



HAL
open science

Qui est le titulaire de la souveraineté en France?

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. Qui est le titulaire de la souveraineté en France?. Pietro Adamo; Antonio Chiavistelli; Paolo Soddu. *Forme e metamorfosi della rappresentanza politica 1848 1948 1968*, Accademia university press, 2019, 9788831978842. halshs-03280896

HAL Id: halshs-03280896

<https://shs.hal.science/halshs-03280896v1>

Submitted on 7 Jul 2021

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.

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Forme e metamorfosi della rappresentanza politica 1848 1948 1968

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1720401> since 2019-12-26T22:00:54Z

Publisher:

Accademia university press

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Qui est le titulaire de la souveraineté en France?

Michel Troper

It is almost universally felt that when we call a country democratic we are praising it; consequently, the defenders of every kind of regime claim that it is a democracy, and fear that they might have to stop using the word if it were tied down to any one meaning¹.

XVIII

aA

Nous célébrons cette année le 70ème anniversaire de la constitution de la République italienne et le 60ème anniversaire de la constitution de la 5ème République française. Toutes deux proclament que la souveraineté appartient au peuple. Il y a certes quelques nuances: selon la constitution française, qui reprend une formule de la constitution précédente, celle de 1946, ce qui appartient au peuple, c'est la souveraineté «nationale», tandis que, selon la constitution italienne, c'est la «souveraineté» tout court. Selon la constitution française, le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants et par la voie du référendum, alors que la constitution italienne est moins explicite, puisque le peuple exerce sa souveraineté «dans les formes et dans les limites de la constitution», formes et limites qui demeurent indéfinies à ce stade. Ces nuances ont pourtant un trait commun, qui, pour être négatif, n'en est pas moins important: ni l'une ni l'autre des deux constitutions ne donne une définition du peuple.

1. G. Orwell, *Politics and the English Language*, 1946.

C'est d'ailleurs un trait qu'elles partagent avec la plupart des autres constitutions démocratiques. Sans doute, la constitution française de 1793 proclame-t-elle que «le peuple est l'universalité des citoyens», mais cette définition n'est pas d'un grand secours tant que l'on n'a pas de définition du citoyen. C'est d'ailleurs ce qui a permis à la constitution de 1795 de la reproduire à l'identique, alors même qu'elle abandonnait, sauf de manière purement formelle, le suffrage universel institué en 93.

Or, les constitutions révolutionnaires ne définissent pas non plus le citoyen. Tout au plus, énumèrent-elles les conditions à remplir pour être citoyen ou dressent une liste de leurs droits et obligations. Quant à la constitution de 1958, comme d'ailleurs la constitution italienne, elle laisse même à la loi ordinaire le soin de déterminer ces droits et obligations, comme les conditions d'accès à la nationalité.

A vrai dire, l'absence d'une définition constitutionnelle du peuple n'est pas très gênante pour ceux qui énoncent le droit positif, puisqu'elle n'est nullement utile pour déterminer le ou les destinataires des règles relatives au référendum, aux élections, aux droits civils ou politiques ou à la nationalité.

Elle n'est pas gênante non plus et pourrait même être très commode lorsque le terme apparaît dans des textes que l'on considère comme des justifications d'ordre philosophique, comme cela était longtemps le cas en France pour la Déclaration des droits de l'homme ou en Amérique pour la formule «We the people». On peut en effet, dans ces cas-là, considérer à volonté que le peuple est l'ensemble des individus vivant sur un territoire, l'ensemble des classes «populaires», une entité idéale transcendant les générations et dépassant les frontières, ou encore la classe de ceux qui s'en reconnaissent membres. La liste des conceptions possibles est ouverte et chacune autorise la compréhension d'une phrase comme «la souveraineté appartient au peuple», pourvu, bien entendu, qu'on ne cherche pas en tirer des conséquences juridiques.

Mais dans certains cas, en revanche, la référence au peuple est éminemment nécessaire pour justifier certaines institutions ou certaines décisions. Ainsi, le Conseil constitutionnel français justifie son refus d'examiner les lois référendaires en affirmant qu'elles avaient été adoptées par

le peuple et constituaient dès lors l'expression directe de la souveraineté nationale. De même, si l'on entend affirmer que le contrôle de constitutionnalité des lois est compatible, voire nécessaire à la démocratie, il faut soutenir que les décisions de l'organe de contrôle sont l'expression de la volonté au moins implicite du peuple. De même encore, l'une des justifications de l'interdiction du mandat impératif des parlementaires et plus généralement de l'absence de lien juridique entre eux et les électeurs de leurs circonscriptions, doit être qu'ils sont les représentants du peuple tout entier. Ces justifications impliquent toutes une définition au moins implicite du peuple, mais toutes n'impliquent pas la même définition.

