



HAL
open science

Les principes justificatifs : La Représentation

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Les principes justificatifs : La Représentation. Michel Troper, Dominique Chagnollaud. *Traité International de Droit Constitutionnel*, tome 1, *Theorie de la Constitution*, Dalloz, pp.608-641, 2012, 978-2-247-10744-5. halshs-00661840

HAL Id: halshs-00661840

<https://shs.hal.science/halshs-00661840v1>

Submitted on 20 Jan 2012

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

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



Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR CNRS 7074

La représentation

PIERRE BRUNET

à paraître *in* M. TROPER (dir.),
Traité international de droit constitutionnel,
Paris, Dalloz 2011

En dépit des apparences, le concept de représentation est d'une étonnante complexité.

En effet, habitués à vivre dans le cadre de la démocratie parlementaire, nous sommes appelés à élire au suffrage universel des députés dont nous savons que la Constitution les qualifie de « représentants » de la Nation, ou du Peuple, c'est selon. De même, nous convenons aisément qu'un Président élu au suffrage universel puisse lui aussi être déclaré « représentant », bien que la Constitution ne lui accorde pas toujours explicitement cette qualification. Nous disons même parfois qu'il « incarne » la Nation. Nous sommes également habitués à parler de certaines autorités administratives comme des « représentants de l'État » et nous avons souvent recours à l'idée de représentation pour décrire le fait que tel individu agit « au nom » d'un autre ou encore que telle personne parle non pas en son nom propre mais « au nom » de tel groupe, de telle organisation ? Mais savons-vous toujours ce que représenter veut dire ? Ce petit inventaire des différents usages permet de mesurer la difficulté – sémantique – à laquelle on se heurte dès lors qu'on s'intéresse au concept de

représentation. Le terme est utilisé dans de très nombreux contextes ; on serait alors tenté de croire qu'il existe un sens valable pour tous ses usages ; rien n'est cependant plus trompeur car, là comme ailleurs, le même mot désigne des situations très différentes.

Cette première difficulté sémantique est d'ailleurs double. D'une part, bien que le langage juridique emploie le mot « représentation », il ne le définit pas. Cela est en soi assez banal : le droit – et pas seulement le droit constitutionnel – utilise nombre de termes dont la signification reste indéterminée. On peut, par exemple, penser à la souveraineté ou encore à la séparation des pouvoirs. D'autre part, bien que le terme ne soit pas défini, le concept de représentation ne cesse de faire l'objet de controverses. On souligne, le plus souvent, la « fiction » à laquelle conduit la théorie de la représentation, ou encore la « crise » dont la représentation serait l'objet. Sans être exceptionnelle, cette situation présente toutefois une certaine singularité dans la mesure où ces controverses conduisent ceux qui y prennent part à faire usage de définitions normatives du terme « représentation ». Or, si de telles définitions peuvent être utiles pour elles-mêmes, elles ne nous informent nullement sur le concept de représentation du droit positif.

À une difficulté sémantique s'ajoute une difficulté méthodologique : comment parvenir à identifier le concept de représentation qu'emploie le droit constitutionnel ? On pourrait ici éprouver une autre tentation : celle de partir des différentes théories de la représentation qui furent proposées par la philosophie politique et en identifier une qui aurait fini par s'imposer. Une telle démarche se heurterait cependant à une objection. Ce que l'on appelle les « théories » de la représentation sont-elles seulement des théories ? En réalité, lorsqu'elles relèvent de la philosophie politique, elles sont bien souvent des constructions normatives relatives à la nature du pouvoir politique et à l'organisation qu'il conviendrait d'adopter. Elles n'expliquent rien ni ne décrivent les mécanismes réels par lesquels s'exerce le pouvoir politique. Elles ne peuvent donc être considérées, à proprement parler, comme des théories.

Il arrive cependant que ces théories soient aussi présentées comme le résultat d'une analyse descriptive du droit positif. On peut alors se demander en quoi consiste ce « droit positif » ou, pour le dire autrement, en quoi la science juridique est fondée à

rendre compte de la « théorie » de la représentation. Certes, de nombreuses constitutions contemporaines contiennent des dispositions qui affirment que « la souveraineté du peuple (ou de la nation) est exercée par des représentants » ou encore que « la constitution est représentative ». Mais ces énoncés ne semblent toutefois contenir aucune norme que la science juridique pourrait – ou devrait – décrire, ni ne permettent de procéder à une analyse des concepts de peuple ou de nation que la science juridique pourrait ou devrait assumer. La réponse qu’apportent les juristes à l’appui d’une telle analyse consiste à dire que la théorie de la représentation mérite d’être étudiée car, comme la théorie de la souveraineté ou de la séparation des pouvoirs, elle est au « fondement du droit positif » : elle serait non une théorie descriptive mais l’expression d’une conception du pouvoir et du droit qui permettrait de comprendre certaines normes du droit positif telles que « tout mandat impératif est nul » ou « la loi est votée par le Parlement ». Ainsi, les normes juridiques dériveraient de certaines constructions intellectuelles et le droit positif lui-même serait non pas le résultat de choix de valeur mais le produit d’une conception rationnelle du pouvoir. Il est d’ailleurs frappant de constater combien d’ouvrages de droit constitutionnel tendent à affirmer que la prohibition du mandat impératif découle de la « théorie » de la souveraineté nationale, tandis que le référendum découlerait de la « théorie » de la souveraineté populaire.

Une telle représentation – si l’on peut dire – de l’ordre des choses et des termes du sujet se heurte toutefois au droit positif lui-même. Comment expliquer par exemple que la Constitution française actuelle puisse contenir à la fois la disposition : « tout mandat impératif est nul » et celle selon laquelle : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l’exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ? De même, comment expliquer que la Constitution italienne dispose que : « La souveraineté appartient au peuple, qui l’exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution » (art. 1^{er}, al. 2) et, dans le même temps, que « Chaque membre du Parlement représente la nation et exerce ses fonctions sans mandat impératif » (art. 67).

Les deux difficultés que nous avons soulevées sont cependant précieuses parce que fort instructives. Tout d’abord, si le droit positif ne définit pas lui-même les termes qu’il emploie, il convient de renoncer à donner une définition intensionnelle du

concept de représentation qui procèderait *per genus proximum et differentiam specificam*. On peut aussi abandonner l'idée que l'étymologie serait d'une quelconque aide : quand bien même le latin nous apprendrait que représenter signifie « rendre présent ce qui est absent », on ne serait guère plus avancé car tout le problème est précisément de savoir pourquoi et comment on en est venu à imaginer que certains individus doivent rendre présent ce qui est absent. Or, il ne fait aucun doute que l'introduction du concept de représentation en droit constitutionnel est bien postérieure à l'apparition du mot dans le vocabulaire juridique. Ensuite, si les normes du droit positif contredisent la théorie qui est censée leur servir de fondement, on peut renoncer à ce présupposé qui voudrait que les normes découlent de théories *a priori*. Plutôt que de penser la théorie de la représentation comme le fondement de certaines normes, on peut tenter de montrer qu'elle en est la justification.

De là, il semble pertinent de commencer par préciser le contenu du concept avant d'examiner la fonction que remplit la théorie de la représentation. Mais encore faut-il préciser quelques éléments théoriques.

I. Cadre théorique

On peut distinguer une analyse classique et sa critique.

A) Analyse classique

Selon une analyse devenue classique, le concept de représentation (ou la théorie du même nom) est présenté selon le schème suivant : la représentation est une forme de gouvernement qui s'oppose à la démocratie en tant que, dans la première, la nation délègue l'exercice de sa souveraineté à des autorités élues tandis que, dans la seconde, le peuple exerce lui-même sa souveraineté. Juridiquement, cela se traduit par l'interdiction du mandat impératif dans le premier cas et par la pratique du

référendum dans le second. Ces deux formes de gouvernement se distinguent aussi par leur fondement : la représentation découle de la théorie de la souveraineté nationale tandis que la démocratie découle de la théorie de la souveraineté populaire.

Cette analyse repose sur deux présupposés ontologiques. Selon le premier, les termes du langage juridique sont le reflet de la réalité et leur sens se confond avec leur référent dans le monde extérieur. De là découle un second présupposé : la nation préexiste à ses représentants, c'est elle qui les constitue ou s'en donne afin d'exercer sa souveraineté. On doit donc toujours distinguer entre deux catégories de personnes : les représentés et les représentants.

La conséquence de ces deux présupposés est que les représentants sont pensés, à l'égard des représentés, dans un rapport qui n'est pas seulement juridique mais aussi moral. Ainsi, bien qu'ils ne soient tenus à aucun mandat impératif, les représentants sont, à l'égard des représentés, dans une relation spécifique : leur mandat n'est pas impératif mais « représentatif »¹.

B) Critique

Cette analyse classique a elle-même été partiellement contestée par Carré de Malberg. Si ce dernier conserve la distinction entre souveraineté nationale-représentation d'un côté et souveraineté populaire-démocratie de l'autre, il a cherché à rendre compte du concept de représentation en s'affranchissant des présupposés ontologiques de la doctrine classique pour y substituer un point de vue « purement juridique » c'est-à-dire positiviste.

¹ Cette thèse est notamment défendue par Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 *La Théorie générale de l'État*, Paris, De Boccard, 2^{ème} éd., 1923, chap. 3, pp.405s. (et surtout pp.498s.) ; V. aussi Duguit L., *L'État*, Paris, Fontemoing, 1903, vol. 2, pp.215s. ; Barthélémy J., Duez P., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, nouvelle éd., 1933, p.103 ; Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, rééd. CNRS, 1965, p.170 et Hauriou M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916 notamment p.615 qui préfère parler de délégation de pouvoir mais chez qui ce mot a le même sens que celui de mandat-représentatif.

Ainsi, plutôt que de présupposer une coïncidence entre le langage ordinaire et le langage juridique et, de là, en déduire que tout individu juridique qualifié de représentant se trouve, d'une manière ou d'une autre, investi d'un « mandat », Carré de Malberg propose de ne plus employer le terme de « représentant » ou celui de « représentation » mais emprunte à Georg Jellinek celui d'« organe ». Ce terme a en effet le mérite de dénoter un concept très différent d'une relation contractuelle entre deux individus (ou entre un individu et un ensemble d'autres). Pour Carré de Malberg, « il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité »². Ceux que la constitution désigne comme des « représentants de la nation » sont, pour la science juridique, des « organes de l'État ». Dans ces conditions, renversant le schème classique, qui veut que la nation se donne des représentants parce qu'elle n'est qu'une personne morale, Carré de Malberg affirme : « Il n'est pas exact de dire que l'État a besoin d'organes parce qu'il est une personne, mais la vérité est qu'il est une personne en raison de ce qu'il est une collectivité *organisée*. Logiquement, la notion d'organe précède celle d'État »³. Ce renversement lui permet de réfuter la thèse selon laquelle les députés seraient des représentants de la nation parce que cette dernière les aurait investis d'un mandat par l'intermédiaire de ses circonscriptions électorales, car « l'erreur de cette construction (...) provient de ce que l'on raisonne sur la personnalité

² Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, t. 2, p.286. Et pour Jellinek : « Les actes de volonté faits par les membres d'une collectivité unifiée en vue du but unitaire de celle-ci présentent un double aspect. Dans le monde physique, ce sont des actes de volonté d'individus ; dans le monde juridique, ce sont purement des actes de volonté de la communauté. L'individu chargé de vouloir devient, au point de vue juridique, un organe de la volonté de la communauté », V. Jellinek G., *L'État moderne et son droit* (1900), Paris, Giard et Brière, 1911, trad. française G. Fardis, vol. 2, p.224.

³ Carré de Malberg R., *Contribution, op. cit.*, t. 1, p.62, n°9, souligné par Carré de Malberg. De même, il s'appuie sur ce propos de Jellinek : « L'État ne peut exister que par ses organes ; si, par la pensée, on séparerait de lui ses organes, il ne subsisterait pas une personne État, apparaissant tout au moins comme *Träger* [porteur] de ses organes, mais il ne resterait juridiquement que le néant » (*Ibid.*, t. 2, p.289).

de la nation *en se plaçant antérieurement à la constitution de ses organes* »⁴. De même, enfin, cherchant à expliquer le sens de la règle selon laquelle « les députés représentent la nation », il écrit : « elle signifie qu'ils représentent non pas la totalité des citoyens pris individuellement mais leur collectivité indivisible et extra-individuelle »⁵ : ils représentent non des individus mais un concept qui ne devient pensable qu'une fois que les représentants existent, c'est-à-dire, une fois que ces derniers ont agi, ont édicté un acte juridique. En effet, cet acte ne leur sera pas imputé en propre, il ne sera pas non plus imputé à des individus pris *ut singuli* que la Constitution désigne du nom de citoyens ou d'électeurs. Cet acte sera imputé à une collectivité unifiée qui reçoit, de par la Constitution, le nom de nation. D'un point de vue juridique, cette « nation » n'a d'autre consistance que celle que ses organes peuvent lui donner, de sorte que, sous le mot nation, il convient de subsumer non une entité magique, une personne extraordinaire dépassant tout ce que le commun des mortels oserait imaginer, mais une entité juridique dépourvu de consistance ontologique. Ainsi, Carré de Malberg conclut : « Les mots Nation et État ne désignent que les deux faces d'une seule et même personne »⁶.

