

Sujet : La permanence des concepts juridiques à l'épreuve des transitions constitutionnelles

Rares sont les Etats qui ont aussi souvent que la France changé de Constitution. Depuis 1791, bon nombre de régimes se sont succédés avant la stabilisation fragile de la République après le Second Empire. Cette richesse constitutionnelle fournit un terrain d'investigation propice à l'étude des transitions constitutionnelles et en particulier de la manière dont les concepts juridiques les subissent et les traversent.

Une vue d'ensemble de l'histoire constitutionnelle française semble offrir des enseignements allant dans le sens d'une certaine continuité dans l'évolution des concepts juridiques portés par les divers textes fondamentaux. Outre la mise en place de nouveaux instruments, chaque Constitution nouvelle comporte un lien avec la Constitution qui la précède, qu'il soit explicite¹ ou implicite². En effet, de par sa nature englobante, cette méthode historique aurait pour conséquence de présenter l'enchaînement des constitutions et les régimes qui en découlent comme obéissant à une certaine logique et comme mus par un cheminement chronologique des objets juridiques dont ils sont porteurs³.

L'analyse de la permanence des concepts juridiques à l'épreuve des transitions constitutionnelles invite alors à envisager celles-ci comme symbolisant une rupture entre deux moments ou comme un glissement progressif. Le dictionnaire Larousse propose différentes définitions du terme transition. La principale étant « le passage d'un état à un autre », celui-ci peut cependant être progressif ou graduel entre deux idées, deux états ou deux situations. Au-delà, l'adjectif constitutionnel implique l'intervention du pouvoir constituant, et plus précisément le pouvoir constituant originaire dont l'essence est de s'exercer de manière inconditionnée lors d'un changement de Constitution⁴. Un tel environnement ne semble pas contrarier la considération d'une permanence des concepts juridiques inclus dans la Constitution. Ainsi, les termes « progressif » et « graduel » peuvent impliquer une reconduction des concepts dotant l'Etat d'institutions sans

¹ Il est assez fréquent de retrouver dans les Préambules des renvois aux Constitutions et régimes précédents. Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en sont un exemple, de même que le réemploi des déclarations de droits passées telles que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou le Préambule de la Constitution de 1946.

² Il est aisé de remarquer que les différentes Constitutions qui ont vu le jour depuis 1791, ont reconduit des institutions déjà présentes dans la Constitution qui la précédait. C'est le cas du Parlement ou du Président de la République, ou encore du Gouvernement.

³ L'analyse des IV^{ème} et V^{ème} Républiques à l'aune d'une rationalisation du régime parlementaire initiée par la III^{ème}, invite à penser en ce sens.

⁴ Cf. Lexique des termes juridiques, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, 14^{ème} édition, Dalloz, 2003.

restreindre la faculté de les améliorer. En outre, l'étude des concepts s'opère autour de la notion de concept instituant développée par J.-M. Denquin, notion qui porte son attention sur la capacité des concepts à créer des entités abstraites. Ceci induit une vision à double sens, la première allant vers la permanence des concepts, la seconde montrant une discontinuité par l'estimation de deux états de chose distincts. La première inspire l'idée d'une création constitutionnelle limitée au déclenchement du mouvement de constitutionnalisation (autrement dit à la première Constitution apparue en 1791). La seconde, en revanche, propose une conception tournée vers un renouvellement de la création lors de l'exercice du pouvoir constituant.

Cette dualité d'interprétations possibles du phénomène de transition constitutionnelle rejailit sur la manière d'appréhender les concepts juridiques. Sont-ils créés au moment de leur première apparition, ce qui conduirait à considérer une permanence, une continuité de ceux-ci par-delà les changements de Constitution, ou bien sont-ils reconstitués à chaque transition suivant la volonté du constituant ?

C'est la seconde approche que nous voudrions ici défendre. En effet, si « les mots détiennent d'abord sur le juriste un pouvoir conceptuel qui oriente de façon sensible sa manière de se représenter le monde »⁵, ils semblent aussi servir d'outils pour le concevoir. La performativité intrinsèque au langage politique⁶ associée à l'identification de l'acte constituant comme fait institutionnel⁷, donnent à penser à une action linguistique faisant advenir l'Etat et ses institutions. Fait générateur d'une « construction de la réalité sociale », le performatif constitutionnel reflèterait une Genèse linguistique inscrite dans l'acte constituant en lui-même. Déterminé par le langage, le monde juridique ainsi formé serait conditionné par les mots utilisés pour sa création (I), conclusion tendant à rouvrir le débat sur le pouvoir constituant originaire et sa liberté de vouloir (II).

I - La création d'un monde juridique nouveau

⁵ Cf. VIALA A., « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in *Interpréter et traduire*, actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, sous la dir. de J.-J. Sueur, Bruylant, 2007.

⁶ Cf. DENQUIN J.-M., « La politique et le langage », Paris : M. Houdiard, DL 2007.

⁷ Cf. John Searle définit les faits institutionnels comme des faits sociaux dépendant de l'opinion humaine, opposés aux faits non-institutionnels que pourrait représenter la neige sur l'Everest (cf. SEARLE J. R., « *The Construction of Social Reality* », New York, The Free Press (*La construction de la réalité sociale*, trad. C. Tiercelin), Paris, Gallimard, 1998, p. 113).