C'est ainsi que, le terme de peuple ait, dans le langage du constitutionnalisme français, plusieurs significations différentes selon le contexte et le type de justification recherché ou, si l'on préfère, qu'il y ait plusieurs concepts de peuple. De fait, on constate que, le peuple est tantôt réduit au seul corps électoral et tantôt élargi jusqu'à en faire l'équivalent d'une nation intemporelle.

1. *Le peuple réduit au corps électoral*

Une telle réduction, qui avait déjà été opérée par la constitution de l'an III, l'a été aussi sous la 5^{ème} République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour des raisons évidemment différentes, mais également par l'effet de contraintes argumentatives.

A. Le cas de la constitution de l'an III

Les rédacteurs de la constitution de l'an III se trouvaient confrontés à un dilemme: d'une part, ils souhaitaient réserver le droit de suffrage à ceux qui payaient une contribution minimum, mais d'autre part ils devaient par prudence paraître maintenir les principes établis par la constitution de 93, qu'ils avaient d'ailleurs eux-mêmes adoptée, notamment celui du suffrage universel.

La gamme des solutions à ce dilemme était limitée. Sans doute, aucune constitution au monde ne peut permettre à tous les citoyens de voter. Toutes y mettent au moins des conditions, d'âge ou de résidence, quelquefois de sexe, de fortune, ou de capacité.

La chose est facile si l'on souhaite soumettre le droit de

vote à des conditions de fortune, de revenu ou de contribution et tant qu'on ne prétend pas instituer le suffrage universel, ni affirmer que le souverain est l'universalité des citoyens. Ainsi, en 1791, on avait pu distinguer les citoyens actifs qui payaient une contribution directe et les citoyens passifs, qui ne la payaient pas, mais tous étaient bien citoyens. Certes, seuls pouvaient voter les citoyens actifs, mais on ne prétendait pas que le suffrage était universel et d'ailleurs tous ceux qui faisaient partie du peuple, même les citoyens passifs, qui étaient privés du droit de vote, étaient représentés.

En revanche, si l'on proclame le suffrage universel, comme en 1793, on doit renoncer à la distinction actifs-passifs. Pourtant, en réalité tous ne voteront pas, notamment les enfants et les femmes, mais l'on peut considérer que c'est en raison d'une incapacité naturelle. On peut donc parfaitement soutenir que tous sont citoyens, qu'ils ont bien tous le droit de suffrage, mais que certains seulement sont admis «à l'exercice des droits de citoyen français».

Cependant, cette solution ne peut convenir dès que l'on introduit une condition de fortune ou de contribution, parce qu'il est impossible de présenter comme une incapacité naturelle le fait de n'être pas imposable. Les Thermidoriens ne pouvaient donc recourir ni à la distinction de 91 des citoyens actifs et des citoyens passifs, ni à celle de 93, consistant à affirmer que certains, bien qu'ils aient la qualité de citoyen, sont naturellement incapables d'en exercer les droits.

La seule solution était donc de recomposer le concept, de telle manière que la qualité de citoyen fût fondée non sur la nature, mais sur une convention, c'est-à-dire sur la constitution. Daunou élit parfaitement conscient de cette contrainte. A Dubois-Crancé, qui soutenait que "le droit de cité ne peut pas s'acquérir par le paiement de l'impôt; il est dans la nature"², il répondit immédiatement: «Il est si peu dans la nature qu'on ne l'acquiert que par convention, c'est-à-dire après qu'on s'est mis dans l'état de société».

