démocratie », L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat* n° 64, 1991, p. 161.

¹¹¹ J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard Éditeur, coll. Essais, 2010, p. 6-7.

¹¹² La Révolution repose justement sur la confiance entretenue par les constituants en un système de séparation des pouvoirs : « Tous semblent croire qu'il suffit que l'interdiction soit formulée par le constituant pour que le législateur s'y plie mécaniquement. Du maintien de l'équilibre des pouvoirs découlera le respect des libertés et des droits », P. Pichot, « Penser le contrôle *a priori* (1789-1870) », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28, juillet 2010, p. 7. En outre, le jury constitutionnaire dont l'instauration est défendue par Sieyès en 1794 vise à un contrôle formel de constitutionnalité de la loi, et non au regard des droits proclamés, et il ne saurait être assimilé à une juridiction au sens contemporain. Voir en ce sens, M. Troper, « Sieyès et le jury constitutionnaire », in M. Ameller et alii (dir.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 265-282.

¹¹³ « Tout le droit public français, à partir de la Révolution, est caractérisé par le refus de se doter d'institutions et de procédures de contrôle de la constitutionnalité de la législation. La loi, expression de la volonté générale, produit d'une assemblée législative souveraine, était soustraite à toute obligation de respecter des normes supérieures », M. Fioravanti, « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », *Annales historiques de la Révolution française* n° 349, 2007, p. 87.

¹¹⁴ « Le modèle constitutionnel de Sieyès est fondé sur un autre principe : celui de la hiérarchie des normes, et de la « superlégalité » de la constitution. [...] C'est ce modèle constitutionnel qui, repensé par Hans Kelsen, s'est imposé beaucoup plus tard dans les constitutions européennes après la Seconde Guerre mondiale [...] », P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris : Ed. Odile Jacob, 1998, p. 12-13.

¹¹⁵ L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, p. 329.

circonstances successives que d'une destinée prédéterminée. Pourtant, la doctrine majoritaire, « [...] ayant fait du discours de l'Etat de droit une idéologie dominante propre à donner un sens à l'histoire constitutionnelle, [...] semble échapper au doute qui pèse désormais sur toutes les théories défendant l'idée d'un développement linéaire »¹¹⁶.

L'instrumentalisation du passé au service des thèses finalistes de l'histoire constitutionnelle comprend par ailleurs le danger de l'anachronisme conceptuel, par lequel sont appliqués à un temps révolu des cadres de pensée élaborés postérieurement. Ce risque accompagne constamment l'historien, qui doit consciemment lutter contre l'hégémonie de son cadre de pensée. « En faisant sortir les raisonnements constitutionnels du territoire couvert par le constitutionnalisme moderne, nous prenons en permanence, et le plus souvent sans nous en rendre compte, le risque d'une projection rétrospective de nos concepts et de leur environnement historique et culturel, autrement dit le risque d'un anachronisme »¹¹⁷. Cette difficulté, si elle est négligée, permet de faire dire aux événements ce qu'on y cherche, plutôt que ce qu'ils furent véritablement. Ainsi, « [...] quelles que soient les sources aux travers desquelles les doctrines et les concepts constitutionnels s'expriment (indépendamment de leur contenu juridique plus ou moins étendu), le principal risque que doit éviter l'historien du constitutionnalisme est d'interpréter ces doctrines et concepts à partir du présent au lieu de l'époque où ces concepts apparurent. Pour faire bref, le principal risque est le « présentisme » encouru par de nombreux constitutionnalistes qui en viennent à la réflexion sur le passé constitutionnel non tant pour le comprendre et l'expliquer que *pour justifier leurs propres élaborations doctrinales* »¹¹⁸. Un tel usage de l'histoire paraît ainsi périlleux, non seulement pour l'histoire elle-même, dont les leçons sont faussées au profit d'une certaine conception du présent, mais également pour le droit, alors paré insidieusement des vertus de l'intemporalité au service de sa sacralisation¹¹⁹ ou de sa critique. Envisager l'histoire constitutionnelle comme dotée d'une fin suppose également de prédire ce qui sera à partir de ce qui est ou de ce qui a été, entreprise particulièrement hasardeuse qui repose dans une large mesure sur le caractère normatif de l'histoire.

¹¹⁶ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n°7, mai 2012.

¹¹⁷ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus politicum* n° 3, décembre 2009. Cette idée est également exprimée par Bastien François : « Il y a une forme d'illusion rétrospective à mettre ce que nous savons du cours de l'Histoire dans la tête des gens qui ont fait cela », D. Maus, J.-L. Halpérin, B. François, M. Troper, A. Laurentin, A. Lachand, « Ecrire une Constitution », *RFDC* n° 79, 2009, p. 559.

¹¹⁸ J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *RFDC* n° 68, 2006, p. 686 ; nous soulignons.

¹¹⁹ Pour le lien établi entre l'intemporalité – distinguée de l'immutabilité – et la sacralisation, voir D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 119.

