

Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire : du déni à la réception du passé conflictuel

Par Emmanuel Cartier¹

« Nous savons tous que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »².

Ainsi que l'avait bien saisi Hector, confronté au rationalisme du juriste Busiris, le droit investit par nature l'imaginaire car il se situe au delà du réel, dans la sphère du *sollen* : il est donc en soi irréel même s'il a pour objet principal de régir le monde réel, celui des faits³. La fiction, entendue comme un mécanisme autorisant ou imposant une représentation transformée de la réalité en vue d'obtenir un résultat donné⁴, fait par conséquent logiquement partie des instruments auquel le droit a recours de manière classique bien que parfois controversée⁵. Elle correspond alors à « un procédé technique consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »⁶. Le droit romain a été un des premiers à l'utiliser⁷, qu'il s'agisse de la théorie des nullités, de la personnalité juridique ou du *jus postliminium*⁸, et les systèmes de *Common Law* comme de droit romano-germanique se sont employés à en développer le champ et les effets selon une logique qui leur est propre⁹. Les *fictio legis* constituent ainsi un champ de

¹ Professeur de droit public à l'université Lille 2 Droit et Santé, directeur de l'Equipe de Recherches en Droit Public - CD&PD (EA n° 4487)

² J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Gallimard « La Pléiade », Théâtre complet, 1982, p. 552.

³ Il a aussi, notamment en droit constitutionnel, pour fonction de régir le monde des normes, c'est-à-dire son propre monde, selon des rapports de validité et de conformité, v. O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », Rééd. in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1818*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, O. Beaud, P. Wachsmann, dir., nouvelle série n°1, Strasbourg, PU de Strasbourg, 1997, pp. 10 et s.

⁴ Pour une comparaison de la fiction en droit et en littérature, voir O. Guerrier, « Fictions du droit et espace littéraire », *Fabula / Les colloques*, Fiction du savoir à la Renaissance, URL : <http://www.fabula.org/colloques/document88.php>, page consultée le 9 juin 2014.

⁵ Elle est ainsi qualifiée par Jhering de « mensonge technique consacré par la nécessité » et fortement critiquée par Bentham, v. R. Von Jhering, *L'esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement*, Librairie Marescq, Paris, 1888, 3e éd., t. IV, p. 296 ; J. Bentham, *Théorie des fictions*, trad. et introd. G. Michaut, Paris, Éditions de l'Association freudienne internationale, 1997, voir aussi J.-J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science*, Rotterdam University Press, 1975, p. 32 et s.

⁶ « Fiction juridique », in G. Cornu, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2000. Pour une définition plus précise du concept de fiction juridique (*legal fiction*) partant de l'approche civiliste, voir J.-J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science*, op.cit., p. 81-82. L'auteur écarte ainsi de la catégorie des fictions juridiques les métaphores employées par le droit, les simples analogies juridiques, les notions et catégories abstraites du droit telles les droits subjectifs, les présomptions simples et irréfragables, la fraude et la simulations non autorisées par le droit.

⁷ On ne trouve pas à proprement parler de fiction juridique en droit grec ou dans les systèmes plus anciens, v. J.-J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science*, op. cit., p. 4-5.

⁸ Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », in *La fiction, Droits : Revue française de théorie juridique*, p. 17 et s. ; J. Schmidt-Szalewski, *Les fictions en droit privé*, Archives de philosophie du droit, 1975, n° 20, p. 273

⁹ Sur cette différence de conception de la fiction juridique dans le droit, notamment sur son rattachement logique aux règles de procédure dans la tradition de *Common Law*, voir R. Jacob, « Le juge et la fiction en

recherche largement investi sur le plan théorique¹⁰ comme technique, néanmoins longtemps confiné au droit privé¹¹, notamment civil¹², avant d'être réinvesti par les publicistes en droit administratif, accessoirement avec la thèse d'Yves Gaudemet consacrée aux *Méthodes du juge administratif*¹³ puis, à titre principal avec celle de Delphine Costa consacrée aux *Fictions en droit administratif*¹⁴. Le champ du droit constitutionnel demeure aujourd'hui très peu investi par des études sur les fictions, comme si la technique n'était pas ou trop peu utilisée par le constituant comme par le juge constitutionnel¹⁵. Ce constat s'explique sans doute par la distance que le droit constitutionnel comporterait à l'égard du fait, n'ayant pas comme objet direct les individus et leurs rapports quotidiens mais les institutions et leurs pouvoirs auxquels s'ajoute l'affirmation général et abstraite de droits et libertés, il ne comprend pas, à la différence des autres branches du droit, ce « *lien indissoluble entre le droit et le réel* », face auquel la fiction s'apparente à un « *refus délibéré de la réalité* »¹⁶, une « *légitimation du faux* », voire « un « *mensonge de la pire espèce (...)* *une usurpation du législateur* »¹⁷. Le droit constitutionnel ignorerait ainsi la technique de la fiction comme d'ailleurs celle des présomptions¹⁸. Ne continue-t-on pas en France de considérer, en dépit de l'introduction d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité de la loi, que le juge constitutionnel, dans la conception pure que l'on a de son office, se contente d'un contrôle objectif et abstrait, déconnecté du procès principal et de toute considération

droit », in *L'office du juge*, séminaire de l' IHEJ, 2 mars 2003, URL : <http://www.ihej.org/le-juge-et-la-fiction-en-droit>.

¹⁰ Voir les écrits de celui qui est considéré comme le « théoricien des fictions », Hans Vaihinger, auteur de *La Philosophie du comme si*, paru en 1911, lu, repris et critiqué par Kelsen lui-même notamment du point de vue du rattachement du droit au monde du *sollen* et du but spécifique de l'ordre juridique, H. Kelsen, « Contribution à une théorie des fictions juridiques centrées sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger (1919) traduit et présenté par C. Bouriau, *Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger*, notamment p. 61, 67 et s. Pour une présentation des deux types de fiction juridique chez Vaihinger qu'il qualifie d'ailleurs de « *fictions scientifiques* », voir p. 19 et s.

¹¹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, t. III, 1924, p. 299 et s. ; L. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, A. Rousseau, 1914 ; A. Ghozland, *La fiction en droit international*, Thèse dactylo., Paris, 1921 ; Ch. Perelman et P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, 350 p. ; Ph. Woodland, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, Thèse dactylo. Paris II, 1981 ; références en partie citées par P. Foriers, « Présomptions et fictions », in Ch. Perelman et P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit, op. cit.*, p. 7-26 et A. Vanwelkenhuyzen, « La présomption de constitutionnalité de la loi et du décret en droit belge », *ibid.*, p. 259-277.

¹² En faveur d'un tel constat en droit pénal, voir l'article très documenté de C. Hardouin - Le Goff, « Les fictions juridiques en droit pénal », *Droit pénal* n° 1, Janvier 2009, étude 1.

¹³ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1972, p. 42-47.

¹⁴ D. Costa, *Les fictions en droit administratif*, préf. E. Picard, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000, 614 p.

¹⁵ On notera néanmoins une étude italienne récente, E. Olivito, *Le finzioni giuridiche del diritto costituzionale*, Jovene editore, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma « La Sapienza », Napoli, 2013, 346 p.

¹⁶ J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », in Ch. Perelman et P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit, op. cit.*, p. 102.

¹⁷ J. Bentham, *Théorie des fictions, op. cit.*

¹⁸ L'une et l'autre se distinguent dans la mesure où la présomption se rattache à la théorie de la preuve et repose non pas sur une représentation contre-factuelle du réel mais sur une représentation plausible, assise sur une probabilité. Cette distinction vaut aussi pour les présomptions irréfragables bien que leurs effets les rapprochent de la fiction.

factuelle, malgré son caractère incident et les pouvoirs qui lui sont attribués afin de moduler les effets de ses déclarations d'inconstitutionnalité¹⁹?

La fiction est pourtant placée au cœur de ce droit dans la mesure où il se meut au centre du phénomène d'institutionnalisation du pouvoir et de l'Etat qui suppose l'action à la fois structurante et légitimante du droit²⁰. En témoigne la fiction du contrat social²¹, de la liberté supposée des individus²², de la personnalité juridique de l'Etat comme de sa continuité, en dépit de ses mutations sociales, politiques, constitutionnelles ou territoriales. C'est encore sur une fiction juridique que reposent la définition et l'exercice quotidien de la souveraineté nationale via la loi expression de la volonté générale et la rationalité supposée du législateur²³. Le langage et les concepts du droit constitutionnel reposent eux-mêmes sur un « comme si »²⁴ par la dimension organique²⁵, voire corporelle qui s'y attache²⁶, comme par les références faites à la mystique de la fondation, moment originel où l'Etat comme son droit viendrait à la vie, moment intemporel où l'acte constituant réalise instantanément « *la pleine juridicisation de la société politique* »²⁷. Simple instrument de technique juridique dans les autres branches du droit, dans le champ du droit constitutionnel la fiction s'apparente à un reflet et à un instrument de l'idéologie de l'Etat, ainsi que l'illustrent les préambules des Constitutions comme certains textes, matériellement ou formellement constitutionnels, édictés lors des périodes dites de transition constitutionnelle, marquant le passage d'un *instrumentum* constitutionnel à un autre, notamment lorsque ce passage procède d'une rupture (ou révolution juridique)²⁸.