Il s'ensuivait deux conséquences principales. Tout d'abord, si l'on n'est pas citoyen par nature, mais par dé-

2. Séance du 23 messidor an III (11 juillet 1795), *Monit.*, 1795, p. 1200.

termination de la constitution, alors la distinction des droits politiques et de leur exercice perd son sens: si les droits politiques sont artificiels, il serait absurde de conférer le titre de citoyen sans en permettre l'exercice. D'où la formulation de l'article 8 de la constitution: «Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République, et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français» au lieu de la formule de 93 «est admis à l'exercice des droits de citoyen français». On avait ainsi remplacé l'indication des conditions permettant à un citoyen d'exercer son droit de suffrage, par une définition du citoyen, qui incluait le droit de vote, de sorte que tous les citoyens puissent voter, mais eux seulement et non pas tous les membres de la société. On pouvait distinguer ainsi une société politique et une société civile.

D'autre part, puisque tous ceux qui remplissent ces conditions sont non seulement citoyens, mais peuvent effectivement voter, on peut continuer d'affirmer que le suffrage est universel et, bien sûr, que le peuple est l'universalité des citoyens.

B. La justification de l'immunité des lois référendaires sous la 5^{ème} République

En 1962, le général De Gaulle fit adopter par référendum une loi constitutionnelle instituant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. La procédure employée avait été vivement contestée, car la révision n'avait pas été opérée selon la procédure prévue à l'article 89, qui requiert d'abord un vote du projet en termes identiques par les deux assemblées parlementaires, puis, dans une deuxième étape, ou bien un vote par le Congrès du Parlement à la majorité des 3/5 ou bien un référendum. L'article 89 ne prévoit pas de référendum direct en matière constitutionnelle sans passer par la première étape du vote par les deux assemblées. Le consentement du Sénat est donc en principe indispensable, mais en 1962, il était certain qu'il s'opposerait à la réforme. De Gaulle décida alors de contourner le Sénat en soumettant directement le projet de révision au référendum selon la procédure de l'article 11, qui, de l'avis général, était prévue pour les lois ordinaires et non pour

les lois constitutionnelles. Après le succès du référendum, le Conseil constitutionnel fut donc saisi par le président du Sénat de la nouvelle loi constitutionnelle. Le Conseil ne se prononça pas sur la licéité de la procédure, mais se déclara incompétent, au motif que «les lois adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale»³.

Cette solution fut étendue par la suite à toutes les lois adoptées par référendum, c'est-à-dire outre les lois constitutionnelles, les lois ordinaires lorsqu'elles ont été adoptées par référendum direct selon la procédure de l'article 11.

Le Conseil constitutionnel décidait ainsi que le peuple qui avait adopté la loi référendaire se confondait avec le corps électoral. On doit d'ailleurs remarquer que le Conseil avouait clairement – un aveu assez rare – avoir procédé à un choix entre deux interprétations possibles de l'article 61 de la Constitution, qui lui donne mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires «sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie». Le Conseil choisit cette deuxième interprétation et décida «qu'il résulte de l'esprit de la Constitution que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale».

Il n'est pas douteux que le Conseil se trouvait soumis à une forte contrainte politique et qu'il lui aurait été fort difficile de s'opposer au général De Gaulle et d'accepter d'examiner une loi qui venait d'être massivement approuvée par référendum. Il fallait donc trouver un argument juridique solide pour décliner sa compétence et le plus puissant des arguments consiste dans l'affirmation que le juge ne peut se dresser contre le souverain. On peut d'ailleurs remarquer que c'est précisément cet argument de la soumission au souverain, qui avait été invoqué par les anciens Parlements,

3. Décision n. 62-20 DC du 6 novembre 1962.

lorsqu'ils censuraient les lois édictées par le roi et qu'ils prétendaient le faire au nom du roi lui-même. C'est encore lui qui sera employé par Georges Vedel pour démontrer le caractère démocratique du juge constitutionnel, qui, dit-il, n'a jamais le dernier mot et dont les décisions peuvent à tout moment être renversées par le pouvoir constituant, c'est-à-dire par le souverain paraissant en majesté.

Cependant, la formule de la décision de 1962 reste mystérieuse. Elle se réfère à l'article 3 de la constitution de 1958, lui-même très ambigu, «la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum» et donne à penser que le peuple exerce sa souveraineté tantôt indirectement par ses représentants, tantôt directement en adoptant des lois par référendum. C'est donc le même peuple qui est censé adopter les lois tantôt «par ses représentants», c'est-à-dire à travers le Parlement, tantôt par référendum. Il est présumé comprendre tous ceux qui sont représentés, c'est-à-dire non seulement les électeurs, mais tous les citoyens, incapables inclus. Par contre, selon la décision du Conseil constitutionnel de 1962, le peuple qui exerce la souveraineté directement et qui, pour cette raison, ne peut être soumis à aucun contrôle, n'est formé que des seuls électeurs.