Il reste que, au-delà du bénéfice peu contestable que l'on obtient en substituant un terme à un autre, la définition de Carré de Malberg souffre d'un certain formalisme car, tant que l'on ne dispose pas des moyens d'identifier les individus que la constitution habilite à « vouloir pour la collectivité », on se trouve bien en peine de l'utiliser. Et mieux même : il arrive que dans le discours politique et juridique, on emploie les deux termes sans leur donner le même sens. Doit-on conclure qu'ils sont synonymes ou au contraire qu'ils ont deux sens distincts ? Et si leur sens est distinct, comment identifier cette distinction ? Par ailleurs, le positivisme de Carré de Malberg le conduit à penser que le concept de représentation ne peut s'analyser que dans le contexte du constitutionnalisme moderne qui veut que la constitution soit d'abord définie formellement. Il n'empêche que le discours politique et juridique anté-

⁴ *Ibid.*, t. 2, p.213, n°12.

⁵ *Ibid.*, t. 2, p.223.

⁶ *Ibid.*, t. 1, p.14 et t. 2, p.187.

révolutionnaire emploie aussi le terme de représentation et contribue sans conteste à forger le concept moderne. Enfin, la substitution, présentée comme purement terminologique par Carré de Malberg, a toutefois des implications conceptuelles car, contrairement aux apparences, « vouloir pour la collectivité » peut s'entendre en deux sens très différents : il ne fait certes aucun doute que le législateur veut pour la collectivité dès lors qu'un texte de droit positif qualifie la loi d'expression de la volonté générale (comme le fait la Déclaration des droits de 1789 par exemple). Mais il n'est pas moins douteux que tous les organes de l'exécutif (les ministres, les juges, etc.) « veulent » pour la collectivité d'individus au nom de laquelle ils agissent dans le sens où leur action ne saurait leur être imputée individuellement. La substitution proposée est donc pertinente dans son principe mais elle suppose que soit précisée ce que « vouloir pour la nation » veut dire.

Sur le fondement de cette analyse et avec les réserves que l'on vient de formuler, on est en mesure d'identifier le contenu du concept de représentation et sa fonction de justification.

II. Contenu du concept de représentation

L'ambiguïté du terme représentation dans le langage juridique a été maintes fois soulignée. Présentée comme originellement forgée sur le modèle civiliste du contrat de mandat, la représentation en droit constitutionnel est en réalité intimement liée à l'apparition du concept moderne d'État, lequel doit également beaucoup aux conceptions des légistes médiévaux.

On montrera donc ici que la représentation en droit constitutionnel n'est pas une forme de mandat mais procède d'une conception organiciste que la monarchie a contribué à forger. C'est ce qui explique qu'on ne puisse même pas parler de mandat représentatif, sinon sur le mode purement rhétorique.

A) Éléments linguistiques

En français, comme en anglais, le terme « représentation » (ou *representation*) semble marqué par une très grande ambiguïté en ce qu'il permet d'exprimer deux idées très différentes : l'une, qui est synonyme de reproduction à l'identique et donc d'imitation ; l'autre, qui est synonyme de constitution ou de figuration. Il reste que toutes les langues ne cultivent pas cette ambiguïté. Ainsi, l'italien distingue – semble-t-il depuis le Moyen Âge – les substantifs « *rappresentazione* » et « *rappresentanza* » qui tous deux proviennent du même verbe « *rappresentare* ». Or, tandis que le premier terme désigne une opération de reproduction ou de duplication, le second désigne déjà une relation juridique, encadrée par le droit, sinon stipulée dans le cadre d'un contrat de mandat et selon laquelle un individu tiendra lieu d'un autre, agira en son nom et à sa place. En d'autres termes, dans la « *rappresentanza* », il n'est plus du tout question de dupliquer la réalité mais de la figurer ou encore de la produire au terme d'une « fiction juridique », c'est-à-dire d'une convention – de langage, mais pas seulement – où chacun sait bien que ce qui est fait en droit ne correspond pas exactement à la réalité extra-juridique.

De même, la langue allemande rend compte du français « représentation » ou de l'anglais « *representation* » à l'aide de trois verbes : « *Vertreten* », « *Darstellen* » et « *Repräsentieren* » qui tous trois renvoient à des actions très différentes. « *Darstellen* » s'entend d'une représentation au sens pictural, d'une image du réel qui pourrait s'y substituer ; « *Vertreten* », s'entend d'agir en lieu et à la place d'autrui et doit donc être rapproché de la relation juridique dont il était question plus haut ; enfin, « *Repräsentieren* » a une connotation spirituelle et s'entend d'une incarnation ou personnification d'une Idée morale ou d'un Concept : à mesure que ce terme se rapproche du précédent, il s'éloigne du premier – certaines théories politiques ont d'ailleurs su tirer parti de cette opposition entre « *Repräsentation* » et « *Stellvertretung* » (voir *infra*).

On mesure ainsi combien le terme représentation est intimement lié à une conception du monde où les relations entre les individus sont dominées par le droit et

l'idée d'universalisation. On ne s'étonnera alors pas d'apprendre que, d'origine latine, le terme tend à se généraliser avec la signification proprement juridique que nous lui connaissons au Moyen Âge.

En effet, il semblerait qu'en dépit d'institutions et pratiques connues des Grecs et auxquelles nous serions rétrospectivement tentés de donner le nom de représentation, ces derniers ne possédaient ni le nom ni la chose. Bien que latin, pourtant, il n'est pas certain qu'on puisse imputer les prémices de la représentation moderne à Rome. Dans le latin classique, en effet, la représentation s'entend au sens élémentaire de « produire ou montrer à nouveau » et ne s'emploie que pour des objets inanimés et non pour des individus et encore moins pour une collectivité d'individus. Ainsi, il ne fait guère de doute que le droit romain ne connaissait pas la représentation ni même le contrat civiliste de mandat qui se développera dans l'Ancien droit (même s'il est admis que les Romains surent concevoir des expédients permettant d'aboutir à une représentation imparfaite).

B) Personne collective et représentation avant la Révolution

Les deux sources déterminantes du concept moderne de représentation sont le christianisme et le droit médiéval, ce qui est assez logique lorsqu'on sait l'influence du premier sur le second.

Ce que nous apprennent ces deux « moments » de la pensée juridique pour notre sujet est considérable car tous deux parviennent à forger le concept de personne collective et à penser leur représentation.

1. Christianisme et représentation

La littérature ecclésiastique médiévale s'appropriera le terme de représentation pour l'appliquer à l'Église – la communauté des Chrétiens – qu'elle présentera comme le corps mystique du Christ. Le Haut Moyen Âge voit se généraliser cette métaphore

qui, pour le Pape et ses cardinaux, devient un excellent moyen de se présenter comme l'incarnation terrestre du Christ et de ses apôtres⁷.

Cette « représentation » s'entend comme une personnification de la collectivité, une incarnation ou encore une figuration ; elle ne prétend nullement instaurer un quelconque mandat entre les représentés et les représentants. Ces derniers n'occupent la place qui est la leur que *per successionem*. Se répand ainsi l'idée d'*universitas* ou de personne morale et collective : *persona repraesentata, repraesenta unam personam, unum personae repraesentat vicem*. Autrement dit, une personne collective est une personne *par représentation*. Ce que Hobbes appellera plus tard une personne fictive ou artificielle⁸.

Dans le même temps, les Glossateurs feront dériver du droit romain l'idée que le Prince ou l'Empereur agit pour le « peuple » et recherche le « bien commun ». Les Canonistes commenceront à adopter cette idée pour ensuite l'appliquer aux aspects de la vie ecclésiastique. Mais ni les Glossateurs ni les Canonistes n'emploieront expressément le terme de « représentation ».

Néanmoins, à partir du XIII^{ème} siècle, on cesse de considérer le Christ comme un membre du corps ecclésial. On en vient à dire qu'il est la tête du corps parce qu'il est mystiquement toute l'Église. Cette interprétation extensive est par la suite appliquée au Pape. On ne dit plus qu'il est chef parce qu'il jouit d'une plénitude comparable à nulle autre, mais qu'il jouit de cette plénitude *parce qu'il est chef*. Cette ambivalence ne manque pas d'exploiter une idée que l'on trouvait déjà chez saint Paul pour qui le visage du Christ avait pris une double signification: il était la tête du corps spirituel, donc un membre de ce corps, en même temps qu'il était la totalité du Christ, la personne unique que constituaient tête et membres.

Les juristes de la fin du XIII^{ème} siècle n'hésiteront pas à affirmer que le Prince est le « représentant de la totalité de la collectivité ». On trouve même, chez certains, une

⁷ V. Tierney B., *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955 et aussi, Tierney B., *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)* (1982), Paris, PUF, 1993, trad. J. Ménard, pp.112 s. et Hofmann H., *Repräsentation. Studien zur Wort-und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1974, pp.118s.

⁸ Hobbes, *Leviathan*, chap. XVI.

élaboration fort savante tendant à justifier qu'une communauté puisse agir par procureur dans un litige pénal. *A priori* une telle action semble impossible puisqu'une personne privée se devant d'apparaître en personne, une collectivité n'y pourrait parvenir. Certains juristes contournent la difficulté en expliquant alors que, dans un certain sens, le procureur « représente » la personne fictive de la collectivité, en sorte que cette dernière est présente dans la personne du procureur⁹.

Les usages du terme représentation hésitent donc bien souvent entre deux sens très différents qu'il est même délicat de rendre en français : « tenir lieu de » ou « incarner » d'un côté – lorsqu'il s'agit de dire qu'une personne physique se substitue à une collectivité – et « agir pour » de l'autre, lorsqu'on veut décrire qu'une personne physique se substitue à une autre.

2. États généraux et Roi sous l'Ancien régime

Cette dualité voire cette ambivalence est parfaitement perceptible lorsqu'on s'intéresse à l'institution des États généraux d'Ancien régime. Ces assemblées représentatives constituent un phénomène commun à l'édification des États européens et marquent, toujours et partout, du XII^{ème} au XV^{ème} siècle, l'inadaptation des assises féodales (*concilia, colloquia, conventus, curiae, placita*) par nature aristocratiques, où princes, laïcs et ecclésiastiques décidaient par le conseil de leurs vassaux. Partout en Europe, l'ouverture de ces assemblées représentatives aux députés roturiers est rendue nécessaire de par la libération des échanges et les transformations de la structure sociale. Ce sont les institutions ecclésiastiques, l'expérience ecclésiologique, qui fournissent aux États en formation leurs modèles d'institutions représentatives¹⁰.

Ils permettent de distinguer deux formes de représentation, sinon deux concepts distincts.

⁹ Albert de Gaudino, cité par Lagarde G. de, « L'idée de représentation dans les œuvres de Guillaume d'Ockham », *Bulletin of the International Committee of Historical Sciences*, Paris, PUF, décembre 1937, vol. IX, partie IV, pp.430s.

¹⁰ Krynen J., « La représentation politique dans l'ancienne France : l'expérience des États généraux », *Droits*, n°6, 1987, pp.31-44 ; V. aussi Bulst N., « Vers les États modernes : le tiers état aux états généraux de Tours en 1484 », in Chartier R., Richet D. (dir.), *Représentation et vouloir politiques autour des États généraux de 1614*, Paris, EHESS, 1982, pp.11-24.