2. Une lecture prophétique de l'histoire

La doctrine de la fin de l'histoire¹²⁰ perçoit dans l'écoulement du temps une logique, une rationalité¹²¹, à la poursuite d'un objectif déterminé, même s'il n'est pas nécessairement conscient. Hegel, le plus illustre partisan de cette théorie, parvient à concilier la contingence de l'histoire à la permanence de sa finalité. Selon la lecture que Léon de Lantsheere en livre, l'œuvre de Hegel repose sur l'idée que « l'Absolu, ou le rationnel, et le Relatif, ou l'historique, ne se présentent plus comme des formes irréductibles. *Le Relatif est, à tous les degrés de son évolution, un moment logique du développement de l'Absolu.* Chaque phase de l'évolution du droit se relie ainsi, en même temps, aux circonstances passagères du milieu et au système nécessaire des vérités idéales »¹²². Cette conception idéaliste de l'histoire appliquée au droit constitutionnel conduit à une forme de détermination du pouvoir constituant, dont l'action serait ainsi préfigurée par la nécessaire cohérence à l'égard du passé. Elle renvoie également à l'idée de progrès, entendu comme perfectionnement constant d'une finalité déterminée¹²³. Si l'écueil principal d'une thèse en faveur d'un tel progrès, qui implique l'idée d'une amélioration, repose nécessairement dans le caractère profondément subjectif de son appréciation, il réside également dans une lecture orientée du passé qui en est le soutien. En effet, « c'est un truisme d'affirmer qu'il y a autant d'histoires du droit que d'historiens du droit et même d'enquêtes liées à un terrain déterminé »¹²⁴. Il paraît donc impossible de soutenir avec conviction que l'histoire poursuit de façon irréversible un cours identifiable, et qu'ainsi, l'avenir est tracé. Par ailleurs, une analyse même rapide des droits constitutionnels successifs démontre le défaut d'opérabilité de la notion de progrès, « car un

¹²⁰ L'expression est empruntée à Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris : Flammarion, coll. Champs. Essais, 2008, 451 p.

¹²¹ « [...] Cette marche en avant du genre humain ne s'accomplit point à l'aventure, sans ordre et sans régularité », L. de Lantsheere, « L'évolution moderne du droit naturel », *Revue néo-scholastique* n° 15, 1897, p. 306.

¹²² L. de Lantsheere, « L'évolution moderne du droit naturel », *Revue néo-scholastique* n° 15, 1897, p. 306 ; l'auteur souligne.

¹²³ « L'idée de progrès suppose que le temps soit considéré comme positif, créateur, vecteur de valeur. Elle suppose que la nouveauté n'apparaisse pas comme un dérangement ou une destruction de l'ordre de l'être, mais apporte au contraire un plus-être, un mieux-être. Intégrée dans une suite, préparée par le passé, elle prépare aussi l'avenir », A. Pons, « Progrès » in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige. Dicos poche, 3^e éd., 2003, p. 581.

¹²⁴ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société* n° 75, 2010, p. 312. C'est également le point de vue défendu par François Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum* n° 2, mars 2009.

des caractères de notre histoire constitutionnelle est qu'elle ne s'analyse pas comme la recherche persévérante de la perfection ou d'institutions idéales, elle doit peu aux théories et *elle ne s'apprécie pas en termes de progrès*. Elle est avant tout une suite de réponses données, dans la hâte souvent, à des problèmes concrets posés à un pouvoir cherchant à assurer ses assises. Sa richesse est due d'abord à son adaptation continuelle à une conjoncture constamment renouvelée »¹²⁵.

La prédictibilité du droit constitutionnel induite par l'idée de progrès se heurte en outre à divers obstacles d'ordre théorique. D'abord, elle s'oppose frontalement à la consécration de la volonté du pouvoir constituant. Plongé dans une contingence ordonnée, celui-ci ne serait que la manifestation tangible d'une nécessité qui le dépasse, le porte-parole d'un esprit social sur lequel il n'a aucune prise. Ce déterminisme absolu ne coïncide pas avec une lecture appliquée des ordres constitutionnels, comme nous l'avons vu précédemment, et entretient la croyance en une autonomie de la constitution à l'égard de ses auteurs. Dans une certaine mesure, il s'agit de l'ambition affichée par Maurice Hauriou lorsqu'il établit sa théorie des cycles constitutionnels. Selon le professeur Hummel, « parallèlement à une *historicité* constitutionnelle, dont les acteurs marquent le cours et qui englobe des formes temporaires serrées entre une origine et une cessation, il s'agit [pour Hauriou] de saisir une *temporalité* propre aux choses constitutionnelles »¹²⁶. Plus largement, la théorie des cycles constitutionnels est souvent vilipendée, à raison du déterminisme qu'elle prétend substituer à la réunion de circonstances fortuites. « Hauriou semble succomber à la tentation de dévoiler une main invisible à l'œuvre derrière une succession hasardeuse et contingente de faits historiques », même si, précise Jacky Hummel, « [son] souci premier n'est pas dans cet effort de rationalisation »¹²⁷. Si la théorie des cycles constitutionnels est d'abord revendiquée en tant qu'instrument de lisibilité de l'histoire, elle s'accompagne d'une certaine prétention à la prévisibilité de l'avenir constitutionnel. En effet, « basée sur l'étude d'éléments empiriques chronologiquement situés, cette théorie des cycles n'a pas pour but de comprendre ce qui est, mais de prédire ce qui sera »¹²⁸. La conception finaliste de l'histoire juridique s'accomplit en effet dans la prédiction, ou la prescription, du futur constitutionnel, sur le fondement d'une