Le phénomène de transition constitutionnelle présente un constat relativement évident : beaucoup des concepts établis par le texte fondamental paraissent être reconduits d'un système à l'autre. Cependant, chaque changement de Constitution ne peut être regardé comme une vulgaire actualisation de l'état du droit existant. Chaque transition préfigurerait ainsi l'avènement d'un monde nouveau par le truchement d'un acte constituant. Il apparaît donc opportun d'analyser la création constitutionnelle au moyen du langage qui s'observe donc à travers une performativité substantiellement liée à un vide juridique issu d'une rupture institutionnelle (A) et produisant des concepts individualisés non assimilables à ceux élaborés antérieurement (B).

A. Une création dans un contexte de rupture

L'examen de l'enchaînement des régimes depuis la Révolution jusqu'à la III^{ème} République suscite le questionnement sur l'instant qui précède le système naissant et qui sonne le glas de l'ancien. Le caractère hétéroclite des dispositifs constitutionnels de cette période suggère que le principal signe distinctif de ce laps de temps, fût-il un claquement de doigt, serait d'occasionner une rupture entre deux moments. Ce présupposé invite à lire les énoncés constitutionnels sous un angle différent de celui d'un simple exposé de futures normes. Le moment constituant dégagerait alors une aura spécifique et son produit montrerait certains traits qui ne sont pas sans provoquer quelques interrogations.

Il paraît ici logique d'entamer la réflexion par les attributs des énoncés constitutionnels. Ceux-ci proposent se présentent sous la forme d'une énonciative assez singulière, compte tenu de leur performativité. En effet, les travaux de J.L. Austin montrent les énoncés performatifs comme des énoncés dynamiques marqués par une nécessaire communication entre deux interlocuteurs⁸, et traditionnellement opposés aux énoncés constatifs qui n'ont pour fonction que de décrire quelque chose. Or, l'analyse du niveau locutoire des énoncés constitutionnels révèle l'absence d'une quelconque action. La généralisation de prédication de type syndétique⁹ telles que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » (article 1 de la Constitution), ou bien « le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct » (article 6), ou

⁸ Dans son ouvrage *Quand dire c'est faire*, Austin assimile la capacité d'agir du langage à l'interaction entre deux personnes ou groupes de personnes, que l'énoncé soit complet ou nucléaire. Mais surtout, en ce qui concerne le présent objet d'étude, qu'importe que le message soit oral ou écrit ; l'écriteau « Attention, chien méchant » est pour lui tout aussi performatif dans sa capacité à effectuer l'action d'avertissement que s'il avait été dit oralement. (AUSTIN J. L. « Quand dire c'est faire », Editions du Seuil, 1970).

⁹ Ce type de prédication se définit par la réalisation d'une syndèse entre le sujet et le prédicat, c'est-à-dire par le fait que l'attribut confère une caractéristique à un objet, rendant ceux-ci indissociables (cf. GREVISSE M. et GOOSSE A., « Le Bon Usage », Louvain-la-Neuve : De Boeck/Duculot, 2008, p. 261).

encore « tout mandat impératif est nul » (article 27), contribue à ne percevoir ces énoncés que comme des constatations d'éléments préexistants à l'énoncé¹⁰. La dimension sémantique de ces énoncés rapproche le discours constitutionnel du discours scientifique ne faisant que décrire un état de chose¹¹. Par conséquent, une question se pose : comment saisir la juridicité du texte constitutionnel, et donc appréhender celui-ci comme un objet juridique à étudier par la science du droit s'il n'est qu'un ensemble de descriptions ? Son défaut apparent de performativité au niveau locutoire conduit à rechercher les marques de celle-ci au niveau illocutoire. Cependant, les énoncés eux-mêmes ne permettent pas de tirer un quelconque enseignement sur ce point. Seul le contexte semble apporter une certaine lumière¹². Ainsi, la rupture créée par la transition amène à envisager un néant juridique au moment de la constatation des objets constitutionnels.

Dès lors, comment interpréter un constat effectué dans le vide ? Ceci reviendrait à considérer les énoncés constitutionnels comme de simples assertions pouvant être vraies ou fausses et qui s'avèreraient être fausses dans ce cas. Une telle conclusion ne paraît pas acceptable au regard de l'importance institutionnelle et juridique que représente la Constitution. En conséquence, la solution pourrait se trouver dans l'idée que le texte fondamental est un fait. Olivier Cayla a déjà démontré que la Constitution n'avait rien de juridique en elle-même et qu'elle n'avait pour caractéristique que de faire advenir l'Etat¹³. Aussi, le constat dans le contexte de rupture généré par la transition constitutionnelle aurait pour effet de créer le concept « Etat » (entre autres) par l'observation d'une chose qui n'existe pas. Une conclusion différente conduirait à une impasse logique : comment apprécier valablement un énoncé scientifique alors qu'il n'y a rien à décrire ? La performativité des énoncés constitutionnels présenterait alors la qualité d'instaurer, d'établir l'ensemble des concepts qui définiront l'Etat et la Société¹⁴.

Il n'est donc plus question de lire la Constitution comme un ensemble de constatations, comme elle n'est pas non plus, en tant que telle, une norme. Ceci est d'autant plus attesté que le discours n'est adressé à personne. En effet, la qualification de simple observation d'une réalité

¹⁰ Austin subordonnait d'ailleurs au début de ses investigations la performativité des énoncés à la présence de verbes d'action ou transposable avec un énoncé explicitant l'action effectuée.