D'une part, la représentation par mandat : en effet, lors des premières réunions des États généraux, les hauts dignitaires du royaume faisaient l'objet d'une convocation personnelle à laquelle ils se devaient de répondre. Or, à une époque où les moyens de communication rudimentaires se trouvaient aggravés par l'insécurité des routes, la possibilité de se faire représenter est apparue comme une nécessité. Parmi les collectivités fréquemment convoquées aux États généraux, dont le roi attendait de solides subsides, figuraient notamment les vastes communautés religieuses que constituaient les abbayes ainsi que les « bonnes villes » dont la puissance n'a cessé de marquer le Moyen Âge. Ce sont précisément ces communautés – les abbayes, les villes – qui ont cherché à se faire représenter. Les abbayes pratiquaient déjà l'élection par l'ensemble des religieux lorsqu'il s'agissait de désigner leur supérieur. Elles ont donc adapté le procédé pour se faire représenter auprès du roi. Les villes, quant à elles, ont d'abord désigné leur représentant à la suite d'une délibération de l'échevinage pour ensuite adopter le procédé de l'élection. Les barons et prélats, enfin, ne pouvaient guère échapper à la convocation dont ils étaient l'objet. Cependant, on eut de plus en plus fréquemment recours à une représentation par procureur en cas d'empêchement sérieux ou tout simplement de maladie. Par ailleurs, les difficultés du voyage, la longueur des sessions, les frais considérables de déplacement, ont conduit à l'idée d'entretenir, à frais communs, un seul et même procureur, auquel serait remis un certain nombre d'instructions strictes. Mais l'élu n'était qu'un émissaire chargé de transmettre les vœux du groupe qui l'avait désigné. Il n'avait aucune vocation à jouer un rôle propre, sa personne même devant s'effacer derrière ceux qui l'avaient désigné : les électeurs consignaient eux-mêmes la somme de leurs revendications et de leurs suggestions et désignaient ensuite l'un d'entre eux pour la transmettre au roi. On passait donc une procuration devant notaire qui contenait les pouvoirs du mandataire nommément désigné¹¹. Quant aux pouvoirs confiés, ils étaient fort divers. Ils pouvaient se borner à « Ouïr et rapporter », en sorte que le député devait revenir devant ses électeurs pour solliciter de nouveaux pouvoirs. Ces États généraux ne peuvent être vus comme les précurseurs d'assemblées démocratiques : en se réunissant, ils ne faisaient

¹¹ Krynen J., *op. cit.*

qu'accomplir un devoir féodal dû au suzerain et demeuraient sous la subordination rigoureuse du roi. Quant aux députés, ils étaient conscients des limites de leurs fonctions et investis de mandats impératifs. La fonction de représentation consistait à reproduire la volonté d'autrui sans jamais avoir le pouvoir d'agir pour lui, sans rien ajouter à ces instructions dont ils étaient les porteurs. Ils étaient uniquement la voix de ceux qui les avaient investis d'un mandat. Compte tenu de ce que le royaume n'est pas perçu comme une unité, chaque député est censé représenter une entité sociale à l'intérieur d'une entité territoriale, non la totalité du peuple.

Or, contrairement ce que l'on serait tenté de croire, ce n'est pas cette forme de représentation que la modernité a reprise à son compte et ce n'est pas là que doit être recherchée l'origine de la représentation politique moderne. Pour le comprendre, il faut s'intéresser à la figure du roi au sein de ses États.

En effet, à côté d'une conception de la représentation comme mandat ou délégation, il en existe une autre, d'inspiration organiciste qui fait la part belle au roi.

On a précédemment pris la mesure de l'influence chrétienne qui parvient à affirmer l'identité des collectivités ecclésiastiques avec le corps animé. Or, ce n'est évidemment pas un hasard si l'apparition des États souverains coïncide avec l'utilisation, par les théoriciens de la monarchie, de la doctrine du *corpus ecclesiae mysticum* qui fournit un excellent moyen de justifier, à défaut de le démontrer empiriquement, l'unité indispensable à l'ensemble étatique. Ainsi, le royaume lui-même en vient à être pensé comme un corps mystique¹² : *corpus mysticum regni*. Cette doctrine s'entend bien évidemment de tout un ensemble de prescriptions que l'on retrouve chez les premiers théoriciens d'une monarchie en voie de consolidation.

Jean de Terrevermeille fournit la forme la plus élaborée de cette doctrine du royaume comme corps mystique dont le roi constitue le principe et la source de vie. Il s'emploie dans ses *Tractatus* (1419) à modifier, au profit du roi, la doctrine naissante de la représentation médiévale qui s'organise autour de l'idée dominante et enveloppante

¹² Kantorowicz E., *Les deux corps du roi* (1957), Paris, Gallimard, 1989, trad. française J.-P. Genet, N. Genet.

d'unité¹³. Pour les juristes médiévaux, l'unité de représentation s'attache tout particulièrement à l'essence de l'*universitas*. Celle-ci est un être collectif agissant à l'instar d'une personne sur le plan juridique. Comme elle a besoin d'avoir un support physique, elle fonde par là même les droits de l'organe représentatif, dont la désignation émane des membres en tant qu'ils sont *universi*.

Cherchant à concilier l'idée d'unité et celle de supériorité, Terrevermeille insiste sur le rôle essentiel jouée par la tête de ce corps mystique qu'est le royaume. Pour lui la tête est la source ; elle ne possède pas une volonté émanant de l'ensemble de l'organisme, mais cette volonté est fondée sur la supériorité de sa nature. Il en vient ainsi à affirmer que la volonté de la tête est seule capable de donner au faisceau des volontés convergentes des membres une expression unitaire et qu'à la supériorité de principe du *caput* correspond cette volonté qui ne s'exerce pas de l'extérieur sur le corps mais au contraire l'anime de l'intérieur et vit de la même vie que lui.

Terrevermeille finit par exprimer juridiquement cette situation de la tête en disant qu'elle « *représente* le corps, multitude ordonnée qu'elle a mission de gouverner ».

On se trouve donc face à deux théories fort différentes sinon antinomiques. D'un côté, la représentation sous forme de mandat impératif donné par une collectivité constituée, consciente d'elle-même et de ses intérêts, qui investit – par élection ou plutôt par désignation – l'un de ses membres afin qu'il porte sa parole en un autre lieu où il recueillera, le cas échéant, d'autres instructions qu'il sera alors chargé de faire connaître à la collectivité qui l'a préalablement mandatée, sans qu'à aucun moment ce représentant ne puisse aller au-delà du mandat qui lui est confié. En d'autres termes, mandataire, le représentant est soumis à la volonté des représentés. De l'autre, la représentation consiste en la personnification d'une collectivité par un individu qui ne dépend pas d'elle et, mieux encore, qui est seul à pouvoir lui conférer une existence quelconque. Ce représentant est d'autant moins soumis à la volonté des représentés que ces derniers n'existent pas : il représente une entité abstraite irréductible à une somme d'individus concrets.

¹³ Barbey J., *La fonction royale. Essence et légitimité d'après « Les Tractatus » de Jean de Terrevermeille*, Paris, Nouvelles Éditions Latines, 1983

Ces deux conceptions de la représentation procèdent certes d'une même idée ou reposent sur une même opération de la pensée : l'imputation. Mais au-delà, elles n'ont de commun que le nom. Tandis que la représentation des provinces aux États généraux s'analyse en une convention, un mandat régi par les règles de ce qu'il faut bien appeler le droit privé, la représentation du royaume par le roi échappe à tout formalisme et on serait bien en peine de l'enfermer dans un cadre strict. Elle n'en est pas moins juridique. Non pas en ce qu'elle est l'application d'une norme préexistante, mais en ce qu'elle participe de l'interprétation de certaines normes elles-mêmes juridiques.

Il faut enfin s'intéresser à la théorie de la représentation que les Parlements d'ancien régime ont élaboré pour justifier une compétence juridique qu'ils entendaient s'arroger.

3. Les Parlements d'Ancien régime

Dans la France d'Ancien régime, les Parlements seront également qualifiés de représentants. Mais le contexte dans lequel ils le sont n'est pas toujours le même.

Au XIII^{ème} siècle, la question qui se pose est de savoir comment faire accepter une sentence comme celle du roi alors qu'elle a été décidée et prononcée sans lui. Autrement dit, comment assurer l'autorité de la juridiction suprême encore jeune. La solution adoptée fut d'affirmer que les Parlements « représentent le roi »¹⁴.

Ce faisant, la législation royale n'entend pas désigner les Parlements comme des délégués du roi mais bien comme ne formant qu'un avec lui. Elle emprunte ici un mécanisme de représentation venu du droit successoral dans lequel « représenter la personne » consiste à « disposer des mêmes droits et prérogatives » que le représenté. Transposé au droit politique, le mécanisme de représentation successorale porte non sur la personne physique du roi mais celle immortelle, la *dignitas regia* : c'est elle que la cour de Parlement représente¹⁵.

De là, l'habitude est prise de considérer les membres du Parlement comme des parties ou des membres du « corps du roi » en sorte que l'on en vient à affirmer que

¹⁴ Krynen J., *L'État de justice. France, XIII^{ème}-XX^{ème}*, vol. I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p.65.

¹⁵ *Ibid.*, p.70.

c'est la bouche du roi qui parle dans leurs arrêts ou que, comme le dit Bodin, quand bien même il serait absent, c'est le roi qui juge et non le Parlement.

Plus tard, les Parlements profiteront de l'absence des États généraux pour se déclarer représentants de la nation.

Sous l'Ancien régime, l'enregistrement est, « l'acte de transcrire une loi, un édit, un arrêt, etc., sur le registre d'un tribunal afin qu'il s'y conforme ». Ainsi, à l'origine, le « droit » d'enregistrement est bien assimilé à un devoir, à une compétence liée qui fait intervenir les parlements en qualité de cour de justice et non en tant qu'assemblée politique exerçant une fonction législative. Le « droit » de remontrances que le roi a certes reconnu aux Parlements s'entend comme une contrepartie de ce devoir d'enregistrer. Ces remontrances étaient de simples conseils que le roi avait permis aux Parlements de lui présenter à l'occasion des lois qu'il leur adressait. Le roi pouvait donc passer outre par le mécanisme des « lettres de jussion » ou du « lit de justice ». C'est précisément cela que contesteront les Parlements qui changèrent leur devoir d'enregistrement en un droit de vérification, d'examen, de remontrance, plus tard même de modification.

Le Paige, grand inspirateur de la doctrine parlementaire ne se limite pas à la nécessité de faire de l'enregistrement un élément constitutif de la loi mais dénie toute validité au lit de justice¹⁶, considérant que « toute loi qui n'est enregistrée que par la voie d'autorité dans un lit de justice, n'est point reconnue dans l'état pour une loi, et qu'elle est tenue pour non enregistrée »¹⁷. Comme le fera remarquer Maupeou à Louis XV, une telle théorie, qui présente le « parlement unique » comme « le dépositaire des lois », revient à le placer « entre le peuple et le souverain pour balancer les droits l'un de l'autre »¹⁸ et tend à faire du lit de justice « un usage illégal ».

¹⁶ Le Paige L.-A., *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des Pairs et sur les loix fondamentales du royaume*, Amsterdam, 1753, Partie I, troisième lettre, p.89.

¹⁷ Le Paige L.-A., *Lettre sur le lit de justice*, 18 août 1756, slnd, p.3.

¹⁸ « Mémoire » rédigé par Maupeou après son renvoi par Louis XV dans lequel le conseiller expose les motifs tendant à supprimer les parlements, reproduit in Flammermont J., *Le Chancelier Maupeou et les parlements*, Paris, Picard 1883, pp.599-646.

Les parlements croyaient pouvoir également se fonder sur l'autorité de Montesquieu qui écrivait :

« Les corps, qui ont le dépôt des lois, n'obéissent jamais mieux que quand ils vont à pas tardifs et qu'ils apportent, dans les affaires du Prince, cette réflexion qu'on ne peut guère attendre du défaut de lumières de la Cour sur les lois de l'État ni de la précipitation de ses conseils. Que serait devenue la plus grande monarchie du monde si les magistrats, par leurs lenteurs, par leurs plaintes, par leurs prières n'avaient arrêté le cours des vertus mêmes de ses rois, lorsque ces monarques ne consultant que leur grande âme, auraient voulu récompenser sans mesure des services rendus avec un courage et une fidélité aussi sans mesure ? »¹⁹.

Il n'est d'ailleurs pas rare de retrouver certaines expressions propres à Montesquieu telles que : « dépôt des lois, ressorts, corps intermédiaires, pouvoirs combinés, mouvement réglé, équilibre » etc., dans certaines remontrances²⁰. Cette utilisation de Montesquieu dépassait cependant largement ses intentions et il ne suffisait pas de reprendre sa terminologie pour en continuer l'esprit. Si dans sa théorie de la monarchie limitée, Montesquieu exalte les pouvoirs intermédiaires, il les maintient en situation de subordination et de dépendance et ne leur reconnaît aucune compétence en matière de législation comme le montre la lettre qu'il adresse en 1753, aux parlements exilés à Bourges, dans laquelle il affirme : « L'État est une grande

¹⁹ Montesquieu, *Esprit des Lois*, Livre V, Chap. X. De même insistait-il sur l'importance des corps intermédiaires: « Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants, constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul gouverne par des lois fondamentales... Ces lois fondamentales supposent nécessairement des canaux, moyens par où coule la puissance... Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt des lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie » (*Ibid.*, Livre II, Chap. IV).

²⁰ Ainsi, par exemple : « Les principaux ressorts de l'administration étant soustraits, ceux qui restent n'ont plus de justesse, ni de mouvement réglé. Les pouvoirs ne sont point combinés ; il n'y a plus d'équilibre depuis que le corps qui tenait en respect tous les pouvoirs subalternes est sans action et sans existence » (Remontrance du Parlement de Provence, 5 novembre 1756, in *Remontrances du parlement de Provence au roi sur le second vingtième et autres droits*, BN Lb39 709, pp.39-40).

machine dont vous n'êtes qu'un des ressorts (...) en comparaison de l'État vous n'êtes rien ».