¹⁹ E. Cartier, « La maîtrise du temps par le Conseil constitutionnel : la question des effets des décisions QPC », in E. Cartier, dir., *La QPC, le procès et ses juges*, Dalloz, coll. « Méthodes du Droit », 2013, pp. 154-189.

²⁰ Jean Rivero considérait ainsi que les présomptions étaient au service de « *la personne* » tandis que les fictions étaient au service de « *l'ordre étatique* » lui-même, ce qui légitime leur usage dans le champ du droit constitutionnel par nature, J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », *op. cit.*, p. 112.

²¹ Que Bentham identifie comme une fiction juridique, au même titre que la maxime « *The King can do no Wrong* », à la différence de Kelsen qui rejette une telle qualification, v. J.-J. Olivier, *Legal fictions in practice and legal science*, *op. cit.*, p. 32.

²² Concepts auxquels Kelsen refuse le titre de fiction juridique, les ramenant à de simples « fictions éthiques », H. Kelsen, « Contribution à une théorie des fictions juridiques centrées sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger », *op. cit.*, p. 77-79

²³ Quoi que l'on puisse considérer aujourd'hui, avec le développement du contrôle de la rationalité législative et de la qualité de la norme, qu'il ne s'agit plus que d'une présomption simple.

²⁴ Selon la formule consacrée de Hans Vaihinger, reprise par Kelsen, C. Bouriaud, *Les fictions du droit*, *op. cit.*

²⁵ Kelsen critique vivement cette vision trompeuse qui résulte de l'application de la fiction de la personnalité juridique attribuée à l'Etat par une grande partie de la doctrine et, plus généralement, des « extravagances de la théorie organique du droit nées de la puissance trompeuse de la fiction qui aveugle également la pensée théorique, théorie qui ne pouvait que se transformer en un mysticisme juridique », H. Kelsen, « Contribution à une théorie des fictions juridiques centrées sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger », *op. cit.*, p. 66-67.

²⁶ Via notamment la fiction théorique et mystique des deux corps du roi, E. Kantorowicz, *Les deux corps du Roi, essai sur la théologie politique au Moyen-âge*, trad. par Jean-Philippe et Nicole Genêt, Paris : Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1989, 683 p. ; voir aussi, selon une vision actualisée de cette théorie, l'article très intéressant d'O. Camy, « La controverse de l'article 68. Aspects théologiques », *RDJ*, 2001, n° 3, p. 813.

²⁷ F. Ost, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 187.

²⁸ Nous adopterons ici une conception large du concept de transition constitutionnelle, en y associant aussi bien les changements de constitution opérés conformément au mécanisme de révision constitutionnelle en vigueur que ceux opérés en dehors de ces mécanismes ou en violation de ces derniers. Par ailleurs, le droit constitutionnel transitoire, dont la fonction est de permettre le passage de l'ordre constitutionnel déchu au nouveau, peut aussi bien être contenu dans une norme provisoire, matériellement ou formellement constitutionnelle (parfois appelées « Petites constitutions » ou « constitutions intérimaires »), que dans la

Les transitions constitutionnelles mobilisent en effet de manière classique la *fictio legis* en aménageant la rupture via la continuité volontaire de l'Etat et de son droit, ou, au contraire, en l'amplifiant, jusqu'à dénier à l'Etat et à l'ordre juridique déchu, leur qualité propre de système non seulement légitime mais aussi légal et/ou constitutionnel, au sens défini par le nouveau système. Cette négation n'emporte le plus souvent qu'un effet abrogatif mais a parfois aussi été associée à un effet rétroactif via une déclaration générale de nullité des actes édictés par le gouvernement déchu non repris par le nouveau pouvoir associée à la négation juridique du gouvernement précédent. L'ordre nouveau n'hésite pas à recourir, en même temps qu'à l'épuration des cadres politiques et administratifs du régime précédent, à celle des normes infra-constitutionnelles édictées durant cette période. Cette épuration emporte, via la fiction juridique de la rétroactivité, la remise en cause *ab initio* de toutes les conséquences concrètes des normes frappées de nullité pour les différents acteurs juridiques ainsi que pour les droits, obligations, habilitations et sanctions construits sur leur fondement. C'est la représentation même du passé, dans sa dimension normative et factuelle, qui s'en trouve bouleversée, ce qui n'est pas sans générer des tensions au sein de la société civile dans ses rapports internes comme dans ceux qu'elle entretient avec l'Etat.

Ce type de fiction, hérité du droit romain, demeure cependant daté et n'a pas été utilisé lors des transitions les plus récentes, voire depuis la fin de la seconde Guerre mondiale (I). Les processus transitoires mis en place lors du Printemps arabe semblent confirmer cette tendance à ne plus construire ou reconstruire l'ordre constitutionnel sur la fiction de la négation juridique du passé. Ce choix de traitement du passé illustre un changement fondamental dans le rapport des sociétés contemporaines au temps, et sans doute aussi au « mal » dans le cas des transitions constitutionnelles post-conflictuelles. La mémoire du droit, qui participe de la construction de la mémoire nationale et de l'unité de la société, semble finalement tirer profit de cette confrontation, parfois brutale, avec le passé, témoignant de l'échec du droit à « faire passer » le dit passé²⁹ (II).

I – Déconstruire pour oublier : la fiction comme instrument de négation du passé

A) Un déni du passé normatif

Le processus transitoire s'inscrit dans une logique de reconstruction qui combine rupture et continuité avec l'ordre constitutionnel précédent. Les processus transitoires issus d'une rupture post-conflictuelle sont souvent d'un grand intérêt car certains, en raison du caractère illégitime du régime antérieur, ont cherché à jeter un voile sur le passé juridique et factuel par le biais d'une fiction qui, prenant la forme de la règle de droit, en adopte la nature et la force obligatoire, opposant alors de manière ambiguë et asymétrique le fait (constitué par la représentation réelle du système juridique antérieur) et le droit (constitué par la représentation juridique véhiculée par le caractère rétroactif de la règle de droit qui

nouvelle constitution, au sein de dispositions souvent qualifiées de « transitoires » par la constitution elle-même qui reprennent d'ailleurs parfois celles édictées par les constitutions provisoires, v. E. Cartier, « Les petites constitutions : contribution à l'étude du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n°3, 2007, p. 228 et s.

²⁹ Pour reprendre l'expression d'Henry Rousso et Eric Conan, à propos du traitement juridique et politique de Vichy depuis la Libération, H. Rousso, E. Conan, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Fayard, coll. « Pour une histoire du xx^e siècle », Paris, 327 p.

prescrit une requalification du passé). Le droit peut ainsi engendrer, par la voie de la fiction, à une forme d'amnésie juridique souvent accompagnée de procédés symboliques de reconstruction du passé. Le droit romain a le premier cherché à codifier cette amnésie juridique sur la base de la déclaration d'*hostis* ou de la *damnatio memoriae*, décidées du vivant ou à la mort de l'usurpateur, par le Sénat ou l'Empereur rétabli, et emportant la mise en œuvre d'une *rescissio actorum* destinée au rétablissement du *vertus ius*. Le législateur impérial prescrit ainsi un retour à l'état des choses antérieures³⁰. Toutes les nominations auxquelles a procédé l'usurpateur, toutes les charges et toutes les dignités qu'il a conférées, toutes les mesures de gouvernement qu'il a prises sont annulées sans exception. Les décisions des juges sont annulées ainsi que leurs effets. Une série de marques d'infamie s'y ajoute telles la privation de sépulture, la défense d'honorer la mémoire de l'empereur déchu, l'effacement de son nom sur tout document ou la destruction des statues, monuments et temples dédiés. Le code Théodosien de 438 (Livre XIV, Titre XV) comporte ainsi un Titre entier relatif au sort des actes édictés par les Empereurs illégitimes déchus. Il admet néanmoins, au nom d'un principe de réalité et de la paix sociale, une série de tempéraments³¹. Certains actes de droit public adoptés par l'usurpateur sont même conservés, notamment les constitutions impériales mais le nom de l'empereur déchu est remplacé par le nom d'un empereur légitime, chronologiquement voisin dans l'ordre successoral. L'acte est ainsi validé et fictivement rattaché à un auteur et à une source de validité différents³². Les exemples hongrois (1920), français (1944) et grec (1945) illustrent ce procédé transitoire pour la période contemporaine.

Ainsi, suite à l'éphémère république soviétique que connaît la Hongrie d'avril à août 1919³³, l'Assemblée nationale adopte-t-elle la loi fondamentale n°1 de 1920 *sur le rétablissement du régime constitutionnel et sur la réglementation provisoire de l'exercice de l'autorité suprême* qui, tout en restaurant la royauté en élisant provisoirement un régent en la personne de l'amiral Horthy,³⁴ dispose dans son paragraphe 9 que : « *Les dispositions de toute espèce édictées comme loi populaire, ordonnance ou sous un autre nom par les organes des soi-disant République du peuple et République des Conseils sont nulles. Sont également nulles les prescriptions et décisions de toute espèce des prétendus Conseils nationaux et de leurs organes.* » L'alinéa 2 précise que : « *Les soi-disant décrets et lois populaires insérés au Journal*

³⁰ J.-P. Adam, *Le rétablissement de la légalité impériale d'après le Titre XV, 14 du Code Théodosien*, Mémoire de DES, Paris, 1961, 110 p.

³¹ Code Théodosien, édité par Theodor Mommsen et Paul Meyer, Berlin, 1905, cité par J.-P. Adam, *Le rétablissement de la légalité impériale op. cit.*

³² G. Sautel, « Usurpation du pouvoir impérial dans le monde romain et *rescissio actorum* », in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. III, 1956, p. 464.

³³ De novembre 1918 à mars 1919, le comte Michel Károlyi instaure une République de type bourgeoise avant de laisser le pouvoir le 21 mars suivant aux socialistes révolutionnaires sous l'autorité de Béla Kun. Celui-ci institue alors une république sur le modèle des Soviets, dite « République des Conseils ». En juillet 1919, l'armée reprend la capitale et organise la répression alors que l'amiral Horthy instaure un régime contre-révolutionnaire le 1^{er} août. La loi fondamentale n°1 de 1920 organise la transition entre l'ordre juridique issu du régime précédent et le régime nouveau, O. JASZI, *Revolution and counter-revolution in Hungary*, London, P.S. King and son, 1924, 239 p. ; P. Kende, « Une histoire de la démocratie en Hongrie », in A. Baecque (de) (dir.), *Une histoire de la démocratie en Europe*, Paris, Le Monde éd., coll. La mémoire du monde, 1991, 410 p.

³⁴ Le texte, après avoir proclamé la restauration de la royauté hongroise, constate qu'en raison de la force majeure, l'exercice du pouvoir royal est suspendu ainsi que le fonctionnement du Parlement légal hongrois, C. Eszlary (d'), A. Thewrewk Pallaguy (de), « La "continuité du droit" dans le système juridique hongrois », Köln, éd. Americai Magyar Kiado, coll. Magyar Szakemberek Irsai, 1953, pp. 5. et s.

officiel seront supprimés. »³⁵. L'alinéa 3 du paragraphe 9 précise cependant que les dispositions en principe nulles seront maintenues par le « *ministère* » « *dans les cas où cela paraîtrait nécessaire* ». ³⁶ L'alinéa suivant dispose que « *Jusqu'à ce que le ministère ait statué en cette matière, les dispositions édictées par les organes de la soi-disant République du peuple seront provisoirement appliquées, en tant que leur contenu n'est pas contraire à la Constitution, aux lois existantes et aux coutumes ayant force de loi, ou qu'elles ont été prises dans les limites d'une habilitation législative et n'ont pas encore été abrogées* »³⁷. Ce dispositif aboutit ainsi à la réception des actes juridiques passés dans l'ordre juridique royal rétabli mais nie l'existence d'un gouvernement et d'un système juridique ayant eu pour base la République populaire dite « des Conseils ». Néanmoins, la période concernées était courte (4 mois) et l'œuvre législative et administrative du Gouvernement déchu en proportion. Ce qui ne fut pas le cas pour la Grèce et la France au sortir de la Seconde guerre mondiale.

L'impératif moral porté par la doctrine de la France libre donne naissance dès 1940 à l'idée d'un droit « *résistant* »³⁸ au service de l'idéologie républicaine qu'il ne suffirait dès lors que de « rétablir » à la Libération et non de « restaurer » ou de le remettre en vigueur³⁹, à la différence de ce qui avait pu se passer pour la monarchie en 1814 et 1815 et qui supposait la reconnaissance du régime antérieur et de la validité de son ordonnancement juridique⁴⁰. Vichy correspondrait par conséquent à une simple interruption *de facto* de la République et de son droit. Dès le 27 octobre 1940 le Manifeste de Brazzaville, complété par la déclaration organique du 16 novembre, consacre formellement cette position de principe. Elle est reprise par les ordonnances des 27 octobre 1940, 24 septembre 1941 et 3 juin 1943 qui établissent le statut matériellement constitutionnel de la France libre et de ses institutions⁴¹. Ce sont néanmoins les premiers textes portant rétablissement de la légalité républicaine qui donnent sa forme juridique définitive à cette idée en instituant une fiction au profit de la

³⁵ Loi fondamentale n°1 de 1920 *sur le rétablissement du régime constitutionnel et sur la réglementation provisoire de l'exercice de l'autorité suprême*, J. Delpech, J. Laferrière, *Les constitutions modernes : Europe – Afrique – Asie – Océanie – Amérique*, Traductions accompagnées de notices historiques et de notes explicatives par F.-R. Dareste et P. Dareste, 4^e éd., T. II, Europe – Hongrie à Yougoslavie, Sirey, Paris, 1929, p. 29-35.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ J. Carbonnier, note sur Cass., Civ., 16 juillet 1945, *D.*, 1946-321. L'auteur donne une définition intéressante, bien que peu juridique, de cette notion de droit résistant : « *Il est admis que, dans les années 1940-1944, le droit n'a cessé, sur le territoire français, de coïncider avec le fait en lui résistant, que les citoyens avaient le devoir (et le pouvoir puisqu'ils l'accomplissaient souvent), de ne pas obéir aux commandements de l'autorité usurpée, lesquels se doublaient aussitôt, comme de leur ombre, du contre-ordre virtuel de l'autorité légitime (...)* Et voici le corollaire : *c'est qu'il n'y a aucun des inconvénients ordinaires de la rétroactivité à appliquer sur des faits passés la légalité républicaine rétablie, parce que cette légalité était restée, par la résistance, constamment présente en tous lieux* ».

³⁹ Sur la différence entre une *restauration* et un *rétablissement*, v. v. E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction « révolutionnaire » d'un ordre juridique républicain*, LGDJ, 2005, p. 27.

⁴⁰ La Charte constitutionnelle de 1814, octroyée avant l'intermède des Cent jours, date le règne de Louis XVIII à sa 19^e année, conformément à la règle de succession royale – « le mort saisit le vif ; le roi est mort, vive le roi ! » – applicable à la mort du jeune Louis XVII, J. Vidalenc, *La Restauration (1814-1830)*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, 1966, p. 8 et 16.

⁴¹ Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 *organisant les pouvoirs publics durant la guerre et instituant le Conseil de Défense de l'Empire*, précédée du Manifeste du 27 octobre 1940 *relatif à la direction de l'effort français dans la guerre*, *Journal Officiel de l'Empire* publié en Afrique équatoriale française le 27 octobre 1940, p. 1 et *J.O.F.L.* n°1 du 20 janvier 1941, p.3 ; Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 *portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre*, *J.O.F.L.* n°11 du 14 octobre 1941, p. 1-2 ; Ordonnance du 3 juin 1943 *portant institution du Comité français de la Libération nationale*, *J.O.R.F.* n°1 du 10 juin 1943, p. 1.

négalion de Vichy. Il en est ainsi de l'ordonnance du 20 avril 1943 relative au territoire de La Réunion qui initie la solution dans les colonies françaises⁴² avant que l'Ordonnance du 9 août 1944 ne la généralise au territoire métropolitain continental, suivie de 5 ordonnances additionnelles⁴³. Les trois premiers articles de l'ordonnance du 9 août 1944 redéfinissent ainsi le temps républicain au profit de la fiction que contrebalance de manière ambiguë l'article 7 au nom d'un principe de réalisme⁴⁴.

Article 1

La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. **En droit** celle-ci n'a pas cessé d'exister.

Article 2

Sont, en conséquence, **nuls et de nul effet** tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française.

Cette nullité doit être expressément constatée.

Article 3

Est expressément constatée la nullité des actes suivants ;

+ Tableau annexé

(...)

Article 7 : Les autres actes de l'autorité de fait dite « Gouvernement de l'État français » sont validés provisoirement jusqu'au constat de leur nullité par ordonnances additionnelles.

Cette mécanique juridique complexe mise en œuvre par le droit de la Libération à l'égard de l'héritage juridique de Vichy cherche à concilier légalité et légitimité en deux temps. Elle consiste dans un premier temps à proclamer l'anéantissement rétroactif du *de cuius* par l'institution d'une véritable *damnatio memoriae* contre Vichy, son gouvernement et son droit depuis le 16 juin 1940, période où il s'agissait encore factuellement et juridiquement du gouvernement de la République mais où le général de Gaulle était lui-

⁴² Ordonnance n°46 du 2 mars 1943 *relative au rétablissement de la légalité républicaine dans l'île de la Réunion*, J.O.F.C. n°3 du 18 mars 1943, p. 12-13 et ordonnance n°52 du 20 avril 1943 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine dans la colonie de Madagascar et dépendances*, J.O.F.C. n°6 du 3 mai 1943, p. 39-40. Ce procédé est repris par les ordonnances *portant rétablissement de la légalité républicaine dans les colonies françaises*, v. ordonnance du 2 septembre 1943 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Côte française des Somalis*, J.O.R.F. n°16 du 4 septembre 1943, p. 101-102 et rectificatif, p. 118 ; ordonnance du 4 janvier 1944 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Guyane*, J.O.R.F. n°2 du 6 janvier 1944, p. 18-19 et rectificatif, p. 250 ; ordonnance du 10 juillet 1944 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Guadeloupe et à la Martinique*, J.O.R.F. n°57 du 13 juillet 1944, p. 581-583 ; ordonnance du 4 août 1944 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine dans la colonie de Saint-Pierre et Miquelon*, J.O.R.F. n°65 du 10 août 1944, p. 687-688.

⁴³ Au nombre de cinq : ordonnances *additionnelles à l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, des 11 octobre et 8 décembre 1944, des 31 mars, 6 juin, et 2 novembre 1945, ordonnance du 11 octobre 1944, J.O.R.F. n°96 du 12 octobre 1944, p.915-916, rectificatif p. 1152 ; ordonnance du 8 décembre 1944, J.O.R.F. n°145 du 9 décembre 1944, p.1772-1773, rectificatif p.1950 ; ordonnance n° 45-532 du 31 mars 1945, J.O.R.F. n°79 du 4 avril 1945, p. 1843-1844 ; ordonnance n° 45-1182 du 6 juin 1945, J.O.R.F. n°133 du 7 juin 1945, p. 3298-3299 ; ordonnance n° 45-2596 du 2 novembre 1945, J.O.R.F. n°258 des 2-3 novembre 1945, p.7166-7169, rectificatifs, p. 7139, 7351, 7518, 7646, 7726.

⁴⁴ E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, op. cit.

même entré en résistance et n'aurait pu désavouer son action en reconnaissant au gouvernement du maréchal Pétain une quelconque légitimité, ne serait-ce qu'en admettant qu'il ait pu avoir été un gouvernement légal. Le gouvernement du maréchal Pétain est ainsi qualifié *ab initio* d'« *autorité de fait* » et non de « *Gouvernement de fait* », ce qui exclut le principe de la validation *a posteriori* de ses actes, à la différence des expériences constitutionnelles passées de la France⁴⁵. Vichy est par conséquent considéré comme une autorité à la fois inconstitutionnelle et illégitime. Elle n'a donc droit qu'à l'oubli juridique ou tout du moins au voile d'un droit républicain reconstruit pour la circonstance. Le rétablissement de la légalité républicaine consiste dans un second temps à faire preuve de réalisme en procédant à un traitement différencié de l'héritage juridique de Vichy. Les actes dont la nullité n'a pas été expressément constatée par les ordonnances de la France libre sont ainsi provisoirement réceptionnés pour le compte du seul Etat français légitime incarnant la continuité « en droit » de la République : la France libre. Ces normes « orphelines » conservent toutefois l'appellation infamante d'« *actes dits "loi", "décret", "arrêté", etc.* », jusqu'à leur validation définitive qui n'interviendra parfois jamais expressément⁴⁶. Les actes « *dont la nullité a été expressément constatée* » par les ordonnances de la France libre sont juridiquement anéantis avec ou sans effet rétroactif. Il en est de même du lien d'imputation avec l'Etat français légitime qui s'est substitué juridiquement à Vichy mais ne peut voir sa responsabilité engagée pour le préjudice occasionné par les actes de Vichy déclarés nuls et nonavenus sans réserve des effets passés, même sur le fondement de la voie de fait. L'ordonnance du 9 août 1944 institue ainsi un véritable régime d'irresponsabilité au profit de la République. L'indemnisation des victimes des actes de Vichy ne se fait donc que sur une base volontaire et forfaitaire, via des lois spécifiques adoptées par le législateur républicain après-guerre, essentiellement à partir des années 60. Cette succession négative avec Vichy est réglée par le gouvernement provisoire de la République (G.P.R.F.) avant la Libération. Elle permet, d'une part de légitimer l'action de la France libre depuis le 18 juin 1940 et de rattacher l'ensemble de ses actes à une légalité républicaine d'exception. Elle permet d'autre part d'assurer la place de la France parmi les vainqueurs. Cette succession négative est validée par le peuple français lors du référendum organisé le 21 octobre 1945 où seules demeurent les options d'une rupture ou non avec la IIIe République et, le cas échéant, le recours ou non à un référendum constituant validant la future constitution de la IVe République⁴⁷.

⁴⁵ S. Gemma, « Les gouvernements de fait », *RCADI*, 1924, III, t.4, 1925 pp. 297-410 ; M. Duverger, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, pp. 73-100.

⁴⁶ Pour une étude très bien référencée sur les actes de Vichy, voir D. Remy, *Les lois de Vichy : actes dits « lois » de l'autorité de fait se prétendant « gouvernement de l'État Français »*, préf. M. Sapin, 2^e éd., Paris : Romillat, coll. Retour au texte, 1992, 255 p.

⁴⁷ C'est l'ordonnance du 17 août 1945, adoptée par le G.P.R.F. après avis de l'Assemblée consultative provisoire, qui prévoit ce référendum. Le peuple français est appelé simultanément à se prononcer sur le référendum et à élire les membres de l'Assemblée qui, suivant la réponse apportée à la première question du référendum, - « *Voulez-vous que l'Assemblée élue ce jour soit constituante ?* » - formeront une Assemblée constituante ou une « *Chambre des députés prévue par les lois constitutionnelles de 1875* ». Dans la seconde hypothèse, il sera procédé, sous deux mois, à l'élection du Sénat, chacune des Chambres se réunissant de plein droit le jeudi suivant l'élection du Sénat. La seconde question suppose une réponse positive à la première et porte sur le projet de loi relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, annexé au référendum : « *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 aux dispositions du projet de loi ci-contre ?* » L'article 5 de l'ordonnance dispose qu'en cas de réponse positive aux deux questions, « *le projet de loi inséré au verso des bulletins de vote à employer pour le référendum aura force constitutionnelle et sera immédiatement promulgué* ».

La Grèce connaît un processus similaire à la fin de la Seconde Guerre mondiale avec l'acte constitutionnel n°58 du 27 juin 1945 édicté par les autorités provisoires, « *relatif à la liquidation des actes de législation de la période de l'occupation étrangère* »⁴⁸ qui déclare « *nuls* » *ab initio* l'ensemble des actes de législation, dont les actes constitutionnels, pris par les gouvernements d'Athènes pendant l'occupation allemande.⁴⁹ Or, comme dans le cas de la Hongrie de 1920 et de la France de 1944, les effets de cette nullité globale *ab initio* sont compensés par des dispositions de type transitoire. Ainsi, l'article 2 de l'acte constitutionnel n°58 dispose-t-il que la nullité doit être prononcée par des décisions prises en Conseil des ministres, tout en déterminant une liste de textes annulés immédiatement. De même, l'article 4 prévoit la ratification rétroactive des actes qui, après décision du Conseil des ministres, seraient expressément reconnus comme « *édictees en vue de la conservation ou de l'intérêt de l'État grec* ». L'article 7 prévoit cependant qu'au bout d'une période de six mois, les actes de législation édictees sous l'occupation dont la nullité n'aurait pas été prononcée seront frappés automatiquement d'une nullité rétroactive. Face aux inconvénients politiques et sociaux d'une annulation globale différée, une résolution constitutionnelle du 20 juillet 1946 proroge ce délai jusqu'au 31 décembre de la même année en précisant qu'une prorogation ultérieure peut être décidée par le Conseil des ministres⁵⁰.

B) Un hiatus avec le passé factuel conflictuel

La fiction juridique utilisée dans ces exemples de transition constitutionnelle a abouti à un véritable hiatus entre le donné réel relatif au passé de collaboration de ces pays et le donné juridique issu des textes ayant procédé à la négation de ce passé et à la substitution d'une temporalité idéologique reconstruite *ex post*. Elle peut aboutir à l'installation progressive d'un véritable « syndrome » dont les victimes ne sont pas que les normes. On connaît l'issue de ce hiatus en France avec la rupture opérée, d'abord sur le plan politique avec le discours du Vélodrome d'Hiver (Vel d'Hiv) du Président Chirac en 1995, puis, sur le plan juridique, avec les prolongements administratifs devant le Conseil d'Etat de la condamnation pénale de Maurice Papon par la Cour d'assises de Gironde. Le Palais royal s'autorisa ainsi à reconstruire la chaîne de juridicité reliant la République au régime de Vichy qu'avait rompue rétroactivement l'ordonnance du 9 août 1944⁵¹. L'avis contentieux du 16 février 2009 *Hoffman*⁵², rendu sur saisine du Tribunal administratif de Toulouse dans l'affaire

L'article 10 de l'ordonnance prévoit que les pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire prendront fin le jour du scrutin. En cas de réponse positive à la première question, l'Assemblée constituante, conformément à l'article 7, « *se réunira de plein droit à Paris, au Palais Bourbon le mardi 6 novembre 1945.* » L'article 6 dispose qu'en cas de réponse négative à la seconde question, « *l'Assemblée constituante élue fixera à son gré l'organisation provisoire des pouvoirs publics.* », E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 523 et s.

⁴⁸ Acte constitutionnel n°58 du 27 juin 1945 *relatif à la liquidation des actes de législation de la période de l'occupation étrangère*, *Journal officiel du Gouvernement grec*, 27 juin 1945.

⁴⁹ G. Kaminis, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, préf. J. Gicquel, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1993, p. 174.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 175.

⁵¹ CE, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon* Req. 238689, *RFDA* 2002, p. 582, concl. Boissard, M. Verpeaux, « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC*, n°55, juillet 2003, pp. 515 et s. ; E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945)*, *op. cit.*, p. 359-353.

⁵² CE, Avis, 16 février 2009, *Hoffman- Glemane*, n° 315495, Ccl. Lenica, note Benoît DELAUNAY, *RFDA* mai-juin 2009, p. 524.

Lipietz relative à la responsabilité de la S.N.C.F.⁵³ consacra de manière plus évidente encore ce changement de paradigme juridique en procédant à une interprétation rétroactive de la volonté du Gouvernement provisoire exprimée les deux premiers articles de l'ordonnance du 9 août 1944, ajoutant à la fiction de la volonté du législateur, celle d'un contenu quelque peu anachronique.

C'est sans doute l'échec de ces fictions juridiques les plus radicales mais aussi une meilleure prise en compte de la complexité du processus de reconstruction nationale qui a conduit à marginaliser la fiction dans les processus de transition constitutionnelle contemporains.

II – Reconstruire sans oublier : la fiction comme instrument dépassé ?

A) Un héritage normatif accepté

Les expériences les plus récentes de transitions constitutionnelles témoignent d'un recours moins fréquent à l'instrument juridique de la fiction, tout du moins à ses versions les plus radicales. En effet, même face aux régimes les plus abjects et décriés en tant que tel, la rupture politique n'est pas forcément relayée par une rupture juridique cherchant à couvrir le passé et à en reconstruire le contenu tant normatif que factuel. En témoignent les processus transitoires initiés en Europe de l'Est dans les années 90⁵⁴ mais surtout ceux initiés en Afrique, en Amérique du Sud, voire en Asie⁵⁵, jusqu'au Printemps arabe. Qu'il s'agisse des instruments constitutionnels propres à la transition (petites constitutions ou constitutions dites intérimaires⁵⁶) ou des constitutions issues de la transition et comportant des dispositions dites « transitoires », le passé normatif attaché au régime déchu n'est pas en lui-même remis en question si ce n'est de manière assez classique, via l'abrogation implicite des normes incompatibles avec les principes issus de la nouvelle Constitution provisoire ou définitive. La Constitution Egyptienne promulguée le 19 janvier 2014 reprend à ce propos dans son article 224 le contenu de l'article 32 de la Déclaration constitutionnelle du 8 juillet 2013 dite *Charte de la transition* qui elle-même reprenait l'article 222 de la Constitution de la Seconde République de 2011, disposant que « *Toutes les dispositions des lois et règlements antérieurs à la proclamation de cette Constitution demeurent légales et en vigueur. Elles ne peuvent être modifiées ou abrogées que selon les règles et procédures prévues par la Constitution.* »⁵⁷ C'est aussi le cas de l'ensemble des transitions opérées dans

⁵³ TA de Toulouse, 2^e ch., 6 juin 2006 *M.A. et consorts Lipietz c/ Préfet de la Haute-Garonne et SNCF*.

⁵⁴ *The rebirth of democracy. 12 Constitutions of central and eastern Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2e éd, 1996, p. 251 et s.

⁵⁵ Par exemple la Constitution cambodgienne du 21 septembre 1993 dont l'article 158 - Chapitre XVI. « *Des dispositions transitoires* » dispose que : « *Les lois et les actes normatifs garantissant les biens de l'État, les droits, les libertés et les propriétés légales des personnes privées et qui sont conformes aux intérêts de la nation restent en vigueur jusqu'à ce que de nouveaux textes viennent les modifier ou les abroger, à l'exception des dispositions contraires à l'esprit de la présente Constitution* ».

⁵⁶ La plus ancienne de ces petites Constitutions étant la petite Constitution polonaise de 1919, voir S. Rogowski, « *The "Small Constitutions" (1919 — 1947 — 1992)* », in *Przeglad Sejmowy, Dwumiesiecznik*, Rok VII, 2 (31), 1999, pp. 11-46, Summary p. 47; E. Cartier, « Les petites constitutions : contribution à l'étude du droit constitutionnel transitoire », *op. cit.*

⁵⁷ Texte de la Constitution approuvé par la Commission constituante le 1er décembre 2013 et soumis au référendum des 14/15 janvier 2014, Chapitre VI « Dispositions générales et transitoires », article 224, Texte non officiel adapté par Christophe Boutin, in J.-Y., Cara (de), Ch. Saint-Prot, *L'évolution constitutionnelle de*

les anciens pays du bloc de l'Est dans les années 90⁵⁸, en Amérique du Sud, en Afrique du Sud⁵⁹, au Rwanda⁶⁰, en Afghanistan, en Irak⁶¹ ou, plus récemment, en Tunisie⁶².

B) Un héritage factuel conflictuel assumé

Le voile de la fiction juridique jeté sur le passé des Etats concernés a été remplacé par un autre regard du droit sur le passé : celui de la justice et de la réparation, accompagné d'une quête de vérité qui témoigne sans doute d'une prise en compte plus forte de la société et de ses blessures ainsi que d'une catégorie ambivalente d'acteur dans le processus de reconstruction nationale : la victime. En témoignent le recours quasi systématique à des commissions appelées « Vérité », « Justice », « Réconciliation », « Indemnisation », ou combinant les qualificatifs, organes publics non judiciaires chargés de faire la lumière sur la violation des droits de l'homme par les agents du pouvoir déchu et de prendre les mesures nécessaires pour permettre la réconciliation nationale dans une société encore divisée par un passé conflictuel. La Justice pénale, interne ou internationale, n'est pas dessaisie des faits ayant constitué ces exactions mais elle demeure secondaire et n'est plus la seule à permettre la confrontation salutaire entre les bourreaux et leurs victimes ou leurs proches⁶³.

l'Égypte : avec le texte de la Constitution de 2014, Observatoire d'études géopolitiques, Paris, 2014, p. 173, URL : http://www.etudes-geopolitiques.com/sites/default/files/pdf/Texte_de_la_Constitution_2014.pdf.

⁵⁸ *The rebirth of democracy, op. cit.*

⁵⁹ La Constitution intérimaire sud africaine de 1993 témoigne d'une telle solution, reprise ensuite dans la Constitution de 1996, voir Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993, Chapter 15 « General and Transitional provisions » - Article 229 « Continuation of existing laws » : « *Subject to this Constitution, all laws which immediately before the commencement of this Constitution were in force in any area which forms part of the national territory, shall continue in force in such area, subject to any repeal or amendment of such laws by a competent authority.* » ; Constitution of the Republic of South Africa 1996, Schedule 6 : Transitional arrangements : URL : <http://www.gov.za/documents/constitution/93cons.htm#CHAP15>.

⁶⁰ Constitution rwandaise du 4 juin 2003, Chapitre 2. « Des dispositions finales » – Article 202 : « *La présente Constitution abroge et remplace la Loi fondamentale de la République rwandaise régissant la période de transition telle que révisée à ce jour. Aussi longtemps qu'elle n'est pas modifiée, la législation en vigueur demeure applicable en toutes ses dispositions qui ne sont pas contraires à celles de la présente Constitution.* »

⁶¹ En ce qui concerne l'Irak, la Constitution intérimaire du 8 mars 2004, et la Constitution du 15 mars 2005 optent pour la même solution, Constitution provisoire de l'Irak du 8 mars 2004, Titre III. « Le Gouvernement irakien de transition » - Article 26 : « *1. Sauf disposition contraire de la présente loi, les lois en vigueur en Irak le 30 juin 2004 restent en vigueur jusqu'à leur abrogation ou leur modification par le Gouvernement irakien de transition conformément à la présente loi ; 2. La législation émise par le pouvoir législatif fédéral l'emporte sur toute autre loi émise par une autre autorité législative dans le cas où elles s'opposent, sous réserve des dispositions de l'article 54, alinéa 1. ; 3. Les lois, règlements, ordres et directives émis par l'Autorité provisoire de la Coalition en vertu du droit international restent en vigueur jusqu'à leur abrogation ou leur modification par une norme dûment adoptée et ayant force de loi.* » ; Constitution irakienne du 15 octobre 2005, Titre VI. « Dispositions finales et transitoires » - Chapitre premier. « Dispositions finales » - Article 130 : « *Les lois existantes restent en vigueur, jusqu'à leur abrogation ou leur modification conformément aux dispositions de la présente Constitution.* »

⁶² Sur les transitions constitutionnelles ou simples réformes constitutionnelles opérées dans le monde arabe suite ou à l'occasion des Printemps arabes, voir (à jour du 31 juillet 2013) N. Bernard-Maugiron, « Les réformes constitutionnelles dans les pays arabes en transition », in *Transitions dans le monde arabe, Annuaire IEMed de la Méditerranée*, 2013, Clés, p. 51-58.

⁶³ Pour une réflexion critique constructive de la notion de « Justice transitionnelle » et ses résultats concrets, voir F. Hourquebie, « La justice transitionnelle a-t-elle un sens ? », Actes du VIe Congrès de l'AFDC tenu à Paris les 25, 26, 27 septembre 2008, URL :

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/HourquebieTXT.pdf>, du même auteur, « Réparer pour reconstruire », in X. Philippe, A. Roux, (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire : approche nationale et comparée*, actes de la table ronde organisée à Aix-en-Provence le 7 octobre 2011, Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle. Aix-en-Provence, Institut Universitaire de

La *Commission vérité et réconciliation* instituée en Afrique du Sud par le *Reconciliation Act* de 1995 illustre l'importance et le succès de ce processus lorsqu'il est bien conduit. Témoigne de l'émergence de ce nouveau standard associé aux processus de transition constitutionnelle procédant ou non d'une rupture avec l'ordre constitutionnel précédent⁶⁴, sa réception par le droit des Nations Unies via l'adoption par l'Assemblée générale en décembre 2005, des « *principes fondamentaux et directeurs concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* »⁶⁵. On compte ainsi aujourd'hui plus de trente-trois commissions de ce type instituées dans le monde dont la plupart se situe en Afrique et en Amérique du Sud et dont plus de la moitié a été instituée ces quinze dernières années, à l'occasion ou non d'un changement de constitution, avec ou sans rupture juridique⁶⁶. La création toute récente au Mali de la *Commission Vérité, Justice et Réconciliation* mise en place par une ordonnance du 15 janvier 2014 en remplacement de la *Commission Dialogue et Réconciliation* créée en 2013, en dehors de toute transition constitutionnelle illustre pour la période la plus récente la réception de ce nouveau standard mondial qui comporte de plus en plus une dimension formellement constitutionnelle⁶⁷. La Constitution égyptienne de 2014 prévoit elle-même la création d'un tel cadre juridique en disposant, dans ses dispositions transitoires (article 241) que « *Dans sa première session après l'entrée en vigueur de la présente Constitution, la Chambre des représentants doit voter une loi de justice et de transition qui veillera à révéler la vérité, les responsabilités, et à proposer des cadres pour la réconciliation nationale et l'indemnisation des victimes, conformément aux normes internationales* »⁶⁸. C'est aussi le cas de la Tunisie qui, dès la promulgation de sa constitution intérimaire du 16 décembre 2011 enjoignait à l'Assemblée nationale constituante de voter une loi organisant ce processus, repris dans la Constitution de 2014⁶⁹. Cette logique de constitutionnalisation de la justice transitionnelle est aussi

Varenne, 2013, p. 73-79 ; aussi K. Andrieu, *La justice transitionnelle*, *op. cit.*, p. 326-467 et, pour une analyse critique de l'efficacité du système, *Ibid.*, p. 492 et s.

⁶⁴ En 2004, en dehors de toute révolution ou rupture constitutionnelle, le Maroc a ainsi jugé nécessaire, sous la pression de la société civile et de la communauté internationale, d'instituer une telle commission (l'Instance Équité et Réconciliation) à propos des « années de plomb » attachées au règne de Hassan II (1960-1989), K. Andrieu, *La justice transitionnelle*, Gallimard, Folio essais, Paris, 2012, p. 512-536.

⁶⁵ Texte cité par F. Hourquebie, « Réparer pour reconstruire », *op. cit.*, p. 75.

⁶⁶ On mentionnera ici les plus connues instituées en Argentine, au Chili, au Salvador, au Guatemala, au Pérou ou au Maroc, voir E. Jaudel, *Justice sans châtime. Les Commissions Vérité-Réconciliation*, préf. A. Garapon, Odile Jacob, Paris, 192 p. Certaines de ces commissions ont été aussi créées en Asie dans des pays comme l'Indonésie, le Sri Lanka, la Corée du Sud, le Cambodge ou le Timor Oriental. Les expériences de justice transitionnelle font l'objet d'une actualisation périodique via le rapport annuel du Centre international pour la justice transitionnelle, URL : www.ictj.org/publications.

⁶⁷ Voir à ce sujet, la communication présentée dans cet atelier de L. M. Gutiérrez Ramirez, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », IXe Congrès de Droit Constitutionnel de l'AFDC, Lyon 26, 27 et 28 juin 2014, Atelier F « Les transitions constitutionnelles » : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/atelierLF.html>

⁶⁸ Texte de la Constitution approuvé par la Commission constituante le 1er décembre 2013 et soumis au référendum des 14/15 janvier 2014, Chapitre VI « Dispositions générales et transitoires », article 224, Texte non officiel adapté par Christophe Boutin, in J.-Y., Cara (de), Ch. Saint-Prot, *L'évolution constitutionnelle de l'Égypte*, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁹ Loi constitutionnelle n°6-2011 du 16 décembre 2011 (dite « petite Constitution ») - Titre VI - « La justice transitionnelle » - Article 24 : « *L'Assemblée nationale constituante vote une loi organique qui organise la justice transitionnelle et en détermine les bases et le champ d'application.* ». Cette injonction est reprise à l'article 148 alinéa 2 de la Constitution de 2014 (Titre X. « Des dispositions transitoires ») qui dispose : « *Les dispositions de l'article 4 de la loi relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics restent en vigueur*

présente dans les Constitutions du Burundi et de la Colombie, respectivement en 2001 et 2012⁷⁰. On notera que la constitutionnalisation de la mécanique de la justice transitionnelle n'est qu'une garantie relative, ainsi que l'illustre le cas du Burundi où, douze années après son insertion dans la Constitution, elle n'a toujours pas été mise en place par le législateur.

Le besoin social et individuel de Justice et l'irréductible emprise des droits fondamentaux prennent ainsi le pas sur l'idéologie de l'Etat dont la fiction juridique a pu se faire pendant un temps l'instrument et le reflet. Il convient de resituer ce constat dans un contexte de standardisation croissante des instruments constitutionnels via non seulement les grandes institutions, juridictionnelles ou non juridictionnelles, régionales ou internationales, telles la Commission des droits de l'homme des Nations unies ou la Commission de Venise du Conseil de l'Europe, relayées et/ou animées par la jurisprudence de la CrEDH ou de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, mais aussi les réseaux d'experts internationaux et de grands cabinets d'avocats proposant leurs services aux Etats sous la forme d'une ingénierie constitutionnelle « à la carte »⁷¹. La Commission de Venise envisage elle-même sa fonction en période de transition comme celle d'« *un instrument de l'ingénierie constitutionnelle d'urgence* » et comme offrant aux Etats un service après-vente de « *"dépannage constitutionnel"* »⁷². Quant aux cabinets d'avocats internationaux, notamment anglo-saxons, le cabinet *Public International Law & Policy Group*, basé à Washington, déclarait être intervenu dans l'ingénierie constitutionnelle de 14 Etats et avoir établi une sorte de « *kit constitutionnel* » pour les situations post-confliktuelles⁷³. Certains comparatistes n'hésitent pas à parler, à propos de ce phénomène, de « *théorie IKEA des transferts constitutionnels* »⁷⁴.

Au delà du phénomène moderne de standardisation du processus transitoire qui semble aller de pair avec un phénomène de globalisation du droit dans toutes ses dimensions⁷⁵,

jusqu'à l'élection de l'Assemblée des représentants du peuple. Cependant, à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution, un projet de loi présenté par les députés n'est recevable que s'il porte sur le processus électoral, sur le système de la justice transitionnelle ou sur les autorités issues des lois adoptées par l'Assemblée nationale constituante. »

⁷⁰ Articles 229 à 233 de la Constitution de transition du Burundi du 28 octobre 2001 et article 66 « Transitoire » de la Constitution de Colombie amendée dans ce sens en 2012, L. M. Gutiérrez Ramirez, « La constitutionnalisation de la justice transitionnelle », *op. cit.*, p. 5.

⁷¹ Sur le rôle des grands cabinets d'avocats internationaux dans le conseil en ingénierie constitutionnelle aux Etats, voir M. Steintz, « Internationalized pro bono and a new global role for lawyers in the 21st century: lessons from nation-building in Southern Sudan », *Yale Human Rights and Development Law Journal* 2009, 205.