¹¹ cf. BOBBIO N., « Essais de théorie du droit », Bruylant, L.G.D.J., 1998

¹² Austin évoquait d'ailleurs l'existence de performatifs primaires dont la performativité requiert une interprétation circonstancielle (cf. « Quand dire c'est faire », p 63).

¹³ Olivier Cayla assimile la Constitution à un être et un devoir être, faisant advenir l'Etat en disant ce qu'il doit être. Pour lui, l'analogie avec le monologue divin de la Genèse ferait qu'elle ne serait pas du droit mais du fait (cf. « La notion de signification en droit, contribution à une théorie du droit naturel de la communication », sous la dir. de Stéphane Rials, Paris, 1992, pp. 530-531)

¹⁴ J.-J. Rousseau décrivait lui-même le contrat social comme un moyen pour les cocontractants de se réaliser en tant que Peuple (cf. « Du contrat social », Flammarion, Paris, 2001, p. 55) et donc en Société, laquelle implique la mise en place d'une structure d'encadrement que serait l'Etat.

sensible ne tient pas non plus du fait que l'énoncé constitutionnel n'a pas d'auditoire¹⁵. Ici aussi, la performativité créatrice du langage constitutionnel apporte un élément parlant pour la compréhension de ce type d'énonciation dans un contexte de transition. L'absence de continuité empêche d'entendre la Constitution nouvelle comme une correction des déviations du système établi par la précédente. Le phénomène de transition casse la ligne continue initiée par le premier texte dans l'optique de l'engager sur un autre niveau. Néanmoins, différents paramètres autorisent à réfuter la thèse d'une rupture institutionnelle lors du changement de Constitution.

Certains actes juridiques, qu'il est possible d'appeler « interconstitutionnels », permettent de déduire une continuité par leur existence même (on ne change pas tout, seulement ce qui ne fonctionne pas). C'est le cas, par exemple du référendum du 21 octobre 1945 organisé par le général de Gaulle par le biais duquel il demande aux Français s'ils désirent reconduire la III^{ème} République après le régime de Vichy ou s'ils souhaitent une nouvelle Constitution. La présence d'un tel acte tendrait à renier l'idée d'une rupture et donc d'une création conceptuelle totale¹⁶. Une remarque similaire peut être exprimée à propos de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Réalisée par le Parlement de la IV^{ème} République, dans le but de limiter l'action du général de Gaulle, elle offre par sa présence, la possibilité d'envisager une continuité entre celle-ci et celle établie par la nouvelle Constitution. De plus, l'argument avancé concernant une vieille procédure de révision réactivée après son abandon contribue à voir les choses sous ce point de vue. Enfin, la signature du Président Coty, ainsi que la référence à l'article 90 de la Constitution du 21 octobre 1946 finissent de fournir ce qu'il faut d'éléments pour considérer la V^{ème} République comme une révision de la IV^{ème}¹⁷.

Nonobstant ces observations, il est difficile ici encore de parler de continuité constitutionnelle. Si la forme s'y prête, le reste ne fait qu'ouvrir la voie à une rupture. En effet, l'énoncé « par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée... »¹⁸ est paradoxal en soi. Réviser une Constitution en dérogeant à l'article qui l'encadre ne peut être regardé comme l'œuvre du pouvoir de révision sans présenter une contradiction performative susceptible de

¹⁵ Là encore les propos d'Olivier Cayla dans sa thèse de doctorat, qualifiant la situation de l'auteur du monologue de type divin de pure solitude (*op. cit.* p. 162), le distinguant du monologue de type théâtral ou cartésien impliquant un dialogue avec soi-même (p. 258), sont éloquentes.

¹⁶ La question porte sur l'élection d'une Assemblée constituante, ce qui implique de faire table rase ou non du passé.

¹⁷ Voir en ce sens l'article du Doyen G. Vedel (« Schengen et Maastricht », *RFDA*. 1992. n° 2. pp. 178 à 180) et l'ouvrage de M. Troper « La théorie du droit, le droit, l'Etat » (TROPER M. « La théorie du droit, le droit, l'Etat », *Leviathan*, PUF, 2001 p. 207).

¹⁸ Cf. la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, alinéa 1.

rendre la révision nulle et non avenue¹⁹. La loi du 3 juin 1958 ne peut donc être vue comme une révision et inaugurerait alors la rupture institutionnelle entre les deux Constitutions. Mais encore, l'ampleur de la révision refondant en profondeur toutes les institutions²⁰, empêche *a posteriori* de croire à une banale correction du système précédent.

La transition constitutionnelle montrerait alors bien des indices marquants d'une rupture entre la Constitution nouvelle et celle qui la précède. Ceci offrirait ainsi une situation favorable à la prise en compte d'une création conceptuelle par le truchement des mots de l'acte constituant. Reste alors à analyser linguistiquement ces constats dans le vide que présentent les énoncés constitutionnels.

B. Une création d'objets individualisés

La création constitutionnelle des concepts juridiques par le biais du langage est marquée par une spécificité au niveau de l'écriture des énoncés. Leur construction semble indiquer une volonté de faire naître des concepts individualisés par l'utilisation de verbes dits « attributifs »²¹, selon qu'ils confèrent à l'objet des caractéristiques propres ou des compétences, dans des prédications majoritairement simples, axées sur une structure du type sujet, verbe, complément.