Pour les parlements, la question est donc la suivante : comment exister dans cette grande machine dont parle Montesquieu ? Il ne suffisait pas de produire une nouvelle interprétation de la compétence d'enregistrement, et faire de celle-ci un droit, une faculté, alors que selon l'ordre normatif de l'Ancien régime elle était une obligation. Encore fallait-il la faire admettre, en donner une justification telle que cette compétence s'impose d'elle-même et cesse d'apparaître comme résultant de la seule volonté des parlements.

C'est à partir de 1750, lorsque les parlements se heurtent à l'hostilité déclarée de Maupeou, que leur discours se systématisé.

Le moyen qu'ils trouvèrent pour justifier leurs prétentions, fut de se déclarer représentants tant du roi que de la nation, voire principalement de la nation, s'appuyant sur le fait qu'en l'absence des États généraux cette dernière ne disposait plus d'aucun autre moyen de se faire entendre que de s'en remettre à eux. Après avoir clairement séparé le roi et la nation, ils se déclareront d'abord les « organes » puis les « représentants de la nation ». Ainsi la nation serait, grâce à eux, et en l'absence des États généraux, douée d'une volonté propre et, en se présentant comme ses représentants, les parlements entendent très évidemment « parler en son nom ».

Une telle théorie se comprend d'autant mieux qu'elle participe d'une invention politique propre au XVIII^{ème}, celle de l'opinion publique. Il reste que cette théorie se doit également de contourner l'absolutisme royal. Dans ces conditions, si les Parlements veulent éviter de constituer une menace d'usurpation du pouvoir du roi, il leur faut présenter le droit d'enregistrement comme une nécessité purement technique. Ainsi, à croire les parlements, la loi « se prépare, se détermine, se consomme, se dépose et s'exécute » en eux sans que jamais leur volonté n'intervienne en quoi que ce soit. Seules deux autorités expriment une volonté, le roi et la nation, les Parlements n'étant au fond que des intermédiaires. On peut – on doit – fortement douter de leur sincérité sur ce point car les Parlements transmettent moins qu'ils ne le disent : ils retiennent tout en eux, ils concentrent – bien qu'ils ne concentrent rien qui émane d'eux. Mais précisément, en se posant comme des intermédiaires, ils se placent au centre de la

relation que le roi entretient avec la nation. Cette métaphore du « centre » n'est, à l'examen, que la nouvelle formulation de la métaphore de la « tête » utilisée par la monarchie depuis qu'elle conçoit le royaume comme un corps mystique. Ainsi, les parlements reprennent à leur compte le concept métonymique de corps politique que les légistes médiévaux avaient forgé en faveur du roi. Ce concept leur servait à modifier la métaphore initiale par laquelle on décrivait le royaume comme un corps politique.

On mesure ainsi combien la revendication représentative est très tôt apparue comme un argument de revendication d'une prérogative essentielle : celle de faire la loi. La mise en relief de la coexistence de ces deux théories de la représentation – par mandat et par personnification d'une collectivité – permet de comprendre à quel point il serait réducteur de faire dériver la représentation moderne de la seule fonction de députés aux États généraux, comme l'a longtemps fait la doctrine constitutionnelle classique. Cette dernière, forte de son préjugé, en est venue à forger l'idée qu'il ne pouvait y avoir de représentant qu'élu et que l'élection devait s'analyser comme un acte – quasi magique – de transmission du pouvoir. On parvient ainsi à réduire la représentation à une forme de mandat, que l'on se plaira à qualifier de « représentatif ».

Or, comme on le verra, la représentation moderne réside précisément dans l'absence de tout mandat et l'affirmation de la souveraineté du représentant. Mais le but est toujours le même : justifier une compétence législative.

4. Le conflit des représentations en 1789

L'un des épisodes historiques constitutifs de la conception moderne de la représentation politique est assurément la motion du 17 juin 1789, proposée à l'initiative de Sieyès, par laquelle l'assemblée du Tiers état prend le nom d'Assemblée nationale. La motion est singulière en ce qu'elle convoque plusieurs sens du terme « représentation » qu'elle oppose à la conception organiciste et figurative du roi.

En effet, il convient de souligner que la conception de la représentation qu'a forgée l'absolutisme repose entièrement sur l'idée de personnification du royaume par le roi. Ce dernier incarne et subsume l'ensemble des corps qui constituent la nation

pour en faire un corps unique dont il est la tête. Or, c'est précisément cette place que revendique la motion tout en la justifiant sans jamais faire référence à un quelconque mandat :

« L'Assemblée délibérant après la vérification des pouvoirs, reconnaît que cette Assemblée est déjà composée des représentants envoyés directement par les 96 centièmes, au moins, de la nation. (...) De plus, puisqu'il n'appartient qu'aux représentants vérifiés de concourir à former le vœu national, et que tous les représentants vérifiés doivent être dans cette Assemblée, il est encore indispensable de conclure qu'il lui appartient, et qu'il n'appartient qu'à elle, d'interpréter et de présenter la volonté générale de la nation ; il ne peut exister entre le Trône et cette Assemblée aucun veto, aucun pouvoir négatif. La dénomination d'Assemblée nationale est la seule qui convienne à l'Assemblée dans l'état actuel des choses, soit parce que les membres qui la composent sont les seuls représentants légitimement et publiquement connus et vérifiés, soit parce qu'ils sont envoyés directement par la presque totalité de la nation, soit enfin parce que la représentation étant une et indivisible, aucun des députés, dans quelque ordre ou classe qu'il soit choisi, n'a le droit d'exercer ses fonctions séparément de la présente Assemblée » (Nous soulignons).

Si l'on ne peut encore identifier une conception homogène et cohérente de la représentation, on mesure toutefois fort bien le lien que la motion établit entre, d'une part, sa dénomination – Assemblée nationale – et la qualité des membres qui la composent – des représentants et, d'autre part, entre cette qualité et la compétence qu'ils sont censés exercer : « interpréter et présenter la volonté générale ».

Ainsi, de ce qu'ils sont représentants, ils sont la Nation et de ce qu'ils sont la Nation, ils doivent interpréter sa volonté générale.

Or comment justifier que, de la description d'une qualité, on infère une norme de compétence ? En bonne logique, ou bien la qualité de représentant est un fait, et de ce fait on ne peut dériver aucune norme ; ou bien la qualité de représentant n'est pas un fait mais une norme, dont on infère une autre norme, et alors la question se pose, en amont, du fondement de la représentation elle-même. Le seul mérite de cette remarque n'est pas de vérifier une quelconque maîtrise des règles d'inférence par les hommes de 1789, mais de mettre en évidence que le concept de représentation utilisé par la motion

doit bien plus à cette forme d'incarnation de la Nation à laquelle prétendait le roi sous l'Ancien régime qu'à la représentation par mandat instituée par le droit de l'époque. En réalité, les révolutionnaires empruntent à l'organicisme royal pour justifier la compétence de ce dernier à leur profit. Leur argumentation a en outre le mérite de conserver la fiction d'une personne collective dont l'existence est postulée sans avoir besoin d'être démontrée. Il est en effet à peine besoin de préciser que le droit dont s'affranchissent les députés du Tiers ne permet alors nullement de conclure que le nombre fait la qualité de représentant.

Il n'en demeure pas moins que le concept de représentation utilisé par la motion ne se réduit pas à cette représentation organiciste. Il est même frappant de voir que la justification du nom et de la fonction que revendique l'assemblée du Tiers mêle des circonstances de fait (l'assemblée est composée de la presque totalité de la nation), des circonstances de droit tirées des règles en vigueur (ils sont publiquement connus et vérifiés) ou encore des affirmations de principe *a priori* (la représentation est une et indivisible) où l'on a substitué le terme « représentation » à celui de « souveraineté » tel qu'il est employé dans le discours politique de l'époque.

On sait que, lors de la séance royale du 23 juin, le roi casse et annule les délibérations contenues dans la motion en rappelant aux députés rebelles que le Tiers n'est qu'un ordre parmi d'autres et à ce titre incapable de vouloir pour autrui²¹, il concède cependant une chose aux États : il admet que les ordres réunis – et non un seul d'entre eux – puissent être considérés comme « le corps des représentants de la nation ». En dépit des apparences, cette concession est loin d'être négligeable car elle change profondément la conception de la représentation admise jusque là. Le roi se

²¹ « Art. 1. : Le Roi veut que l'ancienne distinction des trois ordres de l'État soit conservée en son entier, comme essentiellement liée à la constitution de son royaume ; que les députés librement élus par chacun des trois ordres, formant trois Chambres, délibérant par ordre, et pouvant, avec l'approbation du souverain, convenir de délibérer en commun, puissent seuls être considérés comme le corps des représentants de la nation. En conséquence, le Roi a déclaré nulles les délibérations prises par les députés de l'ordre du tiers état, le 17 de ce mois, ainsi que celles qui auraient pu s'ensuivre, comme illégales et inconstitutionnelles (...) »

donne toujours pour rôle d'être la tête d'un corps mais ce corps ne se confond plus avec lui : la nation a désormais d'autres représentants que le roi.

C'est d'ailleurs ce dont atteste logiquement la formule que Bailly oppose au marquis de Dreux-Brézé venu pour exécuter les ordres du roi et qui demande aux députés de quitter les lieux (« Messieurs, vous connaissez les intentions du roi... »). L'Histoire retient la phrase restée fameuse de Mirabeau²². Mais la formule de Bailly est plus intéressante encore au regard de notre sujet car il affirme : « La nation assemblée ne peut recevoir d'ordre ». Ainsi, Bailly fournit-il une justification à l'affirmation déontique de l'Assemblée : la nation est souveraine puisqu'il n'y a rien au-dessus d'elle ; les députés qui en sont les représentants ne sauraient désobéir au roi puisque lui-même ne peut rien leur prescrire. Bailly affirme donc qu'il y a une coïncidence organique et vitale entre les députés du Tiers et la Nation et, d'une formule, reprend au roi la théorie de la représentation que ce dernier croyait pouvoir opposer au Tiers.

On retrouve la même idée chez Barnave²³ qui, en qualifiant les représentants du Tiers « d'organes de la volonté de la Nation » admet, comme Bailly, l'identité organique. Mais il est aussi possible d'y lire le complément de Bailly. Tandis que ce dernier identifiait le corps des députés – l'Assemblée – au corps de la nation, Barnave identifie l'Assemblée à la tête : être l'organe de ses volontés, ce n'est pas exécuter mécaniquement une volonté énoncée mais c'est produire cette volonté elle-même. Barnave reconnaît d'ailleurs implicitement que les députés ne sont obligés qu'autant qu'ils le croient nécessaires, en d'autres termes, ils sont la source de leurs propres obligations. À cela Sieyès ajoute la justification permettant de dire que l'Assemblée nationale ne se substitue en rien à la nation ni n'en usurpe les droits : elle *est* la nation

²² « Nous ne quitterons nos places que par la force des baïonnettes ». Mais Mirabeau avait, lui, commencé par dénier toute compétence au marquis « Oui, Monsieur, nous avons entendu les intentions qu'on a suggérées au Roi ; et vous, qui ne sauriez être son organe auprès des États généraux; vous, qui n'avez ici ni place, ni droit de parler, vous n'êtes pas fait pour nous rappeler son discours », *Archives parlementaires*, États généraux, t. 8, p.146

²³ « Envoyés par la nation, *organes de ses volontés* pour faire une constitution, vous êtes obligés de demeurer assemblés aussi longtemps que vous le croirez nécessaire à l'intérêt de vos commettants. Il est de votre dignité de persister dans le titre d'Assemblée nationale » (Séance du 23 juin 1789, *Archives parlementaires*, États généraux, t. 8, p.146. *Nous soulignons*)

assemblée, l'organe de cette nation dans l'exercice d'une certaine fonction, la première de toutes. De ce que cette Assemblée existe, on peut dès lors et immédiatement faire l'hypothèse de l'existence de la nation. « Vous êtes aujourd'hui ce que vous étiez hier » : le droit d'aujourd'hui n'est que le droit d'hier. Il ne faut rien changer pour que rien ne soit comme avant²⁴.

Le terme « représentant » a donc cessé de désigner un individu extérieur à des « commettants », désigné par eux, liés à eux par des liens de droits subjectifs. Il renvoie désormais à un individu qui incorpore ses « commettants », qui les absorbe, parce que ses paroles valent non pas seulement comme celles de ses « commettants », mais comme celles de tous les commettants. Ce que les députés du Tiers ont conquis le 17 juin est donc proprement révolutionnaire : le corps politique n'est désormais plus contenu dans le roi mais dans l'Assemblée laquelle, comme le roi, prend alternativement les traits du corps tout entier ou de sa tête. En d'autres termes, la volonté de cette Assemblée ne peut être que la volonté de la nation elle-même puisque cette Assemblée est composée des membres mêmes qui donnent vie à la nation.