¹²⁵ P. Ardant, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs* n° 50, 1989, p. 31 ; nous soulignons.

¹²⁶ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n°7, mai 2012 ; l'auteur souligne.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ M. Cottureau, « L'usage d'argument historique dans le discours juridique », *Actes du Congrès de l'AFDC*, Lyon, 2014, disponible en ligne :

http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-cottureau_T2.pdf

direction affichée par le passé. Or, selon Karl Popper, fervent opposant à Hegel, il n'existe « aucune raison valable d'attendre de n'importe quelle apparente répétition d'une évolution historique qu'elle continuera à se poursuivre parallèlement à son prototype »¹²⁹. Pour résumer plus prosaïquement, il est « impossible donc [...] de prévoir réellement ce que feront les fils en fonction de ce qu'ont fait les pères »¹³⁰.

Partant, la faille principale des thèses de la finalité de l'histoire résulte, particulièrement dans le domaine constitutionnel, de l'imprévisibilité inextricable de ce que sera le droit. « Aujourd'hui, si notre perception de l'histoire s'est dégagée du modèle hégélien du temps historique, c'est d'abord parce qu'il est devenu impossible de croire à une finalité du temps du fait de la nature profondément immaîtrisable et imprévisible de l'avenir »¹³¹. L'histoire constitutionnelle est celle d'un « éternel retour »¹³² à l'insatisfaction, non seulement des constituants qui voient leur œuvre défigurée au cours du temps, mais aussi des aspirations sociales, nécessitant au gré des circonstances que soit adaptée la norme pourtant réputée parfaite à l'origine¹³³. Car, si l'ambition du droit est profondément sociale, elle doit évoluer au rythme que lui prescrit la société, au risque de basculer dans les affres de l'ineffectivité. La confrontation aux faits est ici déterminante, qui dicte l'opportunité du changement constitutionnel. Dans ce cas, le droit est soumis à la même évolutivité aléatoire que la société qu'il prétend régir. Partant, « il en résulte évidemment que l'innovation se dessine sur fond de risque et qu'elle demeure à jamais inachevée »¹³⁴.

L'idéal constitutionnel échappe au pouvoir constituant qui, aujourd'hui comme hier, semble condamné à le poursuivre insatiablement. Si l'histoire dispense une leçon en la

¹²⁹ K. Popper, *Misère de l'historicisme*, trad. H. Rousseau et R. Bouveresse-Quilliot, Paris : Presses Pocket, coll. Agora, p. 140.

¹³⁰ R. Girardet, « Autour de la notion de tradition politique. Essai de problématique », *Pouvoirs* n° 42, 1987, p. 13.

¹³¹ J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Jus politicum* n°7, mai 2012.

¹³² Nous empruntons l'expression employée par Mircea Eliade, *Le mythe de l'éternel retour : archétypes et répétitions*, Paris : Gallimard, coll. Idées, 1985, 187 p.

¹³³ C'est le constat livré par Jacky Hummel : « Les leçons tirées de l'histoire politique du XIXe siècle sont [ainsi] amères : enchâssées dans les sociétés comme elles le sont dans les hommes qui les gouvernent, la passion du pouvoir, la duplicité et la discorde politique finissent par avoir raison des constructions constitutionnelles, aussi parfaites puissent-elles apparaître au moment de leur rédaction ». Et encore, plus loin : « Les expériences tragiques du XXe siècle achèvent de confirmer cette impression d'impuissance face au réel. Elles conduisent à voir dans les lois fondamentales non pas un cadre exhaustif et contraignant, mais des normes incomplètes et fragiles, si ce n'est des leurres [...]. Prétendant à l'immortalité, elles se révèlent mouvantes et éphémères », J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard Éditeur, coll. Essais, 2010, p. 18-20.

¹³⁴ S. Goyard-Fabre, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale* n° 83, 2014, p. 316.

matière, c'est bien celle de l'imperfection sans cesse renouvelée du droit constitutionnel. Ses apports à l'étude du pouvoir constituant n'en restent pas moins incontournables, puisqu'elle révèle toute la complexité de son action et, partant, ce que la constitution doit au passé. L'histoire est donc bien un instrument primordial de la compréhension et de la relativisation du droit, sans pourtant être un instrument du droit lui-même.