Le choix fréquent des verbes « être » et « avoir » invite à en analyser les conséquences par une réflexion sur leurs caractéristiques. Classés parmi les verbes attributifs « par essence », ils ont pour effet de transformer le prédicat en une qualification du sujet²². Ainsi, l'élection au suffrage universel direct est un trait particulier du Président de la Vème République, tout comme l'indivisibilité en est un pour la France, de même que l'autorité supra législative est une qualité des traités. Il est aisé ici de voir une singularisation effectuée sur le sujet par la prédication. La lecture des Constitutions de la IIIème et de la IVème Républiques (pour ne se limiter qu'à celles-ci) apporte un éclairage sur l'effectivité de cette action. Les dispositions constitutionnelles concernant le

¹⁹ Certains avis comme celui de Michel Troper sur la question présentent toutefois un raisonnement allant dans le sens inverse en qualifiant cet acte de révision de la clause de révision, augurant une modification par le pouvoir de révision de sa propre compétence (cf. l'ouvrage précité « La théorie du droit, le droit, l'Etat », p. 207).

²⁰ La Vème République ne se limite pas une rationalisation de la IVème. Elle réforme complètement le système en remaniant la force de chaque institution et leurs rapports, ou en créant de nouveaux instruments, ce qui modifie l'allure du régime parlementaire.

²¹ Pour une taxinomie des verbes attributifs, voir LEEMAN D., « Description, taxinomie, systémique : un modèle pour les emplois des verbes français », *Langages*, 2010/3 n° 179-180, p. 5-29.

²² Ceci est d'autant plus marqué que le verbe « être » donne au prédicat la qualité d'attribut du sujet.

Président de la République par exemple divergent sur ses attributs principaux de nomination²³. Il en est de même s'agissant de la composition du Parlement²⁴. Mais d'autres verbes rentrent dans la catégorie des verbes attributifs par essence. Le verbe « comprendre » par exemple, utilisé à l'article 24 de la Constitution de 1958 dans son sens de « contenir », en fait partie. De même, le verbe « se composer » de l'article premier de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat²⁵ et le verbe « posséder » de l'article 17 de la Constitution de la IV^{ème} République²⁶, renferment la qualité de verbe dit « copule ».

Les autres verbes ne sont pas attributifs par essence mais peuvent néanmoins l'être par fonction. C'est le cas, par exemple, de verbes comme voter, favoriser, ou conduire. En tant que verbes d'action, ils n'ont pas la capacité d'être le signe d'une précision qualitative. Cependant, bien qu'elle soit légèrement différente, leur action n'en reste pas moins une personnalisation du sujet. En effet, il semble permis de les concevoir comme une attribution de compétence, laquelle contribue à définir l'objet juridique en question, au même titre que les énoncés du type syndéticque. De telles remarques participent d'une vision différenciée des objets constitutionnels figurant dans les multiples Constitutions qu'elles soient en vigueur, antérieures ou potentiellement postérieures.

De plus, il paraît possible d'exprimer des remarques analogues concernant les énoncés modalisés à l'aide des verbes « peut » et « doit ». L'alinéa 3 de l'article 3 de la Constitution de 1958²⁷ présente une formulation assez originale conférant une caractéristique alternative au concept de suffrage sous la V^{ème} République. Ce type d'utilisation du verbe « pouvoir » se retrouve aussi dans le texte constitutionnel de 1946, ainsi que dans les lois constitutionnelles de la III^{ème} République²⁸. Mais « pouvoir » est aussi employé dans le but de conférer une compétence au sujet de l'énoncé²⁹. En revanche le verbe « devoir » n'a pas en substance la faculté de personnaliser le sujet, du fait

²³ L'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics dispose son élection par le Sénat et la Chambre des députés à la majorité des suffrages tandis que l'article 29 de la Constitution du 21 octobre 1946 ne lui attribue qu'une élection par le Parlement sans autres précision.

²⁴ Composé tantôt du Sénat et de la Chambre des députés (pour la III^{ème} République), tantôt de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République (pour la IV^{ème} République), tantôt de l'Assemblée nationale et du Sénat (pour la V^{ème} République).

²⁵ « Le Sénat se compose de trois cents membres : deux cent vingt-cinq élus par les départements et les colonies, et soixante-quinze élus par l'Assemblée nationale. »

²⁶ « Les députés à l'Assemblée nationale possèdent l'initiative des dépenses. »

²⁷ « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution ».

²⁸ Ex. « La motion de censure ne peut être adoptée qu'à la majorité absolue des députés à l'Assemblée » (article 50 al. 2 de la Constitution de 1946) et « Nul ne peut être sénateur s'il n'est Français, âgé de quarante ans au moins et s'il ne jouit de ses droits civils et politiques » (article 3 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat).

²⁹ Ex « Le président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat » (article 5 de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics) ; « Le président du Conseil des ministres peut déléguer ses pouvoirs à un ministre » (article 54 de la Constitution de

qu'il illustre principalement une contrainte extérieure, sauf à considérer cette contrainte comme une condition d'existence de l'objet. On retrouve cette situation dans l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel « Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques » sous peine de n'avoir pas d'existence juridique. Il est possible de dire la même chose des actes des Présidents des IIIème et IVème Républiques devant être contresignés.

L'individualisation des concepts juridiques s'effectuerait donc à travers des énoncés porteurs de jugements synthétiques dans lesquelles le prédicat apporte un surcroît d'informations sur le sujet³⁰. Par ailleurs, ces observations concernant seulement, il est vrai, les Constitutions des trois dernières Républiques, emportent néanmoins, par la nature même de cette action, des conséquences sur l'éventualité d'une permanence des concepts juridiques face aux transitions constitutionnelles. Ainsi, individualiser ayant pour objet de distinguer vis-à-vis d'autres objets semblables, il apparaît intéressant d'examiner les Constitutions antérieures, notamment les Chartes monarchiques de 1814 et de 1830 et la Constitution impériale de 1852 au regard de l'évolution du Parlement, seul organe à avoir apparemment perduré.

Si les « Constitutions » de la Restauration et de la Monarchie de Juillet reprennent des formulations quasi identiques, la lecture des dispositions concernant la Chambre des pairs et la Chambre des députés permet l'observation de légères distinctions. Outre la dénomination de la chambre basse légèrement changeante³¹, c'est le temps de l'énonciation qui marque la plus grande différence. En effet, la Charte de 1830 utilise de manière principale le présent³² alors que celle de 1814 applique un futur de l'indicatif. Or, la nature virtuelle de cet emploi temporel empêche de l'associer à une création constitutionnelle, celle-ci ne pouvant être appréciée qu'au titre d'un indicatif présent³³. Ainsi, la réalisation du concept Parlement par le texte constitutionnel monarchique se trouve être partielle car limitée à la Chambre des pairs en 1814, mais plus complète en 1830. La Constitution impériale de 1852 reproduit quant à elle, un style d'énonciation au présent

1946) ; « Les assemblées peuvent voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique » (article 34-1 de la Constitution de la Vème République).

³⁰ Suivant la distinction kantienne entre les jugements analytiques dont le prédicat n'est qu'une décomposition du sujet conformément à sa signification conventionnellement établie, et les jugements synthétiques où le prédicat apporte des précisions sur le sujet non déductibles de sa signification.

³¹ Elle est appelée « Chambre des députés des départements » par la Charte de 1814 tandis que celle de 1830 ne la nomme que « Chambre des députés ».

³² Seuls les articles 30 et 36 sont rédigés au futur.

³³ Le futur ne représentant qu'une projection du présent.

de l'indicatif qui sépare sa conception de celle de la Seconde République par le nombre et la dénomination des chambres ³⁴.

Identifier une spécification d'un concept portant le même nom empêche d'envisager une permanence dudit concept à chaque changement de Constitution ; chacun des Parlements présents dans chacun des systèmes possède des caractéristiques propres qui s'ajoutent à celles qui sont communes ou qui remplacent celles jugées défectueuses ou superflues. Une action donc récurrente même en cas de reconduction de l'institution et surtout quel que soit le régime antérieur. S'il paraissait évident que le Parlement monarchique de 1830 était différent du Parlement républicain de 1848 au regard de l'absence de similitude des régimes, il semble en aller de même pour une succession de régimes analogues. En conséquence, le phénomène de transition constitutionnelle, même sous l'angle de l'objet créé, ne permet pas de dégager une permanence conceptuelle.

Néanmoins, ces divers objets portent le même nom, et donc des caractéristiques qui perdurent d'un texte fondamental à l'autre, dans le but de servir de base aux individu-concepts de la nouvelle Constitution. Or, s'accorder sur une continuité reviendrait alors à refuser au pouvoir constituant originaire une liberté de vouloir qui pourtant le caractérise.

II - La liberté de vouloir du constituant originaire

La considération d'un acte constitutionnel de création linguistique dans son contexte nihiliste pose la question de la différenciation entre les individus et leur classe. Nier une continuité conceptuelle entre les différentes Constitutions conduit à analyser la manière dont s'effectue l'ouverture de la catégorie car du néant ne peut surgir qu'une simple personnalisation, le particulier présupposant le général. Ce postulat guiderait la recherche sur le terrain d'une hypothétique création d'objets individualisables (A) rendant la thèse de la permanence conceptuelle incompatible avec la nature du pouvoir constituant originaire (B).

A. Une création d'objets individualisables

³⁴ Ce n'est bien évidemment pas la seule différence mais elle suffit à démontrer la création langagière de deux individus de la même classe d'objet qu'est le Parlement (ou corps législatif).

Souvent rapportée à l'œuvre de la science du droit, la mise en place des catégories juridiques, ou « objets génériques », peut être déduite de l'acte créateur constitutionnel. Chaque acte langagier visant à individualiser les concepts est soumis à la nécessité d'évoquer le concept sur la base duquel s'effectue cette action. Linguistiquement, cela se traduit de manière très simple par la présence du sujet de la prédication. En tant qu'énoncé synthétique, les énoncés constitutionnels ont la caractéristique d'apporter des précisions au sujet qui en devient définissable. L'apposition du sujet de l'énoncé amorce ainsi l'idée d'un objet individualisé, modifié par le prédicat. Jusqu'ici, rien ne permet d'affirmer qu'il pourrait être le fait du pouvoir constituant, ou alors il résulterait du premier acte constituant en 1791 servant de référence aux constituants suivants. Dès lors, la contingence des concepts et de leur création ne serait le produit que de l'individualisation, la permanence tenant à la dénomination générique et aux caractéristiques principales qu'elle engendre.