III. Fonction de justification du concept de représentation

²⁴ Sieyès, Séance du 23 juin 1789, *Ibid.*, pp.46-147 : « Messieurs (...) Demandons-nous quels pouvoirs nous exerçons et quelle mission nous réunit ici de tous les points de la France. Ne sommes-nous que des mandataires, des officiers du Roi ? Nous devons obéir et nous retirer. Mais, sommes-nous les envoyés du peuple, remplissons notre mission, librement, courageusement. Est-il un seul d'entre nous qui voudût abjurer la haute confiance dont il est revêtu et retourner vers ses commettants, leur dire : j'ai eu peur, vous aviez remis dans de trop faibles mains les destinées de la France ; envoyez à ma place un homme plus digne de vous représenter ? Nous l'avons juré, Messieurs, et notre serment ne sera pas vain, nous avons juré de rétablir le peuple français dans ses droits. L'autorité qui vous a institués pour cette grande entreprise, de laquelle seule nous dépendons, et qui saura bien nous défendre, est, certes, loin encore de nous crier : c'est assez, arrêtez-vous. Au contraire, elle nous pousse, et nous demande une constitution. Et qui peut la faire sans nous ? qui peut la faire, si ce n'est nous ? Est-il une puissance sur terre qui puisse vous ôter le droit de représenter vos commettants ? »

L'une des difficultés que rencontrent les premiers constituants, en France comme ailleurs, est qu'il ne suffit pas de prohiber les mandats impératifs des députés siégeant au corps législatif pour les libérer du poids de leurs électeurs, encore faut-il construire – c'est-à-dire décider – la distinction des fonctions normatives dans l'État, en tenant compte de ce que l'État est un système d'organes dont il faut aussi construire l'unité. Or, le concept de représentation sert justement à cela : il permet de constituer une personne collective à laquelle seront imputés certains actes en même temps qu'il permet de hiérarchiser les fonctions accomplies par les différents organes de l'État.

A) Le paradoxe de la représentation moderne

Il est devenu assez banal d'affirmer que la Révolution française constitue un des moments déterminants de la construction du concept moderne de représentation politique. Il reste que cette construction n'est ni univoque ni uniforme et doit beaucoup aux circonstances. Elle s'inscrit également dans un processus de construction de l'État moderne qui n'est nullement limité à la Révolution française. Ainsi, les constituants américains ont-ils rencontré les mêmes difficultés auxquelles ils ont d'ailleurs apporté des réponses similaires. Des deux côtés, les révolutionnaires ont très clairement illustré le paradoxe propre à la représentation moderne et qui tient en cela que les représentants de la nation ou du peuple ne dépendent plus de ceux qui les ont nommés.

1. La Révolution américaine et les deux concepts de représentation

S'il fallait démontrer par l'exemple l'absence de lien entre souveraineté nationale et représentation, le cas américain serait très utile.

En effet, on a pu écrire que « la représentation constitua en réalité la question principale, sinon la plus fondamentale, opposant l'Angleterre et l'Amérique au commencement de leur controverse »²⁵.

²⁵ Wood G. S., *La création de la république américaine* (1969), Paris, Belin, 1991, trad. française F. Delastre, p.212.

Pour autant, rien n'est plus confus que cette notion pour les colons américains. Ils héritent du système anglais dit de « représentation virtuelle » selon lequel la représentation aux communes ne va pas de pair avec l'élection, en sorte que sont représentés au Parlement les Anglais en général et non les seuls propriétaires de certaines espèces de biens qui disposent, en vertu de ce titre, du droit de vote. La représentation concerne donc tous les sujets britanniques. Or les colons se trouvaient pris entre deux feux : d'un côté, ils rejetaient la domination britannique en soulignant la disparité d'intérêts qu'il y avait entre eux et la mère patrie ; de l'autre, ils ne souhaitaient pas nécessairement remettre en cause cette conception de la représentation²⁶. Il leur était difficile de rejeter l'une sans rejeter l'autre. Le seul critère susceptible d'assurer cette réalité et donc cette correspondance entre les représentants, était celui de l'élection.

Une telle argumentation créait une difficulté : si on affirmait, comme c'était le cas chez certains à l'époque, que « les élus ne sont manifestement pas des représentants de leur propre chef, mais en vertu de leur élection » ou encore que « la représentation émane entièrement du libre choix du peuple »²⁷, le risque existait que l'on en vienne à penser que les représentants devaient se borner à n'être que les porte parole des électeurs. C'est pour écarter cette idée que fut mise en avant l'idée de « communauté d'intérêts » que ferait naître la représentation.

On la trouve très bien formulée chez Hamilton²⁸ pour qui ce n'est pas simplement le droit de vote mais « l'étroite relation d'intérêts » existant entre le électeurs, les non électeurs et les représentants qui rend pratiquement viable la représentation virtuelle. Par intérêts, il faut ici entendre non pas des intérêts de type corporatiste mais une forme d'intérêt général, de bien commun ou de but ultime. On

²⁶ *Ibid.*, p.217 : « si les Américains récusait toute imposition décidée par le Parlement, ce n'était pas disaient-ils, « parce que nous n'élisons pas de députés au Parlement, mais parce que nous n'y sommes pas représentés, et que du fait de notre situation particulière, nous ne pourrions jamais l'être » ».

²⁷ *Ibid.*, pp.221-222 : « les élus ne sont manifestement pas des représentants de leur propre chef, mais en vertu de leur élection » ; « la représentation émane entièrement du libre choix du peuple » ; « assurément, il n'est pas notre délégué celui-là dont la désignation ou la nomination ne relève pas de notre choix ».

²⁸ *Fédéraliste*, n°35.

mesure que cette exigence d'une communauté d'intérêts ne constituait nullement une réfutation de la représentation virtuelle : elle était un moyen d'affirmer que le peuple américain était désormais distinct du peuple anglais et qu'il avait lui aussi besoin de représentants propres. Pour autant, ces représentants ne le sont nullement en vertu de leur élection et d'un éventuel mandat les liant à leurs électeurs.

À cette conception de la représentation virtuelle, en était opposée une autre – la représentation « réelle » (*actual*) – exigeant que le peuple fût représenté réellement et non virtuellement. Cette théorie du mandat ou de la représentation réelle, qui s'appuie sur l'élection comme mode de justification de la qualité de représentant, fut très largement défendue par les Antifédéralistes américains et par une grande partie de l'Assemblée pendant le débat constituant²⁹. Ainsi, Brutus se fonde sur le sens ordinaire du mot « représentant » pour expliquer que l'emploi de ce mot « implique que la personne ou le corps des personnes choisi pour représenter ressemble à ceux qui l'ont ou les ont choisis – une représentation du peuple d'Amérique doit, pour être vraie, être à l'image du peuple »³⁰.

Ce système ne revenait cependant pas à demander l'introduction d'un mandat impératif et les Antifédéralistes ne prônaient nullement une démocratie directe. Ce qu'ils voulaient étaient non une représentation idéale d'une entité abstraite mais la représentation réelle et concrète des classes. Ce dernier terme est cependant délicat à interpréter et ne doit pas prêter à confusion ou anachronisme. Les Antifédéralistes ne parlent pas déjà la langue du XIX^{ème} siècle. S'ils emploient le terme anglais de « *class* » pour parler des « *different classes of people* », ils emploient aussi l'expression « *orders of people* » pour évoquer les professions (marchands, fermiers, ingénieurs, etc.)³¹. Nous pourrions aujourd'hui parler des couches de la population. Il faut comprendre que leur contestation de la représentation virtuelle prenait appui sur un rejet du modèle

²⁹ Ball T., « A Republic if you can keep it », in Ball T., Pocock J.G.A., *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, pp.137-164.

³⁰ Cité par Ball T. *ibid.*, p.146.

³¹ On retrouve cet emploi du mot « classe » dans le français du XVIII^{ème} chez Rousseau par exemple : « la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis », Rousseau J.-J., *Contrat Social*, Livre 2, chap. 6.

d'individu abstrait mis en avant par les Fédéralistes et que les Romantiques allemands ont par la suite imputé aux Lumières. En d'autres termes, l'individu ne saurait se définir sans la condition sociale dans laquelle il se trouve. Aussi expliquent-ils, par la voix de Brutus, que : « this extensive continent is made up of a number of different classes of people ; and to have a proper representation of them, each class ought to have an opportunity of choosing their best informed men for the purpose »³².

Ce faisant, les Antifédéralistes se réclamaient de la république et non de la démocratie, ce dernier terme étant d'ailleurs, à l'époque, connoté péjorativement tant aux États-Unis qu'en France. Bref, ils n'en appelaient ni au Peuple ni aux Masses mais à une représentation de la variété sociale composant le peuple américain.

Les Fédéralistes répondaient, quant à eux, que la question était de savoir non pas qui (*who*) devait être représenté – des individus ou des milieux sociaux – mais bien « quoi » (*what*) devait être représenté : un bien commun ou des intérêts particuliers de diverses couches de population. Or, tenter de représenter des individus et des intérêts professionnels condamne la législation à n'être faite que d'agrégats d'intérêts épars, au détriment d'un intérêt public dûment identifié.

On saisit ainsi la fonction que remplit le concept de représentation ou la théorie du même nom : en même temps qu'elle fait émerger la totalité au nom de laquelle les représentants peuvent justifier l'exercice de leur pouvoir législatif, elle permet de justifier la suprématie de ses derniers sur tous les organes de l'État.

2. L'abolition des mandats impératifs et la fonction de délibération du Parlement

Il peut paraître surprenant qu'à peine constitués en Assemblée nationale, les députés aient éprouvé le besoin de voter l'abolition des mandats impératifs dont ils étaient porteurs en vertu du droit de l'Ancien régime et ce, alors que le roi les en avait délivrés en janvier 1789.

En réalité, ce principe n'était guère nouveau. Il avait été posé par Edmund Burke dans son fameux *Discours aux électeurs de Bristol* en 1774 :

³² Cité par Ball T. *ibid.*, p.147.

« Le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs représentant des intérêts différents et hostiles, intérêts que chacun doit défendre, en tant que mandataire et avocat, contre d'autres mandataires et d'autres avocats ; il est l'assemblée délibérative d'une seule nation, mue par un seul intérêt, celui du Tout, un organe dans lequel ce ne sont ni les objectifs locaux, ni les préjugés locaux qui doivent servir de guide, mais le bien général, produit de la raison générale du Tout ».

À s'en tenir aux apparences grammaticales, on pourrait être tenté de voir dans ce propos une simple description de la nature même du Parlement. On ne peut toutefois guère douter que le discours de Burke est normatif. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le Parlement est une assemblée délibérative, que les députés doivent être affranchis de tout mandat impératif : ils doivent l'être pour que le Parlement puisse devenir une assemblée délibérative. L'abolition des mandats est donc le moyen de parvenir à une fin.

Parce qu'ils cherchent à atteindre le même objectif, les députés du tiers réunis en Assemblée nationale votent, dès juillet 1789, l'abolition des mandats. L'interprétation classique de cette abolition tend à en faire la conséquence directe, sinon mécanique, de la théorie de la souveraineté nationale. Autrement dit, parce que la souveraineté est une et indivisible, et parce qu'elle appartient à la Nation, les députés « devaient » abolir les mandats³³. Mais, si elle était vraie, une telle explication ne pourrait guère rendre compte de ce que cette abolition a été prônée et adoptée par d'autres que les révolutionnaires français, qu'elle s'est maintenue à travers l'histoire et qu'elle est encore en vigueur dans presque tous les systèmes constitutionnels aujourd'hui.

En réalité, la « théorie » de la souveraineté nationale n'est pour rien dans cette affaire. L'argument en faveur de l'abolition était – et est toujours – d'ordre pratique même si la finalité est évidemment politique.

Dans le contexte de 1789, maintenir les mandats revenait à priver les révolutionnaires de toute possibilité de parler au nom d'une personne collective, d'une

³³ V. Esmein A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1906, pp.197s. ; Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., pp.105s. ; Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., pp.187s.

unité juridique comptant comme telle et susceptible de servir de point d'imputation à leur action. Autrement dit, pour que les députés représentent la Nation en tant que personne juridique, ils doivent être libérés de tout mandat impératif et donc de toute obligation de reproduire une volonté antérieure à leur action.

Cette décision soulève la même difficulté que celle à laquelle ont été confrontés les révolutionnaires Américains : si les députés ne se font plus les porte parole d'aucune volonté, comment peut-on encore dire qu'ils sont représentants³⁴ ?