Il y a là manifestement une innovation considérable, car le corps électoral n'avait jamais été, sauf comme on l'a vu, en l'an III, assimilé au peuple souverain. D'ailleurs le Conseil constitutionnel est parfaitement compétent pour contrôler certains actes du corps électoral, même une élection nationale comme celle du Président de la République, ce qu'il ne pourrait pas faire s'il le considérait toujours comme souverain.

C'est que l'élection n'a jamais été considérée dans la tradition constitutionnelle française comme un acte souverain. Le principe en a été posé par la Déclaration des droits de l'homme, à l'article 3 «Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément». Faut-il souligner que le corps électoral n'est qu'un corps et qu'il ne saurait donc être souverain, mais qu'il exerce seulement une autorité qui émane du souverain. La constitution de 1791 ajoutait «- La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; au-

cune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice»⁴. Cette dernière formule fut reprise par la constitution de 93, qui serait pourtant, selon la légende propagée par plusieurs constitutionnalistes français, fondée sur une conception de la souveraineté populaire proche de la démocratie directe: «Aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier»⁵.

Ainsi, selon la tradition du droit public français, le corps électoral n'est qu'une portion du peuple. Il n'est pas souverain et le peuple qui exerce sa souveraineté par ses représentants est le même que celui qui l'exerce par la voie du référendum.

C'est avec cette tradition que vient rompre le Conseil constitutionnel. En décidant que les lois référendaires sont l'expression directe de la souveraineté nationale, il réduit au contraire le peuple souverain aux seuls électeurs⁶ auxquels il reconnaît ainsi une puissance incontrôlable.

On ne saurait s'arrêter à l'objection que l'interprétation du Conseil constitutionnel pourrait être dictée par les termes mêmes de l'article 3. Certes, l'article 3 proclame bien que le peuple exerce sa souveraineté par la voie du référendum, mais il l'exerce également par ses représentants, sans que cela interdise évidemment que cet exercice soit soumis à un contrôle. Il faut d'ailleurs remarquer que la formule «l'expression directe de la souveraineté nationale» ne figure

4. Titre III, Des pouvoirs publics, article premier.

5. Article 26.

6. Il est vrai qu'il prolonge une autre tradition, doctrinale celle-là, qui remonte à la 3^{ème} République. Elle distingue souveraineté nationale et souveraineté populaire et conçoit le peuple comme la collectivité des citoyens, tandis que la nation serait seulement une entité abstraite, qui ne peut donc exercer la souveraineté que par représentation. Contrairement à la nation, le peuple, lui, serait un être réel, donc capable d'exercer la souveraineté. On considérerait généralement que la souveraineté nationale impliquait la démocratie représentative, tandis que seule la souveraineté populaire serait compatible avec la démocratie directe ou semi-directe. L'article 3 de la constitution de 1946, repris en 58 serait un compromis entre ces deux doctrines: sur le fondement de la doctrine de la souveraineté nationale, le peuple exercerait sa souveraineté par ses représentants, et sur le fondement de la souveraineté populaire, il l'exercerait directement. Cependant, une telle interprétation ne peut rendre compte de façon cohérente de plusieurs faits. Si le peuple qui exerce sa souveraineté par des représentants est une entité abstraite, il est incapable de l'exercer «directement» et s'il se confond avec le corps électoral, il se confond avec lui aussi quand il est représenté, de sorte que députés et sénateurs devraient être considérés comme les représentants des électeurs, ce qui va évidemment à l'encontre de toute la tradition parlementaire, comme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

pas dans la constitution. Selon les termes de l'article 3, le référendum, s'il constitue bien l'exercice de la souveraineté, n'en constitue pas l'exercice direct, mais une autre forme d'exercice, à côté de la représentation.

En réalité, l'interprétation que donne le Conseil constitutionnel et sa conception dualiste du peuple – un peuple formé de tous les citoyens, électeurs ou non; un peuple composé des seuls électeurs – ne résultent nullement des termes de la constitution mais tout simplement de la nécessité de justifier une décision d'incompétence. Il ne suffisait pas de déclarer que les lois référendaires sont incontrôlables, car on connaît des systèmes dans lesquels la loi référendaire est contrôlée, comme en Californie, où le juge peut parfaitement annuler une loi référendaire. C'est pourquoi le Conseil doit invoquer un mystérieux «esprit de la Constitution»

On aurait aussi pu songer, si l'on avait voulu éviter de recourir à cette conception dualiste, à affirmer que les électeurs ne sont pas le peuple, mais un organe du peuple ou ses représentants. Le peuple exercerait donc la souveraineté nationale à travers une double représentation: les premiers représentants du peuple seraient les électeurs et ceux-ci exerceraient la souveraineté tantôt en élisant ces autres représentants que sont les parlementaires et ceux-ci l'exerceraient à leur tour en votant la loi, tantôt en se prononçant par référendum. Une telle construction aurait permis de rétablir la cohérence de l'article 3 et de concevoir un peuple unique avec une représentation hiérarchisée, mais elle aurait eu un inconvénient majeur: si les électeurs sont des représentants, ils peuvent être soumis au même contrôle que les représentants élus, précisément ce que le Conseil constitutionnel souhaitait éviter. Pour pouvoir décliner sa compétence, il n'avait pas donc pas d'autre choix.

2. *Le peuple élargi (au peuple perpétuel)*

Si cet autre concept de peuple n'a été produit par le Conseil constitutionnel, mais par la doctrine. Il résulte lui aussi d'une contrainte argumentative.

Il s'agit de résoudre la fameuse difficulté contre-majoritaire, c'est-à-dire de tenter de concilier le contrôle de constitutionnalité des lois et la théorie démocratique et de justifier

que des hommes non élus soient en mesure d'annuler des lois faites par les élus du peuple?

Il y a plusieurs manières de tenter cette conciliation⁷. On peut prétendre que les juges ne font qu'appliquer la constitution de façon tout-à-fait neutre et qu'ils n'ont pas de pouvoir discrétionnaire, de sorte qu'ils n'opposent pas leur propre volonté à celle des représentants du peuple. C'est la réponse préférée du Conseil constitutionnel qui répète souvent qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation analogue à celui du Parlement. On peut encore affirmer que la démocratie ne se réduit pas au pouvoir de la majorité, mais qu'elle est un ensemble de valeurs, qui sont connaissables, qui s'imposent au législateur et dont le juge constitutionnel, est le gardien. C'est la conception dite matérielle ou substantielle de la démocratie, dont une variante consiste dans l'idée qu'il y a deux types de démocraties, la démocratie législative – celle dans laquelle la loi s'impose quel que soit son contenu parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire celle des représentants – et d'autre part la démocratie constitutionnelle, assurée, par la cour⁸.

Mais on peut aussi, tout en admettant, comme Kelsen ou Vedel, que le juge dispose bien d'une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, soutenir qu'il n'a pas le dernier mot, parce que le peuple souverain peut toujours surmonter les décisions du juge en modifiant la constitution.

Aucune de ces justifications n'est pleinement satisfaisante⁹. Les deux premières présupposent une théorie erronée de l'application du droit. Il est manifestement faux qu'on puisse appliquer la la constitution et imposer au législateur le respect des valeurs même dites démocratiques, aussi bien dans l'interprétation du texte, que dans la déter-

7. M. Troper, *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, ds. Mélanges Pactet, 2003, pp. 911s. reproduit ds. M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris 2011, pp. 113-137.

8. M. Fioravanti, "La corte e la costruzione della democrazia costituzionale Per i essant'anni della Corte costituzionale", http://www.sossanita.it/doc/2016_06_CORTE-DEMO-CRAZIA-COSTITUZIONALE.pdf; <http://www.zammumultimedia.it/sabino-cassese-ala-democrazia-va-male-ci-sono-degli-anticorpi.htm>

9. Dans le même sens, L. Mezzetti, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, «Pensamiento Constitucional», año XIV, n. 14 / ISSN 1027-6769; revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/.../2891

mination et la pondération des valeurs, sans exercer aucun pouvoir discrétionnaire. On peut d'ailleurs remarquer que certains des auteurs qui les soutiennent le font parfois sans employer une seule fois les mots peuple ou souveraineté. Il s'agit ni plus ni moins d'une nouvelle définition de la démocratie.

Quant à la troisième justification, on remarque d'abord que le pouvoir constituant ne serait véritablement souverain que s'il pouvait s'affranchir des formes de la révision, et surtout, pour ce qui nous concerne, que lorsque la constitution proclame la souveraineté du peuple, elle en fait le fondement non pas du seul pouvoir constituant, mais d'abord du pouvoir législatif, par lequel le peuple exerce précisément sa souveraineté (par ses représentants et par la voie du référendum). Il faudrait donc concevoir le peuple comme un souverain à deux niveaux, puisque le législateur souverain est soumis au constituant souverain. Mais comment justifier le rôle du juge et son pouvoir discrétionnaire de faire appel du «souverain subordonné» au «souverain supérieur»? La seule solution pourrait être d'en faire un représentant. Elle n'est guère satisfaisante non plus, mais elle conduit encore à une autre conception du peuple souverain.

A. Le juge constitutionnel comme co-représentant du peuple souverain

Si le juge constitutionnel détient bien un pouvoir discrétionnaire et si l'on admet qu'il participe ainsi à l'exercice du pouvoir législatif, la justification la plus simple consiste à soutenir que s'il ne le fait pas contre les représentants du peuple souverain, c'est parce qu'il en est lui-même un représentant.

Là encore, on peut se rattacher à une tradition française remontant aux Parlements d'Ancien Régime, qui se prétendaient représentants de la nation. Cette même tradition a été reprise dès le début de la Révolution française pour justifier le pouvoir des autorités législatives. Elle fait de la représentation une fiction selon laquelle la volonté exprimée par une autorité appelée «représentant» n'est pas la sienne propre mais celle d'un autre, appelé «représenté». Selon cette conception, la représentation en droit public est fort différente de la représentation en droit privé, le mandat, qui suppose deux êtres distincts, tandis qu'en droit public,

le représenté n'a d'existence que par la représentation. Tel est le sens de la formule de l'article 6: «*la loi est l'expression de la volonté générale*». On admet que cette formule signifie non pas que la loi *doit être*, mais qu'elle est *présumée* exprimer la volonté générale. Il ne pourrait d'ailleurs pas en être autrement, parce que, dès lors que le représenté n'a pas d'existence en dehors de la représentation, il n'a pas de volonté que l'on puisse comparer à celle qui est exprimée par la loi et la volonté générale est seulement celle-là.

Il faut souligner que la qualité de représentant n'est nullement liée à l'élection, ni à aucun autre procédé de désignation. Il s'agit d'une présomption: ce n'est pas parce qu'on est représentant qu'on exprime la volonté générale, mais parce qu'on participe à l'expression de la volonté générale qu'on est représentant. Tel est la conception développée par Barnave au mois d'août 1791. C'est pourquoi le roi qui, par son droit de veto, participait au pouvoir législatif, devait être qualifié de représentant par la constitution de 1791.

On pourrait donc soutenir que la marge de pouvoir discrétionnaire, dont dispose le Conseil constitutionnel dans l'interprétation de la constitution, lui permet de valider ou d'invalider une loi adoptée par Parlement, donc de participer à l'expression de la volonté générale et qu'il pourrait être lui aussi présumer représenter la nation, tout comme le roi de la constitution de 1791.

Un tel argument se heurterait cependant à un obstacle de taille: On peut bien appeler représentant une autorité non élue comme le roi et, d'ailleurs, la constitution de 1791 ne prétendait nullement instituer une démocratie, une forme de gouvernement que les constituants refusaient même expressément; en revanche, on peut difficilement appeler «démocratique» un système qui qualifierait de représentant du peuple une autorité non élue.

Dans un contexte différent, Robert Alexy a pu soutenir que le juge constitutionnel ne représente pas la volonté, mais exerce une représentation argumentative. Cette représentation, dit-il, serait différente de la représentation volitionnelle, car «un concept de démocratie, doit correspondre non seulement à la décision mais aussi à l'argument. Inclure l'argument dans le concept de démocratie rend la démocratie délibérative. La démocratie délibérative est une

tentative d'institutionnaliser autant que possible le discours en tant que mode de décision publique»¹⁰.

Il y aurait beaucoup d'objections à faire valoir à cette argumentation, mais nous ne sommes pas à la recherche d'une doctrine juste et nous tentons ici seulement de comprendre pourquoi l'on est contraint de recourir à telle ou telle justification.

Remarquons seulement que la démocratie selon Alexy, visiblement influencé par Habermas, serait un processus de décision comme aboutissement d'une délibération, c'est-à-dire d'un échange d'arguments. Cette délibération présenterait selon lui un caractère de représentation lorsque deux conditions sont satisfaites: «que les arguments soient raisonnables ou corrects, que les personnes soient rationnelles, c'est-à-dire capables d'accepter des arguments raisonnables ou corrects, pour la raison qu'ils sont raisonnables ou corrects»¹¹.

Sans entrer dans la discussion sur la question de savoir s'il existe réellement des arguments corrects ou des tests pour les évaluer, on se bornera à souligner qu'une décision prise au terme d'une semblable délibération serait peut-être justifiée, mais qu'elle ne le serait qu'au regard de la raison, non au regard de la démocratie. Si le juge est réellement conduit par la raison, pourquoi faudrait-il encore l'appeler représentant? La délibération des philosophes est censée, elle aussi, consister dans un échange d'arguments raisonnables entre personnes rationnelles. On ne prétend pourtant pas qu'elle ait un caractère de représentation. C'est que le recours à cet argument n'est pas nécessaire pour justifier la délibération des philosophes, qui, contrairement aux juges, ne décident rien. C'est seulement parce que les juges ne se contentent pas de délibérer et qu'ils ont le pouvoir de

10. R. Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, ds. I.CON, vol. 3, number 4, 2005, pp. 572-581 s. «The only way to reconcile constitutional review with democracy is to conceive of it, too, as representation of the people...An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy makes democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision making».

11. *Ibid.* «This shows that there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct»

décider qu'il faut leur trouver une justification, mais cette justification ne serait suffisante que si la décision découlait de façon univoque, de l'échange d'arguments rationnels, ce qui n'est évidemment pas le cas.

Même en admettant, ce qui est pourtant douteux, que le processus délibératif soit véritablement rationnel et que le résultat puisse être objectivement qualifié de correct, il reste que ce n'est pas cela qui le rend juridiquement valide, mais seulement le fait que le juge a été habilité. Une décision irrationnelle n'en est pas moins juridiquement valide. Comme le disait le juge Jackson «*we are not suprême because we are infallible, but we are infallible because we are suprême*» ou comme Letizia Gianformaggio, «*non è né sufficiente né necessario che una norma segua logicamente da un'altra perché sia valida*»¹².

Au surplus, si la délibération rationnelle conduisait nécessairement à la décision, si celle-ci n'était que le produit d'une inférence et s'il n'y entrait aucun élément volitionnel, on n'aurait besoin d'aucune justification, dès lors que celle-ci n'est nécessaire dans un système démocratique que lorsque s'exprime une volonté distincte de celle des élus.

Et même s'il était besoin de justifier le produit d'une délibération autrement que par sa rationalité, on a du mal à comprendre ce que pourrait signifier une argumentation ou une délibération «représentative». On dit qu'un individu peut représenter un autre individu ou une entité quelconque, quand sa volonté ou ses actes, peuvent être imputés à cet individu ou à cette entité. Mais comment pourrait-on imputer des arguments, surtout des arguments rationnels, à une entité comme le peuple souverain?

Il faut donc, si l'on entend qualifier le juge constitutionnel de représentant, maintenir qu'il représente non pas une argumentation ou un mode d'argumentation, mais la volonté du peuple. Mais pour cela, il faut modifier la conception que l'on se fait du peuple.

B. *Le juge représentant unique d'un peuple transcendant*

Le peuple alors n'est plus ni l'ensemble des citoyens possé-

12. L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987, p. 92 ("Il n'est ni suffisant, ni nécessaire qu'une norme dérive logiquement d'une norme pour être valide").

dant les droits politiques qu'ils puissent les exercer ou non, ni l'ensemble composé des seuls électeurs, mais une entité transcendante. Cette conception présentée par Marcel Gauchet se retrouve aussi dans les écrits de Pierre Rosanvallon et dans ceux de Dominique Rousseau¹³.

Marcel Gauchet distingue un peuple actuel, représenté par les élus et qui s'exprime par la loi et d'autre part un peuple perpétuel ou transcendant, dont la volonté est exprimée dans la constitution. Ce peuple transcendant est représenté lui aussi. Il l'est d'abord par le peuple actuel, mais aussi par le juge constitutionnel. Celui-ci interprète la constitution, voulue par le peuple transcendant et vérifie qu'elle a été respectée par le peuple actuel.

On trouve une variante de cette idée chez Pierre Rosanvallon, qui écrit «*Les représentants du peuple sont certes d'abord ceux qu'il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident 'au nom du peuple'. C'est notamment le cas des juges, qu'ils soient judiciaires ou constitutionnels, mais c'est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation*».

Cette argumentation paraît rejoindre la distinction entre souveraineté nationale et la souveraineté populaire en vogue sous la 3^{ème} et la 4^{ème} République et à laquelle il a déjà été fait allusion, Si le peuple était conçu comme l'ensemble des citoyens vivant à une certaine époque, la nation était quant à elle une pure abstraction correspondant à l'intérêt général de l'État, indépendamment de la perception que les électeurs pouvait en avoir, à la continuité historique, à la communauté des vivants et des morts...

Cette idée d'un peuple perpétuel soulève plusieurs difficultés considérables, qui expliquent que le juge constitutionnel ne l'a pas adoptée: d'une part, on s'éloigne considérablement d'une conception démocratique de la

13. M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, Paris 1995; P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée, Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Paris 2000, p. 407; Pierre Rosanvallon reprend cette idée dans *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris 2008; On la retrouve sous une forme légèrement différente chez D. Rousseau, *Droit du Contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 5^e éd., Paris 1999, notamment p. 469-470; et à nouveau dans *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, Paris 2015.

souveraineté, car le peuple transcendant est le seul véritable souverain, tandis que le peuple actuel lui est soumis; d'autre part, on voit mal comment le juge constitutionnel pourrait employer cette justification tout en prétendant appliquer une constitution, qui ne fait pas une pareille distinction et proclame au contraire que le peuple exerce sa souveraineté par des représentants et par la voie du référendum et ne qualifie aucun organe non élu de représentant.

*

* *

On peut donc concevoir plusieurs peuples français: tout d'abord, un peuple qui exerce sa souveraineté par ses représentants, lorsque ceux-ci votent la loi; on peut le concevoir comme formé des seuls citoyens, électeurs ou non; d'autre part, un peuple correspondant à une nation transcendant les générations ou identifiée à l'intérêt général du pays; en troisième lieu, un peuple qui exerce ou qui a exercé dans le passé et une fois pour toute sa souveraineté en forme constitutionnelle; en quatrième lieu, un peuple qui se confond avec le corps électoral; en cinquième lieu, un peuple qui exerce sa souveraineté par des représentants de deux types, les pouvoirs constituants originaire et dérivé, mais aussi le juge constitutionnel. Aucune de ces conceptions ne peut évidemment être considérée comme juste ou comme erronée. Il n'existe aucune réalité objective correspondant au mot peuple et il s'agit seulement de constructions. On aurait pu penser qu'elles sont toutes logiquement nécessaires, parce que toutes remplissent une fonction, qui est de justifier certaines décisions ou certaines institutions. Ainsi, de même qu'un terme juridique peut avoir une signification dans un certain contexte et une signification différente dans un autre contexte, comme celui de représentant en droit civil et en droit constitutionnel, référant ainsi à plusieurs concepts, de même plusieurs concepts de peuple pourraient coexister de manière à justifier tantôt l'incompétence du juge constitutionnel pour contrôler les lois référendaires, tantôt l'institution même des cours constitutionnelles, tantôt la supériorité de la Constitution sur les lois ordinaires, tantôt le contrôle des lois de révision au regard de principes supra-constitutionnels ou pour remplir d'autres fonctions encore. Et pourtant, une telle idée doit être écartée lorsque le contexte argumentatif dans lequel ces différents concepts

XXXIII

Forme e
metamorfosi
della rappresentanza
politica
1848 1948 1968

exercerent leurs fonctions présuppose l'unité. Or, tel est bien le cas ici: le système constitutionnel qui se présente comme démocratique présuppose l'unité du peuple souverain, une unité que le juge constitutionnel ou les exégètes est malheureusement contraint de briser au risque de l'incohérence. La fameuse crise de la représentation n'est pas seulement dans la difficulté de définir ce que serait une représentation correcte du peuple. Elle est d'abord et avant tout dans l'impossibilité de forger une conception cohérente de l'être qui doit être représenté.

XXXIV

aA