



HAL
open science

Les changements inconstitutionnels de régime dans l'histoire constitutionnelle française

André Roux

► **To cite this version:**

André Roux. Les changements inconstitutionnels de régime dans l'histoire constitutionnelle française. Les changements anticonstitutionnels de gouvernement, Rafaâ Ben Achour, Apr 2013, Tunis, France. pp.77. hal-03961196

HAL Id: hal-03961196

<https://hal.science/hal-03961196v1>

Submitted on 28 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les changements inconstitutionnels de régime dans l'histoire constitutionnelle française.

André Roux

Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix-en-Provence

Directeur de la *Revue Française de Droit Constitutionnel*

Rapport présenté au Colloque international organisé les 4 et 5 avril 2013 à Tunis

Publié in : *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 3, PUAM, 2014, pp.77-84

De prime abord, la question des changements inconstitutionnels de régime paraît relever davantage du champ politique que du domaine juridique. Il s'agit par définition de phénomènes extra constitutionnels dont l'analyse peut difficilement s'insérer dans la théorie du droit constitutionnel.

Le recours à l'histoire constitutionnelle permet cependant de contourner cette difficulté et de s'interroger sur le processus d'établissement d'une nouvelle constitution suite à un changement inconstitutionnel de régime.

Or, en matière de changements de régimes politiques, la France offre un champ d'investigation privilégié de par le nombre et la diversité de ses expériences. De 1789 jusqu'à la Constitution actuelle du 4 octobre 1958, la France n'a pas connu moins de 15 constitutions et davantage encore de régimes politiques puisque plusieurs régimes transitoires ont fonctionné en l'absence de Constitution. Ainsi, il est possible d'affirmer que la proclamation figurant dans l'article 28 de la Déclaration des droits de la Constitution du 24 juin 1793 selon laquelle « un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à des lois les générations futures » a trouvé pleine application dans l'histoire constitutionnelle française, alors même que cette Constitution de 1793 n'a, quant à elle, jamais été appliquée...

Ces nombreux changements de régime, intervenus le plus souvent à la suite de coups d'Etat, de guerres, de révolutions, semblent traduire une réelle discontinuité constitutionnelle, la France ayant expérimenté successivement toutes les traditions constitutionnelles, qu'il s'agisse du régime d'assemblée et du régime parlementaire, de la tradition césarienne, voire du régime présidentiel.

Encore convient-il de distinguer, d'un point de vue théorique, la continuité juridique au sens strict et la continuité matérielle des contenus d'un système à l'autre.¹

Il convient aussi de préciser au préalable que l'on entend par rupture constitutionnelle non pas une rupture provisoire (autrement dit une violation délibérée de la Constitution sur tel ou tel point particulier) mais une rupture définitive. La rupture provisoire ne conduit pas à la disparition de la norme

¹ Voir notamment : Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, coll. Précis, 14e édition, Dalloz, 2012, p. 103 et suivantes.

constitutionnelle, mais elle consiste à écarter telle ou telle disposition de la Constitution en raison de « circonstances exceptionnelles ». Avec le retour à la situation normale la norme constitutionnelle reprend pleinement son effectivité. Ces ruptures constitutionnelles provisoires peuvent être autorisées par la Constitution elle-même (voir par exemple l'article 55-2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 qui permet la mise à l'écart provisoire de certaines libertés individuelles par une loi organique) mais elles peuvent également intervenir en dehors même du cadre constitutionnel. La rupture définitive aboutit à la mise à l'écart de la Constitution en vigueur et à l'adoption d'une nouvelle Constitution sur la base d'un nouveau pouvoir constituant. C'est la situation qui découle des coups d'Etat ou des révolutions qui, par nature, sont anticonstitutionnels puisqu'ils aboutissent à un changement de Constitution en violation des règles prévues à cet effet. « Du passé, faisons table rase... » pourrait-on dire.

Se pose alors bien évidemment la question de la légitimité du pouvoir constituant appelé à intervenir dans ce contexte afin d'établir une nouvelle Constitution

Mais les changements de régime n'ont pas tous été le résultat de ruptures constitutionnelles brutales, de changements constitutionnels inconstitutionnels. Certains ont été marqués par la volonté de respecter, au moins formellement, le cadre constitutionnel en vigueur, autrement dit d'assurer une certaine continuité au pouvoir constituant, encore que l'on puisse émettre quelques doutes sur la constitutionnalité même des changements ainsi réalisés.

I Les changements manifestement inconstitutionnels : l'instauration *ex nihilo* d'un nouveau pouvoir constituant

Ces changements peuvent intervenir à la suite soit d'une suspension inconstitutionnelle de la Constitution, soit d'une rupture constitutionnelle elle-même inconstitutionnelle. Se pose alors la question de la légitimité de ce nouveau pouvoir constituant.

A. La suspension inconstitutionnelle de la Constitution

Un changement de régime politique peut survenir à la suite d'une suspension de la Constitution. La suspension implique un acte, en principe temporaire et provisoire, qui entend neutraliser les effets de certaines dispositions constitutionnelles sans pour autant que la validité intrinsèque de la Constitution soit affectée. En théorie, la suspension de la Constitution ne peut être décidée par aucun des pouvoirs institués, dans la mesure où ces pouvoirs tiennent justement leurs compétences de la Constitution et qu'ils ne peuvent prétendre

faire abstraction des normes qui fondent leur propre compétence. Ce qui signifie que la seule suspension « constitutionnelle » est celle qui se présente comme un acte de souveraineté qui doit donc être prévu par la Constitution elle-même (Carl Schmitt, P. Barile)². La suspension de la Constitution peut être formellement contraire à la Constitution, si cette dernière n'a pas prévu une telle suspension ou si la procédure prévue n'a pas été suivie.