Cependant, cette solution semble mal s'accorder avec l'idée d'une rupture constitutionnelle développée plus haut. La table rase juridique qu'elle suggère interdirait par nature toute permanence, qu'elle soit d'ailleurs conceptuelle ou autre, et obligerait à recommencer l'ouvrage jusqu'à ses origines. La permanence des concepts à travers leurs dénominations juridiques naîtrait alors d'une analyse *a posteriori* et ne révélerait donc pas la réalité de l'acte du pouvoir constituant, celui-ci recréant à chaque changement de Constitution un individu-concept mais aussi la catégorie à laquelle il appartient³⁵. La question qui se pose alors concerne le moyen de cette création générique. On ne trouve en effet que des énoncés portant des concepts individualisés. Il faut donc rechercher en leur sein des marqueurs d'une telle action. Pour ce faire, les travaux du linguiste Antoine Culioli sur les préconstruits présentent un intérêt tout particulier pour la démonstration puisqu'il s'agit de trouver, à l'intérieur même des énoncés, des traces d'une action implicite³⁶ indiquant les opérations linguistiques effectuées³⁷. Malheureusement, en fait d'indices, les énoncés du texte fondamental ne fournissent rien d'autre qu'un sujet, un verbe et un prédicat. L'examen approfondi de ces trois éléments fait cependant apparaître plusieurs choses.

Premièrement, ni le verbe, ni le complément ne montrent de signe quel qu'il soit, et ce pour une raison assez claire tenant à ce qu'ils se rapportent au sujet de l'énoncé. Il semble donc

³⁵ Cette idée tendrait en apparence à remettre en cause les apports de la méthode empiriste consistant à ne concevoir comme réels que les individus, ravivant du même coup la vieille querelle des universaux. Ce n'est pas le cas ici car la réalité de l'universel ne se déduit que des seuls éléments observables : les individus.

³⁶ Voir en ce sens CULIOLI A., « Pour une linguistique de l'énonciation, opérations et représentations tome 1 », Ophrys, 1990. L'étude des préconstruits se rapproche des théories anglo-saxonnes développées par des auteurs comme Pierce ou Quine sur la notion de présupposé. Leur méthode consiste à scruter les énoncés en quête d'une marque relative à une réalisation implicite, antérieure mais extérieure à ceux-ci.

³⁷ Pour un descriptif de ces opérations, voir BOURQUIN G., « De l'indéfini, au défini : un aspect de l'organisation du sens grammatical », in *L'organisation du sens*, CIEREC, Travaux LXVIII, Université Jean-Monnet de Saint-Etienne, 1990, p. 110

logiquement improbable d'y trouver une marque de ce qui serait implicitement fait antérieurement à l'énoncé³⁸. Il n'y a pas non plus de pronom relatif ni de dispositif déterminant apparent, permettant d'identifier une potentielle action sous-entendue³⁹. Là encore, c'est le sujet qui semble montrer la voie. Lui seul paraît être en mesure de donner une éventuelle indication. Placé en tête de la prédication visible, il est généralement accompagné d'un déterminant défini désignant l'objet à préciser⁴⁰.

L'absence d'élément linguistique auquel se raccrocher pour en identifier la naissance, amène à s'interroger sur l'origine de cet objet individualisable. Il semble alors nécessaire d'imaginer une prédication implicite dont le but serait de faire advenir ledit objet. Par conséquent, derrière l'énoncé « le Président est élu... » se cacherait une seconde prédication sous-entendue « il y a un Président », ouvrant la classe d'objet à laquelle appartient l'individu explicitement évoqué⁴¹. Chacune des dispositions signifiant pour la première fois dans le texte constitutionnel la présence d'un objet peut être analysée sous l'angle d'une dualité énonciative générant deux concepts : le concept générique mobilisant la classe d'objet de laquelle est tiré le second concept personnalisé.

De telles remarques sous-tendent une question portant sur la forme de l'objet générique créé. En effet, prendre en compte son existence générée par une prédication implicite, suppose de définir ce concept. La réponse pourrait être contenue dans le nom même qui lui est donné. Il s'agirait ainsi des caractéristiques générales du concept qui sera ensuite singularisé. Énoncer « le Président de la République » ou « le Parlement » impliquerait que l'objet occuperait une fonction de présidence d'un système républicain ou bien qu'il serait constitué d'un corps délibérant. Dès lors, la création des attributs de base découlerait de l'identification des éléments principaux du concept définissant la classe à laquelle il appartient. Par exemple, pointer une table personnalisée dans un tel environnement solliciterait une action mentale visant à constituer l'objet brut dans l'esprit du destinataire. L'énoncé « la table est rouge et ornée de coin en laiton » produirait deux actions successives : celle mettant en place un plateau avec quatre pieds, puis celle qui la représente peinte en rouge et garnie desdits coins. Cette première action mentale serait la création du concept

³⁸ Il est toutefois envisageable qu'un énoncé syndétique porte dans son prédicat des traces d'une action future supposée qui en serait la conséquence directe ou indirecte.

³⁹ Ainsi, dans l'énoncé « que la Lumière soit », issu de la Genèse biblique, le pronom relatif « que » renvoie à une création implicite de l'objet « Lumière », laquelle création ne peut être vue comme l'objet de l'énoncé.

⁴⁰ On ne trouve pas « **un** Président est élu... » mais « **le** Président est élu... », ni « **un** Conseil constitutionnel... » mais « **le** Conseil constitutionnel... ».

⁴¹ La réalité des catégories a d'ailleurs été exposée par Paul Amselek en les qualifiant de produits de l'esprit et en concluant que les choses du monde sensible ne sont pas les seules entités réelles (cf. « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, 2006, p. 71).

générique « table », dont la détermination suppose une image issue du mot même. Mais comment identifier ces propriétés universelles ?

Les mots ayant une force, un sens et une signification qui leur seraient immanents⁴², il faudra ici s'appuyer sur cette dernière pour connaître les traits généraux qui constituent l'objet générique. Les mots sont ainsi chargés d'une image du réel dû à leur usage initial de représentation du monde sensible⁴³. Lors d'une création dans un univers abstrait, cette image se trouverait alors renvoyée dans le vide causé par la rupture constitutionnelle. C'est donc le contenu sémantique du mot qui conditionnerait l'apparence du concept générique. Cette vision des choses rappelle les propos tenus par Wittgenstein dans le *Tractatus Logico-philosophicus* comparant les mots à un tableau du monde⁴⁴. Il affirme ainsi que ce tableau contient la possibilité de l'état de chose qu'il représente en soutenant que la proposition linguistique est une image de la réalité⁴⁵. On assiste alors à une double création reproduite à chaque changement de Constitution, matérialisant à nouveau la classe d'objet avant d'en fournir l'individu. Et ce d'autant plus que certains concepts apparaissent et disparaissent pour ressurgir ultérieurement⁴⁶ au gré des textes constitutionnels.

C'est le contexte de rupture occasionné par la transition constitutionnelle qui rend crédible une telle considération. Défendre la permanence des concepts juridiques reviendrait à nier cette rupture et à consacrer une histoire de ces concepts⁴⁷. Il faudrait dans ce cas rechercher l'ascendance initiale du concept dans le système précédent jusqu'au point de départ du phénomène constitutionnel ou de l'apparition originelle du concept. Ceci impliquerait que le pouvoir constituant originaire ne se manifesterait qu'au premier temps de ce phénomène ; les autres n'étant qu'une révision, partielle ou totale du premier jet de 1791. Une vision cependant incompatible avec les faits, rendant impossible la permanence conceptuelle au regard de la nature du pouvoir constituant originaire.

⁴² *Op. cit.* VIALA A..

⁴³ Ce discours est à rapprocher des conclusions de Benveniste qui décrit la langue comme un instrument à agencer le monde et la société, s'appliquant à un monde considéré comme « réel » et reflétant un monde « réel » (*cf.* *Problèmes de linguistique générale* », Gallimard, 1966, p. 82). On retrouve un point de vue similaire dans les affirmations d'A. Viala lorsqu'il apprécie la langue « comme une réalité objective dont les individus ne peuvent disposer qu'en se soumettant à une 'légalité' qui lui est immanente » (*op. cit.* VIALA A., p. 191).

⁴⁴ Wittgenstein propose une analogie entre les mots et un tableau représentant la réalité, assimilant celui-ci à un fait et impliquant quelque chose de commun entre lui et ce qu'il représente (*cf.* « *Tractatus Logico-philosophicus* », Gallimard, 1961, pp. 33 à 35).

⁴⁵ *Op. cit.* WITTGENSTEIN L. (p. 47)

⁴⁶ Si le concept de Parlement a traversé les diverses Constitutions, celui de la République ou de son Président a fait le va-et-vient entre les volontés monarchiques et républicaines du constituant.

⁴⁷ Une position réfutée par Michel Troper qui affirme à l'inverse que « les concepts juridiques n'ont pas d'histoire » (TROPER M., « Le droit et la nécessité », Léviathan/PUF, Paris, 2011, p. 262).

B. Une permanence incompatible avec la nature du pouvoir constituant originaire

Mettre la permanence des concepts à l'épreuve des transitions constitutionnelles, et en particulier avancer leur création par le texte même de la Constitution impose une réflexion sur le pouvoir constituant et notamment celui communément appelé originaire⁴⁸. Sa nature inconditionnée⁴⁹, souvent qualifiée de pouvoir de fait, montre une incompatibilité entre la continuité conceptuelle et l'exercice d'un pouvoir illimité dans un contexte de vide juridique.

Concevoir une création constitutionnelle, et du concept et de la catégorie à laquelle il appartient, suppose nécessairement de revoir la théorie du pouvoir constituant et en particulier l'éventualité d'une distinction entre originaire et constitué. Régulièrement présentée comme obsolète ou purement théorique⁵⁰, elle semble pourtant adéquate pour évaluer les effets de l'acte de création conceptuelle. Cette distinction, souvent axée sur l'existence d'une procédure encadrant le pouvoir de révision, retrouverait une certaine cohérence au regard des propos soutenus concernant la réalité des classes d'objets constitutionnels et leur établissement par la Constitution nouvelle. Dès lors, le pouvoir de révision n'aurait pas la capacité de mise en place des objets génériques mais utiliserait les caractéristiques de ceux-ci comme appui à une personnalisation postérieure à l'avènement de la Constitution qu'il modifie. Une conclusion pareille influe sur la place du pouvoir de révision vis-à-vis du pouvoir originaire. La position de la présente étude tenant compte de l'absence de frein à ce dernier, il serait alors apte à tout faire car le système qui le précède ne conditionnerait en rien son exercice⁵¹. Ainsi, à l'image de l'écrivain devant sa page blanche de laquelle se dégagera le monde artificiel issu de l'imaginaire de son auteur, le constituant originaire, père du nouveau texte constitutionnel n'est limité par aucune norme juridique. Seuls deux facteurs contrarieraient cette toute puissance, l'un stratégique, l'autre généré par l'outil lui-même.

La contrainte stratégique, d'ordre sociologique, s'apprécie au titre de l'exigence d'une adhésion politique vis-à-vis du nouveau système. Aussi, au cours de la période politiquement tumultueuse pendant laquelle l'Etat oscillait entre un pouvoir exécutif fort de type monarchique et

⁴⁸ En considération des multiples divergences à ce sujet, la distinction qui sera retenue ici opposera le pouvoir constituant originaire au pouvoir de révision.

⁴⁹ Conformément à la définition posée par O. Beaud dans son article « Maastricht et la théorie constitutionnelle, la nécessaire et inévitable distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir de révision constitutionnelle », LPA, 31 mars 1993, n° 39, pp. 14 et s.

⁵⁰ Georges Vedel par exemple ne perçoit pas le pouvoir de révision comme étant d'une autre nature que le pouvoir constituant initial (cf. l'article du Doyen G. Vedel intitulé « Schengen et Maastricht », précité).

⁵¹ Carl Schmitt alléguait d'ailleurs qu'il ne pouvait exister de « méthode réglementée à laquelle l'exercice du pouvoir constituant serait tenu » (cf. « Théorie de la Constitution », Quadrige/PUF, 2008, p. 218)

la force délibérante de la République⁵², cette contrainte avait un poids assez limité car le peuple disposait de peu de moyens pour manifester son assentiment. Or, cet élément présente aujourd'hui un intérêt certain de par l'ancrage républicain dans les esprits. Si l'article 89 de la Constitution dispose une limite à l'exercice du pouvoir constituant institué, nous sommes forcés d'admettre que « la forme républicaine du Gouvernement » constitue aussi une limite de fait à l'exercice du pouvoir constituant originaire⁵³. Il apparaît ainsi quasi-impossible aujourd'hui d'instituer un régime de type monarchique ou autoritaire.

La seconde contrainte est d'ordre linguistique. En effet, en tant qu'instrument de la création constitutionnelle, celle-ci étant subordonnée à la signification des mots qui composent le langage, il imposerait donc sa propre finitude à l'objet qu'il produit. John Searle évoque déjà cette hypothèse en subordonnant la constitution des faits institutionnels à « l'existence de dispositifs symboliques, tels que les mots, qui par convention signifient ou représentent ou symbolisent quelque chose qui les dépasse d'une manière qui est publiquement compréhensible »⁵⁴. Ce caractère conventionnel, nécessaire à toute communication sous peine de voir les individus errer dans la solitude, restreint la conception constitutionnelle par le constituant. En effet, la forme de l'objet créé étant déterminée par la signification du mot utilisé, celle-ci subordonne l'opération mentale de constitution de l'Etat et de ses institutions. De plus, la prise en compte de l'arrière-plan (background) encadrant la réception de ces conventions de langage⁵⁵ introduit un paramètre significatif. En tant que règle constitutive du langage⁵⁶, il conditionne la création du pouvoir constituant originaire en rejaillissant sur son produit.

Les contraintes linguistiques et consensuelles sont autant d'éléments qui accompagnent la création constitutionnelle dans le vide. Mais si tant est qu'elles puissent mettre un frein à l'acte du constituant, elles ne provoqueraient que des limites mineures à sa puissance, et n'entameraient donc pas les caractéristiques inhérentes au pouvoir originaire. Le choix de la reconduction ou non d'un concept et même de sa catégorie ne dépendrait alors que de la seule volonté du constituant originaire mobilisée à l'occasion de la mort d'un système dans le but d'accoucher d'un nouveau.

⁵² Encore que la puissance des Monarques de juillet et de la Restauration ne soit pas si élevée, tandis que la II^e République instaurait un régime présidentiel.

⁵³ La pratique du référendum afin de valider la nouvelle Constitution depuis la IV^e République et faisant, aujourd'hui, office de « tradition » tendrait à voir les choses sous cet angle.

⁵⁴ Cf. SEARLE J. R., « *The Construction of Social Reality* », précité, pp. 84-85.

⁵⁵ *Op. cit.* SEARLE J. R., pp. 169-170

⁵⁶ Car comme le dit Searle, sans arrière-plan, il n'y a pas de représentation possible (SEARLE J. R., « Langage, conscience, rationalité », in *Le débat*, n°109, mars-avril 2000, p. 187)

Cette vision des choses corrobore l'idée malberguienne selon laquelle toute contrainte juridique provient de l'Etat, lequel ne peut circonscrire le pouvoir constituant que s'il s'exerce dans le cadre des règles de droit qui le règlementent ⁵⁷. Agir en dehors de celles-ci en tant que pouvoir constitué reviendrait à qualifier l'acte d'invalidé ou d'illicite et il paraît difficile de prendre cette solution en considération. Chacun des renouvellements constitutionnels du siècle dernier, et en particulier celui établissant la Vème République, ne saurait être interprété comme le résultat d'une action invalide du pouvoir de révision mais comme l'intervention du pouvoir constituant originaire créant de nouveaux concepts ainsi que leur catégories. L'analyse du langage et de ses qualités performatives créatrices tend à conforter cette thèse. Considérer une rupture institutionnelle lors d'un changement de Constitution semble alors conduire à une perception créationniste de l'action constitutionnelle. La continuité engendrée par une vue « du dessus » de la frise historique se verrait alors contredite, empêchant toute idée d'une permanence conceptuelle, même vis-à-vis des classes d'objet, étudiée sous l'angle des transitions constitutionnelles.

⁵⁷ Cette thèse est reprise par Maurice Hauriou dans son ouvrage « Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté » (HAURIOU M., « Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté », Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986).