Là comme ailleurs, la solution consiste en une redéfinition implicite du terme « représentant » – définition elle-même persuasive comme l'aurait dit Stevenson³⁵ – par laquelle on parvient à conserver la dimension suggestive du terme tout en sacrifiant son sens. C'est à cela que s'emploie Talleyrand lorsque, après avoir défini le député du bailliage comme « l'homme que le bailliage charge de vouloir en son nom, mais de *vouloir comme il voudrait lui-même*, s'il pouvait se transporter au rendez-vous général, c'est-à-dire *après avoir mûrement délibéré et comparé* entre eux tous les motifs des différents bailliages », il ajoute que si ce député est envoyé à l'Assemblée nationale : « *c'est certainement pour délibérer, pour concourir aux délibérations* »³⁶. Le député ne peut donc qu'être libre et cette liberté dit encore Talleyrand « c'est ce qui constitue les députés véritablement représentants »³⁷.

Le fait est que, pas plus hier qu'aujourd'hui, les députés élus au Parlement ne sont tenus par des mandats impératifs. La norme demeure valide et sa justification est partout la même : « la puissance législative ne commence qu'au moment où l'Assemblée générale des représentants est formée »³⁸.

3. Former une unité : élection et représentation

³⁴ V. Pitkin H. F., « The paradox of representation », in Pennock J. R., Chapman J. W. (dir.), *Representation*, New York, Atherton, Nomos X, 1968, pp.38-42.

³⁵ Stevenson Ch.L., « Persuasive Definitions », *Mind*, Vol. 47, n°187, July 1938, pp.331-350 : une définition persuasive est une définition par laquelle on donne une nouvelle signification conceptuelle tout en préservant la signification émotive.

³⁶ Talleyrand, Séance du 7 juillet 1789, *Archives parlementaires*, t. 8, p.201 (*Nous soulignons*).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Barrère, Séance du 7 juillet 1789, *Archives parlementaires*, t. 8, p.205.

Parce que le gouvernement représentatif conduit à faire élire les représentants, on a souvent cherché à présenter leur élection comme un moyen par lequel les représentés peuvent contrôler les représentants ou du moins contraindre ces derniers à rendre compte de leur action. De là également l'idée que, du fait de leur élection, les représentants seraient tenus par un mandat « représentatif ». Il reste que ces deux thèses n'ont jamais réussi à l'emporter. On a ainsi pu montrer, au travers des trois révolutions (anglaise, américaine et française), que l'élection n'est jamais pensée comme un mandat mais toujours comme la délégation d'un pouvoir de décision³⁹.

À cet égard, on peut se fonder sur les premières normes adoptées par l'Assemblée constituante de 1789, pour montrer que si l'élection est nécessaire à la désignation de représentants, voire à la qualification juridique de ces derniers comme tels, elle est loin d'être une condition suffisante.

En effet, afin de soustraire les fonctions publiques à l'autorité du roi et aux pratiques monarchiques, les révolutionnaires français ont très vite entrepris de refondre les circonscriptions administratives en même temps qu'ils généralisaient le principe de l'élection comme mode de désignation aux fonctions publiques (y compris les juges). La coïncidence de ces deux décisions eut pour effet de multiplier le nombre d'assemblées électives lesquelles ne pouvaient guère se voir refuser, au moins dans un premier temps, le titre d'assemblées représentatives ou d'assemblées de représentants.

Ces réformes étaient fortement inspirées par Sieyès pour qui la représentation n'est qu'une des étapes de la constitution de ce « grand corps des citoyens » qu'est selon lui la nation. Il distinguait en effet l'adunation, la représentation et la régénération.

L'« adunation » c'était « l'acte d'unir, de *lier* en un tout des fragments inconstitués ». Employé jusqu'au XVI^{ème} siècle, le terme relevait de deux champs sémantiques finalement assez proches pour désigner, à chaque fois, la réunion de plusieurs individus autour d'une même figure d'autorité : la réunion des apôtres autour du Christ, dans le langage ecclésiastique, la réunion dans la couronne de France

³⁹ V. par exemple Manin B., *Principes du gouvernement représentatif* (1995), Paris, Flammarion, rééd., 1996.

de duchés et de principautés attenants ou enclavés dans le langage politique. En empruntant ce vocable au passé, Sieyès entend forger un concept propre et l'adunation signifiera chez lui la réunion de plusieurs corps, tous reconnus comme égaux et tous susceptibles dès lors de n'en faire qu'un. La *représentation*, quant à elle, correspond au moment de fabrication de la volonté générale par l'échange incessant des volontés individuelles toutes égales entre elles. La *régénération*, enfin, constitue le dernier moment, celui où le corps politique désormais doté d'une volonté s'anime et peut agir conformément à cette volonté initiale.

Chacun de ces trois moments s'articule, en outre, sur deux plans distincts. Selon un premier plan, vertical, adunation, représentation et régénération se rapportent au corps politique entendu au sens large que Sieyès désigne à l'aide de sa métaphore du « grand corps des citoyens ». Selon un second, horizontal, les trois moments de ce mouvement dynamique se rapportent au corps politique entendu au sens strict et par lequel Sieyès désigne, par métonymie, l'Assemblée nationale, en tant qu'elle est le seul organe de la volonté générale. L'adunation désigne, dans ces conditions, la réunion de toutes ces volontés individuelles dans l'Assemblée, la représentation correspond au moment même de l'expression de la volonté générale et la régénération s'entend, enfin, du renouvellement de cette Assemblée, renouvellement toujours nécessaire parce que conçu comme une condition de la permanence de ce corps qui incorpore tous les autres en ce qu'il détermine leur action. Comme on peut le remarquer, de ces trois moments, seuls l'adunation et la régénération relèvent des mouvements ascendants et descendants. L'un et l'autre sont reliés par la représentation qui, dans tous les cas de figure, appartient à un seul et même corps : l'Assemblée nationale.

Dans ces conditions, le terme « représentation » recouvre chez Sieyès deux sens qu'il convient de distinguer : rapporté au corps politique pris comme métaphore – la nation –, le terme désigne le point culminant, l'acmé de deux mouvements complémentaires ; rapporté à l'Assemblée nationale prise comme figure métonymique de ce « grand corps de citoyens », le mot représentation recouvre lui-même les trois étapes de l'adunation, représentation, régénération. Ainsi, tous les individus élus – et dont l'élection apparaît comme une condition de l'adunation – peuvent sans difficultés être qualifiés de « représentants » ou être déclarés « représentatifs ». C'est en ce sens

que Sieyès qualifie les assemblées participant au processus d'adunation d'assemblées « représentatives ». Cela signifie, d'une part, qu'elles sont formées d'une certaine manière – par l'élection des individus qui les composent – ; d'autre part, qu'elles font partie d'un ensemble : chacune existe moins pour ce qu'elle est en tant que telle que pour ce qu'elle vaut par rapport aux autres car la valeur de chaque assemblée ne dépend pas de l'assemblée elle-même mais de toutes les autres. Autrement dit, les assemblées agissent en tant que représentant de la nation mais au sens le plus large que ce terme de « représentant » peut recevoir lorsqu'il est employé pour parler de l'adunation politique.

C'est cette conception qui le conduira à faire adopter la première grande réforme à laquelle la Révolution aboutit, celle qui conduit à la suppression de toutes les entités administratives d'Ancien régime (à l'exception des communes) et à la création des départements à côté des communes. Or, cette réforme pouvait justement se réclamer de la représentation comme moyen de « lier les parties » et de constituer, au sens propre, la nation. C'est également ce principe d'une généralisation de la représentation qui déterminera l'élection des juges. À chaque fois, on gagne en unité – en même temps que l'on anéantit, ou du moins réduit, l'influence du roi.

La difficulté majeure que crée cette généralisation de la représentation élective est que les assemblées élues ne tardent pas à se réclamer habilitées à vouloir pour la collectivité. On devra alors redéfinir le sens du terme « représentants » pour en réserver l'usage à certaines fonctions.

B) La représentation comme hiérarchisation des fonctions

Le cas français est ici sans doute exemplaire de ce que la représentation ne saurait être vue comme une justification de la seule capacité des députés à former une volonté. Elle sert aussi à créer une hiérarchie entre deux fonctions qui consistent, pour l'une, à produire une volonté qui émane des représentants, pour l'autre à exécuter cette volonté, fonction qui revient aux administrateurs.

1. 1791 et la question du veto royal

Le texte définitif de la Constitution de 1791 précise que les assemblées provinciales ne sont pas des représentants mais, comme on le dira à l'époque, des « organes de la loi » : de purs exécutants d'une volonté préalablement énoncée par les « authentiques » représentants.

Ainsi, après avoir souligné l'appartenance à la nation, en dépit ou grâce à leur élection, il est apparu nécessaire de souligner leur dépendance à l'égard de cette nation et notamment de l'Assemblée qui la représente. Si ces assemblées ne sont pas pour autant privées d'un pouvoir réglementaire d'application ou d'exécution de la loi, on refuse cependant de considérer qu'elles en font utilisation en tant que « représentant ». Quand bien même elles exerceraient un tel pouvoir, certes considérable, elles devraient être considérées comme agissant au nom de la loi et par elle. On finira par les qualifier d'« organes » de la loi pour les distinguer des « représentants ». Il en ira de même des juges qui, bien qu'élus par le peuple – afin de les soustraire la nomination du roi – ne seront jamais reconnus comme des représentants quand bien même ils rendraient la justice au nom de la nation.

C'est alors que naît une dernière difficulté, elle-même fort instructive : comment qualifier le roi ? Le monarque héréditaire fait figure d'intrus dans ce système d'autorités élues où l'élection n'assure pas une dépendance mais vient opportunément justifier une obéissance. Par ailleurs, ce même monarque se voit accorder, en septembre 1789, un veto suspensif, dont on se garde bien de donner le sens au sein de ce système encore fragile. La combinaison de ces deux éléments suffit pour mesurer à quel point la place du roi dans ce système est difficile à identifier. Et si l'on veut utiliser le concept d'organe proposé par Carré de Malberg il convient de déterminer si sa fonction est juridiquement considérée comme relevant de la volonté ou de l'exécution.

L'alternative est alors la suivante : ou bien l'on considère que le roi est l'autorité chargée d'exécuter ou de faire exécuter par ses ministres et par les diverses administrations les lois du Corps législatif ; mais alors il faut remarquer d'une part, que cette autorité n'a été choisie ni par cette assemblée, ni par les citoyens eux-mêmes, de sorte qu'elle ne saurait rentrer dans la catégorie des représentants au sens large, et

d'autre part, on est bien en peine d'expliquer le sens de ce veto suspensif qu'on lui a reconnu et mieux valait alors ne pas le lui accorder ; ou bien on considère que le roi, parce qu'il est la seule autorité héréditaire et parce qu'il dispose d'un veto suspensif, est une autorité non pas seulement exécutive mais aussi législative, dans la mesure où ce veto le fait participer à la loi et, dans ce cas, on devra admettre qu'il fait ce que font les « représentants » à l'Assemblée nationale, de sorte que l'on sera contraint de le qualifier lui aussi de représentant, bien qu'héréditaire.

Le 10 août 1791, la Constituante se ralliera à la proposition faite par Barnave et Thouret de qualifier le roi de représentant au même titre que le Corps législatif au motif que son veto le fait participer à la loi. On peut même aller jusqu'à dire que la solution s'imposait en vertu des contraintes argumentatives dans lesquelles les constituants se trouvaient et qui leur imposaient une exigence de cohérence : si l'on admet que par le veto – même suspensif – que la Constitution lui attribue, le roi dispose du pouvoir de s'opposer à la volonté du Corps législatif, on ne peut justifier une telle compétence autrement qu'en la rattachant à une fonction de volonté et non d'exécution car de quelle volonté serait-il l'exécutant en opposant son veto ? Et si le veto est un acte de volonté, à qui imputer cette volonté sinon à la nation ? En d'autres termes : étant donné le veto, le roi sera monarque constitutionnel ou despote⁴⁰. C'est le sens de l'alternative de Barnave à la fin de son discours d'août 1791 : « Ainsi donc ou le Roi veut pour la nation dans l'ordre de ses fonctions constitutionnelles, ou il cesse d'être Roi, et la forme du gouvernement est changée. *Que s'il a le droit de vouloir pour le peuple il est donc son représentant ;* ou bien il exerce un droit individuel : son pouvoir cesse d'être légitime et devient une tyrannie »⁴¹. De là, l'affirmation que représenter c'est vouloir pour la nation en forme législative.

Il convient cependant de souligner combien ce choix fut contesté. Ainsi, pour refuser au Roi toute qualité de représentant, Roederer a tenté de proposer une toute autre conception de la représentation, insistant sur la proximité que l'élection est

⁴⁰ Ce que Mirabeau lui-même expliquait dès la séance du 20 mai 1790 : « Comment un seul homme, comment un roi, un ministre pourra-t-il être l'organe de tous ? Comment l'exécuteur de la volonté générale pourra-t-il être en même temps l'organe de cette volonté ? » (*Archives parlementaires*, t. 15, p.621).