1. La suspension de la Constitution de 1791

Dans l'histoire constitutionnelle française, la suspension de la Constitution de 1791 et le changement de régime qui s'en est suivi s'inscrivent à l'évidence en dehors du cadre constitutionnel établi. Certes, l'article premier du titre VII de la constitution de 1791 affirmait clairement que « la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution » mais aucune procédure de révision totale de la Constitution n'était prévue. Ce même article disposait d'ailleurs « qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution elle-même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients ». En réalité, voulant graver leur œuvre dans le marbre, les constituants de 1791 avaient prévu une procédure de révision particulièrement difficile à mettre en œuvre. La révision était interdite aux deux premières législatures, ce qui excluait toute demande de révision avant 1795. Passé ce délai, le vœu de révision devait être émis en termes uniformes par trois législatures successives, la révision ne pouvant être effectuée qu'au cours de la 4^e législature. Ainsi, compte tenu de ces limitations, la Constitution de 1791 ne pouvait être révisée dans la meilleure hypothèse avant 1801. Le conflit entre le Roi et le Corps législatif allait conduire ce dernier à prononcer, par décret du 10 août 1792, « la suspension du pouvoir exécutif », autrement dit du Roi, tout en déclarant par ailleurs que « sa famille et lui restent en otages ». Le peuple français est appelé à désigner une Convention nationale chargée de statuer définitivement sur le sort de la monarchie et devant « assurer la souveraineté du peuple et le règne de la liberté et de l'égalité ».

Le ministère est remplacé par un Conseil exécutif provisoire dont les membres sont nommés par l'Assemblée, celle-ci exerçant une véritable dictature jusqu'à la réunion de la Convention, le 20 septembre 1792. Lors de sa première séance publique, le 21 septembre, la Convention abolit la royauté et dès le lendemain, elle décrète que les actes seront désormais datés de « l'an premier de la République ».

Ainsi, la suspension de la Constitution décidée par le Corps législatif n'a été en réalité que le prélude à un changement complet de régime politique.

2. La suspension de la Constitution de l'an I

² V. Franck Moderne, « Réviser » la Constitution, analyse comparative d'un concept indéterminé, collection Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2006, p. 74.

Un autre exemple de suspension de la Constitution, mais cette fois avant même son entrée en vigueur effective est fourni par la Constitution de 1793, première Constitution républicaine, votée par la Convention et soumise en juillet au référendum populaire (premier référendum constituant largement positif : 2 millions de voix contre 11 610). Mettant en application la théorie de la souveraineté populaire, c'est sans doute l'une des plus démocratiques que la France ait connue. Elle a même pu être qualifiée « d'Évangile de la démocratie »³ ou encore de « manifestation d'utopie dans le droit public français »⁴. Et pourtant, au soir de la grande fête de la Fédération, le 10 août 1793, la Constitution fut enfermée dans une arche de bois de cèdre pour ne plus jamais en sortir. La révolte fédéraliste à l'intérieur de la République, la rébellion des royalistes vendéens, la menace pressante des « ennemis de l'extérieur » allait conduire à la mise en place d'un gouvernement révolutionnaire (décret du 19 vendémiaire an II: « le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix ») qui débouchera lui-même sur la Terreur.

B. Les ruptures constitutionnelles inconstitutionnelles

La question, à vrai dire, s'est posée à plusieurs reprises en France : trois constitutions en effet ont été adoptées à la suite de révolutions (celles de 1791, 1830, 1848), deux l'ont été à la suite de coups d'Etat (celle de l'an VIII et celle de 1852), et deux au moins à la suite de défaites militaires ayant entraîné la vacance du pouvoir (celle de 1814 et celle de 1875).

Comme cela a été souligné précédemment, le problème posé dans ces conditions est celui de la légitimité et de la juridicité de ce nouveau pouvoir constituant.

À cet égard, on peut parler, d'une part, de légitimité autoproclamée pour l'établissement de la Constitution de 1791, de la Charte de 1814 ainsi que pour les lois constitutionnelles de 1875 et, d'autre part, de légitimation *a posteriori* pour les constitutions de l'an VIII et de 1852 établies à la suite de coups d'Etat et de celle de 1848 établie à la suite d'une Révolution.

1. Une légitimité autoproclamée

La première Constitution écrite française, celle du 3 septembre 1791, fut élaborée par une assemblée issue des Etats généraux réunis le 5 mai 1789. La

³ Jean-Jacques Chevallier et Gérard Conac, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 8^e édition, Dalloz, 1991, p. 61