⁷² [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/introduction/français%20/la%20commission%20de%20Ovenise%20?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/introduction/français%20/la%20commission%20de%20Ovenise%20?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0), cité par G. Lewkowicz, in E. Cartier et G. Lewkowicz, « Les standards constitutionnels mondiaux », in *Constitution et droit international public*, contribution à la journée d'études nationale de l'AFDC, le 13 février 2014, p. 5., voir surtout V. Martin, « La contribution de la Commission de Venise à la formation de standards constitutionnels mondiaux : vers un espace constitutionnel mondial ? », in E. Cartier, M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk, (dir.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux ?*, LGDJ, Paris (à paraître).

⁷³ *Ibid.*, p. 6 et, à propos du rôle de ces cabinets, notamment au Sud Soudan, voir M. Steintz, *op. cit.*

⁷⁴ C'est le cas du comparatiste allemand Günther Frankenberg, « Constitutional transfer: The IKEA theory revisited », *Int. Jnl. of Constitutional Law*, Vol. 8, n°3, p. 563-579, cité par G. Lewkowicz, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵ En dépit de phénomènes de résistance notamment face à la nécessité bien comprise par les Etats concernés d'introduire des éléments identitaires dans leur Constitution, tels les références religieuses ou culturelles à la « Nation arabe », à « l'Islam », voire à la « Shari'a » dans les Constitutions issues des Printemps arabes, dans leur préambule comme dans le corps du texte constitutionnel, voir à propos des pays arabes et des contradictions internes qui se sont révélées lors des Printemps arabes, A. Mezghani, *L'Etat inachevé*. La

l'exclusion du mécanisme des fictions juridiques, dans le traitement du passé par le pouvoir nouvellement en place, révèle sans doute un nouveau rapport au passé et témoigne aussi de l'emprise de la Justice en tant que valeur mais aussi en tant que principe sur l'ordre constitutionnel et la société en général. Emprise que Jacques Krynen associe globalement à une mutation à la fois substantielle et structurelle du modèle de l'Etat de droit vers un « *Etat de justice* »⁷⁶ qui, dans le champ des transitions constitutionnelles post-confliktuelles, s'inscrit dans une conception fonctionnelle de la justice, au delà de sa dimension organique classique, combinant, selon une logique de complémentarité, justice judiciaire et justice parajudiciaire, de manière à ne pas écarter pour les victimes le droit au juge et à un procès, notamment pénal⁷⁷, qu'il soit mis en œuvre sur le plan interne ou international, notamment en cas de crimes de masse⁷⁸. Le paroxysme de ce phénomène est illustré par la transition sud africaine où il revenait à la Cour constitutionnelle elle-même de valider l'opération constituante, sur la base de principes définis au préalable par la constitution intérimaire⁷⁹. Il demeure cependant encore aujourd'hui exceptionnel⁸⁰, les Cours constitutionnelles créées par la nouvelle constitution se contentant, le plus souvent, de concrétiser l'ordre constitutionnel établi, comme ce fut le cas dans une partie des pays des États issus de l'ex-URSS où le juge constitutionnel a été un acteur clé du processus transitoire, notamment lorsqu'il préexistait comme en Russie⁸¹. Tout se passe alors comme si l'ordre juridique était reconstruit sur la base de la Justice constitutionnelle, c'est à dire sur la tête, en totale

question du droit dans les pays arabes, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, Paris, 2011, 352 p. notamment p. 94 et s. et p. 216 et s., voir aussi J.-Ph. Bras, N. Bernard-Maugiron, « Les standards constitutionnels dans les Printemps arabes », in E. Cartier, M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk, (dir.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux ?*, LGDJ, Paris (à paraître).

⁷⁶ Sur ce concept et l'analyse qui le soutient, voir J. Krynen, *L'Etat de Justice. France, XIIIe-XXe siècle, t. 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, (coll. Bibliothèque des Histoires), 2009, p. 11. ; *L'Etat de Justice. France, XIIIe-XXe siècle, t. 2, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, ch. 7 notamment.

⁷⁷ Voir sur ce point F. Hourquebie, « La justice transitionnelle a-t-elle un sens ? », *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ Nous renvoyons ici aux règles générales applicables dans le cadre de la convention de Rome sur la CPI et aux règles spécifiques ayant institué des juridictions pénales internationales spéciales pour certains Etats, Telles le TPI pour l'ex-Yougoslavie, le TPI pour le Rwanda, le TS pour la Sierra Leone, etc., v. J.-P. Bazelaire, Th. Créatin, *La justice pénale internationale. : son évolution, son avenir de Nuremberg à La Haye*, PUF, 2000, 261 p.

⁷⁹ X. Philippe, « La démocratie sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs* 2009/2, pp. 147-158

⁸⁰ Madagascar a opéré un tel choix procédural pour le passage à une IVe République sur le fondement de deux ordonnances du président de la République des 17 et 19 mars 2009 et d'un acte qualifié de « *Charte de la transition* », adopté le 9 août 2009 par les mouvements représentatifs des forces politiques puis modifié par un acte additionnel le 6 novembre. La Charte telle que modifiée se dote d'une valeur constitutionnelle. Outre des institutions transitoires législatives, exécutives et consultatives, elle institue une « *Commission vérité et réconciliation* » placée sous l'égide d'un « *Conseil National de la Réconciliation* » ainsi qu'une « *Haute cour de Transition* », juridiction suprême chargée du respect de la charte, laquelle contient plusieurs principes que devra respecter la future constitution. Voir sur cette question les textes et l'analyse de Stéphane BOLLE, « Transition inclusive à la IVe République », <http://www.la-constitution-en-afrique.org>

⁸¹ M.-E. Baudoin, *Justice et État post-soviétique*, 2005 ; J.-P. Massias, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, 1997.

contradiction avec la logique constitutionnelle classique⁸² et sans doute aussi avec les principes classiques de la démocratie⁸³.

La fiction juridique semble avoir quitté le terrain de la transition constitutionnelle elle-même, en tant que mécanisme de négation de la réalité conflictuelle passée, au profit d'une confrontation médiatisée par la justice transitionnelle avec le passé conflictuel. Elle n'en demeure pas moins présente à la marge, ne serait-ce que classiquement lorsque les pouvoirs publics provisoires se dotent d'un instrument constitutionnel, au nom du peuple ou de la nation, contre le pouvoir en place. La fiction est alors mobilisée au service de la légitimité du pouvoir qui détermine souvent lui-même les modalités de l'exercice du pouvoir constituant. Qu'il s'agisse de la Tunisie, de l'Égypte, de l'Irak ou de l'Afghanistan, la rupture avec l'ordre constitutionnel précédent est couverte par la rédaction d'un instrument matériellement constitutionnel provisoire qui, en plus de déterminer provisoirement le cadre juridique de fonctionnement des pouvoirs publics, détermine les modalités futures de manifestation du pouvoir constituant. La validité de tels actes, pouvant être qualifiés, au sens kelsenien, de « *Constitutions historiques* », au delà desquels ne peut plus être remontée la chaîne de validité constitutionnelle, procède elle-même d'un des postulats épistémologiques les plus critiqués de la théorie du droit : l'existence fictive d'une norme fondamentale d'où découlerait (nécessairement) la validité de la « *première Constitution historique* » de l'État⁸⁴, sans laquelle il est d'ailleurs impossible de penser le droit et l'ordre juridique en général⁸⁵.

Au delà de ce mécanisme d'appel au pouvoir constituant en dehors des procédures prévues par la Constitution en vigueur, la manifestation même du pouvoir constituant comme de tout pouvoir normatif collégial repose sur une double fiction juridique : celle de la représentation⁸⁶ et celle de l'expression d'une volonté collective. En effet, du moment où il

⁸² Cette inversion de la logique constitutionnelle, comme le souligne Jean-Pierre Massias, procède d'une légitimité de la fonction juridictionnelle associée à la volonté de construction d'un État de droit établi et régulé par une autorité dont l'impartialité est présumée, J.-P. Massias, préface de la thèse de M.-E. Baudoin, *op. cit.*, p. XIX.

⁸³ Sur la question de l'évolution des principes de la démocratie moderne et l'émergence du principe d'impartialité, voir P. Rosenvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 151-191.

⁸⁴ Selon Otto Pfersmann, qui emprunte le terme à Kelsen, « *L'acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n'est plus possible de retracer une continuité juridique est appelé "première Constitution historique" non pas au sens où elle serait le premier texte constitutionnel dans l'histoire d'un pays mais en tant qu'ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique. Il convient d'en distinguer la Première Constitution (historique) matérielle qui comprend l'ensemble des normes de production de normes issu de la dernière révolution juridique.* », O., Pfersmann, in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel, Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit public-Science politique, 2003, p. 96.

⁸⁵ Dans son analyse des fictions juridiques, Kelsen analyse justement la « norme fondamentale » à la fois comme une fiction du droit et une fiction de la science du droit, à savoir, selon l'auteur, une « authentique fiction » au sens de la philosophie du comme si de Vaihinger. Une fiction sans laquelle justement il n'est pas possible de penser le droit (au sens de la définition qu'en donne Kelsen bien entendu), H. Kelsen, « Contribution à une théorie des fictions juridiques centrées sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger », *op. cit.*, p. 92-93.

⁸⁶ La représentation correspond en effet à une technique reposant sur la fiction juridique. Dominique Turpin considère ainsi, dans le cadre de la démocratie, que « "Représenter" consistant à "rendre présent", fictivement celui ou ceux qui ne peuvent l'être effectivement », D. Turpin, « Représentation et démocratie », in *La représentation, Droits*, n°6, 1987, p. 79. Pour une approche historique de la question, voir l'ouvrage désormais classique de P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, Folio-histoire, Paris, 1998, 491 p., notamment p. 35-95.

est fait appel à un minimum de collégialité, la pluralité des volontés psychologiques est réduite à une volonté juridique indispensable au fonctionnement de l'organe. La détermination de la manifestation de la volonté juridique de l'organe résulte de règles de procédure prévues par la Constitution ou le texte régissant l'organe sur la base d'une fiction juridique. Par ailleurs, dans le cas des procédures constitutives ayant recours au référendum, comme c'est le plus souvent le cas dans les exemples cités, là où un organe collégial peut fixer lui-même les règles déterminant les conditions de manifestation de sa volonté juridique, le peuple ne le peut pas car, par principe, sa volonté psychologique est confuse et sa volonté juridique nécessairement prédéterminée. La fiction juridique permet par conséquent d'ordonner ce qui en réalité est désordonné et confus, a fortiori lorsqu'il s'agit de la volonté du peuple ou de la nation. La doctrine américaine s'interroge ainsi encore sur la signification exacte de la formule « We the people » placée en exergue de la Constitution des Etats-Unis⁸⁷. Elle est également présente lorsque le constituant, après avoir rompu avec le passé récent (celui du régime déchu), cherche à établir ou rétablir une continuité juridique avec un passé normatif plus lointain, n'hésitant pas à ressusciter totalement ou partiellement des normes constitutionnelles abrogées ou y faisant simplement référence dans un préambule ou dans les premiers articles de la constitution⁸⁸. Certains voient même dans la coutume constitutionnelle, sous la III^{ème} République, un mécanisme permettant de « *renouer la chaîne brisée des constitutions* »⁸⁹. La coutume se serait-elle paradoxalement mise au service de la fiction au même titre que les textes ou que la jurisprudence du juge constitutionnel⁹⁰, alors qu'*a priori* elle serait le plus à même de

⁸⁷ B. Ackerman, *We The People*, volume 1 : *Foundations*, Harvard Press, 1991, 384 p. ; traduit en français par J.-F. Spitz, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Préf. de P. Weil, Calman Levy, Paris, 1998, 434 p. ; voir aussi dans le cas français la thèse de référence de P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, PU de Rouen – LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2004, 396 p., notamment sur les « Paradoxes de la représentation », p. 91 et s. ; D. Turpin, « Représentation et démocratie », *op. cit.*, p. 79-90.

⁸⁸ C'est le cas par exemple de la transition constitutionnelle en Grèce après la chute du régime des colonels où la Constitution de 1952 est remise en vigueur, amputée de ses dispositions relatives à la forme monarchique du régime, par l'article 1^{er} de l'acte constitutionnel « A », dit « *statutaire* », du 1^{er} août 1974. Il en est de même pour l'Afghanistan à la chute du régime des Talibans où le « *gouvernement islamiste de transition* » formé en juin 2002 conformément aux accords inter-afghans de Bonn du 5 décembre 2001, fonctionna selon les principes de la Constitution de 1964 remise en vigueur début février 2002, à l'exception des passages faisant référence à la monarchie. Ce fut le cas aussi en Autriche, au sortir de la seconde guerre mondiale, où, cautionnant la thèse de l'Anschluss, c'est-à-dire de l'annexion forcée du pays au III^{ème} Reich, la Constitution de 1920 est remise en vigueur comme si elle n'avait été qu'empêchée factuellement. La déclaration de Moscou, signée en octobre 1943 par les gouvernements de l'Union soviétique, des États-Unis et de Grande-Bretagne, comprend en effet une déclaration sur l'Autriche qui précise que « *Les gouvernements du Royaume-Uni, de l'Union soviétique et des États-Unis d'Amérique sont d'accord sur le fait que l'Autriche, le premier pays libre tombé à la suite de l'agression hitlérienne, sera libéré de la domination allemande. Ils considèrent l'annexion imposée à l'Autriche le 15 mars 1938 comme nulle et non avenue.* », voir pour ces exemples, G. Kaminis, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, *op. cit.*, pp. 158 et 187 ; *Le Monde* des 6 et 29 décembre 2001 ; *ibid.* du 3 novembre 2003 ; *ibid.* des 5 et 26 janvier 2004 ; « Quelle Constitution pour l'Afghanistan ? », interview de Muhammad Ismail Qassimyar, président de la « Loya Jirga » d'urgence, ancien membre de la Cour suprême de la première République d'Afghanistan », *Cahiers du CREMOC* n°36, 2002, p. 7 et s. ; Déclaration de Moscou (en anglais) URL : <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html> ;

⁸⁹ Expression empruntée à R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gaz. du Palais*, 20 déc. 1929, rééd. *RDP*, 1979 p. 970.

⁹⁰ Il y a vingt ans, lors du colloque qui s'était tenu à l'Assemblée nationale les 16-17 mars 1989, en commémoration du bicentenaire de la Révolution française, sur « *la continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989* », nombre d'auteurs ne manquèrent pas de souligner la persistance du « *socle constitutionnel* » sur lequel reposaient les institutions actuelles, en dépit des multiples changements de régime qu'a connu la

rendre compte de la « *constitution réelle* », face à une constitution qui ne serait que fictive⁹¹ ?

*

Quelles sont les conséquences de cette évolution des mécanismes en œuvre lors des transitions constitutionnelles, et après celles-ci, lors de la mise en place du processus permettant l'œuvre de reconstruction nationale ? Le recours à la fiction avait pour elle la recherche de l'unité et de la continuité selon une vision idéologique du passé à laquelle la République française était attachée depuis sa première tentative d'institution en 1792 et auxquelles se réfèrent tant les préambules des constitutions républicaines que les numérotations qui leur sont associées. La « parenthèse » de Vichy brisée, comment la République doit-elle et peut-elle se construire avec ce passé qui hier ne passait pas factuellement et aujourd'hui juridiquement ? Comment peut-elle se reconstruire dans la perspective d'un processus de réconciliation nationale *ex post*, autour de l'esclavage comme de la guerre d'Algérie ou, plus généralement de la colonisation ? Ces questions qui touchent juridiquement depuis une dizaine d'années l'ordre républicain et son droit, bien que n'étant pas liées directement aujourd'hui à un processus de transition constitutionnelle, témoignent sans doute, pour ce qui est de Vichy, des défauts du processus initié en 1944. Elles interrogent aujourd'hui l'ensemble des processus transitoires constitutionnels et invitent à penser l'unité à laquelle aspire chaque Etat lors de sa formation comme dans ses mutations, sous une autre forme. Elles renvoient aussi au processus initié en Europe au sein de l'Union qui par certains traits relève aussi d'une mécanique transitoire comportant nécessairement une dimension, *a minima*, matériellement constitutionnelle. L'Union Européenne se construira-t-elle politiquement et constitutionnellement sur la fiction ou sur l'apurement des responsabilités historiques de chaque Etat membre ? Ce choix entre la fiction et la réalité ou une vérité prétendant correspondre à la réalité semble plus que jamais nécessaire à entreprendre ou tout du moins à discuter.

France depuis 200 ans. Persistance qui, selon la thèse de certains contributeurs, fut révélée par la jurisprudence audacieuse du Conseil constitutionnel. Il y aurait donc continuité du droit constitutionnel, du moins sur le plan des droits et libertés fondamentaux, thèse que tendrait à confirmer certaines normes constitutionnelles impliquant dans leur définition et dans la rhétorique qu'elles véhiculent cette continuité, telles les fameux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, voir L. Favoreu, (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, AFDC, Economica, 1990, voir aussi V. Champeil-Desplats *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, préf. de M. Troper. Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris : 2001, 306 p. A propos de cette thèse, il faut sans doute s'étonner du fait que celui qui aurait été à l'origine de cette « *redécouverte* » de notre « *socle constitutionnel* » depuis 1971 – le Conseil constitutionnel – l'a fait justement en violation de l'article 61 C. sur le fondement duquel sa compétence a été définie *de lege lata* en 1958...sans transition !

⁹¹ Nous reprenons ici la formule d'Olivier Beaud invitant le jeune doctorant à se saisir, sur le modèle de certains des juristes de la IIIe République comme René Capitant et de la démarche initiée par Pierre Avril dans *Les conventions de la Constitution*, de la « *Constitution réelle* », O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », CCC, n°6, janvier 1999, URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.