⁴¹ Barnave, Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 29, p.331 (*Nous soulignons*).

censée créer : « L'essence de la représentation, dit-il, est que chaque individu représenté vive, délibère dans son représentant ; *qu'il ait confondu, par une confiance libre, sa volonté individuelle dans la volonté de celui-ci. Ainsi, sans élection, point de représentation ; ainsi, les idées d'hérédité et de représentation se repoussent l'une l'autre ; ainsi un roi héréditaire n'est point un représentant* »⁴².

Il reste que Roederer est bien conscient du danger qu'il y a reconnaître ce titre de représentant à toutes les autorités élues et il sait combien la généralisation de l'élection suscite nombre de revendications représentatives chez ceux dont on attend pourtant qu'ils exécutent purement et simplement la loi. Aussi prend-il soin de proposer une seconde distinction :

« Les députés au Corps législatif sont non seulement représentants du peuple pour exercer un pouvoir *représentatif*, par conséquent égal à celui du peuple, indépendant comme le sien ; sans quoi il n'en serait pas l'image, la fidèle représentation, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un *pouvoir commis*, un pouvoir subdélégué et subordonné »⁴³.

Mais cette distinction est conceptuellement complexe en ce qu'elle tend à opposer un pléonasme à un oxymore, obligeant à distinguer entre des « représentants représentatifs » parce qu'à l'image du peuple et des « représentants commis » qui, bien qu'à l'image du peuple parce qu'élus, devraient se tenir à une position de subordination. Dans ces conditions, l'affirmation de Barnave relève d'une nécessité logique au regard du système conceptuel que la Constituante a produit : dans ce système de concepts, le seul moyen de rendre compte du veto du roi comme d'une compétence constitutionnelle est de le qualifier de représentant.

Cet épisode est donc riche d'enseignements. Il permet de comprendre, d'une part, qu'au-delà de la formule - « représenter c'est vouloir » -, la qualité de représentant sert à justifier une (ou plusieurs) compétence mais n'en confère aucune : *ce n'est pas parce que le roi est un représentant qu'il dispose d'un veto, mais c'est parce qu'on*

⁴² Roederer, Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 29, p.323.

⁴³ *Ibid.*

lui a accordé ce veto que l'on est contraint d'en faire un représentant. D'autre part, cette justification n'échappe pas à des contraintes liées au système duquel elle relève : si la représentation sert à justifier une fonction de volonté, elle produit mécaniquement une norme selon laquelle d'autres doivent être considérés comme des exécutants et doivent donc *ne pas* être qualifiés de représentants. Enfin, cette justification répond à des nécessités elles-mêmes liées au concept d'État ou de système juridique : il y aurait donc quelque naïveté à considérer qu'elle ne relèverait pas du droit mais seulement de la politique. Au contraire, c'est bien pour donner une interprétation juridique d'une fonction que l'on y a recours.

2. 1793 et le veto populaire

Les difficultés rencontrées en 1791 se retrouveront également après – y compris en 1793 – quoi qu'on en pense parfois.

Selon une thèse répandue, les hommes de 1793 auraient pris le contre-pied de 1791 et seraient parvenus à abolir la représentation au profit d'une démocratie sinon directe du moins semi-directe. Cette thèse se nourrit principalement de ce que la Constitution montagnarde institue une procédure de veto populaire par referendum en sorte que le corps législatif est réputé non pas faire la loi mais la proposer aux assemblées primaires. Pour le reste, le corps législatif était habilité à intervenir au moyen de décrets lesquels échappaient à tout contrôle du peuple.

Le peuple peut donc être qualifié de co-législateur avec le Corps législatif. Si le peuple ne peut ratifier aucun texte en l'absence de proposition incombant au Corps législatif, ce dernier ne peut faire la loi à lui tout seul. Dans ces conditions, comment justifier la compétence législative partielle accordée au Corps législatif ? Hérault de Séchelles proposa de résoudre la difficulté à l'aide d'une distinction *a priori* féconde : « Mandataire dans les lois qu'il devra proposer à la sanction du peuple, [le corps législatif] ne sera représentant que dans les décrets ».

Mais une telle distinction ne manque pas d'être contestée. Robespierre, par exemple, juge inapproprié l'emploi du mot « représentant » au motif que « le véritable caractère des mandataires du peuple est déterminé par leurs fonctions » et que « le mot de *représentant* ne peut être appliqué à aucun mandataire du peuple, parce que la

volonté ne peut se représenter ». Il conclut que les membres de la législature ne doivent être vus que comme les « mandataires à qui le peuple a donné la première puissance »⁴⁴. Aussi propose-t-il une autre justification de l'action du Corps législatif : « La législature fait des lois et des décrets ; les lois n'ont le caractère de loi que lorsque le peuple les a formellement acceptées. Jusqu'à ce moment elles n'étaient que des projets ; alors elles sont l'expression de la volonté du peuple. Les décrets ne sont exécutés avant d'être soumis à la ratification du peuple, *que parce qu'il est censé les approuver ; il ne réclame pas, son silence est pris pour une approbation*. Il est impossible qu'un gouvernement ait d'autre principe. Ce consentement est exprimé ou tacite ; mais dans aucun cas, la volonté souveraine ne se représente, elle est présumée. *Le mandataire ne peut être représentant ; c'est un abus de mots et déjà en France on commence à revenir sur cette erreur* »⁴⁵.

Par « volonté présumée » ici, Robespierre entend désigner une volonté antérieure à celle du corps législatif et à laquelle on peut à tout moment rapporter l'acte de ce corps. Le mandataire est précisément celui dont la seule fonction est de formaliser cette volonté antérieure à lui. Il reste qu'en l'espèce, Robespierre joue sur les mots : un « projet » de loi n'équivaut pas à l'« exécution provisoire » d'un décret. Or, si le consentement du peuple est constitutif de la loi elle-même, il n'en est rien pour ce qui concerne les décrets. Avant même de considérer que l'absence de contestation du décret signifie son approbation, il faut encore parvenir à justifier que ce décret existe et trouve un commencement d'exécution. Comme l'expliquera Ducos : les décrets « ne peuvent être provisoirement exécutés qu'en supposant qu'ils sont l'expression de la volonté générale, *qu'en supposant que la législature a représenté la volonté nationale* »⁴⁶.

Ainsi, désigner le corps législatif comme « représentant » permet de rendre compte de son pouvoir discrétionnaire en matière de décrets tout en conciliant cette discrétion avec le principe démocratique revendiqué. Les Montagnards n'ont donc pas aboli la représentation. Mieux encore, la constitution montagnarde affirmera

⁴⁴ Robespierre, Séance du 16 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p.578.

⁴⁵ *Ibid.* (Nous soulignons).

⁴⁶ Ducos, Séance du 16 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p.578 (Nous soulignons).

clairement que : « Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation. Ils ne peuvent en aucun cas modifier les actes du Corps législatif, ni en suspendre l'exécution » (art. 82).

Dans ces conditions, on mesure, d'une part, que la représentation n'est nullement incompatible avec des procédés dits de démocratie directe ; d'autre part, que ceux que l'on désigne du nom de « représentants » sont réputés occuper un fonction hiérarchiquement supérieure à toutes les autres et enfin que la représentation est de ces justifications dont un système juridique ne peut se dispenser.

3. Représentation et parlementarisme

Le régime parlementaire n'a jamais cessé, par la suite, de justifier la fonction législative par le concept de représentation et ce, en dépit des critiques dont la représentation a été l'objet. Ainsi, par exemple, le développement du libéralisme politique (et la dénonciation de la tyrannie de la majorité) a conduit à contester la fiction juridique de l'identité entre les représentants et la nation pour tenter de modérer le pouvoir considérable que cette même fiction confère au parlement.

On en trouve une excellente illustration dans ce propos de Laboulaye à l'Assemblée de 1875 : « J'avoue que je suis un peu étonné quand après tant d'expériences qui ont été faites, après l'exemple de l'Amérique, on vient soutenir ce sophisme : que les députés sont les représentants de la nation et que par conséquent ils sont la nation. Oui, les députés sont les représentants de la nation, mais ils le sont avec une fonction déterminée, avec la fonction législative. Les juges qui rendent la justice sont aussi les représentants de la nation et ils ont une autre fonction, celle de rendre la justice. Le pouvoir exécutif, aux États-Unis, qui est nommé par le peuple, est aussi un représentant de la nation. Cette confusion entre les représentants de la nation et la nation elle-même est la source de toutes les tyrannies »⁴⁷.

Aussi convaincant soit-il, le propos manque quelque peu de pertinence juridique tant qu'aucune procédure spécifique pour faire connaître sa volonté n'est ouverte à cette nation que Laboulaye évoque. Sans doute le but n'était-il cependant pas de faire

⁴⁷ Laboulaye, Séance du 21 juin 1875, *Annales de l'Assemblée nationale*, t. 39, p.86.

œuvre de juriste et de décrire le concept de représentation du droit positif mais de poser en principe que l'assemblée qui représente la nation ne doit pas dominer les autres pouvoirs. De même, pour mieux contester les effets de la démocratisation du suffrage, on parlera de crise de la représentation en s'empressant d'en dénoncer la fiction. Mais il faut mesurer que l'emploi de ce terme n'est bien souvent qu'un jugement de valeur à l'appui d'une norme implicite. Parmi les publicistes français, Duguit occupe une position singulière. Il ne cesse d'affirmer que l'idée de mandat est le « fondement même » de la théorie française du régime représentatif. Il fonde cette thèse en expliquant que l'abolition des mandats impératifs en 1789 n'a jamais fait disparaître la notion de mandat politique et qu'elle doit s'analyser en la seule abolition des mandats particuliers donnés à chaque député. De là, il peut conclure que le parlement est un « mandataire représentatif de la nation »⁴⁸. Or, dans la mesure où la notion de mandat politique n'a elle-même jamais été pensée sous l'Ancien régime, le propos n'a en réalité aucune pertinence historique. Sa fonction est toute autre. Il sert de fondement théorique à une norme selon laquelle on doit procéder à la réforme du suffrage électoral afin que ce dernier permette une « meilleure représentation » de la nation. On mesure que le terme est ici pris en un sens spécifique : par « meilleure représentation », on entend tout procédé électoral susceptible de favoriser l'élection de certaines catégories de personnes.

Le propos confirme toutefois l'idée défendue par Kelsen selon laquelle, après avoir servi à légitimer le parlementarisme du point de vue de la souveraineté du peuple, la fonction du concept de représentation s'est épuisée laissant place aux critiques dénonçant la fiction de la représentation. Pour autant, ces critiques n'ont nullement conduit à une remise en cause du système représentatif lui-même. C'est que la représentation est apparue comme susceptible de remplir une nouvelle fonction, celle de limiter la revendication en faveur de la démocratie directe, empêchant une exagération de l'idée démocratique⁴⁹. De là d'ailleurs, l'idée que le gouvernement

⁴⁸ Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., t. 2, p.500.

⁴⁹ Kelsen H., *La démocratie, sa nature, sa valeur* (2^{ème} éd., 1929), Paris, Economica, réimpr., 1988, trad. française Ch. Eisenmann ; réimpr., Paris, Dalloz, 2004, pp.37s.

représentatif correspond en réalité à une forme mixte de gouvernement, qui mêle des éléments aristocratiques peu contestables – absence de mandats impératifs, indépendance du représentant vis-à-vis des représentés – et des éléments démocratiques. Ces derniers tiendraient non à des procédures juridiques spécifiques mais aux rapports politiques qu’instaurent les élections. Ainsi les représentés exerceraient bien un contrôle *a posteriori* sur l’exercice du mandat représentatif en sanctionnant par la non réélection les représentants qui auraient été tentés de se substituer absolument au peuple. Autrement dit, la liberté de l’opinion publique formerait « le contrepoids populaire à l’indépendance des gouvernants »⁵⁰.

Il ne faudrait pas imaginer que la représentation est intrinsèquement liée au parlementarisme. On ne peut ignorer que certains chefs de l’exécutif se sont présentés comme des représentants du peuple ou de la nation et, bien souvent, en refusant une telle qualité aux députés élus, allant jusqu’à considérer que ces derniers n’étaient, précisément, que des élus de multiples portions du peuple tandis que le chef de l’exécutif, en ce qu’il avait été élu ou nommé par l’intégralité du peuple en une seule fois, pouvait se considérer comme le peuple lui-même. Cette théorie d’une représentation-incarnation ou figuration du peuple n’est pas nouvelle. La seule nouveauté est d’associer la conception mystique à celle électorale, l’élection ayant l’autre vertu de pouvoir arguer d’un mandat puisque l’élu a souvent fait campagne sur le fondement d’un programme électoral. Certains constitutionnalistes ont même tenté de rendre compte, sinon de justifier, une telle présentation à l’aide de la distinction désormais bien connue entre *Stellvertretung* et *Repräsentation*. Ainsi, chez Carl Schmitt, la *Stellvertretung*, c’est la représentation par mandat, celle du droit privé, que le parlementarisme aurait fini par restaurer⁵¹. La *Repräsentation*, en revanche, « n’est pas un processus normatif, une procédure, mais quelque chose d’existentiel », elle a pour fonction de « rendre visible et actuel un être invisible par le truchement d’un être

⁵⁰ Manin B., *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann Lévy, 1995, p.306.