⁴ Jean-Louis Mestre, *in Droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, p.541

première rupture « inconstitutionnelle » intervient le 17 juin 1789 lorsque le Tiers État, après avoir vainement sommé le Clergé et la Noblesse de se réunir à lui⁵, décide seul de se constituer en « Assemblée nationale », seule à détenir le pouvoir « d'interpréter et de présenter la volonté générale de la Nation ». Par ce qu'il faut bien considérer comme un « coup d'Etat du Tiers État », s'opère ainsi un transfert de souveraineté du Roi à la Nation. En s'autoproclamant « Assemblée nationale », le Tiers remet en cause les fondements mêmes de l'Ancien régime. « Le vieux droit positif, basé sur la hiérarchie des ordres, était nié, était violé, sans que la nouvelle conception, affirmée par le fait accompli, fut légitimée par le pouvoir légitime, qui était le roi »⁶. Dès le 20 juin 1789, l'assemblée proclame qu'elle est « appelée à fixer la Constitution du royaume, opérer la régénération de l'ordre public, et maintenir le principe de la monarchie ». Elle jure, par le « serment du Jeu de Paume », de rester réunie « jusqu'à ce que la Constitution du royaume soit établie et affermie sur des fondements solides ». Comme le relève Marcel Morabito, « ce n'est pas envers leurs électeurs que les députés s'engagent, mais entre eux. Ils se déclarent responsables les uns devant les autres de la rédaction de la Constitution, par la foi de ce serment mutuel. Par cet engagement, l'Assemblée définit l'établissement d'un ordre constitutionnel stable comme le but essentiel de son action révolutionnaire »⁷. On sait ce qu'il advint de cette « stabilité »...

En 1814, après la défaite de Napoléon, le pouvoir est vacant et c'est le Tsar Alexandre, véritable chef de la coalition européenne victorieuse qui demande au Sénat impérial de nommer un gouvernement provisoire et de rédiger une Constitution. Ainsi donc, curieusement, le Sénat impérial se trouve investi du pouvoir constituant au grand déplaisir des royalistes. Certes, l'article 54 du sénatus-consulte organique de l'an X autorisait le Sénat à régler tout ce qui n'avait pas été prévu par la Constitution et était nécessaire à sa marche. Mais, en l'occurrence, il ne s'agissait pas de compléter la Constitution existante, mais d'élaborer une nouvelle Constitution. Un projet de Constitution ayant pour base la souveraineté nationale fut rédigé. Le Roi « des Français » devait accepter la Constitution et jurer de la respecter. Ce projet fut rejeté par le futur Louis XVIII le 2 mai 1814 (déclaration de Saint-Ouen), hostile au principe de la souveraineté nationale. Un nouveau texte constitutionnel fut préparé par la commission de rédaction de la Charte, désigné par le Roi le 18 mai 1814, puis adopté sans discussion par les Chambres et enfin octroyé par la seule volonté royale.

⁵ Le Tiers État été représenté par environ 600 députés, soit autant que le clergé et la noblesse réunis.

⁶ Jean-Jacques Chevallier et Gérard Conac, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, op.cit, p.16.

⁷ Marcel Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 7e édition, Montchrestien, 2002, p.44.

Même si le rapprochement peut sembler étonnant, il apparaît que l'Assemblée nationale élue en février 1871, après la défaite de Sedan et la chute du second Empire, devait se prononcer uniquement sur la question de savoir si la guerre devait être continuée ou à quelles conditions la paix devait être faite (article 2 de la convention d'armistice du 28 janvier 1871). Le décret du 29 janvier 1871 du gouvernement de la Défense nationale (gouvernement de fait lui-même autoproclamé le 4 septembre 1870) qui fixe le régime des élections ne parle aucunement d'assemblée constituante. C'est l'Assemblée nationale qui se proclame comme seule dépositaire du pouvoir souverain (résolution du 17 février 1871) et c'est à ce titre qu'elle se considère habilitée à élaborer une nouvelle Constitution, malgré l'opposition sur ce point des députés républicains, il est vrai minoritaires. On sait qu'elle mettra 5 ans pour l'adopter...

2. Une légitimation *a posteriori*

Deux coups d'Etat (seulement !) ont émaillé l'histoire constitutionnelle française, celui de Napoléon Bonaparte (le 18 brumaire an VIII- 9 novembre 1799) et celui de Louis Napoléon Bonaparte (le 2 décembre 1851). Au-delà de leurs différences de conception et de réalisation, ils ont ceci en commun d'avoir débouché sur la mise en place d'un nouveau pouvoir constituant dont l'inconstitutionnalité a été en quelque sorte effacée par le vote populaire ayant ratifié à une très large majorité les nouvelles constitutions.

Le régime du Consulat, établi par la Constitution de l'an VIII marque à l'évidence une rupture tant politique que constitutionnelle par rapport au régime précédent, celui du Directoire établi par la Constitution du 5 fructidor an III. Rappelons que celle-ci prévoyait une procédure de révision mais « pour les cas seulement où l'expérience ferait sentir les inconvénients de quelques articles de la Constitution » (article 342). C'est le Conseil des Anciens qui devait proposer la révision. Par ailleurs, l'article 375 prévoyait « qu'aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans aucune de ses parties ». La stabilité de la République apparaissait ainsi assurée. D'ailleurs, le dernier article de la Constitution, l'article 377, ne prévoyait-il pas : « le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges ; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ».

Malgré toutes les précautions prises pour en assurer la stabilité, la carrière de cette Constitution fut de courte durée. Le 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799) le coup d'Etat de Napoléon Bonaparte (secondé par son frère Lucien) allait y mettre un terme. Sous la pression militaire, une poignée de députés allait voter la loi du 19 brumaire mettant en place une Constitution provisoire avant même l'adoption de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), Constitution élaborée par Sieyès et Bonaparte, le « philosophe » et le « soldat »,

avec l'aide de deux commissions constituées de membres des anciens Conseils du Directoire pour donner un semblant de continuité, alors même qu'il s'agissait à l'évidence d'une véritable rupture constitutionnelle. Selon les termes de l'article 95 de la Constitution, celle-ci devait être « offerte à l'acceptation du peuple français ». La Constitution fut approuvée à une écrasante majorité (3 millions de oui contre 1562 non), laquelle aurait été beaucoup moins massive si l'on n'avait pas falsifié les résultats (ainsi, alors que les militaires n'avaient pas été consultés, furent ajoutés aux résultats réels l'effectif total des armées, arrondi à 500 000 oui... De même, 900 000 oui imaginaires furent répartis dans chaque département...).⁸ On peut considérer que ce vote équivalait à une validation *a posteriori* du pouvoir constituant que s'étaient arrogé les auteurs de la Constitution en dehors évidemment de tout cadre constitutionnel.

Le même scénario allait se reproduire lors du passage de la seconde République au second Empire.

Les constituants de 1848 avaient clairement exprimé leur volonté de fonder un ordre constitutionnel durable. En ce sens, l'article premier du préambule de la Constitution évoquait la République comme la « forme définitive de gouvernement ». Le définitif allait, comme on le sait, se transformer en intermède. L'élection à la présidence de la République de Louis Napoléon Bonaparte, confronté à une Assemblée nationale en majorité monarchiste (« la monarchie est à l'Assemblée, l'Empire est à l'Élysée », disait-on alors) devait rapidement conduire à des tensions, puis au conflit ouvert, lequel ne pouvait être réglé par la Constitution en raison de la rigidité de sa procédure de révision (une tentative de révision initiée au printemps 1851 fut d'ailleurs un échec) ainsi que de l'absence du droit de dissolution. Alors même qu'il avait prêté serment le 20 décembre 1848 devant l'assemblée constituante de respecter la Constitution⁹, le 2 décembre 1851, anniversaire du sacre de son oncle et de la victoire d'Austerlitz, le Prince Président prononce par décret la dissolution de l'Assemblée, en violation de l'article 68 la Constitution¹⁰, afin de « maintenir la

⁸ Voir Marcel Morabito, *op. cit.*, p. 149.

⁹ « En présence de Dieu et devant le peuple français représenté par l'Assemblée nationale, je jure de rester fidèle à la République démocratique une et indivisible et de remplir tous les devoirs que m'impose la Constitution ». Dans le discours qu'il prononce après sa prestation de serment, Louis Napoléon Bonaparte affirme notamment : « Les suffrages de la Nation et le serment que je viens de prêter commandent ma conduite future. Mon devoir est tracé. Je le remplirai en homme d'honneur. Je verrai des ennemis de la patrie dans tout ce qui tenterait de changer, par des voies illégales, ce que la France entière a établi. »

¹⁰ Cet article disposait que « Toute mesure par laquelle le Président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat est un crime de Haute trahison. Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions, les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance ; le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'Assemblée nationale. Les juges de la Haute cour se réunissent immédiatement à peine de forfaiture ; ils convoquent les jurés dans le lieu qu'ils désignent pour procéder au jugement du Président et de ses complices ; ils nomment eux-mêmes les magistrats chargés de remplir les fonctions du ministère public ».

République et de sauver le pays », en s'en remettant au « seul souverain : le peuple ». Il rétablit le suffrage universel et demande aux citoyens par « plébiscite » de lui déléguer le pouvoir d'établir une nouvelle Constitution sur les bases qu'il indique et qui consacrent une nette volonté de restauration césarienne. Le plébiscite des 20-21 décembre 1851 fut un triomphe pour Louis Napoléon Bonaparte : 7 439 216 oui contre 640 737 non. Constatant ces résultats, Louis Napoléon Bonaparte devait lancer cette formule restée célèbre : « Messieurs, la France a répondu à l'appel loyal que je lui avais fait. Elle a compris que je n'étais sorti de la légalité que pour entrer dans le droit. Plus de 7 millions de suffrages viennent de m'absoudre ». Autrement dit, le suffrage universel permet d'effacer le péché originel du coup d'Etat. Alors que, pour les républicains, tout Président violant impunément la Constitution est forcément illégitime, pour les bonapartistes en revanche, la confiance manifestée directement par le peuple constitue la seule source de légitimité et elle peut donc de ce fait couvrir toute forme d'inconstitutionnalité¹¹.

Dans un autre registre, il est possible également de parler de légitimation *a posteriori* pour l'établissement de la Constitution de la seconde République.

Avec la Révolution de 1848, on retrouve un scénario classique dans l'histoire constitutionnelle française : après l'abdication et la fuite du roi Louis-Philippe, chassé par l'insurrection parisienne, un gouvernement de fait est constitué qui prendra le nom de « Gouvernement provisoire de la République ». Ce gouvernement n'a évidemment aucune base constitutionnelle, il est constitué par acclamation populaire à la Chambre des députés puis à l'Hôtel de ville de Paris. Une Assemblée nationale constituante fut élue le 23 avril 1848, au suffrage universel direct (masculin), ce qui constituait une première¹². Elle mit plus de 6 mois pour adopter la nouvelle Constitution, qui, à l'instar de celle de 1791, ne fut pas soumise à la ratification du peuple. Constitution de compromis juxtaposant des principes contradictoires, issu de la tradition révolutionnaire mais aussi de la tradition parlementaire, voire de la tradition plébiscitaire¹³, celle-ci instaurait une séparation rigide des pouvoirs qui fut l'une des causes de son échec.

II. Les changements apparemment constitutionnels : un pouvoir constituant continu

¹¹ Voir not. Marcel Morabito, *op.précit.* .p. 245.

¹² Voir François Luchaire, *Naissance d'une Constitution : 1848*, Fayard 1998.

¹³ Voir Marcel Morabito, *op. cit.* page 228 et suivantes.

À la différence des changements de régime évoqués précédemment, certaines transitions constitutionnelles ont cherché, à tout le moins, à sauver les apparences. Les nouvelles constitutions qui en sont issues ne sont pas le produit d'une rupture radicale ayant conduit à l'instauration d'un nouveau pouvoir constituant *ex nihilo*. Elles cherchent à prendre racine dans le cadre constitutionnel existant, même si les situations sont évidemment très différentes, selon que ce dernier est seulement pris en compte de manière formelle ou qu'il sert de support à une révision totale de la Constitution.

A. La prise en compte formelle du cadre constitutionnel existant

Deux changements de régime, de nature au demeurant assez différents, peuvent être ici évoqués : le passage de la Restauration à la Monarchie de Juillet, et celui de la III^e à la IV^e République.

1. De la Charte de 1814 à celle de 1830

Parler de Révolution laisse présumer une « rupture constitutionnelle ». La Révolution de juillet 1830, d'où va naître la Monarchie de Juillet, ne constitue pourtant pas une rupture aussi radicale qu'il y paraît, s'agissant des institutions elles-mêmes. Le roi Charles X, en conflit avec le Parlement est contraint à l'abdication et à l'exil par l'insurrection parisienne, après avoir pris une série d'ordonnances suspendant la liberté de la presse et prononçant la dissolution de la nouvelle Chambre qui venait tout juste d'être élue après une première dissolution. La Chambre des députés (qui vient d'être dissoute par le Roi) qui se considère comme seule déléguée légitime de la souveraineté nationale se saisit alors du pouvoir constituant et procède à une révision de la Charte (celle-ci, au demeurant, ne prévoyait aucune procédure particulière de révision). Elle demande au duc d'Orléans d'accepter de devenir « Roi des Français », dans l'intérêt du peuple français. La Charte de 1814, révisée, est appelé désormais Charte de 1830.

Ainsi, si l'on peut parler de révolution politique à propos du changement de régime intervenu en 1830, il est difficile en revanche de parler de révolution juridique.

2. De la III^e à la IV^e République

Le passage de la III^e à la IV^e République s'est fait dans des conditions constitutionnelles complexes. « L'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine dispose que la République n'a, en

droit, jamais cessé d'exister. Il en résulte que les lois constitutionnelles de 1875 sont toujours en vigueur. Mais en même temps une ordonnance du 21 avril 1944 prévoit qu'une assemblée constituante serait élue un an après la libération du territoire. Il en résulte que la France libre de se considère pas, en définitive, comme liée par la Constitution de la III^e République. Par ailleurs, un retour à cette Constitution n'aurait pas été une simple réactivation puisque ce régime constitutionnel avait perdu son efficacité globale ; le rétablissement aurait été une révolution juridique par rapport au régime (moralement ignoble mais juridiquement valide) de Vichy »¹⁴.

La Constitution du 27 octobre 1946 trouve en réalité son origine dans un processus qui a pu être qualifié de véritable « élégance constitutionnelle »¹⁵. En effet, appelés aux urnes le 21 octobre 1945 pour l'élection d'une Assemblée, les électeurs devaient d'abord répondre à la question suivante : « Voulez-vous que l'assemblée élue ce jour soit constituante ? ». La 2^e question était ainsi formulée : « si le corps électoral a répondu oui à la première question, approuvez-vous que les pouvoirs publics soient, jusqu'à la mise en vigueur de la nouvelle Constitution, organisés conformément au projet de loi dans le texte figurant au verso de ce bulletin ? »¹⁶. Répondre « oui » à la première question revenait en réalité à se prononcer en faveur de l'abrogation des lois constitutionnelles de 1875, c'était refuser le retour à la III^e République. Rappelons que, depuis l'ordonnance portant « rétablissement de la légalité républicaine » du 9 août 1945, le régime de Vichy n'était pas censé avoir existé « en droit ». Seul le parti radical, nostalgique de la Constitution de 1875 appela à voter non à la première question, si bien que le oui l'emporta massivement (18 584 746 voix contre 699 136).

La théorie du pouvoir constituant trouve ici une application intéressante : c'est le peuple souverain, titulaire du pouvoir constituant, qui est amené à décider librement de rompre avec un ordre constitutionnel qu'il était réputé s'être donné en 1875.

La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, qui fait figure de Constitution provisoire, fixe le cadre à l'action de l'assemblée constituante qui se voit investie de la totalité du pouvoir constituant, sans immixtion du gouvernement. Elle prévoit d'une part que le projet de Constitution devra être approuvé par référendum dans le mois qui suivra son adoption par l'assemblée. D'autre part, elle dispose d'un délai limité pour remplir sa tâche puisque ses pouvoirs expirent aux plus tard 7 mois après sa première réunion. Au cas où le corps électoral rejette la constitution qu'elle aura rédigée, ou si celle-ci n'est pas établie dans le

¹⁴ Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit. p. 104.

¹⁵ Claude Klein, Le pouvoir constituant, in *Traité international de droit constitutionnel*, dir. Michel Troper et Dominique Chagnollaude, tome 3, Dalloz, 2012, page 12.

¹⁶ Le projet de loi limitait la durée des travaux de l'Assemblée constituante à 7 mois, de même qu'il limitait ses pouvoirs extra constituants.

délai fixé, il est prévu l'élection d'une nouvelle assemblée jouissant des mêmes pouvoirs et du même statut.¹⁷

B. La révision totale de la Constitution

La révision totale d'une Constitution consiste à changer de Constitution par le biais de la révision. La Constitution disparaît pour être remplacée par une autre sous l'égide du même pouvoir constituant. Comme le souligne Franck Moderne : « il y a bien substitution d'un ordre juridique constitutionnel à un autre puisque la Constitution ancienne est remplacée par une Constitution nouvelle. Ce qui subsiste, c'est le pouvoir constituant ; on considère en quelque sorte que la révision totale est la suite logique et la conséquence extrême du pouvoir de révision »¹⁸.

La question de la révision totale de la Constitution a suscité d'importants débats en doctrine. Ainsi, Georges Burdeau estime que si les transformations envisagées impliquent l'adhésion à l'une idée de droit nouvelle, il est nécessaire de faire appel à un nouveau pouvoir constituant et non à un simple pouvoir de révision. Sinon, à ses yeux, la disparition de la Constitution n'est qu'une parodie et une usurpation de la fonction constituante. Il écrit en ce sens : « Le pouvoir de révision ne peut empiéter sur ce qui appartient par nature au pouvoir constituant originaire, lequel subsiste avec toutes ses compétences originelles comme un pouvoir instituant qui n'est pas conditionné... Il n'est pas concevable que le pouvoir de révision s'attribue ou se voit attribuer la plénitude du pouvoir constituant originaire ... »¹⁹.

De même, Carl Schmitt²⁰ considère que le pouvoir de révision constitutionnelle doit se limiter à apporter des modifications aux lois constitutionnelles mais il ne donne pas le droit de modifier la véritable Constitution, ni d'élaborer une nouvelle Constitution, ni même le droit de modifier le fondement de sa propre compétence de révision constitutionnelle, en l'élargissant ou en le remplaçant par un autre. Ainsi, une révision constitutionnelle ne peut pas remettre en cause son propre fondement idéologique, son identité, ou encore la nature du régime politique, en transformant un État monarchique en État démocratique, ou l'inverse, ou encore un État démocratique en État soviétique, ou l'inverse. Dans ces hypothèses il convient de parler d'abrogation de la Constitution.

¹⁷ On sait que le rejet par le peuple, le 5 mai 1946, du projet de Constitution adopté le 19 avril entraîna l'élection d'une nouvelle Assemblée constituante le 2 juin 1946.

¹⁸ Franck Moderne, « Réviser » la Constitution, analyse comparative d'un concept indéterminé, précit. p. 97.

¹⁹ Georges Burdeau, *Traité de science politique*, tome 4, le statut du pouvoir dans l'État, 3e édition, Paris, LGDJ, 1984, pp. 239 et s.

²⁰ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993.

La France a-t-elle connu et pratiqué le système de la révision totale ? À cette question, Franck Moderne²¹ répond que rares sont les hypothèses qui se prêtent à une telle analyse et il évoque la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, ainsi que celle du 3 juin 1958.

1. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940

On sait que ce texte voté à une écrasante majorité²² par les deux chambres réunies en Assemblée nationale au Grand Casino de Vichy donne tous pouvoirs au gouvernement de la République, sous l'autorité du Maréchal Pétain « à l'effet de promulguer, par un plusieurs actes, une « nouvelle Constitution de l'État français » qui sera ratifié par la Nation ». Cette délégation du pouvoir constituant au Maréchal Pétain était-elle constitutionnelle?

Sans doute pas aux yeux du général De Gaulle qui dans une déclaration du 16 novembre 1940 la déclare inconstitutionnelle. Il souligne que « le fait d'avoir provoqué et réalisé une révision de la Constitution dans un moment de désarroi et même de panique du Parlement et de l'opinion suffisait à lui seul à ôter à cette révision le caractère de liberté, de cohérence et de sécurité sans lequel un tel acte, essentiel pour l'État et la Nation ne peut avoir la même valeur constitutionnelle ». Comme le souligne Marcel Morabito, « il est vrai que la France métropolitaine était sous contrôle de l'ennemi, que 74 parlementaires, déchus, ne purent prendre part au vote. Mais, quoique politiquement condamnable, la procédure de révision n'en fut pas moins conforme à l'article 8 de la loi du 25 février 1875, les conditions requises pour l'adoption du texte ayant été remplies »²³. Encore faut-il souligner que, dans l'esprit de Pierre Laval, véritable instigateur de cette loi constitutionnelle, il ne s'agissait pas de réviser les lois constitutionnelles de 1875, mais bien d'établir une nouvelle Constitution et même plus, un nouveau régime, celui de l'État français, fondé sur l'idéologie de la Révolution nationale (illustrée par la devise « travail, famille, patrie »), hostile au parlementarisme et par là même à la République.²⁴

²¹ *Op. cit.* pp. 91-92.

²² 570 parlementaires (dont plus de la moitié des élus socialistes, les 2/3 des radicaux-socialistes ainsi que 8 communistes sur les 14 qui avaient conservé leur mandat) votèrent les pleins pouvoirs au Maréchal Pétain. 80 parlementaires votèrent contre (dont plus de 90 % de parlementaires de gauche).

²³ *Op. cit.*, p.351.

²⁴ Comme le souligne Olivier Wieviorka : « (...) Une large partie du personnel politique souscrivait aux objectifs de l'État français, qu'il s'agisse de la politique familiale, de la révision des institutions, de l'anticommunisme, de l'antisémitisme, de la xénophobie, ou du corporatisme (...). De ce point de vue, le vote du 10 juillet 1940 est aussi un vote d'adhésion. On ne saurait en conséquence ramener le vote du 10 juillet 1940 à un vote émis dans la panique par un personnel politique traumatisé par la défaite. Nombres de parlementaires ont voté en toute connaissance de cause, dans la mesure où les objectifs présentés par Pierre Laval et Philippe Pétain croisaient pour partie leur aspiration. » (Intervention au colloque organisé au Sénat le 10 décembre 2010, « 1940/1962, Les troubles de la mémoire française », Les colloques du Sénat, 2011, p.25.

G. Liet- Veaux a pu parler à cet égard de « fraude à la Constitution »²⁵, notion que l'on peut résumer ainsi : « En disposant que le mode de révision d'une Constitution sera modifié pour l'avenir, l'organe constituant de révision change les règles du jeu. Les formes de révision des constitutions sont liées aux caractères essentiels du régime. L'organe constituant de révision pourrait sans doute apporter quelques retouches formelles ou de détail, peut-être introduire quelques modifications de fond, mais il n'a pas compétence pour décider l'abandon total et définitif, au profit d'une nouvelle procédure de révision, de la procédure en vigueur. Sinon il répudie du même coup le fondement du pouvoir politique et l'esprit même de la Constitution, il sape les bases mêmes de son propre pouvoir. S'il prononce l'abandon total et définitif de la procédure de révision, il n'a plus compétence pour imposer de nouvelles règles, et celles qu'il poserait quand même seraient nulles, sans fondement : « respecter la forme de la Constitution pour en combattre l'esprit, c'est la fraude à la Constitution ».²⁶

Cette analyse rejoint l'argument du général De Gaulle selon lequel l'Assemblée nationale aurait abdiqué une compétence qui lui était propre en se bornant à « prendre la décision, aussi inconstitutionnelle qu'insensée, de confier à un tiers un véritable blanc-seing à l'effet d'élaborer et d'appliquer lui-même une nouvelle Constitution ».

Cet argument peut cependant être discuté en droit. En effet, rien, dans les lois constitutionnelles de 1875, n'empêchait explicitement l'Assemblée de modifier les règles relatives au pouvoir constituant dérivé. Encore aurait-il fallu procéder en deux étapes : l'Assemblée aurait dû d'abord, dans l'exercice régulier de sa compétence révisionniste, réviser la procédure de révision des lois constitutionnelles de 1875 (l'article 8 de la loi du 25 février 1875) afin de prévoir la possibilité pour l'Assemblée nationale de déléguer à une autre autorité le pouvoir de révision constitutionnelle, voire le pouvoir d'établir une nouvelle Constitution soumise à ratification populaire. Puis, dans un second temps, les parlementaires auraient pu faire usage de l'article 8 au bénéfice du Maréchal Pétain. Or, il apparaît qu'à aucun moment l'Assemblée nationale a entendu modifier l'article 8 pour y substituer une autre procédure de révision. La thèse de la révision implicite soutenue par certains n'apparaît alors que comme une tentative de justification *a posteriori* peu convaincante. Somme toute, en 1940, l'Assemblée nationale a sauté une étape essentielle dans le processus de révision, ce qui entache la loi du 10 juillet 1940 d'inconstitutionnalité. C'est d'ailleurs pour prévenir ce grief qu'en 1958 les parlementaires se sont efforcés de faire en sorte que l'élaboration de la nouvelle Constitution prenne racine dans la procédure de révision de la constitution de 1946.

²⁵« La fraude à la Constitution ; essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *RDP* 1943, pp. 116-150.

²⁶ Franck Moderne, *op. cit.* pp. 99-100

2. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958

Investi le 1^{er} juin 1958 par l'Assemblée nationale le général De Gaulle demande et obtient aussitôt le pouvoir d'établir une nouvelle Constitution. Le Parlement vote le 3 juin une loi constitutionnelle qui précise que le pouvoir constituant est confié « au gouvernement investi le 1^{er} juin ». Inévitablement, un parallèle a pu être établi avec la loi du 10 juillet 1940 qui remettait tous les pouvoirs au Maréchal Pétain. Alors que la constitutionnalité de la loi du 10 juillet 1940 est contestable, la loi du 3 juin 1958 quant à elle s'est vu attribuer par la doctrine quasi unanime un brevet de constitutionnalité qui peut cependant être discuté.

Certes, la situation de 1958 diffère sensiblement de celle de 1940, dans la mesure où la loi constitutionnelle limite le pouvoir constituant du gouvernement de Gaulle à l'établissement d'un régime démocratique et en imposant l'approbation du nouveau texte constitutionnel par le peuple.

Surtout, la loi du 3 juin 1958, dans son article unique (« la Constitution sera révisée par le gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 ») se présente donc comme une révision de la procédure de révision prévue par la Constitution du 27 octobre 1946²⁷. Au moment de l'investiture du général De Gaulle, une procédure de révision constitutionnelle est en effet en cours. Les deux assemblées avaient notamment adopté en 1955 (le 24 mai à l'Assemblée nationale et le 17 juillet au Conseil de la République) un vœu de révision portant sur l'article 90 de la Constitution relatif à la procédure de révision. Le général De Gaulle bénéficie donc de ce vote. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 se présente alors comme la continuation de cette procédure de révision, mais elle permet en outre la réalisation d'une révision constitutionnelle totale. La Constitution du 4 octobre 1958 est donc le résultat de la mise en œuvre de ce processus de révision. Logiquement, elle abroge la Constitution de 1946 ainsi que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui l'avait rendue possible.

Peut-on dire qu'il s'agit alors d'un « tour de passe-passe constitutionnel » réussi? Certes, à la différence de la loi du 10 juillet 1940, les formes ont été cette fois respectées au maximum dans le passage d'une République à l'autre.

Il n'en demeure pas moins que l'intention des parlementaires qui avaient voté en 1955 la résolution visant à la révision de l'article 90 de la Constitution était de

²⁷ Rappelons que cette procédure, organisée par les articles 90,94 et 95 de la Constitution comprenait deux étapes. En premier lieu l'initiative de la révision appartenait à la seule Assemblée nationale qui devait voter une résolution précisant l'objet de la révision, à la majorité absolue de ses membres. Le vœu de révision ne devenait définitif que lorsque dans le délai de 3 mois il avait été adopté soit par le Conseil de la République à la majorité absolue, soit en 2^e lecture par l'Assemblée nationale toujours à la majorité absolue de ses membres. En second lieu, la révision devait être adoptée par l'Assemblée nationale et le Conseil de la République dans les conditions de la loi ordinaire sous réserve des conditions de majorité renforcée : si la proposition de révision n'obtenait pas la majorité des 3/5 à l'Assemblée nationale et au Conseil de la République ou des 2/3 au cas où l'Assemblée statuait seule, elle devait être soumise à référendum.

simplifier cette procédure mais en aucun cas de procéder à un changement complet de Constitution au moyen de cette procédure simplifiée... Peut-on alors, dans ces conditions, appliquer à la situation de 1958 la théorie de G. Létourneau de « fraude à la Constitution » ?

En réalité, ce sont surtout les circonstances qui ont entouré le retour au pouvoir du général De Gaulle et notamment l'insurrection du 13 mai 1958 à Alger, laquelle fut l'événement déterminant, qui, pour certains, ont constitué le péché originel de la Ve République.

Pierre Cot, dans le débat d'investiture du 1^{er} juin 1958 à l'Assemblée nationale, exprimait avec force cette position : « quand au général De Gaulle on posera la question : qui t'a fait roi ? Il ne pourra honnêtement que répondre : c'est la violence, c'est l'insurrection, et non le Parlement français ».

Quoi qu'il en soit, l'approbation massive de la nouvelle Constitution par le référendum du 28 septembre 1958 (par 82,6 % des suffrages exprimés), constitue, là encore, une légitimation *a posteriori* du pouvoir constituant mis en place par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

En définitive, s'interroger sur la constitutionnalité des changements de régime politique revient pour l'essentiel à poser la question classique de la nature du pouvoir constituant originaire qui intervient lors d'une rupture constitutionnelle provoquée par exemple par un coup d'Etat ou une Révolution, c'est-à-dire lors de la disparition de l'ordre juridique constitutionnel ancien et de son remplacement par un ordre constitutionnel nouveau.

Sur cette question, on sait que deux positions antagonistes ont été soutenues, celle de Sieyès, et celle de Carré de Malberg.

Pour Sieyès, intervenant devant les États généraux en juillet 1789 : « une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant ». Il écrit par ailleurs : « 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 »²⁸.

Carré de Malberg quant à lui est radicalement opposé à l'idée même d'un pouvoir constituant « spontané ». En conclusion d'une longue analyse consacrée aux fondements possibles d'une théorie du pouvoir constituant, il écrit : « il faut donc laisser de côté cette première hypothèse, dans laquelle la dévolution et l'exercice du pouvoir constituant ne sont point régies par le droit ; car il n'y a point de place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'Etat ou des révolutions et de leurs effets. Et par suite, il convient de s'attacher uniquement à ce second cas, qui est celui d'une réformation paisible, régulière, juridique en un mot, de la Constitution en vigueur »²⁹. Carré de Malberg rejette ainsi la juridicité du pouvoir constituant

²⁸ *Qu'est-ce que le tiers État ?*, Paris, PUF, 1982, p. 70.

²⁹ *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 2, 1920-1922, p. 497.

²⁶ *Op. cit.*, p. 500.

originaires. « Au-delà de la Constitution il ne subsiste plus que du fait (...) Il résulte de là que les organes dits constituants ne peuvent, pas plus que les organes constitués, avoir de pouvoir supérieur à la Constitution. Tout organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constitution et tient d'elle sa capacité. À ce point de vue, on peut même dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'organes constituants : il n'y a dans l'Etat que des organes constitués ».³⁰

Comme le souligne Claude Klein: « dès lors, on voit bien l'état dans lequel est enfermée la théorie du pouvoir constituant : d'un côté elle semble nécessaire dans la mesure où il faut rendre compte de l'apparition de la norme « Constitution », mais, par ailleurs, elle apparaît non juridique, l'argument positiviste de Carré de Malberg semblant tout aussi convaincant, *prima facie*, que celui de Sieyès. »³¹

³¹ *Traité international de droit constitutionnel*, précité. p. 15