⁵¹ V. Schmitt C., *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 1993, trad. française L. Deroche, préf. O. Beaud, p.355 : « Le député devint un agent dépendant d’organisation d’électeurs et de groupes d’intérêts ; l’idée de *Repräsentation* disparut au profit du principe d’identité immédiate qui parut une évidence indiscutable aux grandes masses ».

publiquement présent » et mieux encore elle « produit une manifestation concrète d'un genre supérieur d'être »⁵². Il ne fait aucun doute que cette distinction est employée à des fins plus normatives que descriptives : elle est mise au service d'une critique du parlementarisme et tend à promouvoir, au mieux, une forme mixte de gouvernement dans laquelle le Parlement ne saurait être seul législateur.

En réalité, loin d'épuiser les nombreuses significations que le concept de représentation recouvre, cette opposition illustre à merveille combien l'exercice du pouvoir dans l'État moderne ne parvient pas à se défaire de la justification en terme de représentation.

Le même problème se pose également dans les démocraties contemporaines qui ont institué un contrôle de constitutionnalité.

4. Représentation et justice constitutionnelle

La question délicate que soulève la justice constitutionnelle est celle de sa justification. En effet, si le juge constitutionnel a le pouvoir de remettre en cause la volonté générale dont l'expression revient au Parlement, comment rendre compte de son action ? Doit-on considérer qu'il exerce un droit individuel – si tant est qu'une institution en dispose ? Mais alors les membres de cette juridiction opposeraient leur volonté à celle des représentants de la nation. Doit-on, à l'inverse, considérer que l'action du juge constitutionnel le conduit à participer à la fonction législative ? Mais alors il devrait être qualifié de représentant bien que non élu.

Cette dernière thèse peut d'ailleurs être défendue de deux points de vue différents. D'un point de vue descriptif et logique, elle consiste à tenter de rendre compte de la coexistence, au sein du système constitutionnel français, d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et d'un principe tel que celui de l'article 6 de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En effet, si le Conseil constitutionnel dispose du pouvoir d'empêcher la promulgation d'une loi votée mais que, dans le même temps, la loi est réputée être « l'expression de la volonté générale », il semble n'y avoir d'autre solution que de considérer le Conseil constitutionnel comme participant, par son

⁵² V. *Ibid.*, pp.347s. et Beaud O., « 'Repräsentation' et 'Stellvertretung' : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n°6, 1986, pp.11-20.

pouvoir d'empêcher, à la loi et donc à l'expression de la volonté générale. Autrement dit, il serait un colégislateur. Or, compte tenu du système d'organes dans lequel il s'insère – et sauf à considérer que le Conseil constitutionnel exprime une volonté particulière – ce pouvoir ne peut être justifié autrement qu'en voyant dans le Conseil constitutionnel un représentant du peuple-législateur⁵³. La seconde thèse tend à considérer que le contrôle de constitutionnalité des lois a profondément modifié le sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, comme l'atteste l'*obiter dictum* de la décision du Conseil constitutionnel de 1985⁵⁴. Ainsi, ce ne serait plus la loi mais la constitution qui exprimerait la volonté générale de façon inconditionnée, le souverain ne serait plus le législateur mais le constituant, or, c'est la volonté de ce dernier, en tant qu'elle découle de la Constitution même, que le Conseil constitutionnel oppose au législateur, donc le Conseil constitutionnel serait un représentant du peuple-constituant⁵⁵.

Au cœur de la divergence on trouve en réalité deux conceptions très différentes de la « représentation ».

Pour l'une, le représentant est celui qui veut pour la nation, de façon initiale et inconditionnée, c'est-à-dire que le représentant est l'autorité juridique qui exerce un pouvoir politique. Pour l'autre, le représentant est celui qui reproduit une volonté existante et à laquelle on accède par le truchement d'un texte qui en est la traduction ou la manifestation. Ainsi, les deux thèses ne sont pas contradictoires puisqu'elles ne portent pas exactement sur le même objet. En revanche, elles sont révélatrices des dilemmes auxquels nul n'échappe lorsqu'il s'agit de rendre compte de la fonction du juge constitutionnel français : soit on conserve le concept de représentation forgé sous la Révolution et on rattache son action à la fonction législative, mais on se heurte à l'objection tirée de ce que le concept de représentation d'hier ne rend plus compte de la

⁵³ Troper M., « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp.215s.

⁵⁴ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*

⁵⁵ Blachère Ph., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001 (qui porte tout entier sur l'*obiter dictum* de 1985), pp.184s. et Rousseau D., « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in Molfessis N. et al. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, pp.363-376.

situation contemporaine puisque la loi n'est désormais, en vertu de la décision du Conseil constitutionnel lui-même, l'expression générale que dans le respect de la Constitution ; soit on rattache le juge constitutionnel à la fonction constituante. Dans ce dernier cas, un second dilemme surgit : ou bien le juge cesse d'être un juge pour devenir un organe politique, ou bien, on veut le voir comme un juge mais alors il doit se contenter de reproduire une volonté déjà exprimée dans la Constitution : il ne « représente » plus, il exécute.

Le problème se pose en termes différents dans d'autres systèmes constitutionnels qui ne contiennent pas les mêmes normes. Ainsi, aux États-Unis par exemple, il est admis que la volonté du Peuple se situe dans la Constitution et non dans la loi ou, du moins, la constitution américaine ne contient-elle aucune disposition affirmant que la loi exprime la volonté générale⁵⁶. Mais les difficultés de justification demeurent. Elles s'expriment notamment au travers de la controverse entre les partisans d'une interprétation statique qui défendent une interprétation de la constitution la plus proche possible de son sens littéral ou originel et les partisans d'une interprétation dynamique qui souhaitent interpréter les dispositions anciennes à la lumière des enjeux contemporains. Une telle controverse n'a rien de technique et ne saurait trouver une quelconque solution définitive dans une hypothétique démonstration de la supériorité d'une méthode sur une autre. Elle n'est en réalité que la manifestation d'une difficulté politique et constitutionnelle majeure qui est de justifier la fonction du juge constitutionnel au regard des exigences démocratiques : selon la doctrine de l'interprétation choisie, il est en effet possible de présenter le juge constitutionnel soit comme un représentant d'un peuple éternel et intemporel, soit au contraire comme le représentant d'un peuple actuel et contemporain.

5. Représentation et Union européenne

⁵⁶ V. Alexander Hamilton, in Rossister C. (éd.), *The Federalist Papers* (1788), New York, New American Library, Penguin Books, 1961, Lettre n°LXXVIII ; Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, 1, chap. VI.

La question se pose aujourd'hui de savoir si la représentation est encore une justification positive dans l'Union européenne car on continue de désigner les députés au Parlement européen de « représentants ».

On peut cependant douter que cette qualification procède d'une nouvelle conception de la représentation, pas plus qu'elle n'en produit une autre.

Il y a toutefois des discours sur la représentation, mais guère plus. Pour les uns, les députés européens représentent les États, pour les autres, ils auraient pour mission de contribuer à la définition d'un « moi collectif »⁵⁷. Au mieux peut-on constater les divergences d'analyses et l'absence de cohérence du droit positif.

En réalité, l'emploi de ce terme révèle la difficulté à laquelle se heurte le « droit constitutionnel européen » qui ne parvient guère à appréhender l'Union européenne autrement qu'à l'aide des catégories de la théorie générale de l'État.

La prudence ici s'impose et mieux vaut donc taire ce dont on ne peut pas parler.

⁵⁷ Lindahl H., « The Purposiveness of Law : Two Concepts of Representation in the European Union », *Law and Philosophy*, vol. 17, 1998, n°5-6, pp.481-507 ; et aussi Id., « Sovereignty and Representation in the European Union », in Walker N. (éd.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp.87-114.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARINO B., *Rappresentanza*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- BALL T., « A Republic if you can keep it », in BALL T., POCOCK J.G.A., *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, pp.137-164.
- BARBEY J., *La fonction royale. Essence et légitimité d'après « Les Tractatus » de Jean de Terrevermeille*, Paris, Nouvelles Éditions Latines, 1983
- BARTHÉLÉMY J., DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, nouvelle éd., 1933
- BEAUD O., « 'Repräsentation' et 'Stellvertretung' : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n°6, 1986, pp.11-20
- BÖCKENFÖRDE E.-W., « Demokratie und Repräsentation – Zur Kritik der heutigen Demokratie-Diskussion », in MÜLLER G. (dir.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1982, pp.310-328 ; trad. française O. Jouanjan, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain », in BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000, pp.294-314.
- BRUNET P., *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruxelles-Rouen, LGDJ-Bruylant-Presses Universitaires de Rouen, 2004.
- BULST N., « Vers les États modernes : le tiers état aux états généraux de Tours en 1484 », in CHARTIER R., RICHEL D. (dir.), *Représentation et vouloir politiques autour des États généraux de 1614*, Paris, EHESS, 1982, pp.11-24.
- DAUGERON B., *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011.
- DENQUIN J.-M., « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Juspoliticum*, n°2, 2010, pp.165-202.
- DUGUIT L., *L'État*, Paris, Fontemoing, 2 vol., 1903.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 *La Théorie générale de l'État*, 2^{ème} éd., Paris, De Bocard, 1923.
- ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1906.
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, rééd. CNRS, 1965.
- HOFMANN H., *Repräsentation. Studien zur Wort-und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (1974), Berlin, Duncker u. Humblot, 4^{ème} éd., 2003.

- JAUME L., *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, 1986.
- KANTOROWICZ E., *Les deux corps du roi* (1957), Paris, Gallimard, 1989, trad. française J-P. GENET, N. GENET.
- KELSEN H., *La démocratie, sa nature, sa valeur* (2^{ème} éd., 1929), Paris, Economica, 1988, trad. française CH. EISENMANN ; réimpr., Paris, Dalloz, 2004. KELSEN H., *Théorie pure du droit* (1960), Paris, Dalloz, 1962, trad. française CH. EISENMANN ; Paris, LGDJ, réimpr., 1998.
- KRYNEN J., « La représentation politique dans l'ancienne France : l'expérience des États généraux », *Droits*, n°6, 1987, pp.31-44.
- KRYNEN J., *L'État de justice. France, XIII^{ème}-XX^{ème}, vol. I, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.
- LAGARDE G. de, « L'idée de représentation dans les œuvres de Guillaume d'Ockham », *Bulletin of the International Committee of Historical Sciences*, Paris, PUF, décembre 1937, vol. IX, partie IV.
- LINDAHL H., « The Purposiveness of Law : Two Concepts of Representation in the European Union », *Law and Philosophy*, vol. 17, 1998, n°5-6, pp.481-507.
- LINDAHL H., « Sovereignty and Representation in the European Union », in WALKER N. (éd.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp.87-114.
- LIFANTE VIDAL I., « Sobre el concepto de representación », *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 32, 2009, pp.497-524.
- MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann Lévy, 1995 ; Paris, Flammarion, rééd., 1996.
- PENNOCK J.R., CHAPMAN J.W. (dir.), *Representation*, New York, Atherton, Nomos X, 1968.
- PITKIN H.F., *The Concept of Representation* (1967), Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2^{ème} éd., 1972.
- PITKIN H.F., « Representation », in BALL T., FARR J., HANSON R.L. (dir.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, pp.132-154.
- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, PUF, 1993, trad. française L. DEROCHE, préf. O. BEAUD.
- SCHMITT E., *Repräsentation und Revolution. Eine Untersuchung zur Genesis des kontinentale Theorie und Praxis parlamentarischer Repräsentation aus der Herrschaftspraxis des Ancien régime in Frankreich (1760-1789)*, München, Verlag C. H. Beck, 1969.

- SCHÖNBERGER CH., *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1977
- TIERNEY B., *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1955.
- TIERNEY B., *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)* (1982), Paris, PUF, 1993, trad. J. MÉNARD.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (1973), Paris, LGDJ, rééd. 1979.
- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001.
- URBATINI N., *Representative Democracy : Principles and Genealogy*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- WOOD G.S., *La création de la république américaine* (1969), Paris, Belin, 1991, trad. française F. DELASTRE.

Pierre BRUNET est Professeur de droit public à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Membre de l'Institut Universitaire de France et Directeur de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit.