

ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)
Département de sciences sociales
Année universitaire 2025-2026
Florian Couveinhes Matsumoto

Rousseau et les juristes

Le cas de René Capitant

Document 1 : C. M. Herrera, « L'étranger dans la maison ? Rousseau chez les juristes », in C. M. Herrera (dir.), *Rousseau chez les juristes – Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé, 2013, pp. 7-26

Document 2 : J.-M. Denquin, « Jean-Jacques Rousseau vu par René Capitant et Georges Burdeau », in C. M. Herrera (dir.), *Rousseau chez les juristes – Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé, 2013, pp. 97-109

Document 3 : Jean-Jacques Rousseau, *Le contrat social*, livre II, chap. 4 et livre III, chap. 15

Document 4 : R. Capitant, « Rousseau, fondateur de la démocratie moderne », in *Principes du droit public*, Les cours de droit, Paris, 1951-1952, reproduit in *Écrits constitutionnels*, choix de Jean-Pierre Morelou, préf. de Marcel Waline, Paris, CNRS, 1982, pp. 80-99, 113-126 (extraits)

Document 5 : R. Capitant, *Démocratie et participation politique – Dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, coll. « Études / politique », 1972, pp. 7-15, 22-40, 139-145, 167-169

Document 6 : F. Rouvillois, « Un légiste libéral, Michel Debré » et « René Capitant, ou l'ouverture démocratique », in Frédéric Rouvillois, *Les origines de la Vème République*, Paris, éditions du CNRS, coll. « Biblis », pp. 93-124

Document 7 : H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant – Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, préf. de Patrick Charlot, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2020, pp. 391-413 (extrait de « Chapitre 2 – L'influence limitée sur le principe d'autonomie populaire »)

COLLECTION NOMOS & NORMES

La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux,
sous la direction de Carlos Miguel Herrera et Stéphane Pinon.

Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?, sous la direction de Carlos
Miguel Herrera et Arnaud le Pillouer.

L'ÉTRANGER DANS LA MAISON ?
ROUSSEAU CHEZ LES JURISTES

CARLOS MIGUEL HERRERA

Les Facultés de droit ont pratiqué la lecture de Rousseau depuis longtemps. On peut penser qu'il existe même une tradition, qui remonte au moins au début XIX^e siècle, quand justement la science du droit moderne se mettait en place dans l'Europe postrévolutionnaire. Autant dire que cette préoccupation rousseauiste des juristes a connu des moments différents au long de son histoire. Ils forment, comme tels, une approche spécifique, avec un mouvement caractéristique, que les différents chapitres de ce livre entendent explorer¹. En ce sens, il nous intéresse moins de déceler, ici ou là, des erreurs d'interprétations de la pensée du Genevois que ce que ces appropriations – y compris dans leurs manquements – peuvent révéler en soi. D'ailleurs, Rousseau fut toujours plus qu'un auteur, prenant les traits de ce qu'on a pu qualifier récemment de *Projektionsfigur*².

La réception de Rousseau chez les juristes peut être envisagée par différents biais. Nous allons privilégier ici une trame historique, ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse. Elle est en elle-même complexe et va parcourir plusieurs stades successifs après la Révolution française. Dans une première étape, l'approche de la philosophie de Rousseau va être marquée du sceau du rejet. Si on pouvait le relever déjà très fortement chez des juristes de la première moitié du XIX^e siècle, notamment la première génération d'exégètes du Code Civil – sans parler de Benjamin Constant, le plus important lecteur de Rousseau de la période selon Robert Derathé –, ce refus se prolongera tout au long de la centurie et la défense d'un Eugène Lerminier – qui ne va pas sans des fortes réserves –, semble assez isolée³. Un Adolphe Frank enseigne dans son cours de droit naturel et droit des gens du Collège

© Éditions Kimé, Paris, 2013.

ISBN 978-2-84174-627-9

<http://www.editionskime.fr>

0161A8622

de France que son système n'est qu'« hypothèse, chimère, contradiction », avant de l'accuser d'avoir inspiré les « passions violentes de la multitude », et même toutes les écoles du socialisme⁴. Cette récusation finira par trouver sa forme paradigmatique, à un moment où la pensée juridique est déjà constituée dans sa spécificité doctrinale, chez Léon Duguit pour qui Rousseau apparaît comme « le père des doctrines absolutistes qui tendent à l'absorption complète de l'individu par l'État ». Le ton est ainsi donné au moment même où la République atteint enfin sa forme stabilisée.

*

Dès sa première œuvre importante, Duguit signalait que la théorie du contrat social était « impuissante, prise en elle-même, à limiter les pouvoirs de l'État ». En effet, chez Rousseau, du moment où le souverain est « seul juge de cette limite », il n'y a pas « en droit, de restriction à sa puissance ». À l'époque, la critique touche davantage à la question d'un fondement scientifique de la limitation qu'au problème de l'extension des pouvoirs démocratiques⁵. À vrai dire, Duguit ne tarde pas à trouver antinomique la théorie de la souveraineté indivisible et le droit de voter de chaque individu, et surtout, inadmissible que tout citoyen puisse « avoir un droit absolument égal à la puissance publique », ce qui rend le suffrage non seulement universel mais encore égalitaire⁶. Il note alors une parenté entre la théorie de Rousseau et les juristes allemands de la personnalité de l'État. En 1918 – effort universitaire de guerre oblige – cette filiation va se radicaliser et le juriste bordelais va jusqu'à faire du Citoyen de Genève l'inspirateur de la « mentalité abominable de l'Allemagne contemporaine, rendant impossible toute limitation de l'État ». Et comme en conclusion générale de son examen, il s'exclamera dans cet article devenu célèbre « qu'on ne s'y trompe pas, si Jean-Jacques Rousseau est un individualiste, il n'est point un libéral »...

Adhémar Esmein, le fondateur de la moderne doctrine constitutionnelle française, préférerait reconnaître d'abord la grande influence de Rousseau « sur la théorie et la langue du droit constitutionnel ». Sur un ton plus modéré, il ne se montrera pas moins sévère avec les « inexactitudes » de la théorie, en commençant par le concept même de contrat social, dans lequel Esmein voit, parmi d'autres inconvénients, le sacrifice du droit individuel, car il « aboutit à une aliénation de l'individu et ses droits au profit de la

communauté » (p. 178), avant de l'écarter définitivement comme fiction contraire aux données historiques et sociologiques. Il crédite toutefois Rousseau d'avoir prôné la nécessité d'une séparation des pouvoirs, bien que très différente de celle de Montesquieu, ainsi que d'avoir établi rationnellement l'axiome d'où sortira plus tard la distinction entre pouvoir législatif et pouvoir constituant, pour faire place à la révision constitutionnelle moderne. Mais c'est par sa critique de la représentation que l'œuvre de Rousseau ne semble pas appropriable pour la théorie de la démocratie constitutionnelle : l'idée que la loi serait l'expression de la volonté générale, et que celle-ci ne se délègue pas, est un « abus de langage ». Si, au contraire, la loi est « une règle de justice et d'intérêt public », le gouvernement représentatif, plus que le gouvernement direct, offre la possibilité d'obtenir une législation juste, utile et rationnelle⁷.

Cependant, la référence à Rousseau est devenue suffisamment installée en droit constitutionnel pour que Duguit se sente obligé de polémiquer avec Esmein sur son interprétation du *Contrat social*, en l'accusant notamment de confondre l'homme naturel et l'homme social chez Rousseau. Esmein, de son côté, n'hésitera pas à reprocher à Duguit de reprendre la vision du gouvernement représentatif comme simple apparence de... Rousseau⁸.

Une autre grande figure du droit public du début du xx^e siècle, Maurice Hauriou, se montrera tout aussi critique, en contestant à son tour la pertinence du contrat social. En s'appuyant sur les recherches d'Otto von Gierke – dont l'importance est capitale à l'époque pour les interprétations de Rousseau chez les juristes des deux côtés du Rhin –, il affirme que cette théorie conduit à « la destruction de toute autorité », en instituant « le programme de la révolution permanente menée par le Souverain ». Mais les droits des individus ne sont pas garantis pour autant, puisqu'il estime, comme ses collègues, que le contrat social comporte une aliénation totale, et les droits ne sont recouverts que par l'État. Rousseau n'a pas entraîné seulement la conception jacobine de la toute-puissance de la loi, mais a encore conduit à la déformation de sa notion. C'est la théorie de la volonté générale qui en est responsable, car, ne pouvant être déterminée que par les opinions d'une majorité numérique des citoyens, la loi devient, en pratique, « l'expression de l'opinion dominante dans le parti qui a la majorité »⁹. Duguit ne dira pas autre chose en s'écriant, après avoir condamné une fois de plus la théorie de Rousseau, « qu'on prend garde de lui substituer [à la lé-

gitimité divine du pouvoir absolu] l'absolutisme démocratique, fondé sur le droit divin du peuple »¹⁰.

Si Hauriou estime nécessaire de se débarrasser du contrat social pour pouvoir retrouver la valeur de l'équilibre entre le Gouvernement et le peuple – ce qui se traduit par l'existence d'un contrat politique –, l'opération intellectuelle qu'il entreprendra après ce premier refus est plus subtile que les lectures de ses contemporains, et il lui arrive même de revendiquer la théorie de Rousseau « une fois débarrassée de l'hypothèse du contrat social ». Pour le juriste de Toulouse, ce que ladite hypothèse « contient de réel », c'est l'existence d'un lien social autour d'un bloc d'éléments incontestés de l'ordre social. La volonté générale ainsi réinterprétée apparaît alors comme une réalité sociologique, fruit d'une volonté politique homogène qui donne pour base à l'État « des éléments incontestés de l'ordre social »¹¹. Cette reconstruction vise d'abord à distinguer la volonté générale et la loi, que Rousseau aurait confondue viciant ainsi son système mais aussi « tout notre droit public ». Mais son ambition politique est plus vaste : pour Hauriou « le régime de la volonté générale (qui n'est autre que le régime de la volonté nationale), ne peut marcher que si, dans l'État, les fondements de l'ordre social sont incontestables et incontestés »¹². Du moins convient-il d'affirmer que « le corps électoral n'est pas le souverain, parce qu'il n'est pas la nation »¹³.

Le rejet reste, en revanche, plus lapidaire chez les juristes privatistes hexagonaux même après que les civilistes aient entrepris la contestation de la toute-puissance du Code Napoléon. Pour ne rappeler ici que le chef de file du renouveau doctrinal de l'époque, Raymond Saleilles, il attaque la « néfaste théorie du *Contrat social*, telle que Rousseau l'a proposée chez nous ». Appliquée dans le domaine du droit positif, cette méthode part des droits individuels absolus, en identifiant l'individu avec le principe de souveraineté, ce qui conduit à soutenir que la loi n'oblige que « dans la mesure du consentement donné ». Il avait déjà pourfendu au début du siècle cette souveraineté de l'individu « à laquelle tout doit revenir et tout doit se soumettre », pour laquelle seul compte, en définitive, de savoir « ce qu'ont entendu sacrifier de leur droit subjectif absolu ces petites souverainetés individuelles dont l'ensemble constitue la nation ». Ce qui revient pour lui à mettre au centre la volonté légale, peu importe « les résultats de la loi au point de vue moral, économique et social »¹⁴.

*

Les fondements théorico-politiques du désaveu juridique de Rousseau avaient déjà été développés systématiquement dans la philosophie du droit allemande du XIX^e siècle, quand cette « permanence dans les esprits de l'événement révolutionnaire » dont parlait J. Roussel en conclusion à son maître livre¹⁵ gagne l'autre rive du Rhin. Or, pour un penseur comme Friedrich-Julius Stahl, la portée historique de la Révolution ne résidait pas dans l'acte insurrectionnel comme tel mais « la doctrine pleinement harmonique dans toutes ses parties qui fut réalisée par là »¹⁶. Ces « principes de droit public et politique », cet « ensemble logique » avait dans la théorie de la souveraineté populaire de Rousseau sa « suprême incarnation ». La confrontation avec sa pensée qu'il entame à ce moment – et sur laquelle portera le premier chapitre de notre livre –, est peut-être, la première entreprise systématique en ce sens. Pas de doutes pour Stahl : c'est Rousseau qui fournit la doctrine complète à la Révolution agissant comme « le physicien dont l'explication précède l'expérience ». Et c'est l'inaliénabilité absolue de la liberté qui constitue le cœur de la doctrine, d'où il ressort que seule la volonté collective des individus réunis est souveraine. Sans doute l'élément théologique joue encore toute sa force dans cette contestation.

Lorsque la pensée juridique s'est complètement autonomisée, la figure de Rousseau reste l'objet d'un bannissement sans appel. Otto von Gierke, dans son *Althusius*, dont on vient d'entrevoir les traces de son influence jusque dans la doctrine juridique française, voit le sens révolutionnaire de la conception rousseauiste condensé dans l'élimination du contrat de domination, réduisant ainsi dans sa théorie le gouvernement à une commission. Si l'avènement de l'idée de souveraineté populaire se préparait depuis le Moyen Âge, le caractère absolument illimité que va lui conférer Rousseau apparaît comme indépassable dans sa substance, au point que la Révolution Française devra modérer son application. La volonté populaire souveraine devenait supérieure à tout droit positif, y compris la Constitution, qui se trouvait soumise dès lors aux lois, comme toutes les autres composantes de l'État. Gierke n'hésitait pas à qualifier ces idées de « despotiques » dans la mesure où elles prêchaient la complète absorption de l'individu par la communauté. Pire encore, il s'agirait d'une théorie « destructive »¹⁷.

À vrai dire, le rejet de Rousseau n'est pas propre d'un courant juridique précis, il semble plutôt traverser les principaux clivages théoriques de la doctrine allemande. Ainsi, un positiviste comme Carl Bergbohm pouvait dénoncer avec autant d'énergie que les juristes juralistes les conséquences subversives dans la pratique de la conception du Citoyen de Genève. Car chez Rousseau, comme l'affirmait Georg Jellinek, « si le Maître absolu a changé de nom, il n'a point changé de nature »¹⁸. Loin de cette parenté d'esprit que voulait lui attribuer Duguit, Jellinek n'avait pas hésité quelques années auparavant à juger Rousseau comme « le plus fort adversaire » de l'idée constitutionnelle, car, dans son absolutisme, il refuse toute représentation du souverain¹⁹. Un peu plus tard, ce fin esprit va considérer Rousseau incapable d'inspirer les déclarations des droits du XVIII^e siècle, dont les principes du *Contrat social* – et notamment cette volonté générale dont la puissance est « juridiquement sans limites » – en sont « absolument contraires ». Il s'agit chez Jean-Jacques d'une liberté démocratique, mais non point libérale²⁰. Bien qu'il soit tout aussi prêt à blâmer en matière de constitution son « manque absolu d'expérience politique » (p. 182), Jellinek semble participer davantage d'un nouveau registre qui commence à se mettre en place dans le cabinet des juristes, celui de l'indifférence à l'égard de l'œuvre de Rousseau, une banalisation, dans laquelle la figure du Genevois apparaît comme moins importante pour le droit public qu'un Montesquieu.

Refus du démocratie, absence de clarté, individualisme suranné, contestation de son originalité : les composantes du rejet juridique font partie sans doute des lectures critiques dans d'autres domaines, mais rejaillissent avec une force particulière sur cet objet spécifique qu'est le droit politique. Les contextes nationaux, républicains ou monarchiques, importent peu. Certes, il y a toujours des discours à gauche, comme celui de Jean Jaurès – qui avait qualifié l'auteur du *Contrat social* de « réformateur, révolutionnaire malgré lui » dans une conférence de 1889 –, ou plus tard le solidariste Célestin Bouglé – qui voit dans une vision des lois comme le produit de la volonté des possédants pour opprimer les faibles la voie principale (à côté de l'artificialisme, la critique de la richesse, sa propre attitude)²¹ qui conduisent « directement » du Citoyen de Genève au socialisme²² –, prêts à s'approprier de Rousseau dans une entreprise qui dépasse la République, mais ils retrouvent toujours en face les Émile Faguet qui, tout en confirmant l'hypothèse d'un Jean-Jacques précurseur du socialisme, considère qu'il était

le théoricien de l'organisation de la tyrannie, cette « démocratie despotique ». Dans cette veine, Ernest Scillière ne tardera pas à voir dans le mysticisme de Rousseau la source d'inspiration des bolcheviques...

Tandis que la France républicaine ne finit pas d'adopter Rousseau, dont la réception reste encore trop marquée par les clivages politiques²³, l'intérêt pour l'auteur du *Contrat social* ne fait qu'augmenter en Allemagne, où il se retrouve placé, plus tôt sans doute que dans d'autres cultures, dans un espace universitaire, de discussion philologique, ce qui devait conduire à modérer les inventives. Autrement dit, il est pris déjà comme un théoricien de l'État à part entière, et pas seulement comme l'inspirateur d'une fraction politique extrémiste ou un auteur littéraire. Dans un compte rendu d'une première série d'études historiques parue en Allemagne, Lucien Lévy-Brühl soulignait dès 1887 que nulle part ailleurs les idées de Rousseau avaient reçu un accueil d'une telle ferveur – qu'il n'est pas loin, d'ailleurs, de juger exagéré. C'est Outre-Rhin, plus qu'en France, qu'on « était mieux préparé à le comprendre »²⁴. Même s'il se réfère surtout à la littérature et à la pédagogie, de la fin du XVIII^e siècle, on notera aussi que vers la fin du XIX^e les ouvrages universitaires allemands consacrés à sa philosophie politique se multiplient²⁵.

Certes, le début du XX^e siècle voit également fleurir quelques thèses doctorales sur Rousseau dans les facultés de droit françaises, et notamment l'étude importante de Frédéric Atger, comme le relève plus loin le deuxième chapitre du présent ouvrage. Au point qu'un disciple de Duguit, Roger Bonnard, est bien obligé de rendre compte de la production bibliographique sur le Genevois dans la *Revue du droit public* – en égratignant au passage, comme son maître, l'absolutisme démocratique de Rousseau²⁶. Mais lorsque la *Revue de métaphysique et morale* fête le bicentenaire de sa naissance par un numéro spécial, le seul juriste que l'on retrouve est un allemand. Il n'est pas des moindres : Rudolf Stammler. Pour Stammler, Rousseau était le premier, depuis Platon, qui se posait la question non pas de la nature de l'homme mais de la nature du droit. Si les observations critiques ne sont pas absentes de son propos, celui qui est considéré à l'époque comme le plus important philosophe du droit des universités allemandes conclut son étude en affirmant que « Rousseau fut un pionnier dans la recherche de l'idée de droit et dans la détermination de la légitimité de la vie politique ». Et en ce sens, « on peut être assuré que son nom bril-

lera à travers les siècles d'une gloire immortelle »²⁶.

Dans cette lignée (néo)kantienne, un autre grand juriste, italien cette fois-ci, allait contester les analyses de Jellinek sur Rousseau. Il s'agit de Giorgio del Vecchio, qui est en train de devenir le plus important philosophe du droit de l'autre côté des Alpes. Dans un livre paru en 1906, il estime que la doctrine du contrat social exprime « le moment de la fusion de la liberté avec la loi », ce qui se traduit dans un système d'État juridique dans lequel « est advenue la synthèse organique des droits individuels avec le principe de l'unité de l'État »²⁷. Contre les thèses de Jellinek, qu'il juge « invraisemblables » et « infondées », del Vecchio soutient que l'on ne peut pas affirmer que les principes du *Contrat social* de Rousseau excluent les droits individuels. Dans sa vision, l'inaliénabilité de la liberté est le véritable principe du système, puisque l'aliénation totale dont parle Rousseau est en réalité un « acte fictif », « une conversion idéale » par laquelle des droits qui restent naturels conservent leurs substances dans l'État, en tant que « droits civils » – il emploie aussi le vieux concept juridique de « novation ». L'ordre de vérité du contrat social est transcendantal et sa signification, régulatrice : c'est « le type universel de la constitution politique que la raison révèle comme conforme à la substance de l'homme », servant donc comme critère pour évaluer les constitutions existantes²⁸. Le contrat social est « la formule » qui donne à chaque individu sa liberté absolue dans l'État, et « la garantie absolue de cette liberté est dans la constitution même de l'État, dans la mesure où il est conçu selon l'idée de contrat »²⁹. D'après lui « pour nier l'importance de Rousseau comme philosophe et écrivain politique, il faut simplement ignorer non seulement l'esprit de ses écrits, mais encore la genèse de l'éthique kantienne et celle des constitutions modernes »³⁰. C'est pourquoi, au moment du premier bicentenaire, il voit la pensée de Rousseau comme la base de l'État de droit moderne « et plus encore, de celui de l'avenir ».

*

Ce changement d'optique juridique va s'accroître après la fin de la Première guerre mondiale, quand les vieux empires d'Europe centrale et orientale s'écroulent, laissant la place à des nouvelles républiques. Ce nouveau moment de l'appropriation des juristes ressort, encore une fois, de manière plus vigoureuse dans la culture allemande, tandis qu'en France, comme l'a écrit un spécialiste, « il faut attendre les années cinquante [du

XX^e siècle] pour que Rousseau soit véritablement reconnu comme un théoricien de la politique et que *Du contrat social* soit pris en considération »³¹. La centralité du Genevois dans les discussions sur le devenir de la démocratie sous la République de Weimar, l'une des grandes expériences constitutionnelles les plus marquantes de cet entre-deux-guerres, s'incarne dans les lectures opposées de Hans Kelsen et Carl Schmitt, qui seront analysées dans le troisième chapitre du livre³². Par de-là l'image contrastée qui renvoie, comme un jeu de miroirs, leurs appropriations respectives, un élément émergera chez ces deux juristes : la pensée démocratique a son plus grand théoricien en la personne et dans le système de Rousseau. D'ailleurs, cette appropriation ne reste pas cantonnée à l'Allemagne : on trouvera des traces de l'interprétation rousseauiste de Kelsen chez les juristes français des années 1950 et 1960, par le biais de la traduction française de la deuxième édition de son livre *La démocratie, sa nature, sa valeur*, en 1932.

Même dans la doctrine juridique française ce changement devient patent vers la fin de la III^e République. Pour cette histoire aussi, l'œuvre de Raymond Carré de Malberg est un passage obligé – et, à ce titre, l'objet du chapitre IV de cet ouvrage. Encore une fois, l'intérêt ne se situe pas dans la justesse de la lecture d'un point de vue philologique, mais dans la signification qu'elle charrie, et pour la réception de Rousseau dans les facultés de droit hexagonales et pour sa propre théorie. Déjà dans la *Contribution à une théorie générale de l'État*, le livre qui allait hisser tardivement le juriste alsacien au sommet de la doctrine publiciste française, on trouve le concept de volonté générale dans une place centrale, interprétée comme « une résultante de volontés individuelles : elle est la somme numérique des volontés particulières et égales des associés ». Elle coïncide avec la souveraineté populaire, renchérit-il dans *La loi expression de la volonté générale*, en 1931. Cette appropriation du Citoyen de Genève est liée ici à une relecture de la démocratie parlementaire, et partant, du régime de la III^e République, dans laquelle les formes référendaires doivent désormais avoir leur place : « Souveraineté et volonté générale se retrouvent ainsi identifiées l'une avec l'autre et ont, l'une comme l'autre, leur siège dans le peuple »³³.

Ne serait-ce qu'au prix de quelques approximations, Rousseau rentre alors dans la citadelle du droit constitutionnel républicain. Certes, les réactions négatives sont toujours présentes en bonne place (Joseph-Barthélemy, figure majeure de la doctrine publiciste des années 1930, ne s'embarrasse

*

guère de subtilités : le *Contrat social* est pour lui un « catéchisme d'absolutisme » de l'État, donnant naissance à cette « statolatrie », que, *via* Hegel, on découvre à l'époque dans le fascisme ou dans le nazisme. Bref, il s'agit de l'abdication des individus en faveur de l'État, « quelle qu'en soit la forme »³⁴. Mais le rejet semble convenu, sans fougue, comme épuisé.

La nouvelle signification de Jean-Jacques dans la pensée juridique française ne sera pourtant confortée que sous la IV^e République. La figure du Genevois scelle alors la réconciliation définitive entre la démocratie et le droit constitutionnel que la fin des totalitarismes entend traduire dans les nouvelles constitutions d'après-guerre. Le glissement qui se produit à ce moment est important, car, de plus en plus, Rousseau devient central dans la légitimation du droit constitutionnel en France. Ceci est d'autant plus intéressant que depuis les débuts années 1950 il faut faire face à la thèse (antimarxiste) d'un Rousseau théoricien de la démocratie totalitaire, popularisé par l'ouvrage de Jacob Talmon, puis par ceux de Lester K. Crockett, sans oublier les remarques éparpillées d'un Hayek, vision qui avait eu, comme nous le savons déjà, des adeptes plus anciens en France, notamment dans les facultés de droit. Dans cette nouvelle bataille d'interprétations qui va se livrer à l'époque autour d'un Rousseau précurseur des totalitarismes, les juristes resteront assez éloignés, preuve d'un changement de perception de l'œuvre dans les facultés de droit. Plus encore, ils ne manqueront pas de contester la pertinence d'une telle thèse.

Avant que le livre savant de Robert Derathé, très imbu d'esprit « juridique », fasse son irruption dans la bibliothèque des juristes³⁵, on pouvait trouver un acteur quelque peu paradoxal de la revalorisation de Jean-Jacques en la personne de Bertrand de Jouvenel dont les réflexions facilitent déjà à l'époque la transition chez les juristes. Il publie en 1947 une longue étude sur la politique de Rousseau pour accompagner une réédition suisse du *Contrat social*, qui recèle une forte érudition derrière le ton essayiste. Sa valorisation s'articule autour de deux thèses. D'une part, le livre du Citoyen de Genève est pour de Jouvenel « l'incursion d'un moraliste dans le champ des institutions civiles », et sa politique ne peut se comprendre qu'à partir de sa morale. La construction politique de Rousseau, d'autre part, y apparaît comme « cohérente, liée étroitement au reste de son œuvre »³⁶.

Un texte de Jean-Jacques Chevallier, le principal historien des idées politiques des facultés de droit de ces années-là, témoigne bien de la réévaluation que les juristes français feront de Rousseau dans cette décennie 1950. Chevallier souligne son originalité, ramassée dans la notion de volonté générale. Mais il donne en même temps une sorte de prééminence au dernier Rousseau, celui du *Projet de Constitution pour la Corse* ou des *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*. Et si l'on trouve comme des échos inévitables du débat sur le totalitarisme – il installe, dit Chevallier, un « nouvel absolutisme » – il ne se laisse pas de souligner le changement que comporte la vision de Rousseau : à « l'État, c'est moi » du monarque absolu, il répond « l'État, c'est nous », autrement dit, on ne peut pas séparer les institutions politiques d'un principe de légitimation qui est radicalement différent³⁷.

Mais le meilleur monument au nouvel intérêt des juristes est le grand colloque qui se tiendra à Dijon pour le deuxième centenaire de la publication du *Contrat social*, en mai 1962. Il est même co-organisé par la Faculté de droit bourguignonne, dont le très actif doyen, Jacques Dehaussy, s'intéresse de près à la théorie démocratique de Rousseau et son actualité politique³⁸. Et nous retrouvons dans ses actes les contributions des principaux publiastes théoriciens ainsi que les historiens des idées politiques des Facultés de droit de l'époque : Charles Eisenmann, Marcel Prélot, Georges Burdeau, Paul Bastid, Jean de Soto, René de Lacharrière ou le déjà évoqué J.-J. Chevallier, parmi d'autres. Les juristes français représentent alors un tiers des contributeurs, à côté des différents représentants des disciplines littéraires (10 sur 32, sans compter la présence de juristes étrangers comme l'italien Giorgio Cotta, le suisse François Gilliard, le Belge Johan von Schmid ou le cannois particulier de Georges Vlachos). Ce qui est plus important : ils ont sur un pied d'égalité dans l'analyse de l'œuvre avec les grands spécialistes de Rousseau de la Faculté des Lettres, comme Robert Derathé, Pierre Burgelin, Jean Starobinski ou encore Michel Launay – sans oublier Bernard Cengelin et d'autres membres de l'équipe qui édite les œuvres complètes du Genevois chez la Bibliothèque de la Pléiade –, ou de la Révolution Française, tels Albert Soboul ou Jacques Godechot, outre des figures de la Sorbonne, comme Georges Davy ou Henri Gouhier.

Pour un M. Prélot qui avoue ne pas être « un admirateur passionné

de Rousseau » nous en trouvons dix autres qui sont prêts à attester de son originalité, de sa clairvoyance, de son libéralisme. Peut-être tous ne partagent pas l'enthousiasme de R. de Lacharrière lorsqu'il affirme que « d'avoir formulé les principales exigences de la démocratie confère à Rousseau une force que les siècles laissent nécessairement intacte, également révolutionnaire à l'Est et à l'Ouest du monde, et aussi neuve qu'au premier jour puisqu'autant méconnue »³⁹. Mais Jean-Jacques peut apparaître non seulement comme un démocrate, mais encore comme un libéral et même un défenseur des libertés publiques d'après J. de Soto, qui les met en relation avec la loi. C'est aussi un penseur original, comme insiste à nouveau Chevallier, qui le crédite ici d'une « invention de première grandeur », la distinction entre souverain et gouvernement. Au point que l'on est presque surpris quand on lit dans ces pages que le Genevois est « fort superficiel » en matière de finances publiques. P. Bastid estime même que l'optimisme du *Contrat social* se modère beaucoup par rapport aux diverses formes de gouvernement, trop conscient de l'impuissance de la loi dans certaines circonstances et du fait qu'il n'y a pas de régime sans faille. D'une manière générale, on note dans tous ces travaux une très grande familiarité avec l'œuvre du Citoyen de Genève, qui va bien au-delà des premiers livres du *Contrat social*⁴⁰.

Cet intérêt nouveau dépasse une logique commémorative, comme le montre l'attention portée à l'œuvre de Rousseau par Ch. Eisenmann, le plus théoricien des publicistes de l'époque. Sans abandonner une approche analytique, Eisenmann prend la défense de la théorie de la démocratie de Rousseau, adoptant un point de vue interne, c'est-à-dire en restituant le sens de ses propositions, déformées par « superficialité » ou « animosité »⁴¹. D'abord en précisant le caractère de fiction de la connaissance du contrat social, qu'il qualifie de « mythe », dans le sens qui se répand à l'époque dans les sciences sociales. Ensuite, en le lavant du reproche de dogmatisme. Enfin, en estimant, à l'encontre des lectures *alla Jellinek*, que « Rousseau est réaliste – c'est-à-dire relativiste –, tout autant que ce Montesquieu que l'on se complaît tant à lui opposer comme un sage à un fol »⁴². Le ton, on le voit, est tout autre que dans les temps du rejet, et Eisenmann n'hésite pas à mettre en avant des arguments de nature pragmatique, de valeur technique pour défendre cette vision.

Cela n'empêche pas de signaler les « failles » dans sa construction. La première porte sur la thèse de la totale liberté de l'individu par l'effet de la démocratie directe, que Rousseau lui-même aurait du mal à soutenir selon son commentateur⁴³. La seconde faiblesse touche à l'impossibilité de conserver le principe d'universalité de la loi, en se contentant de sa simple généralité, ce qui ouvre la porte à des lois contraires aux intérêts d'une certaine catégorie de citoyens. Et Eisenmann de conclure sur l'« extraordinaire dualisme » du Genevois, tiraillé entre idéalisme extrême et douloureuse clairvoyance. Dans un autre de ses textes consacrés à l'auteur de l'*Émile*, le juriste français rentre dans la discussion, répandue à l'époque, sur le caractère non libéral de l'État rousséauste. Et si pour lui Rousseau n'est pas parfaitement libéral, rien n'autorise pour autant à le ranger parmi les partisans d'une vision totalitaire. Au contraire, le totalitarisme est synonyme de dictature politique, tandis que le vicair savoyard est un défenseur de la démocratie comme doctrine et comme État. Et malgré sa théorie de la religion civile, « il n'arme absolument pas "le souverain" d'un pouvoir absolu en matière idéologique »⁴⁴. C'est sa foi ardente, qui le ferait dévier dans une doctrine qui reste démocratique et, Eisenmann ose le terme, « libérale ».

Cette normalisation de la référence à Rousseau en faculté de droit pourrait se retrouver aussi dans la lecture de G. Burdeau, sans doute moins originale par rapport aux thèses en vogue chez les commentateurs de l'époque, mais tout aussi ferme dans la récusation d'un Jean-Jacques ancêtre des totalitarismes du XX^e siècle. Sa position prend même une tournure militante quant à la fin de sa communication dijonnaise il interpelle son auditoire en se demandant : « Ne vous paraît-il pas que l'hommage le plus fidèle que nous pourrions rendre à sa pensée serait-il de nous opposer à ce qu'elle serve de caution à des régimes qui, aussi bien à l'Ouest qu'à l'Est, n'en sont que la caricature ? ». Il compte y contribuer en faisant ressortir la substance éthique du concept de citoyen dans le *Contrat social*⁴⁵.

L'attention renouvelée pour Rousseau chez les juristes, dont on pourrait encore identifier d'autres traces⁴⁶, vaut de plus en plus adhésion sous la V^e République. Le premier héritage de cette modalité de réception est absent du congrès dijonnais : René Capitant, déjà gagné par la politique pratique mais qui était prêt, dès le début des années 1950, à dire, grâce à Rousseau, combien les institutions de la IV^e République étaient « étrangères à la démocratie »⁴⁷. Il fera de Jean-Jacques, le fondateur de la démocratie moderne,

et combat, du même geste, la thèse d'un Rousseau père du totalitarisme, alors en vogue. Mais il entend, en plus, comme on le lira dans le chapitre V du livre, développer une ligne d'interprétation juridique, de manière à « transposer la forme et de traduire en règles constitutionnelles les définitions abstraites du *Contrat social* »⁴⁸. Après tout, Capitiant juge que la conception rousseauiste de la démocratie « est adaptée à nos besoins sociaux et à nos mentalités du xx^e siècle », marqués par le phénomène collectif⁴⁹.

Cet enthousiasme pour Rousseau, est aussi celui de R. de Lacharrière. À la veille des festivités de 1962, il avait attiré l'attention sur l'actualité de sa pensée depuis les pages de la *Revue du droit public*, et son apport dans cette histoire sera étudié en détail dans le chapitre VI du présent ouvrage. Pour lui Rousseau « pose les conditions nécessaires à une mise en œuvre effective de la démocratie ». En particulier, il insiste sur le fait que le contrat social ne doit pas être compris comme « une donnée juridique initiale », mais « comme la formule d'un État à édifier, dans lequel le pouvoir viendrait enfin s'accorder avec la liberté ». Il faut, autrement dit, le débarrasser « du vêtement juridique », car la démocratie apparaît, dans une perspective antipositiviste, comme opposée au droit. « Tout ce qui choque en Rousseau » assure-t-il, vient de son projet de transformer sa théorie, qui relie l'autorité à la volonté des citoyens à travers la figure du contrat social, « en règles de droit »⁵⁰. Ici, la thèse d'une tyrannie populaire de Rousseau est directement qualifiée de « mythe conservateur » (p. 507). Cette modernité lui faisait penser que les divergences de vues avec un Marx de plus en plus en vogue dans le milieu universitaire français des années 1960 étaient moins profondes que l'on croyait. « Au fond – écrit-il avec acuité – la logique de la liberté permet d'autant mieux de réduire la dispute que Rousseau et Marx, tour à tour, dans la mesure où ils s'écarterent de cette logique, se condamnent eux-mêmes en manquant à la cohérence de leur propre pensée »⁵¹.

Il faudrait sans doute nuancer ce tableau trop idyllique d'un Rousseau enfin recueilli dans la demeure du droit. Eisenmann, Capitiant et Burdeau ont plus d'un point en commun, ne serait-ce du fait qu'ils se réclament de deux maîtres – Kelsen pour le premier, Carré de Malberg pour les deux autres – qui avaient fait une lecture de Rousseau à contre-courant des positions majoritaires des années 1920. Et tous les trois, avec R. de Lacharrière, ils sont, quand ils ne la cultivent pas, dans une certaine marginalité dans les

Facultés de droit. Mais cela ne minore pas l'importance du changement d'attitude vis-à-vis de Rousseau dans la doctrine française.

Tout pourrait alors laisser penser que le Citoyen de Genève est devenu un patrimoine commun du droit constitutionnel français, lui-même réconcilié avec la démocratie. C'est oublier que Rousseau devra encore répondre d'un autre chef d'accusation à partir des années 1980 : être l'inspiration intellectuelle d'un nouveau péché anticonstitutionnel, le légicentrisme. Ce dernier, issu de l'idée d'une loi expression de la volonté générale, sera vu comme un obstacle typiquement français au contrôle de constitutionnalité des lois qui devient la règle dans les systèmes juridiques européens de la seconde moitié du xx^e siècle. L'antirousseauisme des juristes va se nichier alors dans un nouveau versant. Or, cette lecture – telle qu'elle ressort de la reconstruction offerte par le dernier chapitre de ce volume – oublie une partie significative de l'œuvre de Jean-Jacques. Sans vouloir forcément conclure nos remarques sur un ton pessimiste, on notera que cette nouvelle distance avec le texte rousseauiste conduit également la réflexion juridique à être de plus en plus déconnectée de la production universitaire extra-juridique qui se développe autour du Citoyen de Genève, avec une vigueur renouvelée ces vingt dernières années⁵². Ce livre voudrait être donc plus que l'une histoire d'une réception ; il veut être aussi une invitation *in fieri* à renouer avec ce dialogue sur Rousseau.

*

Le présent ouvrage recueille ce qui fut à l'origine un colloque organisé par le Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise, à l'occasion du tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau⁵³. Les différents chapitres du livre ont pour but de donner un premier aperçu de ce travail des juristes sur un texte philosophique dont la portée théorico-politique traverse plus de deux siècles.

NB : Sauf indication contraire, les œuvres de Rousseau sont citées d'après les *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 5 vols., 1959-1995 [signalées OC, suivi du tome en chiffres romains]

NOTES

¹ Pendant longtemps, les études sur Rousseau ont privilégié les réceptions transversales, s'arrêtant avant tout au XIX^e siècle. Voir, en ce sens, J. Roussel, *Jean Jacques Rousseau en France après la Révolution Française*, Paris, A Colin, 1972 ; R. Derathé « Les Réfutations du Contrat social en France dans la première moitié du dix-neuvième siècle », *Reappraisals of Rousseau : Studies in Honor of R. A. Leigh*, Manchester, Manchester University Press, 1980, p. 90-110 ou encore R. Trousson, *Défenseurs et adversaires de J.-J. Rousseau. D'Isabelle de Charrière à Charles Maurras*, Paris, Honoré Champion, 1995. Le livre de T. L'Aminot, *Images de Jean-Jacques Rousseau de 1912 à 1978* (Oxford, Voltaire Foundation, 1992), représente un premier tournant, en étendant l'enquête au XX^e siècle, qu'il construit autour des trois grandes célébrations du Genevois : 1912 (bicentenaire de sa naissance), 1962 (bicentenaire de la publication du *Contrat social* et de l'*Emile* et 250^e anniversaire de sa naissance) et 1978 (bicentenaire de sa mort). Nous trouvons, au bénéfice du renouveau de la recherche rousseauiste des dernières années, des ouvrages qui entendent, comme le nôtre, interroger les lectures de Rousseau à l'intérieur d'un univers de sens plus précis. Voir, par exemple, L. Vincenti (dir.), *Rousseau et le marxisme*, Paris, Presses de la Sorbonne 2011, ou dans une perspective plus générale, C. Specator, *Au prisme de Rousseau. Usages contemporains du rousseauisme politique*, Oxford, Voltaire Foundation, 2011.

² K.-S. Rehberg, « Natur und Sachhingabe. Jean-Jacques Rousseau, die Anthropologie und "das Politische" im Deutschland des 20. Jahrhunderts », in H. Jaumann (dir.), *Rousseau in Deutschland. Neue Beiträge zur Erforschung seiner Rezeption*, Berlin, Walter de Gruyter, 1995, p. 221. Avant, et dans le même sens, J. Roussel, *Jean Jacques Rousseau en France après la Révolution Française*, cit. p. 557.

³ Voir L. Trenard, « La diffusion du Contrat social (1762-1832) », *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, Les Belles Lettres, 1964.

⁴ A. Franck, « Les publicistes du XVIII^e siècle », *Revue contemporaine*, 1858, cité par R. Trousson, *Défenseurs et adversaires de J.-J. Rousseau*, op. cit., p. 249, p. 255. Franck est en réalité philosophe, spécialiste de Kabale, et semblait viser surtout Louis Blanc et Pierre Leroux.

⁵ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, pp. 257-258.

⁶ L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, p. 85, p. 87-88. Il se défend toutefois de vouloir rétablir le suffrage censitaire, mais prône un système qui puisse prendre en compte l'inégalité morale des hommes (dont le critère serait la conscience de la solidarité sociale et du droit). On passe souvent sous silence cette position, pourtant radicale, dans son rejet de Rousseau.

⁷ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger* (1896), Paris, Larose, 1903, pp. 250 sqq. En dehors de « ses idées particulières sur la souveraineté », Esmein tient souvent Rousseau pour un auteur peu novateur, qui reproduit des « doctrines reçues », surtout de l'antiquité classique, et pour ce qui est de sa conception du contrat social et de la société civile, sa source est Hobbes. Certes, il parle aussi de sa « clairvoyance politique », notamment pour opposer le *Contrat social*, où il se laisserait emporter par des « idées abstraites et préconçues »,

d'autres ouvrages comme les *Considérations sur le gouvernement de Pologne*.

⁸ L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, op. cit., p. 84 et p. 86 ; A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, cit., p. 33.

⁹ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, pp. 222-225.

¹⁰ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris Boccard, 1923, p. 23. La thèse d'un Duguit moins systématiquement hostile à Rousseau (ainsi que l'existence d'une lecture favorable au Genevois autour de Maurice Deslandres), qui avait été avancée par M.-J. Redor dans son livre pionnier *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914* (Paris, Economica, 1992, p. 47), doit être donc fortement relativisée.

¹¹ M. Hauriou, « La souveraineté nationale », *Recueil de législation de Toulouse*, 8 (1912), p. 23.

¹² *Ibid.*, p. 21. La volonté générale d'un peuple est subordonnée pour lui à la justice idéale (p. 35).

¹³ *Ibid.* p. 29. Dans la conception d'Hauriou, la volonté générale n'accomplit pas par elle-même des actes (p. 25), p. 35 et sq., p. 40.

¹⁴ R. Saleilles, « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *La Réforme sociale*, 1902, p. 873. Il estimait que la conception individualiste et abstraite de l'homme chez Rousseau avait été battue en brèche par la critique de Joseph de Maistre. Et la science moderne avait maintenant tendance à lier la caractéristique du droit subjectif à la solidarité sociale (p. 884).

¹⁵ J. Roussel, *Jean Jacques Rousseau en France après la Révolution Française*, cit., p. 555.

¹⁶ F.-J. Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. franç., Paris, Thorin, 1880, p. 264.

¹⁷ O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), Aalen, 1958, p. 204, p. 289, p. 322.

¹⁸ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit* (1900), trad. franç., Paris, Giard et Brière, 1911, t. 2, p. 159.

¹⁹ G. Jellinek, « Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau) » (1891), in *Id., Ausgewählte Schriften und Reden*, Berlin, Haring, 1911, t. II, p. 15.

²⁰ G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne* (1895), Paris, Fontemoing, 1902, p. 12.

²¹ Cf. J. Jaurès, « Les idées politiques et sociales de J.-J. Rousseau » (1889), et C. Bouglé, « Rousseau et le socialisme », tous deux publiés dans *Revue de métaphysique et de morale*, mai 1912, respectivement, p. 371 et p. 341.

²² Pour L'Aminot, la célébration de 1912 correspond bien à un temps des conflits (cf. *Images de Jean-Jacques Rousseau de 1912 à 1978*, op. cit., pp. 188-191). Mais même la réception chez les républicains présente toujours des difficultés, comme témoignent les recueils de son œuvre (p. 189). V. aussi, dans une perspective plus générale, S. Audier, « Rousseau, père intellectuel de la III^e République ? », *Lumières*, n° 15, 2010 (dossier *Modernités de Rousseau*).

²³ L. Lévy-Brihl, « L'influence de Jean-Jacques Rousseau en Allemagne », *Annales de l'École libre des sciences politiques*, 2, 1887, p. 334. C'est encore sur la fortune de Rousseau aux XIX^e qui se concentre l'essentiel de l'ouvrage dirigé par H. Jaumann, *Rousseau in Deutschland*, cit.

²⁴ Sans prétention d'exhaustivité, on peut signaler : Richard Fester, *Rousseau und die deutsche Geschichtsphilosophie. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Idealismus*, Stuttgart, 1889 ; Max Landmann *Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern : ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Souveränitätsbegriffe : von Jean Bodin bis auf Jean-Jacques Rousseau*, Thèse Leipzig, 1896, et surtout, pour le thème que nous occupe, Moritz Liepmann,

Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau. Ein Beitrag zur Geschichte der Staatstheorien. Berlin, J. Guttentag, 1898 et Franz Haymann, Jean Jacques Rousseau's Sozialphilosophie, Leipzig, Veit, 1898, travaux qui connaîtront un écho important dans les études des juristes. Liepmann, à l'époque déjà Privatdozent en droit à l'Université de Halle, y avait fait son Inauguraldissertation l'année précédente, tout comme Haymann, élève de R. Stammler (Der Begriff der Volonté générale als Fundament der Rousseauschen Lehre von der Souveränität des Volks, Leipzig, Veit). Tous deux lisent Rousseau comme un représentant du droit naturel. Ils feront des carrières universitaires importantes : Liepmann en tant que professeur de droit pénal et de philosophie du droit à l'université de Kiel, puis à Hambourg. Haymann comme professeur de droit civil et de philosophie du droit à Rostock et Cologne. Si Liepmann semble se concentrer ensuite sur ses études de droit pénal, Haymann continue ses recherches sur Rousseau avant d'être obligé d'abandonner l'Allemagne en 1935, à cause de ses origines juives.

²⁵ « Comptes-rendus », *Revue du droit public*, 1907, p. 784-794. Il suit la ligne de Duguit, en contestant la limitation de l'État par les droits individuels dans la doctrine du *Contrat social* (p. 792).

²⁶ R. Stammler, « Notion et portée de la "volonté générale" chez Jean-Jacques Rousseau », *Revue de métaphysique et morale*, 1912, p. 389.

²⁷ G. Del Vecchio, *Sulla teoria del contratto sociale*, Bologne, Zanichelli, 1906, p. 114.

²⁸ *Ibidem*, p. 88.

²⁹ *Ibid.*, p. 96-97, formule reprise dans G. Del Vecchio, *Sui caratteri fondamentali della filosofia politica del Rousseau*, Gênes, Carlini, 1912, p. 14. En ce sens, il juge que la plupart des contradictions de sa pensée sont apparentes, l'œuvre des considérations unilatérales de ses lecteurs.

³⁰ G. Del Vecchio, « Tra il Burlamachi e il Rousseau. Nota critica », *La cultura contemporanea*, 1910, n° 4, p. 7.

³¹ T. L'Aminot, *Images de Rousseau*, op. cit., p. 565.

³² Sur la lecture de Schmitt, voir aussi K.-S. Rehberg, « Natur und Sachhingabe. Jean-Jacques Rousseau, die Anthropologie und "das Politische" ... », cit., pp. 252 sq.; T. R. Kuhnle, « Comment gérer l'apocalypse de 1789. D'une lecture "légitimiste" de Rousseau à une théologie politique (Schmitt, Bonald, Donoso Cortés) » in R. Baeh, T. L'Aminot (dir.), *Rousseau et l'Allemagne à l'époque contemporaine*, Paris, SAJUR, 2013 (que nous n'avons pas encore pu consulter). Sur son interprétation à propos de la question de la guerre dans *Le nomos de la terre*, v. B. Bernardi, « Guerre. État, état de guerre : quand Schmitt lit Rousseau », *Philosophie*, n° 94, 2007, pp. 52-65.

³³ R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du droit public*, 1931, pp. 228-229.

³⁴ Joseph-Barthélémy, *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 1937, p. 36-37. À vrai dire, Joseph-Barthélémy se contente surtout d'emprunter les analyses de Léon Duguit.

³⁵ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps* (1950), Paris, Vrin, 1970. Cette somme sera très lue dans les facultés de droit, mais T. L'Aminot note déjà un renouvellement important de la recherche rousseauiste à la fin des années 1940, avec la parution des livres de Bernard Groethuyzen et de Jean Guéhenno, précédés des travaux de Henri Guillemin, (*Images*, cit., p. 206 et sqq).

³⁶ B. de Jouvenel, « Essai sur la politique de Rousseau », *Du Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Genève, Les éditions du Cheval allé, 1947, p. 16, p. 116, p. 131.

³⁷ J.-J. Chevallier, « Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale », *Revue Française de Science Politique*, 1953, p. 5-30.

³⁸ V. J. Delhaussy, « Rousseau, théoricien de la démocratie », *Les Cahiers de la République*, 1962, pp. 919-931.

³⁹ R. Lacharrière, « Rousseau et le socialisme », in *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. 535.

⁴⁰ À titre d'exemple, la contribution de R. Villers, « Jean-Jacques Rousseau, la finance et les financiers » (*Études sur le Contrat social*..., op. cit., p. 329 sqq), mobilise pour son analyse l'article Économie politique de l'Encyclopédie, mais encore le *Projet de Constitution pour la Corse*, l'*Essai sur le Gouvernement de Pologne*, le *Discours sur l'inégalité*, les *Lettres écrites de la Montagne*, l'*Emile*, la *Nouvelle Héloïse*...

⁴¹ Ch. Eisenmann, « La cité de Jean-Jacques Rousseau » (1965), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Paris Panthéon-Assas, Paris, 2002. Dans ce même sens, qui souligne les problèmes d'interprétation du *Contrat social* par animadversion pour les idées et même pour l'homme, s'exprime-t-il dans « Politique et religion chez Jean-Jacques Rousseau » (p. 621). Dans ce texte, paru à l'origine dans des mélanges en honneur de Jean-Jacques Chevalier, Eisenmann conteste certaines interprétations de cet historien des idées politiques, et même, de cette discipline des facultés de droit comme telle.

⁴² Ch. Eisenmann, « La cité de Jean-Jacques Rousseau », op. cit., p. 615.

⁴³ Si cette critique peut s'inscrire dans la lignée de la vision kelsenienne (l'ordre social exclu l'autonomie totale), on notera qu'Eisenmann ne se contente pas de la solution interprétative qui domait son maître (et qui cherchait à restituer la cohérence de l'argumentation rousseauiste) en renvoyant le concept de volonté générale à celui d'ordre juridique valable objectivement. Pour Eisenmann, volonté générale et volonté de tous se confondent.

⁴⁴ « Politique et religion chez Jean-Jacques Rousseau », cit., p. 637.

⁴⁵ G. Burdeau, « Le Citoyen selon Rousseau », p. 454. En ce sens, il affirme qu'il y a du Loyola chez Rousseau.

⁴⁶ Les très actifs *Annales de philosophie politique* consacrent leur livraison de 1965 à *Rousseau et la philosophie politique*, avec surtout des collaborateurs étrangers, notamment des juristes portés vers la théorie politique comme Carl J. Friedrich ou Sergio Cotta.

⁴⁷ R. Capitant, *Principes du droit public* (cours de doctorat 1952-1953), maintenant, sous le titre « Les principes fondamentaux de la démocratie », dans *Id. Écrits constitutionnels*, Paris, Éditions du CNRS, 1982, p. 158.

⁴⁸ R. Capitant, *Principes du droit public*, (cours de doctorat 1951-1952), maintenant, sous le titre « L'élaboration de la doctrine démocratique », dans *Écrits constitutionnels*, cit., p. 35, p. 100. Voir aussi le cours de l'année suivante, précité, p. 149. Il reproche cependant à Rousseau d'avoir une certaine responsabilité dans « cette effrayante transmutation » qui a fait sortir la démocratie totalitaire de son système, pour avoir abusé de la terminologie de la volonté, propre à son époque. Si l'indication de Capitant, faite oralement à l'origine, n'est pas parfaitement claire, elle semble faire référence aux régimes soviétiques (il parle d'un « contre-sens dont l'humanité a été victime » (*ibid.*, p. 196).

⁴⁹ R. Capitant, *Démocratie et participation politique* (1970), maintenant dans *Écrits constitutionnels*, cit., p. 405.

⁵⁰ R. de Lacharrière, « Jean-Jacques Rousseau : interprétation et permanence », *Revue du droit public*, 1961, p. 480. Dans la version quelque peu modifiée qu'il donnera un an plus tard, il s'en prend plus directement aux « platitudes intellectuelles » de Constant (ou encore Guizot et Thiers), jugeant que les incohérences et les sophismes étaient à trouver plutôt du côté du libéralisme issu de Locke et Montesquieu.

⁵¹ R. de Lacharrière, « Rousseau et le socialisme », dans *Études sur le contrat social*, cit. p. 535. Par ailleurs, il estime que l'avènement réel de la démocratie « apporterait une nouveauté beaucoup plus considérable qu'un changement quelconque dans le statut juridique de la propriété » (« Jean-Jacques Rousseau : interprétation et permanence », cit. p. 518).

⁵² Une exception à titre des thèses savantes des facultés de droit : Marc Lahmer *Volonté générale et séparation des pouvoirs chez Jean-Jacques Rousseau*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 1998.

⁵³ Le programme original du colloque se complétait par un exposé sur Bentham et Rousseau, ainsi que des conclusions générales de Blaise Bachofen, maître de conférences en philosophie à l'Université de Cergy-Pontoise, membre du CFPJ. M. Paré et C. Astruc doctorants au CFPJ, ont collaboré à la relecture des épreuves.

ROUSSEAU AU PRISME DE LA (CONTRE-)RÉVOLUTION : FRIEDRICH JULIUS STAHL

C. ARGYRIADIS-KERVÉGAN

L'éruption provoquée par les Lumières françaises et écossaises a suscité un intérêt particulièrement intense de la part des penseurs et philosophes allemands, surtout au moment du *Sturm und Drang*, dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Adam Smith et Rousseau ont enthousiasmé les jeunes intellectuels allemands et ont transformé leur regard sur les questions sociales et culturelles¹. Ainsi dans la philosophie allemande, la pensée des Lumières – surtout sous la traduction qu'elle a reçue lors de la Révolution française – a rencontré dans un premier temps un écho largement favorable². Il suffit de mentionner l'opuscule *Théorie et Pratique* de Kant³ et les *Considérations sur la Révolution française* de Fichte⁴. En même temps, et en réaction à cette orientation rationaliste, le courant conservateur a dû défendre ses positions et contester les idéaux révolutionnaires. Ainsi une partie des intellectuels allemands a accentué les tendances conservatrices qui s'exprimaient ailleurs, comme par ex. chez Burke. La noblesse s'est sentie à juste titre menacée, les états provinciaux traditionnels (*Stände*) aussi, et enfin l'Église luthérienne elle-même craignait que l'anticléricalisme révolutionnaire tourne aussi ses armes contre elle⁵.

À l'instar du livre de Rehberg, *Recherches sur la Révolution française*...⁶, paru dès 1793, et qui développe une vive critique de la philosophie des Lumières, une large fraction des intellectuels, des romantiques jusqu'aux réactionnaires, a récusé vigoureusement la philosophie rationaliste des Lumières et le droit naturel moderne⁷. Les œuvres des contre-révolutionnaires et réactionnaires français ont été traduites en allemand relativement tôt (les *Réflexions sur la Révolution de France* de Burke dès

JEAN-JACQUES ROUSSEAU
VU PAR RENÉ CAPITANT ET GEORGES BURDEAU

JEAN-MARIE DENQUIN

La richesse et la profondeur de l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau n'ont d'égale, chacun le sait, que son ambiguïté. Une approche de celle-ci en termes juridiques illustre ces deux niveaux de réalité. Et, de ce point de vue, confronter l'interprétation qu'en proposent René Capitant et Georges Burdeau offre une image très synthétique – peut-être même légèrement simplificatrice – des positions qui sont susceptibles d'être assumées en face de cette œuvre par les spécialistes du droit.

Il convient de remarquer, tout d'abord, qu'une telle comparaison n'a rien d'artificiel. Il ne s'agit pas de mettre face à face deux auteurs d'époque et d'orientation intellectuelle quelconques, dont le rapprochement constituerait un pur jeu de l'esprit. On est en présence ici de personnalités qui possèdent des traits objectifs communs. Ce sont deux juristes célèbres, agrégés de Droit public. Ils sont quasiment de la même génération, puisque René Capitant est né en 1901, Georges Burdeau en 1905. Tous deux échappent cependant à l'image stéréotypée du juriste publiciste : leurs curiosités et leur formation intellectuelles dépassent l'exégèse savante des décisions du Conseil d'État. L'un et l'autre ont connu l'université de Strasbourg et gardé toute leur vie un profond attachement à la personne et à l'œuvre de Carré de Malberg¹. Or cette attitude constituait à l'époque, on le sait, une manifestation non équivoque, sinon d'hétérodoxie, du moins d'indépendance d'esprit. En outre le « maître de Strasbourg » avait montré l'importance de la pensée de Rousseau dans l'élaboration du droit public français. Poursuivant cette tradition, Capitant et Burdeau manifestèrent un intérêt tout particulier pour le philosophe genevois. On peut ajouter à ces convergences un

autre trait commun, négatif celui-là : nous manquons d'un travail de fond sur la vie et l'œuvre de chacun. Le renouveau d'intérêt qui se manifeste à leur sujet, et qui s'est en particulier traduit par des rééditions de textes importants², ne saurait à lui seul apporter les réponses à d'importantes questions. En l'absence de travaux de référence qui permettraient de remettre certains points en perspective, les réflexions qui vont suivre assument un caractère quelque peu exploratoire, voire impressionniste.

Ces ressemblances, évidemment, n'excluent pas les différences. On en évoquera qu'une, parce qu'elle renforce pour ainsi dire la légitimité de la comparaison dans la mesure où celle-ci permet d'illustrer deux cas de figures opposés : Capitant et Burdeau eurent un rapport différentiel à la politique. Alors que l'action publique du premier en vint à occulter, dans une certaine mesure, son œuvre scientifique, le second refusa toujours toute forme d'engagement : l'apologue de l'œnologue qui n'aime pas le vin, sur lequel s'achève le *Traité de Science politique* exprime clairement sa position : on peut consacrer sa vie à l'analyse de la politique dans aimer « faire » de la politique. Cette différence n'est peut-être pas sans rapport avec les opinions divergentes que les deux auteurs ont soutenues à propos de Rousseau.

*

Avant d'examiner en détail l'interprétation que Capitant et Burdeau ont présentée de Rousseau, une remarque préalable s'impose. Chez un professeur de Droit public, qui par définition n'est pas un historien de la philosophie ou de la littérature, l'étude d'un auteur est rarement le fruit d'une pure inclination personnelle. Elle est plutôt la conséquence de rencontres aléatoires entre affinités intellectuelles et facteurs contingents tels que l'attribution de certains cours, d'histoire des idées politiques notamment, au hasard des opportunités universitaires. Si nous sommes particulièrement bien renseignés sur la vision de Rousseau développée par René Capitant, c'est parce qu'il eut l'occasion d'assurer un cours de *Principes du droit public* et qu'il choisit de consacrer celui-ci, durant deux années universitaires, aux « principes de la démocratie ». Il put ainsi exposer, de manière pédagogique et systématique, sa lecture, au double sens du terme, de Rousseau. Les photocopies publiées par Les Cours de droit nous ont conservé, entre autres, une exégèse en forme du *Contrat social*³.

Tant au point de vue de la méthode que sur le fond, ce cours offre un guide de lecture qui permet de saisir en détail le sens et la portée de l'interprétation que Capitant propose de Rousseau. Celui-ci est d'une grande clarté, malgré la difficulté intrinsèque de l'entreprise. On sait en effet que l'œuvre de Rousseau est particulièrement difficile à résumer. Cette situation provient évidemment de sa complexité mais aussi de l'union intime – et en un sens improbable – de formules lapidaires, admirables, et d'une rigueur extrême dans l'ordonnement logique des arguments. Elle conduit René Capitant à procéder plutôt par montage de citations. Il parvient ainsi, en s'aidant du célèbre livre de Robert Derathé *Jean-Jacques Rousseau et la Science politique de son temps*⁴, auquel il fait explicitement référence⁵, à offrir une interprétation lisible et fiable d'une œuvre réputée pour sa difficulté. Mais en outre il propose une approche essentiellement juridique du *Contrat social* qui confère à celui-ci un enjeu résolument actuel. Il serait certainement fastidieux, et probablement vain, de résumer un résumé. En revanche, il paraît souhaitable de présenter les principaux thèmes de l'interprétation offerte par Capitant, avant d'examiner la thèse centrale qu'il en déduit.

D'emblée, il pose que Rousseau est le fondateur de la *démocratie moderne* : tel est le titre du chapitre IV de son cours de *Principes de droit public* pour l'année universitaire 1951-1952⁶. Cette idée pourrait aussi bien être regardée comme un truisme que comme un non-sens. Mais il va s'efforcer d'en démontrer la pertinence en lui donnant une signification précise. D'abord l'adjectif « moderne » doit être pris au sens fort : il traduit non une évolution, comme on pourrait le penser, mais une opposition. En effet, comme le montre Capitant en examinant plus loin la séparation des pouvoirs chez Rousseau, le système de celui-ci implique que le Gouvernement, autrement dit l'exécutif⁷, peut être composé d'un seul homme (monarchie), de plusieurs (oligarchie) ou du peuple tout entier. C'est seulement dans cette dernière hypothèse que Rousseau parle de « démocratie », et il n'y voit pas un idéal, où plutôt n'y voit qu'un idéal, inaccessible : selon sa formule fameuse, seul un peuple de dieux pourrait se gouverner démocratiquement. En revanche un régime politique ne saurait être légitime selon lui si le pouvoir de faire les lois n'y est pas confié au peuple souverain. Il en résulte que Rousseau évoque pour la première fois la démocratie *au sens où nous l'entendons* – c'est-à-dire comme un régime où le peuple contrôle le pouvoir

législatif – mais sans lui donner ce nom, qu'il conserve pour désigner ce que la majorité des révolutionnaires, Sieyès, et Kant, appelleront toujours, pour le récuser, ainsi.

Avant de considérer la question du régime politique, il convient cependant d'examiner l'interprétation que Capitant propose du contrat social lui-même. Sa vision est à la fois *individualiste* et *mutualiste*. Il insiste sur le fait que le Contrat repose nécessairement sur la volonté de l'individu. Ce contrat ne peut toutefois être un contrat de soumission comme il l'est, au moins partiellement, chez Locke. L'individu en effet ne saurait aliéner sa liberté sans perdre sa dignité. Il faut donc que « l'individu conserve dans l'état civil la liberté dont il jouissait dans l'état de nature »⁸. « Tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, l'engager sans son aveu »⁹. Il en résulte notamment qu'un consentement à l'esclavage serait nul¹⁰. On peut évidemment objecter qu'un engagement librement donné conduit néanmoins à l'aliénation de la liberté. Rousseau écarte l'argument, à juste titre selon Capitant, car « les engagements qui nous lient au corps social ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels »¹¹. Le caractère mutuel est donc à la fois la conséquence, l'achèvement et le correctif de l'individualisme. C'est à sa lumière que doit être lue la formule fameuse selon laquelle « chacun s'unissant à tous n'obéit[rait] pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »¹².

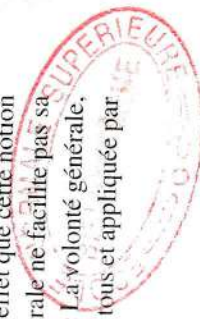
On notera toutefois que la pensée de René Capitant semble avoir connu sur ce point un certain changement. Dans *Démocratie et participation politique*¹³, il met beaucoup plus en valeur la dimension collective de l'œuvre rousseauiste. Il réaffirme que l'individualisme « apparaît certes dès le début de l'ouvrage [le *Contrat social*] [...] Mais, fait capital, l'auteur indique que la solution du problème se trouve dans une association [...] »¹⁴. L'État est une entreprise collective et « dès lors que le peuple est ainsi conçu comme un être collectif, l'individu en devient une partie compositante et son activité devient une participation à l'activité collective. Ces mots « partie » et « participation » figurent expressément dans le même chapitre [I, 6] du *Contrat social* »¹⁵. Faut-il voir ici une évolution de la pensée de l'auteur, une sorte de radicalisation collectiviste¹⁶? Il s'agit plus probablement de nuances liées à la nature de l'ouvrage : le thème de la *participation* conduit l'auteur à insister davantage sur l'action collective et moins sur les racines individualistes du contrat social, tout en cherchant une caution rousseauiste

à l'idée et aux vocables nouveaux qu'il entend promouvoir.

L'affirmation, même nuancée, de l'individualisme propre à la pensée de Rousseau permet à Capitant d'affronter la question classique de son rapport supposé avec l'émergence du « totalitarisme »¹⁷. Sa position est sans équivoque : « L'erreur qui consiste à faire de Rousseau le père de l'absolutisme totalitaire est encore plus grave. »¹⁸ Il dénonce l'assimilation, qu'il relève chez Benjamin Constant, Faguet, Duguit, entre Rousseau et Hobbes. Reconstituant la généalogie de l'erreur, il montre comment l'absolutisme de la volonté générale est assimilé à un « totalitarisme » de la volonté collective, elle-même confondue avec la volonté organique du peuple. À ces réductions successives et incontrôlées, il oppose d'abord que la métaphore du « corps politique » n'implique nullement l'assimilation de la société à un organisme. Le corps dont il s'agit est un corps artificiel : « Le Souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur »¹⁹. D'autre part Rousseau rejette la position de Locke selon laquelle les individus conservent leurs droits propres à l'état de société car « comme il n'y aurait aucun supérieur qui put prononcer entre eux et le public [...] l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine »²⁰. Mais il n'en résulte pas que Rousseau considère le pouvoir souverain comme sans limite : il affirme explicitement le contraire²¹. Il admet, comme on l'a déjà noté, une séparation des pouvoirs. Celle-ci ne peut certes prendre la forme d'un partage de la souveraineté, qui est par nature, selon lui, indivisible et inaliénable. Mais une séparation des organes est nécessaire. Or « à l'instant que le Gouvernement usurpe la souveraineté, le pacte social est rompu, et tous les simples Citoyens, rentrés de droit dans leur liberté naturelle, sont forcés mais non pas obligés d'obéir »²². Le peuple peut donc user de son droit de résistance.

Ces développements suffisent à établir, d'un point de vue théorique, que Rousseau n'appelle pas de ses vœux une dictature (au sens moderne). Suffisent-ils à démontrer que son système n'y conduit pas en pratique ? Pour répondre à cette question il faut comprendre la signification que Rousseau accorde à la notion de *volonté générale*.

Comme tous les interprètes, Capitant pense en effet que cette notion constitue le cœur de la doctrine. Mais sa position centrale ne facilite pas sa définition, au contraire. Capitant s'y risque pourtant : « La volonté générale, c'est la loi, à la double condition qu'elle soit votée par tous et appliquée par



tous »²³. Prise absolument, la formule apparaît peu transparente, insuffisante, comme la suite des développements le montre, et paradoxale dans la mesure où elle semble affirmer simultanément l'identité et la différence de la volonté générale et de la loi. En réalité il ressort de l'analyse que les deux entités ne se situent pas sur le même plan : la loi *traduit* la volonté générale, qui lui préexiste, et cela sous deux conditions, apparemment nécessaires et non suffisantes. D'une part il faut, en théorie, que la loi soit votée par tous. Mais cette exigence d'unanimité ne vaut en fait que pour le Contrat social lui-même. Hors ce cas « la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres »²⁴. Mais alors ne risque-t-on pas de retomber dans l'oppression des individus ou des minorités par les majorités ? Non car une loi qui prouverait de tels effets serait nécessairement en contradiction avec la seconde condition de la volonté générale, qui est précisément sa généralité. Elle ne saurait prendre position sur une question particulière sans se nier elle-même : elle « ne peut prononcer ni sur un homme ni sur un fait »²⁵. Elle est donc insusceptible d'arbitraire. Si le législateur « vote, même à l'unanimité, une loi particulière, celle-ci est nulle. » La volonté générale ne regarde que l'intérêt commun. Or celui-ci présente une dimension objective. Le citoyen « la cherche plus qu'il ne la crée »²⁶. S'il rentre en lui-même, ne se laisse pas dominer par ses intérêts ou séduire par les partis (dont Capitant critique vivement l'influence corruptrice²⁷), il parviendra à la trouver.

Au total la double détermination de la volonté générale, qui doit être conforme à la volonté du plus grand nombre et aux exigences de la raison, constitue la véritable garantie contre les dérives autoritaires.

Ce survol à grands traits de l'interprétation proposée par René Capitant pourrait sembler décevant dans la mesure où il manifeste une connaissance approfondie mais somme toute assez peu originale de l'œuvre de Rousseau. Ce serait toutefois ignorer que la synthèse pédagogique de Capitant est tout entière conçue et orientée à l'appui d'une thèse centrale qui, elle, ne va nullement de soi. Cette thèse s'articule en deux affirmations : d'une part l'œuvre politique de Rousseau, loin d'une rêverie désabusée sur ce qu'aurait dû être une cité parfaite ou d'une méditation déjà transcendante sur les conditions de possibilité d'une société, est en réalité l'œuvre d'un juriste posant les bases d'un régime politique d'un type nouveau ; d'autre part le projet qu'il propose peut être transposé et mis en œuvre à l'époque contemporaine.

Capitant considère en effet que la dimension proprement juridique de l'œuvre de Rousseau a été méconnue. Ses commentateurs, « purs littérateurs ou purs philosophes », n'ont pas su reconnaître que sa pensée, imprégnée de l'œuvre des grands juriconsultes de l'École du droit de la nature et des gens, emprunte beaucoup à la terminologie du droit. Rousseau n'est d'ailleurs pas seulement juriste : il est, avant la lettre, constitutionnaliste. Parlant à l'indicatif, il définit « des notions, des entités abstraites comme si elles existaient par elles-mêmes, alors qu'en réalité il s'agit de poser des règles constitutionnelles, de bâtir la Constitution démocratique ». C'est là un procédé fréquent chez les juristes et qui ne devrait pas les abuser. « Il est donc possible de transposer la forme et de traduire en règles constitutionnelles les définitions abstraites du *Contrat social* »²⁸.

Ainsi Rousseau « n'a pas craint d'exposer avec une assez grande précision quelles devraient être les modalités de la votation populaire pour que la loi pût être considérée comme votée par tous ». Il « n'a certainement pas eu la notion précise du *referendum* tel qu'il se pratique de nos jours dans les grands États modernes. [...] Mais rien [...] n'interdit que l'on transpose dans le cadre du *referendum* les principes qu'il a formulés »²⁹. En effet Rousseau « n'exige pas que toutes les lois soient votées par le peuple. Il veut seulement qu'elles soient ratifiées par lui [...] ». Il admet que cette ratification puisse être tacite »³⁰.

L'institution du Législateur, définie par Rousseau au livre II du *Contrat social*, est également susceptible de transposition. « De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. [...] Voilà d'où naît la nécessité d'un Législateur »³¹. Or « dans les démocraties modernes qui pratiquent le *referendum*, c'est à une ou plusieurs Assemblées que ce rôle est confié. [...] Le Parlement reste [...] une institution nécessaire, précisément pour remplir la mission que Rousseau assignait au Législateur »³². On voit l'élasticité de cette grille de lecture : il n'est guère de « transposition » qui ne puisse, à ce compte, être opérée.

*

La vision de Georges Burdeau est différente. Rousseau est très présent chez l'auteur du *Traité de Science politique* qui le considère comme un auteur classique et, pour ainsi dire, comme un interlocuteur naturel. Burdeau

fait régulièrement référence à son œuvre, qu'il a lue et méditée, par des références ou des citations. Mais, à la différence de Capitant, il y consacre rarement des développements continus, spécifiques et pédagogiques. Homme d'une grande culture – en un sens aujourd'hui oublié – il pratique plutôt moins la citation que l'allusion à ce que son lecteur est supposé connaître³³. D'où résulte que sa doctrine ne se trouve pas exposée directement mais doit plutôt être reconstituée à partir de divers textes, dont le seul entièrement et explicitement dévolu à Rousseau est une communication présentée aux journées d'études organisées en mai 1962 à Dijon pour le 200^e anniversaire du *Contrat social* : « Le citoyen selon Rousseau »³⁴.

L'interprétation que donne Burdeau de la pensée de Rousseau est plus traditionnelle que celle de Capitant. Il ne voit pas dans le *Contrat social* un monument juridique et transhistorique dont les analyses et les propositions auraient une portée immédiate. Il le considère comme un moment moment de l'histoire des idées, mais aussi moment du processus par lequel s'est construit l'univers politique contemporain.

Le premier point fait l'objet de multiples allusions, éparpillées dans l'œuvre volumineuse de Burdeau. L'exposé le plus synthétique qu'il en ait proposé se trouve semble-t-il dans une page du *Traité* sous le titre « l'État de Rousseau, incarnation de la liberté » – intitulé dont la signification réelle n'est d'ailleurs intelligible qu'à la lecture³⁵.

Selon Burdeau, Rousseau a été le premier à faire de la liberté non un état mais le *résultat d'un processus de libération*. Il a ainsi ouvert la voie à Hegel, auquel est d'ailleurs significativement consacré le paragraphe suivant du *Traité*. À la différence de Capitant, Burdeau ne récuse pas l'idée courante selon laquelle Rousseau part de la liberté pour aboutir à l'absolutisme. Mais il ne dénonce pas l'inconséquence supposée de la démarche. Il en atténue au contraire le caractère paradoxal en montrant que Rousseau n'entend pas par « liberté » un fait négatif, l'absence de contrainte. Il a en vue une « détermination positive de la volonté de chaque homme cherchant spontanément à atteindre la fin rationnelle qu'il porte en lui. La liberté est ainsi le moyen par lequel la volonté réalise l'accomplissement de ce qu'il y a de meilleur en chacun de nous ». On peut donc tenir pour libre celui qui atteint cet idéal. Comme tous les hommes communiquent dans ce qu'il y a de plus parfait, « la volonté de chacun se confond avec la volonté de tous, ou, plus exactement, avec la volonté générale qui englobe les voix unanimes

par lesquelles la raison parle en chacun ». Cette volonté s'incarne dans l'État, qui formule dans ses décisions notre volonté libre : « Rousseau tend à nous persuader que, mieux l'individu accordera son vouloir à la volonté étatique, plus il se rendra libre ». L'individu réel se dissout ainsi dans une abstraction : il n'a « politiquement une volonté qu'à titre d'être participant à la raison universelle ». La liberté, d'autre part, n'est pas l'autonomie, puisque la norme est extérieure à l'individu. Enfin le Pouvoir, créateur de liberté, « n'est pas limité dans son essence mais peut, au service des fins communes, imposer le sacrifice des tendances particulières ». C'est « par son intermédiaire que l'individu participe à la liberté »³⁶ et qu'il incarne donc la liberté.

On pourrait déduire de cette lecture que Burdeau adhère à la thèse évoquée plus haut et qui affecte de voir en Rousseau l'ancêtre du « totalitarisme ». Ce serait un contresens. Car Burdeau précise immédiatement que Rousseau n'« autorise cependant pas [l'État] à tout vouloir. Omnipotent, le Pouvoir l'est pour affranchir l'individu ; [...] c'est la liberté primitive, la liberté immanente à l'homme que le pouvoir doit "retrouver" ». La libération est « la délivrance de la liberté [...] ». Et une liberté qu'on délivre, c'est une liberté qui préexiste, ce n'est pas une liberté qui attend pour naître que le Pouvoir lui ait construit un univers habitable »³⁷. En outre, dans une longue note, Georges Burdeau insiste sur ce qui distingue la pensée de Rousseau de la pensée marxiste et rejette la thèse « surtout répandue chez les auteurs anglo-saxons et qui voit dans le communisme et le fascisme l'aboutissement logique des idées de Rousseau »³⁸.

Cette interprétation philosophique et globalisante doit beaucoup à une projection rétrospective de la postérité de Rousseau sur son œuvre, même si les ultimes conséquences prêtées à celle-ci sont récuses. Mais, chose remarquable, Burdeau juxtapose à cette vision une approche différente qui voit dans Rousseau le prophète d'un état futur, bien qu'aujourd'hui révolu, du processus d'acculturation démocratique.

Dans sa communication précitée au colloque de Dijon, Burdeau pose d'emblée que l'œuvre de Rousseau n'est pas « un recueil de recettes politiques »³⁹. Cette formule montre bien l'écart qui existe entre son point de vue et celui de Capitant. Mais elle vise d'abord à défendre l'idée, sur laquelle Burdeau revient fréquemment, que la pensée de Rousseau est celle d'un moraliste plus que d'un penseur politique – au sens actuel et banal du

mot, convient-il sans doute d'ajouter. Dans cette perspective, il soutient que cette œuvre « est une méthode d'ascèse destinée à fournir à la démocratie le type d'homme qui la fait vivre, c'est-à-dire le citoyen. »⁴⁰ La démocratie implique le règne de la volonté générale, qui ne saurait être confondue avec la volonté de tous. Aucun langage commun ne pourrait en effet exister entre les hommes s'ils laissaient parler leur nature avide et bornée. Leur discours se réduirait à un « galimatias inexplicable »⁴¹, simple expression de la force qui par nature ne produit aucun droit. Au contraire « la volonté générale est la volonté de la société constituée par le contrat initial et s'exprimant de telle sorte que l'intérêt commun, fondement du contrat, soit, par elle, le premier servi »⁴². Le porteur de cette volonté ne saurait donc être le peuple au sens sociologique du terme. Elle est « celle du peuple né du contrat pour servir de support à la souveraineté : le peuple des citoyens »⁴³.

Rousseau, selon Burdeau, utilise deux voies pour définir le citoyen. Convergences, elles doivent néanmoins être distinguées. Dans la première, il oppose « l'homme civil » à « l'homme naturel », pesant et stupide, qui doit être civilisé par l'action d'un Législateur. Ainsi l'homme « dénaturé » retrouve sa nature profonde en prenant conscience des principes qu'il porte en lui : on « découvre le citoyen en nettoyant l'homme de sa carapace de préjugés, d'égoïsme et d'ambition »⁴⁴. Dans une seconde approche, jugée plus originale par Burdeau, « Le citoyen naît d'une opération qui a pour objet de faire sortir de soi l'individu pour l'intégrer au grand tout social »⁴⁵. Il s'agit d'une « conversion » par « communion à la volonté transcendante du groupe »⁴⁶. On est ici proche de Hegel.

Mais, objecte Burdeau, n'y a-t-il pas ici un cercle ? Les citoyens ne supposent-ils pas les institutions et inversement ? Rousseau échappe à cette difficulté parce que, pour lui, « la volonté générale se révèle par une intuition intime comme le fondement de l'unité du moi collectif »⁴⁷. Autrement dit le citoyen est porteur de la volonté générale qui préexiste à son expression. La découvrir implique « un dépouillement total des ambitions et des instincts particuliers » mais garantit la jouissance de la liberté et de l'égalité⁴⁸. Ainsi « l'individu participe [à la souveraineté] dans l'exacte mesure où il s'identifie au groupe. »⁴⁹. « Être citoyen, c'est participer »⁵⁰.

La réflexion de Burdeau, qui synthétise les développements du *Contrat social* et des *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, trouve son sens et sa valeur en elle-même. Mais, si l'on est tant soit peu fa-

milier avec la pensée de l'auteur du *Traité de Science politique*, on est immédiatement frappé de la consonance de ce texte avec son analyse de la « démocratie gouvernée ». Ce rapprochement se trouve explicité dans *La démocratie* : « [...] entre le concept d'une souveraineté nationale et l'enseignement développé par le *Contrat social*, l'opposition n'est pas aussi radicale qu'il semble de prime abord. En effet cet individu dans lequel Rousseau place l'origine de la souveraineté, ce n'est pas un être de chair ou de sang dont la volonté serait déterminée par les hommes, la condition sociale ou le genre de vie. C'est un individu qui, pur esprit et conscience pure, écoute en lui les enseignements de la raison. Bref, c'est le citoyen [...] »⁵¹. On retrouve donc ici le Rousseau de la III^e République, celui d'Esmein, celui que les assemblées « invoquent à titre de patron inoffensif » bien qu'il leur soit en même temps « suspect »⁵², celui du mythe que déconstruit Carré de Malberg dans *La loi, expression de la volonté générale*. Ce Rousseau-là est acceptable, voire utile, sous l'empire des lois de 1875 car il exhorte, ou du moins est censé exhorter, le citoyen à écouter la voix de la raison sans envisager l'action politique comme moyen de transformer la réalité sociale. Et il ressemble au type idéal construit par Burdeau pour caractériser ces temps révolus. Cette image peut donc être assimilée à l'homme postulé par le système représentatif, que Rousseau dénonçait pourtant avec la plus grande virulence. Il est le contraire de « l'homme situé », où Burdeau discerne la cause et l'agent d'un régime nouveau, qu'il baptise « démocratie gouvernante » mais qui, avec le recul, pourrait tout aussi bien être nommé démocratie tout court.

Ainsi, par un effet de symétrie aussi involontaire qu'improbable, Capitant et Burdeau présentent deux Rousseau qui possèdent chacun une part de réalité, bien qu'ils soient manifestement incompatibles : le « patron inoffensif » d'une démocratie hyper représentative et l'inspirateur, enfin dévoilé, d'une démocratie où le pouvoir serait, autrement que par métaphore, contrôlé dans ses grandes lignes par les citoyens – régime sans doute possible mais encore à venir.

NOTES

¹ Dont témoignent les hommages qu'ils lui ont rendus : R. Capitant, « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'université de Strasbourg, le 21 novembre 1936 [Repris dans R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres* (1928-1940) (cité *EEDG*), textes réunis et présentés par O. Beaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 259-269] ; G. Burdeau, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *Revue du droit public*, 1935, p. 345-381 et « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », *Revue des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 98-110, repris dans G. Burdeau, *Écrits de droit constitutionnel et de science politiques*, textes réunis et préfacés par J.-M. Denquin, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2011, pp. 23-45 et 507-516 [cité *EDCSP*].

² Aux recueils mentionnés à la note précédentes, il convient d'ajouter R. Capitant, *Écrits constitutionnels* [cité *EC*], préface de M. Waline, choix de textes de J.-P. Morelout, Paris, Éditions du CNRS, 1982, et R. Capitant, *Face au nazisme : Écrits 1933-1938*, préface de Ph. Burstin, textes réunis par O. Beaud, Strasbourg, Presses universitaires, 2004.

³ Il s'agit des photocopiés des années 1951-1952 et 1952-1953. Ceux des deux années universitaires suivantes portent sur « La hiérarchie des pouvoirs dans le droit public français », et celui de l'année 1956-1957, qui est inachevé, sur « Le principe d'autonomie en droit public ».

⁴ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la Science politique de son temps* (1950), Paris, Vrin, 2^e éd., 2000.

⁵ R. Capitant, *EC*, p. 21.

⁶ Les trois premiers chapitres sont consacrés respectivement à « La théorie du Contrat social ou l'individualisme moderne », Hobbes, Locke et Montesquieu. Capitant avait auparavant consacré un texte à Hobbes : « Hobbes et l'État totalitaire », *EEDG*, p. 231-257.

⁷ « J'appelle [...] Gouvernement ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive, et Prince ou magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration », *Du Contrat social*, III, I, OC, III, p. 39. Contrairement au parti choisi dans cette édition, Capitant et Burdeau utilisent dans leurs citations une orthographe modernisée.

⁸ R. Capitant, *EC*, p. 82.

⁹ R. Capitant, *EC*, p. 95.

¹⁰ R. Capitant, *EC*, p. 88.

¹¹ R. Capitant, *EC*, p. 100.

¹² *Du Contrat social*, I, VI (OC, III, p. 360).

¹³ R. Capitant, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, 1972.

¹⁴ R. Capitant, *EC*, p. 405.

¹⁵ R. Capitant, *EC*, p. 406.

¹⁶ On peut observer en passant que le terme « collectivisme » n'a peut-être pas en 1972 les mêmes connotations qu'en 1951.

¹⁷ Le mot est utilisé pour faire court mais entre guillemets en raison de son caractère polémique et, pour une partie des auteurs évoqués, anachronique.

¹⁸ R. Capitant, *EC*, p. 114.

¹⁹ *Du Contrat social*, I, VII (OC, III, p. 363).

²⁰ *Du Contrat social*, I, VI (OC, III, p. 361). Capitant note que ce développement s'inspire de Hobbes (*EC*, p. 110).

¹ *Du Contrat social*, II, IV (OC, III, p. 372-375).

² *Du Contrat social*, III, X (OC, III, p. 422-423).

³ R. Capitant, *EC*, p. 84.

⁴ R. Capitant, *EC*, p. 95.

⁵ R. Capitant, *EC*, p. 100.

⁶ R. Capitant, *EC*, p. 98.

⁷ R. Capitant, *EC*, p. 104-105.

⁸ R. Capitant, *EC*, p. 100.

⁹ R. Capitant, *EC*, p. 93.

¹⁰ R. Capitant, *EC*, p. 94.

¹¹ *Du Contrat social*, II, VI (OC, III, p. 380).

¹² R. Capitant, *EC*, p. 94.

¹³ Cette familiarité a cependant son revers. Burdeau, manifestement, cite souvent de mémoire. Parfois il utilise des formules authentiquement rousseauistes mais qui sous sa plume prennent un sens différent de celui qu'elles assument dans leur contexte original.

¹⁴ *Études sur le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, Les Belles Lettres, 1964, p. 219-226 [Repris dans *EDCSP*, p. 449-454].

¹⁵ G. Burdeau, *Traité de Science politique*, t. 1, vol. 2, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1980, p. 337-339, p. 338.

¹⁶ *Ibid.*, p. 339.

¹⁷ *Ibid.*, p. 339, note 81.

¹⁸ *Études sur le Contrat social*, p. 219. [*EDCSP*, p. 449].

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Du Contrat social*, I, III (OC, III, p. 354). Rousseau utilise cette expression pour dénoncer les discours qui prétendent établir le droit du plus fort.

²¹ *Études sur le Contrat social*, p. 220 [*EDCSP*, p. 449-450].

²² *Études sur le Contrat social*, p. 220 [*EDCSP*, p. 450].

²³ *Études sur le Contrat social*, p. 221 [*EDCSP*, p. 450].

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Études sur le Contrat social*, p. 221 [*EDCSP*, p. 451].

²⁶ *Études sur le Contrat social*, p. 222 [*EDCSP*, p. 452].

²⁷ *Études sur le Contrat social*, p. 223 [*EDCSP*, p. 452].

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Études sur le Contrat social*, p. 224 [*EDCSP*, p. 453].

³⁰ G. Burdeau, *La démocratie*, Paris, Seuil, 1966, p. 37.

³¹ G. Burdeau, « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », dans *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966, p. 98-110 [*EDCSP*, p. 510].

CHAPITRE IV

Des bornes du pouvoir Souverain

Si l'Etat ou la Cité n'est qu'une personne morale dont la vie consiste dans l'union de ses membres, & si le plus important de ses soins est celui de sa propre conservation, il lui faut une force universelle & compulsive pour mouvoir & disposer chaque partie de la manière la plus convenable au tout. Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au Corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens, & c'est ce même pouvoir, qui, dirigé par la volonté générale porte, comme j'ai dit, le nom de souveraineté.

Mais, outre la personne publique, nous avons à considérer les personnes privées qui la composent, & dont la vie & la liberté sont naturellement indépendantes d'elle. Il s'agit donc de bien distinguer les droits respectifs des Citoyens & du Souverain,* [*Lecteurs attentifs, ne vous pressez pas, je vous prie, de m'accuser ici de contradiction. Je n'ai pu l'éviter dans les termes, vu la pauvreté de la langue; mais attendez] & les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets, du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes.

On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance. Tous les services qu'un Citoyen peut rendre à l'Etat, il les lui doit si-tôt que le Souverain les demande; mais le Souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté; il ne peut pas même le vouloir; car sous la loi de raison rien ne se fait sans cause, non plus que sous la loi de nature. Les engagements qui nous lient au Corps social ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels, & leur nature est telle qu'en les remplissant on ne peut travailler pour autrui sans travailler aussi pour soi. Pourquoi la volonté générale est-elle toujours droite, & pourquoi tous veulent-ils constamment le bonheur de chacun d'eux, si ce n'est parce qu'il n'y a personne qui ne s'approprie ce mot chacun, & qui ne songe à lui-même en votant pour tous? Ce qui prouve que l'égalité de droit & la notion de justice qu'elle produit dérivent de la préférence que chacun se donne & par conséquent de la nature de l'homme, que la volonté générale pour être vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence, qu'elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous, & qu'elle perd sa rectitude naturelle lorsqu'elle tend à quelque objet individuel & déterminé, parce qu'alors jugeant de ce qui nous est étranger, nous n'avons aucun vrai principe d'équité qui nous guide.

En effet, si-tôt qu'il s'agit d'un fait ou d'un droit particulier, sur un point qui n'a pas été réglé par une convention générale & antérieure, l'affaire devient contentieuse. C'est un procès où les particuliers intéressés sont une des parties, & le public l'autre, mais où je ne vois ni la loi qu'il faut suivre, ni le juge qui doit prononcer. Il seroit ridicule de vouloir alors s'en rapporter à une expresse décision de la volonté générale, qui ne peut être que la conclusion de l'une des parties, & qui par conséquent n'est pour l'autre qu'une volonté étrangère particulière, portée en cette occasion à l'injustice et sujette à l'erreur. Ainsi de même qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale, la volonté générale à son tour change de nature ayant un objet particulier, & ne peut comme générale prononcer ni sur un homme ni sur un fait. Quand le peuple d'Athènes, par exemple, nommoit ou cassoit ses chefs, décernoit des honneurs à l'un, imposoit des peines à l'autre, et, par des multitudes de décrets particuliers exerçoit indistinctement tous les actes du Gouvernement, le peuple alors n'avoit plus de volonté générale proprement dite, il n'agissoit plus comme Souverain mais comme magistrat.

Ceci paroîtra contraire aux idées communes, mais il faut me laisser le temps d'exposer les miennes. On doit concevoir par-là, que ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix, que l'intérêt commun qui les unit, car dans cette institution chacun se soumet nécessairement aux conditions qu'il impose aux autres; accord admirable de l'intérêt et de la justice, qui donne aux délibérations communes un caractère d'équité qu'on voit évanouir dans la discussion de toute affaire particulière, faute d'un intérêt commun qui unisse & identifie la règle du juge avec celle de la partie. Par quelque côté qu'on remonte au principe, on arrive toujours à la même conclusion; savoir, que le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité qu'ils s'engagent tous sous les mêmes conditions, & doivent jouir tous des mêmes droits. Ainsi par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est-à-dire tout acte authentique de la volonté générale oblige ou favorise également tous les citoyens, en sorte que le Souverain connoît seulement le Corps de la nation & ne distingue aucun de ceux qui la composent. Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté? Ce n'est pas une convention du supérieur avec l'inférieur, mais une convention du Corps avec chacun de ses membres: convention légitime, parce qu'elle a pour base le contrat social; équitable, parce qu'elle est commune à tous; utile, parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général; & solide, parce qu'elle a pour garant la force publique & le pouvoir suprême. Tant que les sujets ne sont soumis qu'à de telles conventions, ils n'obéissent à personne, mais seulement à leur propre volonté; & demander jusqu'où s'étendent les droits respectifs du Souverain & des Citoyens, c'est demander jusqu'à quel point ceux-ci peuvent s'engager avec eux-mêmes, chacun envers tous & tous envers chacun d'eux. On voit par-là que le pouvoir souverain, tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales, & que tout homme peut disposer pleinement de ce qui lui a été laissé de ses biens & de sa liberté par ces conventions; de sorte que le souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent.

Ces distinctions une fois admises, il est si faux que dans le contrat social il y ait de la part des particuliers aucune renonciation véritable, que leur situation, par l'effet de ce contrat, se trouve réellement préférable à ce qu'elle étoit auparavant, & qu'au lieu d'une aliénation, ils n'ont fait qu'un échange avantageux d'une manière d'être incertaine & précaire contre une autre meilleure & plus sûre, de l'indépendance naturelle contre la liberté, du pouvoir de nuire à autrui contre leur propre sûreté, et de leur force que d'autres pouvoient surmonter contre un droit que l'union sociale rend invincible. Leur vie même qu'ils ont dévouée à l'Etat en est continuellement protégée, & lorsqu'ils l'exposent pour sa défense, que font-ils alors que lui rendre ce qu'ils ont reçu [225] de lui? Que font-ils qu'ils ne fissent plus fréquemment & avec plus de danger dans l'état de nature, lorsque livrant des combats inévitables, ils défendroient au péril de leur vie ce qui leur sert à la conserver? Tous ont à combattre au besoin pour la patrie, il est vrai; mais aussi nul n'a jamais à combattre pour soi. Ne gagne-t-on pas encore à courir, pour ce qui fait notre sûreté une partie des risques qu'il faudroit courir pour nous-mêmes si-tôt qu'elle nous seroit ôtée?

*

* *

CHAPITRE XV

Des Députés ou Représentans

Si-tôt que le service public cesse d'être la principale affaire des citoyens, & qu'ils aiment mieux servir de leur bourse que de leur personne, l'Etat est déjà près de sa ruine. Faut-il marcher au combat? ils payent des troupes & restent chez eux; faut-il aller au conseil? Ils nomment des députés & restent chez eux. A force de paresse et d'argent ils ont enfin des soldats pour servir la patrie & des représentans pour la vendre.

C'est le tracas du commerce & des arts, c'est l'avidité du gain, c'est la mollesse et l'amour des commodités, qui changent les services personnels en argent. On cède une partie de son profit pour l'augmenter à son aise. Donnez de l'argent & bientôt vous aurez des fers. Ce mot de finance est un mot d'esclave; il est inconnu dans la cité. Dans un Etat vraiment libre les citoyens font tout avec leurs bras & rien avec de l'argent; loin de payer pour s'exempter de leurs devoirs, ils payeroient pour les remplir eux-mêmes. Je suis bien loin des idées communes, je crois les corvées moins contraires à la liberté que les taxes.

Mieux l'Etat est constitué, plus les affaires publiques l'emportent sur les privées dans l'esprit des citoyens. Il y a même beaucoup moins d'affaires privées, parce que la somme du bonheur commun fournissant une portion plus considérable à celui de chaque individu, il lui en reste moins à chercher dans les soins particuliers. Dans une cité bien conduite chacun vole aux assemblées; sous un mauvais Gouvernement, nul n'aime à faire un pas pour s'y rendre, parce que nul ne prend intérêt à ce qui s'y fait, qu'on prévoit que la volonté générale n'y dominera pas, & qu'enfin les soins domestiques absorbent tout. Les bonnes loix en font faire de meilleures, les mauvaises en amènent de pires. Si-tôt que quelqu'un dit des affaires de l'Etat, que m'importe? on doit compter que l'Etat est perdu.

L'attiédissement de l'amour de la Patrie, l'activité de l'intérêt privé, l'immensité des Etats, les conquêtes, l'abus du Gouvernement ont fait imaginer la voie des députés ou représentans du peuple dans les assemblées de la nation. C'est ce qu'en certains pays on ose appeler le Tiers-Etat. Ainsi, l'intérêt particulier de deux ordres est mis au premier & second rang, l'intérêt public n'est qu'au troisième. La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, & la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentans, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple Anglois pense être libre; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement; si-tôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts momens de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde. L'idée des représentans est moderne: elle nous vient du Gouvernement féodal, de cet inique & absurde Gouvernement dans lequel l'espece humaine est dégradée, & où le nom d'homme est en déshonneur. Dans les anciennes républiques & même dans les monarchies, jamais le peuple n'eut des représentans; on ne connoissoit pas ce mot-là. Il est très-singulier qu'à Rome où les tribuns étoient si sacrés, on n'ait pas même imaginé qu'ils pussent usurper les fonctions du peuple, & qu'au milieu d'une si grande multitude, ils n'aient jamais tenté de passer de leur chef un seul plébiscite. Qu'on juge cependant de l'embarras que causoit quelquefois la foule, par ce qui arriva du tems des Gracques, où une partie des citoyens donnoit son suffrage de dessus les toits.

Où le droit & la liberté sont toutes choses, les inconvéniens ne sont rien. Chez ce sage peuple tout étoit mis à sa juste mesure: il laissoit faire à ses licteurs ce que ses tribuns n'eussent osé faire; il ne craignoit pas que ses licteurs voulussent le représenter.

Pour expliquer cependant comment les tribuns le représentoient quelquefois, il suffit de concevoir comment le Gouvernement représente le Souverain. La loi n'étant que la déclaration de la volonté générale, il est clair que dans la puissance législative le peuple ne peut être représenté; mais il peut & doit l'être dans la puissance exécutive, qui n'est que la force appliquée à la loi. Ceci fait voir qu'en examinant bien les choses on trouveroit que très-peu de nations ont des loix. Quoi qu'il en soit, il est sûr que les tribuns, n'ayant aucune partie du pouvoir exécutif, ne purent jamais représenter le Peuple Romain par les droits de leurs charges, mais seulement en usurpant sur ceux du Sénat.

Chez les Grecs, tout ce que le peuple avoit à faire il le faisoit par lui-même. Il étoit sans cesse assemblé sur la place, il habitoit un climat doux, il n'étoit point avide; des esclaves faisoient ses travaux, sa grande affaire étoit sa liberté. N'ayant plus les mêmes avantages, comment conserver les mêmes droits? Vos climats plus durs vous donnent plus de besoins: *[*Adopter dans les pays froids le luxe & la mollesse des orientaux, c'est vouloir se donner leurs chaînes; c'est s'y soumettre encore plus nécessairement qu'eux.] six mois de l'année la place publique n'est pas tenable vos langues sourdes ne peuvent se faire entendre en plein air, vous donnez plus à votre gain qu'à votre liberté, & vous craignez bien moins l'esclavage que la misère.

Quoi! la liberté ne se maintient qu'à l'appui de la servitude? Peut-être. Les deux excès se touchent. Tout ce qui n'est point dans la nature a ses inconvéniens, & la société civile plus que tout le reste. Il y a telles positions malheureuses où l'on ne peut conserver sa liberté qu'aux dépens de celle d'autrui, & où le citoyen ne peut être parfaitement libre que l'esclave ne soit extrêmement esclave. Telle étoit la position de Sparte. Pour vous, peuples modernes, vous n'avez point d'esclaves, mais vous l'êtes; vous payez leur liberté de la vôtre. Vous avez beau vanter cette préférence; j'y trouve plus de lâcheté que d'humanité.

Je n'entends point par tout cela qu'il faille avoir des esclaves ni que le droit d'esclavage soit légitime, puisque j'ai prouvé le contraire. Je dis seulement les raisons pourquoi les peuples modernes qui se croient libres ont des représentans, & pourquoi les peuples anciens n'en avoient pas. Quoi qu'il en soit, à l'instant qu'un peuple se donne des représentans, il n'est plus libre; il n'est plus.

Tout bien examiné, je ne vois pas qu'il soit désormais possible au Souverain de conserver parmi nous l'exercice de ses droits si la cité n'est très-petite. Mais si elle est très-petite elle sera subjuguée ? Non. Je ferai voir ci-après* [*C'est ce que je m'étois proposé de faire dans la suite de cet ouvrage, lorsqu'en traitant des relations externes j'en serois venu aux confédérations. Matière toute neuve & où les principes sont encore à établir.] comment on peut réunir la puissance extérieure d'un grand peuple avec la police aisée & le bon ordre d'un petit Etat.

Document 4 : R. Capitant, « Rousseau, fondateur de la démocratie moderne », in *Principes du droit public*, Les cours de droit, Paris, 1951-1952, reproduit in *Écrits constitutionnels*, choix de Jean-Pierre Morelou, préf. de Marcel Waline, Paris, CNRS, 1982, pp. 80-99, 113-126 (extraits)

Ainsi voit-on de nos jours des démocrates, incertains de la démocratie, oublieux de ses sources, rejeter Rousseau dans le camp de l'anti-démocratie et livrer eux-mêmes au mensonge totalitaire la bannière du prophète méconnu et trahi.

CHAPITRE IV

J.-J. ROUSSEAU,

FONDATEUR DE LA DÉMOCRATIE MODERNE

Il n'y a pas, dans toute la littérature politique, d'auteur plus controversé, plus incompris, plus diffamé que Jean-Jacques Rousseau, spécialement pour son *Contrat social*.

Il est très fréquent qu'on le classe parmi les théoriciens de l'absolutisme, ou qu'on fasse même de lui un précurseur des dictatures totalitaires.

Il est devenu classique de lui imputer les pires contradictions; on admire l'éclat de son style, mais on dénonce l'incohérence de sa pensée. Même les critiques les plus favorables se croient obligés, lorsqu'ils en viennent à l'analyse de certains des chapitres du *Contrat social*, de s'avouer impuissants à en résoudre les énigmes.

On trouve parmi ses adversaires tous les écrivains du mouvement contre-révolutionnaire, qui ont eu tant d'importance au XIX^e et au XX^e siècles, et attaquent en lui le plus grand et le plus redoutable des esprits qui, au XVIII^e siècle, ont contribué à détruire l'Ancien régime.

Mais on y trouve aussi tous ceux qui, bien que s'inscrivant dans le courant individualiste moderne, défendent la tradition représentative contre la démocratie : les plébiscitaires, qui cherchent à incarner dans le César moderne le despotisme éclairé de Hobbes; les conventionnels, qui se bornent à transférer à l'Assemblée les pouvoirs attachés au monarque ou au dictateur; les libéraux, enfin, qui, à la suite de Locke et de Montesquieu, poursuivent l'affaiblissement de l'Etat et le gouvernement des notables.

Tous rejoignent les contre-révolutionnaires dans leur haine de Rousseau. C'est que tous haïssent également la souveraineté du peuple. Les uns la refusaient au nom de la tradition; les autres l'ont confisquée au nom de la représentation. Rousseau, qui veut en faire une réalité, est leur ennemi commun.

Près de deux siècles de calomnie et d'incompréhension recouvrent aujourd'hui son œuvre d'une couche si épaisse qu'à peine peut-on en reconnaître les véritables traits. Ceux mêmes qui devraient se réclamer de lui ne le connaissent le plus souvent que par l'image falsifiée qui se transmet de main en main et, se joignant à la foule de ses détracteurs, le condamnent parfois au nom des idées que, sans le savoir, ils ont héritées de lui.

SECTION I

L'OPPOSITION DU RÉGIME REPRÉSENTATIF ET DE LA DÉMOCRATIE

Nous avons vu plus haut que Rousseau se rattache à la grande *Ecole du contrat social*, qui, aux XVII^e et XVIII^e siècles, a substitué à la conception traditionaliste de l'Etat de droit divin, la conception individualiste et rationaliste de l'Etat moderne. Il y a un fonds commun de doctrine que l'on retrouve chez tous les représentants de cette école, dans l'œuvre de Rousseau, comme dans celle de Hobbes ou de Locke. Rappelons brièvement en quoi il consiste.

Ce qu'il y a de commun à tous ces auteurs, c'est l'affirmation que le pouvoir politique n'est légitime que s'il est consenti par les citoyens. Le contrat social, qui constitue l'Etat, est l'instrument juridique de ce consentement. L'Etat n'est donc ni un simple fait historique, ni un simple phénomène sociologique. Il est une manifestation de volonté humaine, une affirmation collective des volontés individuelles. L'Etat n'existe que parce que les individus veulent qu'il existe et dans la mesure où ils le veulent. Il est une création artificielle de leur volonté. S'ils le préfèrent à l'anarchie primitive, à « l'état de nature », c'est parce qu'ils y trouvent leur intérêt, parce que leur raison leur en démontre les avantages, la nécessité même. Mais cette nécessité n'est pas une nécessité naturelle; qui s'impose à leur volonté. Elle est d'ordre purement rationnel; elle s'adresse à leur libre arbitre, comme un impératif conforme à leur intérêt, mais respectueux de leur autonomie. Cette autonomie de l'individu est souveraine. Et c'est d'elle seule que peut dériver la souveraineté de l'Etat.

Mais sur ce fonds commun vont s'ériger des doctrines profondément différentes, dont, après l'écroulement de l'ancien régime, les divergences domineront la vie politique du XIX^e siècle.

Nous avons vu ce qui sépare l'absolutisme de Hobbes du libéralisme de Locke. Mais, malgré leurs différences, ces deux doctrines aboutissent l'une et l'autre au *régime représentatif*, c'est-à-dire à l'instauration d'organes étatiques, qui, pour être consentis, n'en restent pas moins *souverains* et continuent d'imposer leur volonté à leurs sujets.

Pour Locke, comme pour Hobbes, le contrat social est essentiellement un acte d'*aliénation*, de transfert de la souveraineté. L'individu qui avant le contrat social, est libre, souverainement libre, aliène cette liberté — cette souveraineté — au profit d'un tiers, ou de plusieurs

tiers, qui deviennent ainsi souverains et peuvent commander à tous, en vertu du droit que chacun avait auparavant de se commander soi-même. Le souverain institué par le contrat social jouit donc d'un pouvoir de commandement, de domination sur les particuliers. Ceux-ci, réciproquement, sont réduits à l'état de sujets. Ils sont dans une situation d'obéissance, de soumission, de dépendance, par rapport au souverain, auquel ils ont transmis la souveraineté.

L'Etat ainsi conçu repose bien sur le consentement de l'individu — et c'est en quoi il s'oppose à l'Etat de droit divin —. Mais il n'en perpétue pas moins le pouvoir de domination, le pouvoir de commandement des gouvernants sur les gouvernés, qui caractérisait l'ancien régime. L'individu n'est appelé à consentir qu'à sa propre soumission. Il consent à se donner un maître. Mais il a toujours un maître, auquel il doit obéissance. Sans doute, Locke n'admet pas une aliénation totale. Il voudrait que l'aliénation ne fût que partielle. Il cherche encore, par la complexité et la pluralité des organes de l'Etat, à diviser, à freiner, à modérer cette puissance de commandement déléguée au souverain. Il n'en reste pas moins que, pour lui aussi, bien qu'à un degré moindre, le contrat social est un acte d'aliénation de sa liberté par l'individu.

Ces doctrines se rattachent à ce que l'on pourrait appeler la philosophie du *pouvoir*; elles définissent l'Etat par le pouvoir des gouvernants sur les gouvernés. Elles en modifient l'origine, mais elles perpétuent ce pouvoir.

Or, c'est précisément contre cette idée que Rousseau va s'élever — ce qui permet de comprendre pourquoi il est l'adversaire de Locke, autant que de Hobbes même —.

Il ne prend la plume que pour condamner les théories qui conçoivent le contrat social comme un pacte de soumission de l'individu, qui le réduisent à un engagement d'obéissance à des tiers, investis du pouvoir souverain. Pour lui, la souveraineté, c'est-à-dire la liberté — on ne peut comprendre ces discussions si l'on n'a pas constamment présente à l'esprit l'identité de ces deux mots : souveraineté et liberté — pour Rousseau, la liberté est une qualité inhérente à la nature humaine, que l'individu ne saurait aliéner sans se dégrader, sans se détruire lui-même en tant qu'homme. La liberté est donc *inaliénable* dans le contrat social. Le contrat social doit être, non pas un acte d'aliénation, mais un acte d'affirmation de sa liberté par l'individu. Tout contrat social manquerait son but qui aboutirait à aliéner la liberté, et par conséquent à déléguer la souveraineté. Il aboutirait pratiquement à retomber dans l'ancien régime, en apportant à celui-ci le renfort d'une nouvelle et trompeuse légitimité.

Le problème est donc de concevoir le contrat social de telle façon que l'individu conserve dans l'état civil la liberté dont il jouissait dans l'état de nature et qu'en outre cette liberté y soit également et souverainement garantie à tous. Ainsi l'individu bénéficiera des avantages de l'Etat sans avoir aliéné sa liberté.

L'Etat de Rousseau n'est pas l'anarchie. C'est un Etat souverain, tout-puissant, qui fait régner l'ordre et la justice. Et pourtant cet Etat respecte intégralement l'autonomie individuelle. Il fait que chacun n'ait jamais à subir de maître, ni réciproquement le droit d'imposer sa volonté à autrui. Chacun n'obéit qu'à sa propre volonté, à la règle à laquelle il a lui-même consenti.

Un tel Etat n'est-il pas une utopie ? Ce problème n'est il pas la quadrature du cercle ? C'est ce que pensent la plupart des commentateurs.

Ce problème est pourtant celui de la démocratie. Et s'il comporte une solution, c'est celle que nous a proposée Rousseau. Prenons-en une vue d'ensemble, avant d'entrer dans une analyse plus détaillée et plus littérale du « contrat social ».

Elle se résume presque entièrement en un mot : celui de *volonté générale*. C'est la volonté générale qui détient la souveraineté. L'individu ne délègue la souveraineté ni à un roi, ni à une assemblée, ni à quelque organe que ce soit, mais uniquement à la volonté générale.

Cette notion, qui parcourt tout l'ouvrage, qui en est le leitmotiv, apparaît à beaucoup comme une notion étrange, obscure, comme une sorte de mythe auquel on arrive difficilement à donner un contenu concret ou une forme saisissable.

Il est donc essentiel de préciser ce que Rousseau entend par la volonté générale, en traduisant sa langue parfois abstraite et philosophique dans notre langage juridique.

Car il ne faut pas oublier que Rousseau faisait œuvre de juriste, énonçait les principes d'une constitution, et a intitulé lui-même son principal ouvrage : « *Du Contrat social ou Principes du Droit politique* ».

Beaucoup de ses commentateurs, purs littéraires ou purs philosophes, étaient mal préparés de ce point de vue à pénétrer sa pensée. L'un des grands mérites de M. Robert Derathé, dans l'ouvrage que j'ai cité et que je continue d'utiliser, a été de montrer que Rousseau a formé sa pensée en lisant les juristes de son époque et s'est constamment adressé à eux pour les réfuter — même lorsqu'il ne les mentionnait pas expressément —. Plus encore que Hobbes, Locke et Montesquieu, Rousseau a lu de façon approfondie les grands juristes de l'Ecole du Droit de la nature et des gens, et spécialement Grotius, Pufendorf et Burlamaqui.

Il est donc indiscutable que sa pensée est imprégnée de notions juridiques, et que sa langue elle-même emprunte beaucoup à la terminologie du Droit. M. Derathé a même établi un véritable lexique donnant systématiquement la traduction juridique des principales expressions ou des vocables le plus souvent employés par Rousseau.

C'est en utilisant cette méthode qu'on peut parvenir à une définition simple et claire de la volonté générale.

La volonté générale est *doublement* générale, nous dit Rousseau. Elle est générale par sa *source* : c'est dire qu'elle est la volonté du

peuple. Mais elle est générale aussi par son *objet* : c'est dire qu'elle s'applique à tout le peuple. Mais comme le peuple n'est jamais, dans la pensée de Rousseau, que la généralité des individus qui le composent, comme, d'autre part, la volonté générale s'exprime sous la forme de lois, on peut résumer toute cette définition par la proposition suivante : *la volonté générale, c'est la loi, à la double condition qu'elle soit votée par tous et applicable à tous.*

On peut dire que cette définition caractérise la *démocratie*, en donnant son acception moderne à ce mot, que Rousseau emploie, lui dans un sens restreint, appliqué au seul pouvoir exécutif, comme nous aurons l'occasion de le préciser plus loin. Pour user de notre langue juridique moderne, on peut dire qu'en définissant la volonté générale, Rousseau définit la démocratie elle-même. La démocratie est le régime où la souveraineté appartient à des lois votées par tous et applicables à tous.

Lois votées par tous : c'est le principe de la *votation populaire*, qui exclut toute délégation de la souveraineté, même à des représentants élus, et même à la majorité des citoyens. La souveraineté appartient à l'*unanimité* des citoyens s'exprimant par voie de votation directe.

Lois applicables à tous : c'est le second élément de la définition, inséparable du premier. Il est capital. Il nous montre que Rousseau n'a pas commis l'erreur habituelle et fatale d'identifier la démocratie à la simple volonté populaire. Rousseau a parfaitement compris que le règne de la majorité — et même de l'unanimité — peut être arbitraire et retomber dans la tyrannie, s'il n'est pas corrigé par le principe de la généralité de la loi. Rousseau n'oublie pas que le problème est d'instituer un régime qui exclue toute dépendance de l'homme par rapport à l'homme, toute domination de l'homme sur l'homme; un régime entièrement fondé sur l'*autonomie*, excluant donc toute forme d'*hétéronomie*. Pour cela, il est nécessaire, non seulement que chacun ait consenti à la loi, mais encore que chacun se soumette à la loi qui s'appliquera à autrui.

Ce n'est que si la loi s'applique à tous qu'elle est juste et exclusive de toute atteinte à la liberté de l'individu. Supposons une loi votée par la majorité, mais imposant une charge discriminatoire à un citoyen; elle est oppressive à l'égard de celui-ci. Supposons encore une loi votée par la majorité, mais à l'application de laquelle cette majorité se soit elle-même soustraite : elle n'est qu'une manifestation de force de cette majorité à l'égard de la minorité. Est-on encore en présence de la volonté générale ? Est-ce encore de la démocratie ? Non. Car reparait alors la sujétion des uns aux autres, la domination des gouvernants sur les gouvernés, un système d'*hétéronomie*, un régime de pouvoir personnel, soit donc un rapport de force qui ne sera jamais, pour Rousseau, un rapport de droit. Ce n'est plus une volonté générale, mais une volonté particulière. C'est une volonté particulière, non seulement parce qu'elle n'émane que d'une partie du peuple, cette partie fût-elle majoritaire, mais surtout parce qu'elle ne s'applique qu'à une partie des citoyens. Cette partie du

peuple subit la loi, sans l'imposer réciproquement aux autres. Le lien d'égalité est donc rompu entre les autonomies individuelles.

Plaçons-nous, au contraire, dans l'autre hypothèse, celle que Rousseau veut voir réaliser, celle d'une loi qui, votée par tous, s'applique également à tous. Alors, non seulement chaque citoyen n'obéit qu'à la loi à laquelle il a consenti, chacun est ainsi législateur en même temps que sujet, mais chacun se soumet lui-même à la loi qu'il a voulue. Ainsi chacun légifère, mais chacun légifère pour soi. Ce qui est bien la définition de l'autonomie. Chacun est autonome. Chacun n'est qu'autonome. Nulle place n'est laissée à aucune forme d'hétéronomie. Les rapports de droit sont entièrement mutuels, entièrement réciproques; l'égalité des citoyens est entièrement respectée : aucun n'impose à l'autre sa volonté, sans qu'en même temps la volonté de l'autre ne s'impose à lui, ces volontés étant d'ailleurs les mêmes, incorporées dans la même loi générale.

Ainsi s'éclaire la notion de volonté générale. La démocratie est le règne de la volonté générale. Elle a pour but d'éliminer de l'Etat tout pouvoir de commandement personnel d'un homme sur un autre, tout lien de dépendance, de subordination, de sujétion d'un homme à l'autre. Elle tend, par là même, à faire que la liberté, l'indépendance des citoyens soient aussi complètes dans l'état civil que dans l'état de nature, mais dans la paix et la justice, grâce à l'Etat, au lieu de l'être dans l'anarchie, c'est-à-dire dans la guerre de tous contre tous, dans le règne de l'injustice et de la force.

Cette idée domine toute la construction politique de Rousseau. Elle en est vraiment la clé de voûte. Si donc on la garde bien présente à l'esprit, on comprend facilement tout le reste, qui en découle.

Lorsque, notamment, Rousseau affirme que la volonté générale, ainsi entendue, est *absolue*, qu'elle ne comporte aucune limite à l'égard de l'individu, il sera facile de saisir que cet absolutisme n'a rien de commun avec l'absolutisme de Hobbes, *a fortiori* avec l'absolutisme totalitaire, puisqu'il n'est pas autre chose que la souveraineté absolue de l'individu sur sa propre personne. C'est donc un absolutisme pénétré d'individualisme. C'est la souveraineté et la démocratie, du citoyen sur lui-même. C'est la preuve que Rousseau entend sauvegarder totalement, absolument, l'autonomie de l'individu. L'absolutisme de l'Etat ainsi conçu n'est que le reflet du caractère absolu de l'autonomie individuelle. Mais à quels contresens ne s'exposent pas ceux qui négligent d'approfondir ces définitions !

Ainsi se dissipent une à une les prétendues obscurités de Rousseau. L'*indivisibilité* de la *souveraineté* signifie que l'individu ne doit pas déléguer sa souveraineté, mais doit en conserver l'exercice pour lui-même.

Quant à l'*indivisibilité* de la *souveraineté*, elle est une conséquence immédiate de l'inaliénabilité. C'est le peuple, et le peuple seul qui est titulaire de la souveraineté; ou, plus exactement, sous les espèces du peuple, c'est l'individu qui est souverain sur lui-même. Or la volonté de l'individu ne peut pas être divisée, coupée en morceaux; elle est une et

c'est cette unité individuelle qui, au fond, explique l'unité de la volonté générale, c'est-à-dire l'unité de la souveraineté.

On comprend que Locke, qui voulait que la souveraineté fût déléguée, divisât cette délégation entre plusieurs titulaires. Mais puisque Rousseau refuse toute délégation, comment la souveraineté pourrait-elle être divisée ? Elle est indivisible, parce qu'elle est inaliénable.

On voit ainsi que la pensée de Rousseau, bien loin d'être incohérente, comme on le dit si souvent, est, au contraire, d'une extrême cohérence logique. A tel point qu'il est très difficile de l'exposer et de l'analyser par tranches successives. Tout se tient, tout se commande. L'œuvre est pres- que aussi indivisible que la souveraineté elle-même.

C'est pourquoi il a semblé nécessaire d'en donner un aperçu syn- thétique avant d'en entreprendre l'analyse systématique suivant le plan ci-dessous :

1. — La souveraineté de l'individu est inaliénable et doit rester inaliénée.
2. — La souveraineté dans l'Etat appartient à la volonté générale, exprimée dans des lois votées par tous et applicables à tous.
3. — La souveraineté de la loi ainsi définie est absolue.
4. — La souveraineté est indivisible (la séparation des pouvoirs).
5. — La religion civile.

SECTION II

LA SOUVERAINÉTÉ DE L'INDIVIDU EST INALIÉNABLE ET DOIT RESTER INALIÉNÉE

Rousseau n'est pas le premier à affirmer que la souveraineté de l'individu est inaliénable. Locke l'avait déjà fait avant lui, et Rousseau ne fait guère sur ce point que reprendre ses arguments.

Il le fait notamment dans le chapitre IV du Livre I, intitulé « De l'esclavage », dans lequel il réfute la théorie de Grotius sur la validité du contrat d'esclavage.

L'esclavage n'est jamais qu'un rapport de force, d'où ne peut sortir aucun lien de droit. « Je dis qu'un esclave fait à la guerre ou un peuple conquis n'est tenu à rien du tout envers son maître qu'à lui obéir autant qu'il y est forcé... L'état de guerre subsiste entre eux comme auparavant ».

Le consentement à l'esclavage est nul, car il devient renonciation à la liberté, c'est-à-dire à une qualité substantielle de l'homme, « Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté ».

Ce qui est vrai dans les rapports du maître et de l'esclave est vrai aussi dans les rapports d'un peuple avec un despote. « Si un particulier, dit Grotius, peut aliéner sa liberté et se rendre esclave d'un maître, pourquoi tout un peuple ne pourrait-il aliéner la sienne et se rendre sujet d'un roi ? ». Mais, précisément, puisqu'un particulier ne peut se rendre sujet. « On dira que le despote assure à ses sujets la tranquillité civile. Soit : mais qu'y gagnent-ils, si les guerres que son ambition leur attire, si son insatiable avidité, si les vexations de son ministère les désolent plus que ne feraient leurs dissensions ? Qu'y gagnent-ils, si cette tranquillité même est une de leurs misères ? On vit tranquille aussi dans les cachots; en est-ce assez pour se trouver bien ? Les Grecs enfermés dans l'ancre du Cyclope y vivaient tranquilles, en attendant que leur tour vînt d'être dévorés ».

Locke avait déjà développé des arguments semblables pour combattre Hobbes. Il avait écrit, on se le rappelle (*Essai*, chap. VII, § 93), que supposer que l'individu puisse aliéner totalement ses droits au souverain, « ce serait s'imaginer que les hommes sont assez fous pour prendre grand soin de remédier aux maux que pourraient leur faire des putois ou des renards, mais se réjouissent et, même s'imaginent que c'est leur sauvegarde d'être dévorés par des lions ».

Mais Locke en tirait seulement la conclusion que l'aliénation ne devait être que partielle. Rousseau, plus rigoureux, en déduit, au contraire, qu'il ne doit pas y avoir d'aliénation du tout.

C'est là que son originalité apparaît. Du moment que la liberté est inaliénable, elle doit rester inaliénée dans le contrat social. Celui-ci ne peut être ni un pacte de soumissions, comme pour Locke, ni une stipulation d'obéissance à autrui, comme chez Hobbes. Le contrat social doit être, au contraire, la proclamation et la garantie mutuelles de l'autonomie individuelle.

Rousseau va tirer des conclusions de ce principe dans les deux chapitres suivants : chapitre cinquième, « qu'il faut toujours remonter à une première convention », chapitre sixième « du pacte social ».

Dans le chapitre V, il montre que l'Etat ne peut être fondé sur un rapport de domination. « Que des hommes épars soient successivement asservis à un seul, en quelques nombre qu'ils puissent être, je ne vois là qu'un maître et des esclaves, je n'y vois point un peuple et son chef : c'est, si l'on veut, une aggrégation, mais non pas une association; il n'y a là ni bien public, ni corps politique ».

Quant à la théorie du pacte de soumission de Grotius, il la réfute en ces termes : « Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius, un peuple est donc un peuple avant de se donner à un roi... Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple. Car cet acte étant nécessairement antérieur à l'autre est le vrai fondement de la société ».

Cet acte est le contrat social, dont l'objet est, non d'instaurer un pouvoir hétéronome, mais de constituer le peuple en collectivité autonome.

Le chapitre VI, qui présente une importance particulière, présume, en formules admirablement frappées, l'objet de ce contrat.

Voici le passage essentiel : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est, le problème fondamental dont le contrat social donne la solution ».

Pour Hobbes, le but du contrat social était d'assurer la sécurité de l'individu, et pour cette fin, celui-ci devait aliéner entièrement sa liberté. Chez Locke et chez Montesquieu, sans doute s'agissait-il de sauvegarder la liberté. Mais cette sauvegarde exigeait encore à leurs yeux une aliénation partielle, conditionnelle de la liberté. Pour Rousseau, au contraire, la liberté doit être aussi complète après le contrat social qu'avant. Telle est, on ne saurait trop le répéter, l'idée centrale de l'auteur.

La même pensée se trouve exprimée dans un grand nombre d'autres passages du *Contrat social*. Livre I, Chapitre VII : *Du Souverain* : « Le pacte social garantit chaque associé de toute dépendance personnelle ». Au Livre II, Chapitre XI, Rousseau affirme que les objets principaux du contrat social sont la *liberté* et l'*égalité*, liant ainsi ces deux notions qui jouent un rôle capital dans la théorie démocratique : « Si l'on recherche en quoi consiste le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à deux objets principaux, la *liberté* et l'*égalité*. La liberté, parce que tout dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'Etat; l'égalité parce que la liberté ne peut subsister sans elle ».

Ainsi le contrat social a bien pour objet de garantir l'égalité *indépendance* des citoyens les uns à l'égard des autres. Non seulement il ne comporte aucune aliénation de liberté, mais il consolide au contraire, par une garantie mutuelle, la liberté, qui, dans l'état de nature, était constamment menacée.

Mais rejeter du contrat social toute clause d'aliénation de la liberté individuelle, c'est, du même coup, condamner le régime représentatif. Les deux propositions sont identiques, puisque la représentation de la souveraineté se définit, on l'a vu, comme une aliénation de celle-ci.

Rousseau ne laisse d'ailleurs planer aucune équivoque sur l'expression de sa pensée. Son système est une condamnation du régime représentatif en même temps qu'une affirmation du caractère inaliénable de la souveraineté.

Il l'écrit dans le Chapitre I du Livre II : *Que la Souveraineté est inaliénable* : « Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le Souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même : le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté ». L'idée de

représentation est bannie, en même temps que l'idée d'aliénation, parce qu'elles sont identiques.

On n'a souvent voulu voir dans cette phrase qu'une expression de la métaphysique rousseauiste. Pourtant, si on la met à sa place, dans l'enchaînement des propositions, elle perd tout caractère mystérieux et revêt une parfaite clarté.

Elle signifie qu'on peut bien transmettre un pouvoir à quelqu'un, c'est-à-dire se soumettre à la volonté d'autrui. Mais on ne peut transmettre à autrui sa propre volonté.

Si donc la souveraineté est la volonté générale, autrement dit la volonté des citoyens, rien ne peut faire que cette volonté des citoyens soit exprimée par d'autres qu'eux-mêmes. Un roi, une assemblée peuvent bien exprimer une volonté, mais cette volonté, n'étant pas celle du peuple, n'est pas souveraine. Si elle prétend s'imposer souverainement, ce ne peut être que par usurpation.

On trouve dans le texte la démonstration suivante : « En effet, s'il n'est pas impossible qu'une volonté particulière s'accorde sur quelque point avec la volonté générale, il est impossible au moins que cet accord soit durable et constant; car la volonté particulière tend par sa nature aux préférences, et la volonté générale à l'égalité. Il est plus impossible encore qu'on ait un garant de cet accord, quand même il devrait toujours exister; ce ne serait pas un effet de l'art, mais du hasard. Le Souverain peut bien dire : je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu'il dit vouloir; mais il ne peut pas dire : ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore, puisqu'il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir, et puisqu'il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l'être qui veut. Si donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple; à l'instant qu'il y a un maître, il n'y a plus de Souverain, et dès lors le corps politique est détruit ».

On peut paraphraser le raisonnement de la façon suivante : s'il existait un homme qui pût lire dans la conscience de l'ensemble des citoyens, être à chaque instant l'interprète authentique et fidèle de leur volonté, alors le peuple pourrait se soumettre à son pouvoir sans abdiquer sa propre souveraineté, puisque ce roi ne serait que son porte-parole. Mais cette hypothèse est absurde. Lorsqu'un peuple se soumet à la volonté d'un roi, c'est à la volonté de celui-ci qu'il adhère, et non plus à sa propre volonté. Et cette volonté du monarque, inévitablement, se séparera de la volonté du peuple.

Le peuple aura donc perdu sa souveraineté. Et s'il a consenti à ce pouvoir, son consentement ne fut pas de sa part un acte de souveraineté, mais une abdication de souveraineté.

Ce qui est vrai d'un monarque, l'est tout autant d'un chef ou d'une assemblée élus. Bien que choisi, bien qu'élu, le maître reste le maître, et il ne peut exercer la souveraineté qu'au mépris des droits du peuple.

Rousseau reprend en effet la même idée au Chapitre XV du Livre III, intitulé « *Des députés ou représentants* ». C'est pour affirmer une fois de plus que la souveraineté ne peut pas être représentée : « La Souveraineté ne peut être représentée par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point ; elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi ». Puis viennent ces quelques lignes particulièrement célèbres : « Le peuple anglais pense être libre : il se trompe fort ; il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde ».

Ce dernier passage nous montre clairement que Rousseau condamne le régime représentatif, aussi bien sous la forme de la souveraineté parlementaire que sous celle d'une royauté souveraine ou d'une dictature personnelle. Il est aussi éloigné de Locke et de Montesquieu que de Hobbes. Il n'admet que la démocratie, définie par la souveraineté du peuple. Car, comme il le dit encore, dans le même chapitre : « A l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre, il n'est plus ».

SECTION III

LA SOUVERAINÉTÉ DANS L'ÉTAT APPARTIENT A LA VOLONTÉ GÉNÉRALE, EXPRIMÉE DANS LES LOIS VOTÉES PAR TOUS ET APPLICABLES A TOUS

La souveraineté ne pouvant être déléguée à personne, roi dictateur ou assemblée; la souveraineté ne pouvant davantage être exercée isolément par chaque individu, sans perpétuer l'anarchie de l'état de nature, elle doit nécessairement appartenir au *peuple*, c'est-à-dire à la *communauté*, à la *généralité* des citoyens, liés les uns aux autres par un engagement mutuel.

C'est ce que Rousseau affirme très fortement dans le même chapitre VI du Livre I, lorsque après avoir défini l'objet du contrat social, dans les termes que nous avons cités, il en énonce les clauses : « Ces clauses bien entendues, se réduisent toutes à une seule, savoir *l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté* ».

Et quelques lignes plus loin : « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : *Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puis-*

sance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout ».

Ainsi est institué un souverain — et l'Etat est, par conséquent, constitué —. Mais ce souverain ne porte pas atteinte au principe de l'autonomie individuelle, puisqu'il est composé par ces individus eux-mêmes, de telle façon que chacun participe également à sa volonté.

Le paradoxe apparent de ces formules se résout si l'on aperçoit le caractère profondément *mutualiste* de la conception de Rousseau. C'est ce qui explique que chacun puisse conserver sa liberté tout en se liant à tous les autres. C'est ce qui explique surtout que la communauté ne puisse aucunement se distinguer des individus qui la composent. Elle n'implique aucune soumission de l'un à l'autre, ni de tous à un chef, mais seulement une entr'aide mutuelle contre les dangers de l'anarchie et de la violence.

C'est bien l'idée qui se dégage des formules suivantes empruntées à la page même où vient d'être affirmée la souveraineté de la volonté générale :

« Chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres ».

Ou encore : « Chacun se donnant à tous ne se donne à personne, et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a ».

Ou enfin, cette autre formule, déjà citée : « Chacun s'unissant à tous n'obéit pourtant qu'à lui-même ».

C'est ce caractère mutuel des engagements du contrat social qui explique la définition de la volonté générale.

La volonté générale, on l'a vu, est doublement générale : générale par son origine, générale par son objet. Elle est la volonté de tous s'appliquant à tous. Ou encore, selon la belle définition de Rousseau : elle est la volonté « *de tout le peuple statuant sur tout le peuple* ».

Suivons dans le texte le développement de cette pensée, en examinant successivement les deux aspects :

A — La volonté générale est la loi votée par tous.

B — La volonté générale est la loi applicable à tous.

A — La volonté générale est la loi votée par tous

L'individu est tenu d'obéir à la loi. Sinon, il n'y aurait pas d'Etat, mais seulement l'anarchie naturelle.

Mais il faut que, malgré cette obligation d'obéissance, l'individu reste libre.

Cette condition ne peut être réalisée que si les lois ont été votées par tous les citoyens, de telle sorte que chacun, ayant consenti à la loi, n'obéisse qu'à lui-même en s'inclinant devant elle.

Dans ces conditions, la souveraineté de la loi n'est qu'une manifestation de l'autonomie de l'individu. Elle n'entre donc pas en conflit avec la liberté individuelle. Elle est cette liberté même. Ou du moins, elle est la liberté civile, par opposition à la liberté naturelle.

Cette démonstration que l'individu, dans un tel Etat, est à la fois soumis à l'obéissance et pourtant entièrement autonome, Rousseau l'a faite à plusieurs reprises, dans une forme qui a bien souvent intrigué ou même déconcerté ses lecteurs insuffisamment avertis. Déjà, nous avons vu que dans le Chapitre VI du Livre I, « *Du pacte social* », Rousseau a dit : « Chacun se donnant à tous ne se donne à personne ».

Voici une expression plus claire encore de cette idée (Chapitre VII du Livre I, « *Du Souverain* ») : « Chaque individu contractant pour ainsi dire avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport : savoir, comme membre du Souverain avec les particuliers, et comme membre de l'Etat avec le Souverain » (1).

L'individu a donc une double qualité : il est à la fois sujet, en tant que tenu d'obéir à la loi, et souverain, en tant que participant au vote de celle-ci. Les qualités de sujet et de souverain, au lieu d'être séparées, comme dans le contrat social de Hobbes ou même de Locke, au lieu d'appartenir à des personnes distinctes, sont confondues sur la tête de chacun des individus. C'est la raison pour laquelle chacun, en obéissant au Souverain, n'obéit qu'à soi-même, et reste donc libre, c'est-à-dire autonome. En entrant dans le pacte social, il n'a pas aliéné sa souveraineté.

Dans la lettre à d'Alembert (citée par M. Derathé, p. 232), Rousseau reprend le même thème en disant : « Les sujets et les souverains ne sont que les mêmes hommes considérés sous différents rapports ». Et au Livre III, Chapitre XIII, cette autre formule : « L'essence du corps politique est dans l'accord de l'obéissance et de la liberté ».

(1) Afin de connaître et de comprendre la terminologie de Rousseau, il est nécessaire de lire soigneusement le passage ci-dessous (Livre I, chap. VI : *Du pacte social*) :

« A l'instant (de la conclusion du contrat social), au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix. lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *corps politique*, lequel est appelé par ses membres *Etat* quand il est passif, *Souverain* quand il est actif, *Puissance* en le comparant avec ses semblables. A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de *Peuple*, et s'appellent en particulier *Citoyens* comme participants à l'autorité souveraine, et *Sujets* comme soumis aux lois de l'Etat. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre; il suffit de les savoir distinguer lorsqu'ils sont employés dans toute leur précision ».

Au Livre I, Chapitre VIII *De l'état civil*, Rousseau oppose la liberté naturelle à la liberté civile. Il fait le parallèle classique entre l'état de nature et l'état civil, que nous avons déjà trouvé chez Hobbes et chez Locke. « Réduisons toute cette balance à des termes faciles à comparer, écrit-il. Ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède. Pour ne pas se tromper dans ces compensations, il faut bien distinguer la liberté naturelle, qui n'a pour bornes que les forces de l'individu de la liberté civile, qui est limitée par la volonté générale, et la possession, qui n'est que l'effet de la force ou le droit du premier occupant, de la propriété, qui ne peut être fondée que sur un titre positif ».

Ainsi trouvons-nous exprimée une dernière fois cette idée fondamentale que l'individu en entrant dans l'Etat démocratique, loin de rien abdiquer de sa liberté, confirme et approfondit au contraire son autonomie. L'Etat, en lui garantissant la liberté civile, lui donne infiniment plus que l'anarchie avec la liberté naturelle. A condition du moins que l'Etat, comme le veut Rousseau, ne soit que la généralisation des autonomies personnelles.

Contrairement à ce qu'on pourrait croire, Rousseau ne s'en est pas tenu à une argumentation purement théorique. Il n'a pas craint d'exposer avec une assez grande précision quelles devraient être les modalités de la votation populaire pour que la loi pût être considérée comme votée par tous.

Il a notamment dégagé deux règles essentielles, que l'on peut énoncer, dans la terminologie actuelle, de la façon suivante :

- a) les lois doivent être soumises au *referendum* populaire;
- b) elles doivent, en principe, être votées à l'unanimité, et non à la simple majorité.

Commentons brièvement, à l'aide de citations du *Contrat social*, ces deux propositions :

a) Les lois doivent être ratifiées par le peuple.

Rousseau n'a certainement pas eu la notion précise du *referendum*, tel qu'il se pratique de nos jours dans les grands Etats modernes. Il a plutôt songé aux assemblées populaires matériellement réunies sur la place publique, selon l'exemple des cités grecques ou des cantons suisses. C'est ce qui l'a conduit à exprimer plusieurs fois l'idée que la démocratie exige pour son fonctionnement que l'Etat ait des dimensions réduites.

Mais rien, dans tout ce qu'il dit, n'interdit que l'on transpose dans le cadre du *referendum* les principes qu'il a formulés. Car le *referendum* constitue évidemment la seule modalité pratique de fonctionnement de la démocratie dans de grands Etats. Grâce à lui, en effet, la votation populaire ne se heurte à aucune difficulté qui n'ait été déjà résolue dans le cas d'élections. Les modalités des scrutins électoraux sont même certaine-

ment beaucoup plus compliquées — surtout depuis l'apparition de la représentation proportionnelle — que les modalités du referendum, lequel ne comporte de la part du citoyen que deux réponses simples par *oui* ou par *non*.

Conformément aux principes généralement admis en cette matière, Rousseau n'exige pas que toutes les lois soient votées par le peuple. Il veut, seulement, qu'elles soient ratifiées par lui, ou tout au moins soumises à sa ratification. Il admet que cette ratification puisse être tacite. Il suffit que le peuple ait le droit de faire opposition à la loi. S'il néglige de faire usage de ce droit, on doit admettre qu'il l'a implicitement ratifiée : « Ce n'est point à dire que les ordres des chefs ne puissent passer pour des volontés générales tant que le souverain libre de s'y opposer ne le fait pas. En pareil cas, du silence universel, on doit présumer le consentement du peuple ».

A cette même idée se rattache une autre institution qui a été souvent mal comprise des lecteurs du *Contrat social* : celle du *Législateur*.

Rousseau a consacré un chapitre à cette question, sous le titre : *Du Législateur* (Livre II, Chapitre VII). Mais comment, après ce qu'il a dit, peut-il parler d'un Législateur qui ne soit pas le peuple lui-même ? Comment même peut-il en faire l'éloge et le considérer comme nécessaire ?

Et pourtant, écoutons-le : « De lui-même, le peuple veut toujours le bien; mais de lui-même, il ne le voit pas toujours... Les particuliers voient le bien qu'ils rejettent; le public veut le bien qu'il ne voit pas. Tous ont également besoin de guides. Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison; il faut apprendre à l'autre à connaître ce qu'il veut... Voilà d'où naît la nécessité d'un Législateur ».

Rousseau n'est-il pas pris en flagrant délit de contradiction ? C'est ce que se sont empressés de dire tous ses détracteurs. Trop vite. Car une lecture un peu attentive suffit à faire voir que Rousseau n'attribue à son Législateur qu'un droit d'initiative, un droit de proposition, mais nullement le pouvoir de faire les lois. Le vote des lois reste la prérogative du peuple.

Rousseau a seulement voulu tenir compte du fait que toute assemblée, qu'elle soit parlementaire ou *a fortiori* populaire, ne peut valablement voter que sur des textes qui lui soient soumis. Il faut donc qu'il y ait un organe qui exerce devant elle la fonction d'initiative, d'initiative et de conseil, qui rédige des propositions de lois et les lui soumette.

Dans les démocraties modernes qui pratiquent le referendum, c'est à une ou plusieurs Assemblées que ce rôle est confié. Le Parlement n'est pas condamné à disparaître, en effet, lorsqu'il remet au peuple la souveraineté qu'il a longtemps usurpée à la faveur de la fiction représentative. Le Parlement reste, au contraire, une institution nécessaire, précisément pour remplir la mission que Rousseau assignait au Législateur.

Il est vrai qu'il imaginait plutôt celui-ci sous la forme de ces grands constituants dont Solon ou Lycurgue nous offrent l'exemple dans l'Antiquité, et dont Washington allait bientôt dresser la haute figure sur les marches de la démocratie américaine.

Avec quel respect, quelle admiration il en parle ! « S'il est vrai qu'un grand Prince est un homme rare, que sera-ce d'un grand Législateur ? Le premier n'a qu'à suivre le modèle que l'autre doit proposer... Dans la naissance des sociétés, dit Montesquieu, ce sont les chefs des républiques qui font l'institution, et c'est ensuite l'institution qui forme les chefs des républiques. Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine, de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être... Le Législateur est à tous égards un homme extraordinaire dans l'Etat. »

Mais tant de génie ne saurait mettre la démocratie en danger. Car le Législateur ne prétend ni ne participe à la souveraineté. Il évite même d'exercer toute fonction publique dans l'Etat. « Cet emploi, qui constitue la République, n'entre point dans sa constitution; c'est une fonction particulière et supérieure qui n'a rien de commun avec l'empire humain; car si celui qui commande aux hommes ne doit pas commander aux lois, celui qui commande aux lois ne doit pas non plus commander aux hommes... Quand Lycurgue donna des lois à sa patrie, il commença par abdiquer la Royauté ».

Qui oserait affirmer que ces vastes réflexions soient sans utilité pour l'avenir de nos démocraties ?

b) *Les lois doivent-elles être votées à l'unanimité ou à la majorité ?*

Tout le système de Rousseau suppose que la loi soit votée par tous. C'est dire qu'il ne saurait s'accommoder du principe majoritaire, mais postule, au contraire, l'unanimité du vote.

Pourtant, au Livre IV, Chapitre II : *Des suffrages*, Rousseau n'exige l'unanimité que pour la loi fondamentale, le contrat social lui-même. « Il n'y a, écrit-il, qu'une seule loi qui par sa nature exige un consentement unanime. C'est le pacte social : car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire. Tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu. Décider que le fils d'un esclave naît esclave, c'est décider qu'il ne naît pas homme ».

Si certains refusent d'y souscrire, cela ne doit pas mettre obstacle à la conclusion du pacte, mais cela les exclura du contrat. « Si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris : ce sont des étrangers parmi les citoyens ». Ils restent dans l'état de nature par rapport au peuple qui se constitue, c'est-à-dire qu'ils ne sont liés à lui par aucune règle positive, mais que lui inversement est affranchi de

toutes obligations à leur égard. Ils sont « hors la loi », selon une expression qui trouve dans ce cas sa pleine signification.

En ce qui concerne les lois ordinaires, Rousseau ne maintient donc pas intégralement la rigueur de sa position. Il admet qu'elles puissent être valablement votées à la simple majorité : « Hors ce contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres ; c'est une suite du contrat même ».

Rousseau sent bien la difficulté ; aussi pose-t-il la question : « Mais on demande comment un homme peut être libre et forcé de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes. Comment les opposants sont-ils libres et soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas consenti ? »

La difficulté est grave, car il n'est plus possible d'affirmer que l'Etat respecte l'autonomie de tous les citoyens, s'il impose à certains de subir des lois auxquelles ils s'opposent. L'égalité des autonomies est violée et tout le système risque de s'écrouler.

Aussi Rousseau prétend-il répondre immédiatement à cette objection. « Je réponds que la question est mal posée. Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles que l'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une ».

Ainsi le principe serait sauf. On retrouverait le consentement à la base de toute obligation, puisqu'une clause du contrat social l'aurait par avance accordé aux lois votées à la simple majorité.

Mais il est facile de voir par où le raisonnement pêche. Rousseau ne tombe-t-il pas dans l'erreur qu'il a si vivement reprochée aux partisans du régime représentatif ? N'introduit-il pas dans le contrat social une véritable délégation de souveraineté de chaque particulier à la majorité ? Chacun n'aura-t-il pas aliéné finalement son autonomie à la majorité ? qui risque d'être aussi tyrannique que les rois ou les Assemblées à qui Rousseau arrache avec tant de passion la souveraineté ? En quoi ce nouveau souverain est-il plus légitime que les anciens, alors qu'il s'agit au départ de rendre sa souveraineté au citoyen et au seul citoyen ?

Cependant, il est nécessaire d'examiner la chose de très près. Car, encore une fois, la question est grave. Il ne s'agit pas seulement de Rousseau et de son Contrat social. Il ne s'agit pas seulement de condamner ou d'acquiescer Rousseau dans le procès qui lui est intenté. Il ne s'agit pas de savoir s'il s'est ou non contredit dans son raisonnement. Il s'agit de la démocratie elle-même et du problème peut-être le plus difficile que soulève sa légitimité.

Le problème est facile à poser : dans la rigueur de son principe, seule la loi d'unanimité est conforme à la démocratie. Mais, pratiquement, force est bien de se contenter de la loi majoritaire, car l'exigence de votes unanimes paralyserait fatalement le régime. Les abus du veto en droit international ont suffisamment averti les hommes de notre époque sur la réalité de ce danger, pour qu'il soit inutile d'insister.

Mais comment justifier le droit pour la majorité d'imposer sa loi à la minorité, contre le consentement de celle-ci ?

Il ne suffit évidemment pas de proposer une réponse d'ordre arithmétique ; de constater que la majorité, étant par définition plus nombreuse que la minorité, tire de ce fait le droit de faire prévaloir sa volonté. Ce serait ramener la démocratie à la loi du nombre, qui est bien proche de la loi du plus fort. Ce serait ruiner entièrement le principe fondamental sur lequel est construit tout l'édifice démocratique : l'autonomie de la personne humaine. Cette autonomie est aussi respectable, aussi sacrée chez les hommes de la minorité que chez ceux de la majorité.

Il faut nécessairement prouver que le principe majoritaire ne porte pas atteinte à cette autonomie. Ou plutôt, il faut rechercher et définir les conditions dans lesquelles ce principe majoritaire est susceptible de jouer sans porter atteinte à l'autonomie est une violation de la démocratie : c'est là le postulat dont nous ne devons jamais nous écarter.

Or c'est visiblement ce que cherche à faire Rousseau, si on scrute sa pensée. Et c'est en quoi son effort, même sur ce point, reste intéressant et utile pour notre époque.

Tout d'abord, il indique très clairement qu'il faut se rapprocher autant que possible de l'unanimité et ne se contenter de la majorité que dans la mesure où des nécessités de fait y contraignent.

Il énonce sur ce point deux maximes générales, « l'une, que plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit approcher de l'unanimité ; l'autre, que, plus l'affaire agitée exige de célérité, plus on doit resserrer la différence prescrite dans le partage des avis : dans les délibérations qu'il faut terminer sur-le-champ, l'excédent d'une seule voix doit suffire ».

Il en résulte bien que Rousseau ne s'incline que devant la nécessité pratique et cherche à sauvegarder, autant qu'il est possible, la règle de l'unanimité. Néanmoins, malgré ces précautions, il reste que la majorité simple est qualifiée, dans certains cas, et s'impose alors à la minorité. La difficulté a été réduite, mais elle subsiste.

C'est ici qu'il convient de citer, dans son texte intégral, l'argumentation de Rousseau, bien qu'elle ait la réputation de constituer un des passages les plus obscurs et les plus entachés de sophismes du *Contrat social* :

« Je réponds que la question est mal posée. Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles que l'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'Etat est la volonté générale : c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur : chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté,

j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu; c'est alors que je n'aurais pas été libre.

Ceci suppose, il est vrai, que « tous les caractères de la volonté générale sont encore dans la pluralité; quand ils cessent d'y être, quelque parti qu'on prenne, il n'y a plus de liberté ».

Il est difficile de nier que ces lignes soulèvent quelques difficultés d'interprétation et que la pensée de Rousseau n'y revête pas toute la rigueur désirable. Néanmoins, une idée juste et forte s'en dégage très nettement.

Cette idée est empruntée au second caractère de la loi : la généralité; elle nous oblige donc à anticiper sur les développements qui doivent suivre.

Elle consiste à observer que l'entorse faite au principe démocratique par le vote majoritaire est considérablement atténuée lorsque la loi votée est générale.

Ce qui importe, en effet, ce qui importe essentiellement, c'est qu'une volonté particulière, serait-ce celle de la majorité, ne puisse pas s'imposer comme telle à la volonté de la minorité. Dans ce cas, en effet, il y aurait domination d'une volonté sur l'autre, sujétion d'une volonté à l'autre, et l'importance numérique des groupes en présence ne pourrait couvrir, ni dans un sens ni dans l'autre, une telle violation du principe de l'égalité des autonomies.

Si, au contraire, la loi est générale, si elle s'applique également à tous, à la majorité qui l'impose comme à la minorité qui s'y oppose, si elle ne fait pas prévaloir un intérêt de groupe sur un autre intérêt de groupe, si elle soumet l'ensemble du peuple à une règle objective élaborée en fonction de l'intérêt général, il est clair que les situations respectives de la majorité et de la minorité sont tout autres. Majorité et minorité ne sont plus des groupes constitués, en lutte l'un avec l'autre pour la domination de l'un sur l'autre. Ce ne sont plus que des formations mouvantes résultant des divergences d'opinions individuelles quant à l'appréciation de l'intérêt général. Ce sont des opinions plus que des volontés qui s'affrontent. Le triomphe de l'une ne porte pas atteinte à l'égalité de l'autre. Le débat perd de son âpreté, et l'enjeu de son importance.

Il me semble impossible de comprendre le passage si controversé de Rousseau que nous avons cité, si on ne l'interprète pas en ce sens, à la lumière de ce *principe de généralité de la loi* qui tient dans sa doctrine une place si capitale. Vues sous cet angle, bien des difficultés s'effacent et la pensée devient, sinon très claire, du moins très perceptible. La volonté générale — parce qu'elle est générale dans son objet, et non seulement dans sa source — a, pour Rousseau, une certaine objectivité, qui la détache de la volonté subjective de l'individu. Elle se confond dans une large mesure avec l'intérêt général. C'est pourquoi la volonté générale préexiste au vote du citoyen. Celui-ci la cherche plus qu'il ne la crée. ...Ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la propo-

sition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur ».

Telle est la raison profonde qui permet de reconnaître la validité du principe majoritaire. La majorité n'a jamais le droit d'opprimer la minorité. Mais la majorité peut et doit l'emporter dans cette recherche objective de l'intérêt général, parce qu'alors elle exprime l'intérêt de la minorité tout ensemble avec celui de la majorité.

Mais où trouver le critère qui permette de distinguer la loi juste de la loi injuste ? Dans la *généralité* de la loi.

B. — La volonté générale est la loi applicable à tous

C'est l'idée de *liberté* qui exigeait que la loi fût votée par tous. C'est l'idée d'*égalité* qui commande maintenant qu'elle soit applicable à tous.

C'est avec une grande force que Rousseau a exprimé cette pensée, dans plusieurs chapitres du Livre II : Chapitre III : *Si la volonté générale peut errer*; Chapitre IV : *Des bornes du pouvoir souverain*; Chapitre VI : *De la loi*.

Au Chapitre III, nous trouvons une formule qui mérite d'être relevée : « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ». C'est bien dire que le fait d'être votée par tous ne suffit pas à définir la loi, à lui donner force obligatoire. Il faut ajouter un deuxième élément à la définition, et le voici : « celle-ci [la volonté générale] ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé ». Il faut donc que la loi regarde à l'intérêt privé ». Il faut donc que la loi regarde à l'intérêt commun (en prenant le mot « commun » dans son sens le plus rigoureux, comme signifiant l'intérêt de tous). C'est déjà dire qu'elle doit s'appliquer à tous.

Si elle ne regardait qu'à l'intérêt privé de ceux qui l'ont votée, ce ne serait pas une loi — même ratifiée par une majorité, voire par l'unanimité. « Si elle ne regarde qu'à l'intérêt privé, ce n'est qu'une somme de volontés particulières ».

On trouve un exposé plus complet, plus systématique, dans le Chapitre IV; *Des bornes du pouvoir souverain*. Les bornes du pouvoir souverain ce sont, en effet, celles qui contiennent la loi dans le domaine de la généralité. Ces bornes font que le peuple ne peut prescrire tout ce qu'il veut; il ne peut prescrire que des règles générales.

Le Chapitre IV est peut-être réputé le plus obscur dans un ouvrage qui a lui-même une solide réputation d'obscurité. C'est lui qu'Emile Faguet désignait comme « proprement inextricable ».

Mais il est clair pour qui veut bien le replacer dans l'enchaînement logique du *Contrat social*. Il est beaucoup plus clair que le passage que nous avons dû interpréter il y a un instant.

Rousseau se borne à constater que la généralité de la loi est une

d) *Les lois fondamentales.*

Enfin, dernière application de l'idée absolutiste, commune elle aussi à Hobbes et à Rousseau : il n'y a pas de place pour des lois fondamentales qui excéderaient les pouvoirs du Souverain et domineraient la volonté générale.

Au Livre II, chap. 12, *Division des lois*, on peut lire, s'agissant de ce que Rousseau appelle expressément lois fondamentales :

« En tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ».

Mais, là encore, il n'y a rien qui mérite de soulever l'indignation ou la surprise, si du moins on veut bien se rappeler que la souveraineté absolue de la loi est le principe fondamental du Droit public français.

B. — *La souveraineté appartient à la loi*

Nous venons de voir comment, pour Rousseau, la souveraineté doit être absolue.

« Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens » (Livre II, chap. 4).

« La limiter, c'est la détruire » écrit-il encore en parlant de la souveraineté (Livre III, chap. XVI).

Et ces mots, qui l'opposent irréductiblement à Locke, sembleraient devoir le ranger définitivement dans le camp de Hobbes.

Pourtant, ce serait commettre une énorme erreur que de pousser cette identification jusqu'au bout. Ce serait négliger le fait capital que le titulaire de cette souveraineté absolue est, dans un cas, un roi ou, éventuellement, une assemblée — et, dans l'autre, le peuple même, ou, plus exactement, le peuple statuant par lois générales.

Cela entraîne évidemment un renversement total des significations et des conséquences des deux doctrines. Et pourtant, la confusion a été faite fréquemment. Elle est même à deux degrés, si je puis dire. Au premier degré, elle consiste à assimiler Rousseau à Hobbes; au second degré, elle est plus grave encore; elle consiste à faire de Rousseau un des annonciateurs du totalitarisme.

Je voudrais réfuter brièvement ces deux erreurs.

Rousseau, père du despotisme, à côté de Hobbes : c'est ce qu'ont enseigné d'innombrables écrivains, dont Benjamin Constant, dans sa « Politique constitutionnelle » et Faguet dans son « XVIII^e siècle ».

Léon Duguit commet la même erreur lorsque dans *Souveraineté et Liberté* (pp. 135 et 136), il écrit : « Rousseau a été l'initiateur de toutes les doctrines de dictature et de tyrannie, depuis les doctrines jacobines de 1793, jusqu'aux doctrines bolchevistes de 1920... Il suffit d'ouvrir le

Contrat social pour voir comment J.-J. Rousseau sacrifie sans réserve les droits de l'individu à la toute-puissance de l'Etat ».

Plus récemment, un écrivain anglais, C.E. Vaughan, après avoir publié sur Hobbes une étude que nous avons déjà mentionnée, a fait paraître une importante introduction aux œuvres politiques de J.-J. Rousseau, dans laquelle il semble être à son tour victime de la même confusion (Cf. Robert Derathé, *op. cit.*, p. 345). Rappelons, d'ailleurs, que l'interprétation de Hobbes donnée par cet auteur nous avait déjà paru sujette à caution.

Cette première erreur contribue elle-même à fausser son interprétation de Rousseau.

Il écrit : « Rousseau est en fait l'ennemi juré, non seulement de l'individualisme, mais aussi de l'individualité. Pour lui, l'individu est absolument noyé dans la communauté, sa liberté se perd entièrement dans la souveraineté de l'Etat ».

Le même auteur découvre entre Rousseau et Locke une opposition aussi profonde qu'entre Locke et Hobbes lui-même. « Le Contrat de Locke, écrit-il, a été conçu pour préserver et confirmer les droits individuels, tandis que celui de Rousseau a pour effet de les supprimer. L'un est la charte de l'individualisme, l'autre, une forme extrême de collectivisme ».

M. Derathé lui-même, qui, en général, a une vue si lucide et si juste de Rousseau et de ses prédécesseurs, me semble être tombé dans l'erreur sur ce point particulier, lorsqu'il écrit (*op. cit.*, p. 119) : « L'Essai sur le Gouvernement civil a été, au XIX^e siècle, l'évangile du libéralisme, tandis que le *Contrat social* contient en germe l'étatisme du siècle suivant ». Je ne saurais ratifier ce point de vue. Rousseau ne semble, autant que ses prédécesseurs, lié au mouvement individualiste du XVIII^e siècle. Je dirai même qu'il y est lié beaucoup plus profondément encore. Il a poussé l'individualisme plus loin, puisqu'il fait de l'individu non seulement la source du pouvoir, mais le détenteur de la souveraineté étatique. Il a poussé l'individualisme jusqu'à sa conséquence logique : la démocratie. Alors que Hobbes, et même Locke, qui se sont laissés dériver vers la représentation, ont perpétué l'assujettissement de l'individu au pouvoir. L'erreur qui consiste à faire de Rousseau le père de l'absolutisme totalitaire est encore plus grave.

C'est la notion de volonté générale qui a donné lieu à cette confusion. Rousseau parle, il est vrai, de la volonté générale d'une façon un peu métaphysique, qui a fait croire à certains de ses lecteurs qu'il s'agit d'une volonté collective, d'une volonté organique du peuple, analogue à celle dont parleront les totalitaires du XX^e siècle.

Rousseau parle également du « corps politique ». Il parle de sa volonté, de son moi commun et de ses membres; il semble vouloir faire ou suggérer la comparaison avec un organisme biologique.

Mais Hobbes avait déjà donné prise aux mêmes soupçons, plus gravement même, puisque le titre du « *Leviathan* », l'image du géant

au corps fait d'une multitude d'hommes, étaient bien faits pour suggérer plus directement encore l'idée du mythe collectif moderne.

Ce qui était une erreur à l'égard de Hobbes l'est *a fortiori* à l'égard de Rousseau. Celui-ci a d'ailleurs pris soin de dire, expressément, en parlant du corps politique, qu'il ne s'agissait que d'un corps artificiel. Artificiel, c'est-à-dire fabriqué par le contrat social, n'ayant d'autre existence que contractuelle, d'autre réalité que celle qu'il reçoit du consentement de l'individu.

Il déclare aussi explicitement que possible : « Le souverain n'est formé que des particuliers qui le composent » (Livre I, chap. VII).

L'idée d'une réalité collective, distincte de la réalité individuelle, est donc absolument étrangère à la pensée de Rousseau.

Malgré toutes ces précautions, et contre toute évidence, certains écrivains s'enfoncent dans leur erreur, tels M. Vaughan, cité il y a un instant, et qui écrit (2) : « La volonté générale est pour Rousseau simplement l'expression du corps collectif (*the corporate self*). Elle est ce corps en tant qu'il est dirigé vers l'action et y aboutit. Ce qui implique l'existence de l'Etat, conçu au plein sens du mot comme un corps collectif (*a corporate body*), ayant une vie propre, entièrement distincte de celle des individus qui le composent ». Ou encore : « L'idée de l'Etat considéré comme un organisme domine tout le *Contrat social* ».

Si la doctrine de Rousseau était vraiment telle, on serait entièrement fondé à voir en elle l'ancêtre des théories totalitaires. Mais rien de tout cela ne se trouve ni dans la pensée ni sous la plume de Rousseau. C'est véritablement lui faire dire le contraire de ce qu'il écrit.

La vraie pensée de Rousseau se trouve bien plutôt dans le titre d'un de ses chapitres : *Des bornes du pouvoir souverain*, (Livre II, chap. IV). Bien qu'absolue, la souveraineté selon Rousseau est au fond limitée.

Sans doute, cette proposition semble contradictoire, contradictoire avec tant de passages déjà cités, et entachée, en outre, d'une contradiction interne, qui semble devoir lui retirer toute signification cohérente.

Rousseau l'a bien senti, puisqu'il avertit ses lecteurs en ces termes : « Lecteurs attentifs, ne vous pressez pas, je vous prie, de m'accuser ici de contradiction. Je n'ai pu l'éviter dans les termes, vu la pauvreté de la langue; mais attendez ».

Nous n'avons plus besoin d'attendre, parce que nous avons fait le tour de la pensée de Rousseau et que nous sommes parfaitement en mesure de comprendre ce qu'il veut dire.

Le fond de sa doctrine est de n'attribuer la souveraineté à personne, à aucun individu, à aucune assemblée, à aucun corps, même pas au peuple. Le peuple n'est pas souverain. Il ne peut vouloir arbitrairement. Il ne peut vouloir que par lois générales. S'il vote, même à l'unanimité, une loi particulière, cette loi est nulle.

(1) Cf. Robert Derathé, *op. cit.*, p. 238.

Nous avons suffisamment établi ces points et leur importance capitale dans la construction rousseauiste pour qu'il soit inutile d'insister. Il nous suffira de montrer qu'ils nous livrent la clef de l'énigme posée par les bornes du pouvoir souverain.

Ces bornes, elles sont dans la définition de la volonté générale, dans cette double généralité de la loi, qui veut que celle-ci soit votée par tout le peuple pour tout le peuple — ou, plus justement encore, par tous les individus pour tous les individus qui composent le peuple (c'est, par avance, la formule de Jefferson et de Lincoln) —. Elles sont, si l'on veut bien y réfléchir, plus sévères que toutes celles qui découlent du libéralisme de Hobbes.

Au-delà de ces bornes, la souveraineté s'évanouit, le Souverain se dissout, le pacte social se défait.

« Le pouvoir souverain, tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales, et tout homme peut disposer pleinement de ce qui lui a été laissé de ses biens et de sa liberté par ces conventions; de sorte que le Souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors, l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent. » (Livre II, chap. IV).

« A l'instant que le gouvernement usurpe la souveraineté, le pacte social est rompu; et tous les simples citoyens, rentrés de droit dans leur liberté naturelle, sont forcés, mais non pas obligés, d'obéir ». (Livre III, chap. X).

C'est le droit de résistance et d'insurrection que nous retrouvons ainsi au fond du contrat social de Rousseau.

Que reste-t-il alors de l'absolutisme si fortement affirmé ? Il demeure intégralement, grâce à un argument subtil que Rousseau développe complaisamment, mais surtout grâce à la signification profonde qu'il revêt dans son œuvre.

L'argument subtil, c'est que la souveraineté n'existe qu'à l'intérieur des bornes qui lui sont assignées. La loi est souveraine si elle est générale. Mais si elle est particulière, elle n'est plus la loi. Quand donc la loi est la loi, quand donc le Souverain est le Souverain, il est absolu. Dès qu'il devient limité, il cesse d'être. Il n'est donc jamais qu'absolu.

Cette démonstration ne serait qu'un habile paradoxe si elle ne recouvrait une vérité plus profonde. Cette vérité, — que nous avons dégagée depuis longtemps —, c'est que la souveraineté de l'Etat, telle que la conçoit Rousseau, n'est autre que la souveraineté de l'individu.

Le conflit entre l'Etat et l'individu est un thème libéral, qui découle de Locke.

Mais tout l'effort de la démocratie, grâce à Rousseau, est de surmonter ce conflit et d'aboutir à une synthèse où s'identifient l'individu et l'Etat.

SECTION V

LA SOUVERAINETÉ EST INDIVISIBLE

L'objet réel de cette Section est d'étudier la position de Rousseau en face de la séparation des pouvoirs.

Cette position n'échappe pas plus à la controverse que les précédentes.

Mais l'analyse des théories antérieures à Rousseau nous facilitera l'interprétation de la sienne.

L'étude de Locke et de Montesquieu, notamment, nous a montré qu'il y avait deux conceptions de la séparation des pouvoirs, parfois mêlées dans leur pensée, mais qu'il est possible et nécessaire de distinguer.

On entend parfois par séparation des pouvoirs le partage de la souveraineté entre plusieurs organes, c'est-à-dire une organisation politique telle qu'il y ait plusieurs organes souverains, ou plutôt co-souverains.

Comme la souveraineté s'identifie au pouvoir législatif, chaque fois qu'il n'y a pas, au-dessus de lui, un pouvoir constituant organisé de façon bien distincte, cette conception de la séparation des pouvoirs désigne, dans cette hypothèse — qui est la plus fréquente — le partage du pouvoir législatif entre plusieurs organes.

Prenons des exemples.

Nous trouvons une application particulièrement nette de cette idée dans la définition anglaise du Parlement composé de trois branches : le Roi, les Communes et les Lords. Le Parlement est bien l'organe souverain, puisqu'il peut tout faire, « excepté changer un homme en femme », suivant le vieil adage. La souveraineté est donc divisée, répartie entre trois organes. C'est bien l'application de la séparation des pouvoirs conçue sous cette première forme.

Lorsque, dans la Charte de 1814, le Roi possède le droit de sanction législative, lorsque le concours de sa volonté est donc nécessaire pour que la loi soit parfaite, cela signifie que, chez nous, alors, comme dans l'Angleterre du XVIII^e siècle, le pouvoir législatif est partagé entre trois organes qui sont : le Roi, la Chambre des Députés et la Chambre des Pairs.

Sous la III^e République, où le Président a perdu le droit de participation au pouvoir législatif, ce dernier reste partagé entre deux Chambres. La souveraineté demeure donc divisée. Le Sénat est l'organe grâce auquel se perpétue cette conception de la séparation des pouvoirs.

Dans la Constitution de 1946, au contraire, il n'y a plus de séparation des pouvoirs en ce sens, parce que la souveraineté n'appartient plus qu'à un seul organe, à une seule Assemblée — le Sénat, à son tour, devenu consultatif, ayant été exclu de la participation à la souveraineté —.

Cette forme de séparation des pouvoirs, qui a ainsi trouvé dans l'histoire des applications précises, est celle que définissaient essentiellement Locke, Pufendorf, Burlamaqui et tous les théoriciens du gouvernement mixtes, qui voulaient que la souveraineté fût déléguée, non pas à un organe unique — comme l'exigeait Hobbes — mais à une pluralité d'organes. C'est celle qui dominait également la pensée de Montesquieu, bien qu'on y trouve aussi des traces de la seconde.

La seconde conception de la séparation des pouvoirs est tout à fait différente de la première. Elle vise essentiellement à assurer le règne de la loi, de la loi conçue comme une règle générale. C'est l'idée que dans un Etat juste, dans un Etat de droit, — dans un *Rechtsstaat* — comme dit la doctrine allemande, il faut que ce soit, non point le pouvoir personnel, avec sa volonté arbitraire, qui règne, mais la loi, la loi générale, la loi objective. Or, le règne de la loi exige une certaine séparation des pouvoirs. Il faut que le législateur ne fasse que la loi, la loi générale. L'exécution de la loi, faite de mesures particulières, devra être confiée à un organe différent. Celui qui fait la loi et celui qui l'exécute doivent être deux organes distincts, séparés et indépendants l'un de l'autre.

La séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ainsi entendue, exige d'ailleurs l'intervention d'un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire, chargé d'assurer la conformité des mesures d'exécution à la règle générale de la loi. Le pouvoir judiciaire, qui n'avait guère de place dans la première conception, joue au contraire un rôle essentiel dans la seconde; il y est le gardien de la légalité.

Cette forme de séparation des pouvoirs n'est certainement pas étrangère à la pensée de Montesquieu, ni de la majorité des auteurs. Elle constitue ce qu'on peut appeler la conception classique de la séparation des pouvoirs. Mais dans toute l'école du droit de la nature, elle est le plus souvent recouverte par l'idée du partage de la souveraineté. L'un des mérites de Rousseau est précisément de les avoir distinguées avec la plus grande netteté.

Car Rousseau condamne la première forme de séparation des pouvoirs avec autant d'énergie qu'il exalte la seconde.

Rousseau condamne la première conception de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire le partage de la souveraineté.

C'est ce qu'il dit clairement dans le titre même du Chapitre II du Livre II : « Que la Souveraineté est indivisible ».

Admirons d'ailleurs l'aisance avec laquelle il se dégage des controverses où nous nous laissons habituellement enliser par les équivoques de notre terminologie sur la séparation des pouvoirs. Il ne condamne pas

la séparation des pouvoirs. Il va droit au but. Il condamne la division de la souveraineté. Il ne condamne pas en bloc Montesquieu. Il condamne en lui, comme en Locke et dans l'œuvre des jurisconsultes, ce qui se rattache à la division de la souveraineté.

Pourquoi la souveraineté est-elle indivisible ? Parce qu'elle est inaliénable. Les deux idées pour Rousseau se commandent l'une l'autre. Cela est si vrai que les deux chapitres qui ouvrent le Livre II s'intitulent, le premier, *Que la souveraineté est inaliénable* et le second, *Que la souveraineté est indivisible*.

Et ce second chapitre s'ouvre lui-même par ces mots : « Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible ».

La souveraineté, qui, originairement, appartient au peuple, ne peut être divisée entre plusieurs organes que si le peuple la leur délègue. La division de la souveraineté est donc liée au régime représentatif. Elle n'en est pas une conséquence nécessaire, puisque Hobbes la rejette. Mais le régime représentatif en est la condition préalable.

Or le peuple, pour Rousseau, ne doit pas déléguer sa souveraineté. Il doit la conserver pour lui-même. Il ne peut donc la diviser. Il ne peut même pas se diviser lui-même, pour s'en partager les fractions, puisqu'il ne reste le peuple que s'il siège en corps entier et que, s'il se coupait en morceaux, chaque morceau du peuple n'exprimerait plus qu'une volonté particulière.

C'est sur la base de cette démonstration que Rousseau critique les auteurs qui veulent diviser la souveraineté.

Le passage le plus célèbre se trouve dans le Livre II, chapitre II : « Nos politiques, ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe, la divisent dans son objet; ils la divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance exécutive, en droits d'impôts, de justice, de guerre; en administration intérieure et en pouvoir de traiter avec l'étranger : tantôt ils confondent toutes ces parties et tantôt ils les séparent. Ils font du Souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps, dont l'un aurait des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, et rien de plus. Les charlatans du Japon dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs; puis, jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé. Tels sont à peu près les tours de gobelets de nos politiques; après avoir démembré le corps social par un prestige digne de la foire, ils rassemblent les pièces on ne sait comment ».

M. Robert Derathé (*op. cit.*, p. 281) s'est demandé à qui exactement Rousseau avait destiné cette attaque. Il note que la plupart des commentateurs ont admis qu'elle était dirigée contre Montesquieu et sa célèbre théorie de la séparation des pouvoirs. Il estime, quant à lui, qu'elle s'adresse, bien plus qu'à Montesquieu, aux jurisconsultes, et notamment à Pufendorf.

Il en donne comme preuves, d'abord le ton très vif du morceau. Rousseau ne parle pas généralement de Montesquieu sur ce ton, il le respecte et, lorsqu'il croise le fer avec lui, c'est avec beaucoup plus de précautions. D'autre part, l'énumération des différents pouvoirs est beaucoup plus complexe que dans Montesquieu; elle est plus proche de celle qu'on trouve chez les juristes.

Grotius et Pufendorf utilisaient en effet une terminologie qui leur venait de Hobbes. On se rappelle que celui-ci distinguait, à l'intérieur de la souveraineté, d'après leur « objet » (c'est l'expression dont se sert Rousseau) toute une série de prérogatives. Cette distinction n'avait, d'ailleurs, sous sa plume, aucune portée pratique, puisque, après les avoir distinguées, il les réunissait toutes dans la main d'un souverain unique, à qui le peuple en faisait l'aliénation globale.

Ce sont néanmoins ces distinctions que reprirent les juriconsultes, mais, cette fois, afin de répartir entre plusieurs titulaires ces différents éléments de la souveraineté. A la suite de Hobbes, Grotius et Pufendorf distinguaient ainsi dans la puissance souveraine, la *potestas legislativa* (puissance législative); le droit d'édicter des peines (*potestas poenas sumendi*); la *potestas judiciaria* (pouvoir judiciaire); le droit de faire la guerre et la paix et de conclure des traités, (*potestas belli ac pacis, idemque foederum feriendorum*), que Montesquieu appelait la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens; la *potestas magistratus constituendi* (le droit de nommer les fonctionnaires), que nous faisons rentrer aujourd'hui dans le pouvoir exécutif, mais qui apparaît comme un pouvoir distinct et spécial dans le Droit public du XVIII^e siècle; le pouvoir de lever l'impôt (*potestas tributa indicendi*), et enfin le pouvoir de censurer les opinions (*examen doctrinarum*).

C'est donc à une distinction très poussée, très subtile, qu'aboutissaient les juriconsultes de cette époque. En relisant le passage cité de Rousseau, on doit accorder que c'est bien à eux, plutôt qu'à Montesquieu, qu'il s'adresse.

On pourrait même ajouter aux arguments fournis par M. Derathé que Montesquieu, tout en divisant la souveraineté, a fait, dans son fameux chapitre de l'*Esprit des Lois*, une assez large place aux idées dont Rousseau va être le défenseur. C'était une raison supplémentaire pour celui-ci de la ménager.

Une seconde raison pour Rousseau de déclarer la souveraineté inaliénable est qu'il la définit comme une volonté. Or la volonté lui apparaît comme essentiellement indivisible. Le corps humain, dit-il souvent, a deux bras, deux jambes, mais une volonté; et c'est ce qui fait l'unité de l'homme. De même, il admettra que l'appareil exécutif, l'appareil de force de l'Etat, puisse être divisé, comme les moyens d'action physiques du corps humain; mais, en revanche, ils doivent être dirigés par une volonté unique. Sinon c'est l'unité du corps politique qui serait détruite. En résumé, la volonté du corps ne peut être divisée. S'il y a plusieurs volontés, c'est qu'il y a plusieurs corps.

C'est d'ailleurs bien cette argumentation qui inspire la réfutation de « nos politiques », dans le célèbre morceau que nous citons il y a un instant : « ... C'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps dont l'un aurait des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, et rien de plus ». Saisissons bien l'idée : un corps a des yeux, des bras, des pieds, mais ce ne sont que des organes d'un corps unique, doté d'une volonté unique. Or, ceux qui veulent diviser la souveraineté en diverses fonctions agissent comme s'ils voulaient faire de chacun de ces organes un corps entier doué d'une volonté propre; un corps formé de deux yeux et rien de plus; un autre formé de deux bras et rien de plus; un troisième formé de deux pieds, et rien de plus. Car c'est commettre la même erreur que de vouloir doter de la souveraineté chacun des organes de la volonté étatique. Seule cette volonté est souveraine. Les organes n'en sont que les instruments.

Cette distinction entre la volonté de l'Etat et les organes d'action de l'Etat, c'est elle qui inspire à Rousseau sa propre conception de la séparation des pouvoirs.

Pour Rousseau, il ne peut y avoir qu'un seul pouvoir souverain, indivisible, indivisé : c'est le pouvoir législatif, qui appartient au peuple.

Mais cela n'empêche pas l'existence d'autres pouvoirs. Non-souverains, ces pouvoirs seront subordonnés à la loi. Mais ils n'en seront pas moins distincts, séparés du pouvoir législatif.

Tels sont les fondements de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif dont Rousseau se fait le défenseur.

Telle qu'il l'entend, elle a essentiellement pour but d'assurer le règne de la loi définie par sa souveraineté et sa généralité. La loi règne en tant que souveraine. Mais, bornée aux règles générales, elle ne peut s'exécuter elle-même, et doit donc déléguer son application à un pouvoir distinct : le pouvoir exécutif.

C'est dans le Livre III du *Contrat social* que Rousseau développe cette théorie.

L'essentiel s'en trouve exposé dès le Chapitre I : *Du gouvernement en général*.

Si on l'analyse, on voit que le raisonnement de Rousseau se développe en un préambule et quatre points.

Dans le préambule, il définit les deux pouvoirs en présence; puis viennent les quatre propositions suivantes :

- 1) Le pouvoir législatif appartient au peuple, et uniquement au peuple.
- 2) Le peuple ne peut exercer que le pouvoir législatif; il ne peut donc pas exercer le pouvoir exécutif.
- 3) Il faut par conséquent que le pouvoir exécutif soit confié à un organe autre que le peuple.
- 4) Bien que séparé du législateur, l'organe exécutif n'en est pas moins subordonné à la loi.

Nous allons commenter successivement ces différents points.

Pour définir les deux pouvoirs, Rousseau recourt à la comparaison du corps humain. « Toute action libre, écrit-il, a deux causes qui concourent à la produire, l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte; l'autre physique, savoir la puissance qui l'exécute ».

Voici l'explication concrète pour le corps humain : « Quand je marche vers un objet, il faut premièrement que j'y veuille aller; en second lieu, que mes pieds m'y portent. Qu'un paralytique veuille courir, qu'un homme agile ne le veuille pas, tous deux resteront en place ».

Et voici l'application au corps politique : « Le corps politique a les mêmes mobiles : on y distingue de même la force et la volonté. Celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive. Rien ne s'y fait ou ne s'y doit faire sans leur concours ».

Ainsi l'Etat n'agit que s'il a une volonté. Cette volonté est la puissance législative, exercée par le peuple. Mais pour que cette volonté aboutisse à l'action, il faut qu'elle ait des organes d'exécution, — « les pieds et les jambes » de l'Etat; c'est le pouvoir exécutif.

Volonté et action, ce sont les deux mots que Rousseau reprend fréquemment pour désigner la puissance législative et la puissance exécutive.

Après ces définitions, le raisonnement en quatre points :

1. — Le pouvoir législatif appartient au peuple, et au peuple seulement. Ce n'est que le rappel de ce qui a été établi précédemment. « Nous avons vu que la puissance législative appartient au peuple et ne peut appartenir qu'à lui ».

Le peuple seul est souverain, et la souveraineté ne peut être aliénée ni représentée. Il est donc bien établi que la puissance législative, qui est la souveraineté, appartient au peuple et ne peut appartenir qu'à lui.

2. — La puissance exécutive, au contraire, ne peut appartenir au peuple, puisque le peuple ne doit faire que des lois générales, et que, par hypothèse, le pouvoir exécutif a pour objet des décisions individuelles, particulières.

« Il est aisé de voir, au contraire, par les principes ci-dessus établis, que la puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme Législative ou Souveraine; parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers qui ne sont point du ressort de la loi, ni par conséquent de celui du Souverain, dont tous les actes ne peuvent être que des lois ».

3. — Il faut donc que le pouvoir exécutif soit confié à un titulaire distinct du peuple :

« Il faut donc à la force publique un agent propre qui la réunisse et la mette en œuvre selon les directions de la volonté générale, qui serve à la communication de l'Etat et du Souverain, qui fasse en quelque sorte dans la personne publique ce que fait dans l'homme l'union de l'âme et du corps. »

Il y a là des comparaisons un peu métaphysiques. Retenons-en seulement qu'il faut un agent propre — nous dirions : un organe distinct — pour le pouvoir exécutif.

Comment Rousseau va-t-il appeler cet organe ? Il l'appelle « le Prince ». Quant au pouvoir exécutif, à la fonction exécutive, il l'appelle « le Gouvernement ». C'est un sens nouveau, plus précis que celui qui était usité avant lui, que Rousseau donne ainsi à ce mot. Il en avertit d'ailleurs le lecteur : « Avant de parler des diverses formes de gouvernement, tâchons de fixer le sens précis de ce mot, qui n'a pas encore été fort bien expliqué ».

Mais cette acception aura désormais droit de cité dans le Droit public moderne, et plus particulièrement dans le Droit public français.

Le Prince exerce donc le Gouvernement. Le Prince peut d'ailleurs être un terme collectif qui désigne au lieu d'un roi un collège de ministres, ou un sénat. Dans ce cas, les membres du Prince s'appellent « magistrats ». Les magistrats peuvent aussi s'appeler « Rois », c'est-à-dire « Gouverneurs ».

Voici d'ailleurs les quelques lignes qui résument ces définitions : « J'appelle donc *Gouvernement* ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive, et Prince ou Magistrat, l'homme ou le corps chargé de cette administration. »

Ayant ainsi donné un nom à la fonction et à l'organe exécutifs, Rousseau insiste sur la nécessité que cet organe soit distinct du peuple. C'est à proprement parler le principe de la séparation des pouvoirs.

Les deux passages suivants l'expriment très fortement.

Le premier forme la conclusion du chapitre I :

« Si le Souverain veut gouverner, ou si le Magistrat veut donner des lois, ou si les sujets refusent d'obéir, le désordre succède à la règle, la force et la volonté n'agissent plus de concert, et l'Etat dissous tombe ainsi dans le despotisme ou dans l'anarchie. » (1).

(1) Rappelons que, dans la terminologie de Rousseau, le Souverain est le peuple considéré dans sa fonction active, comme la collectivité des citoyens; tandis que l'Etat est le peuple considéré dans sa fonction passive, comme la collectivité des sujets.

Le gouvernement peut ainsi être défini un corps intermédiaire entre le Souverain et l'Etat.

« Qu'est-ce donc que le Gouvernement ? Un corps intermédiaire entre les sujets et le Souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois, et du maintien de la liberté, tant civile que politique ».

Rousseau se livre même à une série de variations sur ce thème, non sans céder au plaisir de la virtuosité : ... « C'est dans le Gouvernement que se trouvent les forces intermédiaires, dont les rapports composent celui du tout ou du Souverain à l'Etat. On peut représenter ce dernier rapport par celui des extrêmes d'une proportion continue, dont la moyenne proportionnelle est le Gouvernement. Le Gouvernement reçoit du Souverain les ordres qu'il donne au peuple et, pour que l'Etat soit dans un bon équilibre, il faut, tout compensé, qu'il y ait égalité entre le produit ou la puissance du Gouvernement pris en lui-même et le produit ou la puissance des citoyens qui sont souverains d'un côté et sujets de l'autre » (Livre III, Chapitre I : *Du gouvernement en général*).

Document 5 : R. Capitant, *Démocratie et participation politique – Dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, coll. « Études / politique », 1972, pp. 7-15, 22-40, 139-145, 167-169

Document 6 : F. Rouvillois, « Un légiste libéral, Michel Debré » et « René Capitant, ou l'ouverture démocratique », in Frédéric Rouvillois, *Les origines de la Vème République*, Paris, éditions du CNRS, coll. « Biblis », pp. 93-124

Document 7 : H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant – Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, préf. de Patrick Charlot, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2020, pp. 391-413 (extrait de « Chapitre 2 – L'influence limitée sur le principe d'autonomie populaire »)

ÉTUDES / POLITIQUE / n° 266
série publiée sous la direction de Jean-Louis BOURSIN

HF *ia* 305

8.

DÉMOCRATIE ET PARTICIPATION POLITIQUE

DANS LES INSTITUTIONS FRANÇAISES
DE 1875 A NOS JOURS

par
RENÉ CAPITANT



BORDAS
PARIS-BRUXELLES-MONTREAL

INTRODUCTION

LA DÉMOCRATIE

« Si l'on recherche en quoi consiste le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à deux objets principaux, la *liberté* et l'*égalité*. » (1)

La *démocratie* est un régime où les relations entre les hommes sont réglées conformément au principe de leur liberté et de leur égalité réciproques.

La *liberté*, en régime démocratique, consiste donc, pour chacun, non pas à n'être soumis à aucune obligation juridique — ce qui serait contraire à l'idée même d'une société organisée — mais à consentir aux obligations auxquelles il est soumis. La liberté est donc l'*autonomie*.

Quant à l'*égalité*, elle se définit aussi par rapport aux obligations que la société impose à ses membres. Elle signifie que tous doivent jouir également de l'autonomie. Elle exclut que des obligations puissent être imposées par certains à d'autres sans leur consentement. Elle n'admet d'obligation valable que reposant sur la volonté de tous ceux qui y sont soumis. Elle condamne toute forme d'*hétéronomie*.

« Le pacte social garantit chaque associé de toute *dépendance personnelle*. » (2)

1. J.-J. ROUSSEAU, *le Contrat social*, liv. II, chap. 2.

2. *Ibid.*, liv. I, chap. 7.

Liberté et égalité ne sont donc pas en régime démocratique deux idées différentes, encore moins contradictoires. Elles ne sont que les deux faces d'un même principe : l'autonomie *gayantie* à tous, l'hétéronomie interdite à chacun.

Ainsi entendue, la démocratie n'est pas seulement une forme de gouvernement — le gouvernement du peuple par le peuple — elle est un type de rapport juridique, applicable à tous les degrés de l'ordre juridique.

A la base de la pyramide, la démocratie est applicable aux contrats. Il y a des contrats de type démocratique et des contrats antidémocratiques. Sont démocratiques ceux qui respectent la liberté et l'égalité des parties, donc qui reposent sur l'autonomie des contractants. Sont antidémocratiques, au contraire, ceux qui assujettissent l'une des parties à la volonté de l'autre.

Il apparaît immédiatement que le droit français — ainsi que la plupart des droits occidentaux — offre des contrats de l'un et l'autre type. La plupart des contrats du Code civil et du Code de commerce — qu'il s'agisse des contrats synallagmatiques ou des contrats d'union, comme le contrat de société — font l'objet d'une réglementation très poussée dans l'intérêt de la liberté et de l'égalité des parties. Ils constituent donc des instruments de démocratie. En revanche, le contrat de travail a pour objet essentiel de placer le salarié dans un état de subordination personnelle à l'égard de son employeur ; il est donc de nature antidémocratique. En régime capitaliste, la démocratie est ainsi limitée aux relations qui s'établissent entre possédants et ne s'étend pas aux rapports établis entre possédants et travailleurs. La démocratisation de ces rapports exigerait une transformation du contrat de travail. C'est à cette condition seulement que pourrait être réalisée ce qu'on appelle la *démocratie sociale*.

Quant à la *démocratie politique*, elle est aussi le règne de la liberté et de l'égalité. La différence réside seulement dans le fait qu'au lieu de se réaliser par le contrat, elle est fondée par la loi. Le problème de la démocratie politique est de faire que la loi soit l'expression de l'autonomie des citoyens, de tous les citoyens, comme le problème de la démocratie sociale est de faire que les relations individuelles nouées entre les hommes le soient dans le respect de l'autonomie contractuelle, l'autonomie de toutes les parties au contrat.

En régime démocratique, la loi ne doit pas être l'œuvre d'un gouvernement qui impose sa volonté aux gouvernés. Une telle loi

serait un instrument d'hétéronomie, une manifestation de domination des gouvernants sur les gouvernés, ou, si l'on préfère, de subordination des sujets à un souverain. La loi ne peut être de nature démocratique qu'à condition d'être « l'expression de la volonté générale », d'avoir été consentie par l'ensemble des citoyens et de respecter dans ses prescriptions l'égalité de ceux-ci.

C'est bien ainsi que Jean-Jacques Rousseau, fondateur de la démocratie moderne, définit la loi : par sa généralité, s'appliquant à la fois à sa source et à son objet.

La loi doit être générale par sa source, c'est-à-dire voulue par tous les citoyens ; elle doit être également générale par son objet, c'est-à-dire s'appliquer également à tous les citoyens, sans discriminer ni privilégier aucun d'eux. Alors elle est un instrument de liberté et d'égalité. Sinon elle ne peut être qu'un instrument de domination de l'homme sur l'homme.

Cette définition a été adoptée presque mot par mot par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en son article 6 ainsi rédigé : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement (...) à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

De ces deux conditions découlent deux conséquences capitales.

L'une est que la véritable démocratie n'est réalisable que sous la forme de la démocratie directe. Le citoyen ne saurait, sans aliéner son autonomie, déléguer à un représentant son droit de donner ou refuser personnellement son consentement à la loi. La loi n'est démocratique qu'à condition d'émaner du vote des citoyens. La démocratie est essentiellement l'exercice direct du pouvoir législatif par les citoyens.

L'autre conséquence est que la démocratie véritable exige le consentement de l'unanimité et non seulement de la majorité des citoyens. Car, à cette condition seulement, l'autonomie de tous est respectée. Toute domination est antidémocratique, même celle de la majorité sur la minorité. La minorité a droit à l'autonomie autant que la majorité. Elle ne doit donc être soumise qu'à des lois auxquelles elle a donné son consentement.

L'idée que la minorité doit être protégée contre l'oppression possible de la majorité est une idée inséparablement liée au principe démocratique. Est donc radicalement fausse toute définition tendant à réduire la démocratie au simple règne de la majorité. Sans doute est-il quantitativement moins grave d'opprimer

mer la minorité que la majorité, mais la démocratie ne se définit pas par un critère quantitatif. Elle est un régime de liberté et d'égalité; elle tend à exclure toute oppression, ne fût-ce que celle d'un seul citoyen. C'est seulement par la généralité — la double généralité — de la loi qu'elle peut atteindre ce but. Or qui dit généralité dit universalité et non simple majorité.

Il est incontestable que de cette exigence naît une difficulté considérable dans l'application pratique de la démocratie, d'aucuns y voient une difficulté insurmontable. Car l'unanimité est-elle réalisable? Et suffirait-il d'un seul dissident pour empêcher la loi de se former? Si la loi est nécessaire, si elle est dans l'intérêt général, si pour cette raison elle est voulue par tous les autres, un citoyen, à lui tout seul, peut-il en priver l'ensemble de ses concitoyens?

Evidemment non, et nul exemple ne montre plus clairement que la démocratie est un idéal destiné à orienter l'effort des réformateurs plutôt qu'un modèle susceptible d'être réalisé intégralement.

Jean-Jacques Rousseau s'est heurté lui-même à cette difficulté et y a consacré une des pages les plus obscures ou les plus subtiles de son *Contrat social*. De cette minorité susceptible d'opposer à la loi un refus contraire à l'intérêt général, il a dit qu'elle se trompait elle-même dans l'exercice de sa liberté et que la seule façon pour elle de remédier à son erreur était de se rallier à l'opinion de la majorité. En lui appliquant la loi, bien qu'elle ne l'eût pas votée, on ne porterait donc pas atteinte à sa liberté, mais, tout au contraire, on la ferait participer à la liberté commune.

Quoi qu'il en soit d'une démonstration qui, dans la forme que lui a donnée son auteur, n'a convaincu que peu de lecteurs, il reste que l'exigence de l'unanimité est un élément essentiel de la démocratie. C'est d'ailleurs, si l'on examine attentivement la chose, une exigence moins irréalisable qu'il ne semble d'abord.

La minorité qui a refusé son adhésion à la loi peut, en effet, présenter des caractères bien divers. Ou bien son refus traduit une opposition irréductible à la réforme proposée, une opposition telle que cette minorité refusera de se laisser appliquer cette loi et usera à l'égard de la majorité du droit de résistance à l'oppression. Ou bien, au contraire, tout en refusant, la minorité est prête à s'incliner devant la volonté de la majorité et à la considérer comme étant la volonté générale. Cette dernière hypo-

thèse se réalise très fréquemment dans les démocraties occidentales et on peut considérer que le raisonnement de Rousseau lui est légitimement applicable. Ni la liberté ni l'égalité ne sont rompues dans ce cas, car chaque citoyen se trouve être tantôt avec la majorité, tantôt dans la minorité, de telle sorte que, s'il y avait oppression, il serait alternativement l'opresseur et l'opprimé et que cette alternance même rétablirait une sorte d'égalité entre tous les citoyens. Mais en vérité, la loi majoritaire, dans une telle hypothèse, n'a aucun caractère oppressif, car on doit supposer qu'à défaut d'être initialement acceptée par tous, elle s'applique à tous, sans discrimination ni injustice. C'est la généralité de ses dispositions qui la rend acceptable à tous, même à ceux qui ne l'ont pas d'abord voulue. La majorité est en somme promue, d'un consentement unanime, au rang d'arbitre de la volonté générale.

Il est par contre des situations où ce consentement n'existe pas, où la minorité entend défendre son autonomie et se refuser à subir l'obligation que cherche à lui imposer la majorité. Il en est ainsi notamment lorsque la majorité, par une mesure discriminatoire, veut soumettre la minorité à une obligation à laquelle elle ne s'assujettit pas elle-même. Il en est ainsi encore lorsque la majorité porte atteinte au droit que revendique la minorité de pratiquer, par exemple en notre temps, sa langue ou sa religion ou de se constituer en communauté autonome. De telles atteintes aux droits de la minorité seraient contraires à la démocratie et justifieraient la résistance ouverte aux prétentions abusives de la majorité.

Aussi, dans de telles hypothèses, la démocratie véritable exige-t-elle que soit respectée la volonté d'autonomie de la minorité, ou des minorités, s'il y en a plusieurs. Cela pourra être obtenu, soit en exigeant effectivement l'unanimité — ou à tout le moins une majorité renforcée — pour le vote de la loi, soit en retirant certaines matières à la compétence de la majorité et en les attribuant à l'autonomie de la minorité.

Ainsi apparaît le lien qui unit la démocratie au fédéralisme. La communauté fédérale ne doit être compétente que dans les matières où la minorité fait confiance à la majorité. Au contraire, dans celles où la minorité entend rester maîtresse de ses propres affaires, il n'y a pas d'autre solution démocratique que de reconnaître son autonomie.

Le principe de la laïcité a joué un rôle du même genre

dans certains Etats, et notamment en France. Il a consisté à interdire au législateur de pénétrer dans certains domaines réservés au libre arbitre de la conscience.

Ainsi la démocratie est la règle de l'unanimité plutôt qu'une quelconque des volontés, elle doit renoncer à appliquer la loi à tous. Ce qui importe, c'est que cette même loi ne soit applicable qu'à ceux qui consentent à y être soumis, soit expressément par leur vote, soit par acquiescement après le vote de la majorité.

L'ANTIDÉMOCRATIE

Toute chose suppose son contraire et ne se définit que par rapport à celui-ci.

Ainsi la démocratie s'oppose à des régimes qui sont non seulement différents d'elle, mais fondés sur les principes contraires, comme la thèse s'oppose à l'antithèse ; et tous les régimes qui à leur tour lui jettent le défi prennent le contre-pied de ses principes.

Sans doute y a-t-il dans la réalité bien des régimes mixtes qui combinent des principes opposés. La monarchie constitutionnelle, celle de Louis-Philippe notamment, a présenté ce caractère hybride qu'a parfaitement analysé l'historien Guglielmo Ferrero et qui fut la cause première de sa chute. Cependant l'analyse de tels régimes en révèle des éléments constitutifs empruntés aux prototypes dont ils sont issus. C'est pourquoi au prototype de la démocratie il faut opposer, pour mieux le définir, celui de l'antidémocratie. Même si on ne les trouve nulle part à l'état pur, ils constituent pourtant, en proportions variables, la matière première des régimes existants.

Comme la démocratie est fondée sur les principes d'autonomie et d'égalité, l'antidémocratie est, à l'inverse, fondée sur l'hétéronomie et l'inégalité. C'est le régime où le pouvoir appartient à certains, ou même à un seul, et s'exerce sur les autres de façon unilatérale, sans leur consentement. C'est un régime de domination de l'homme sur l'homme ; un régime où les gouvernés sont les sujets des gouvernants et non des citoyens souverains.

Hétéronomie et inégalité sont d'ailleurs deux principes étroitement liés l'un à l'autre, plus étroitement encore que ne le sont, en face, autonomie et égalité.

L'hétéronomie constitue, en effet, par elle-même une inégalité, puisqu'elle suppose chez l'un un pouvoir auquel l'autre ne participe pas, tout en en subissant l'effet ; elle est constitutive d'inégalité, en sorte que l'antidémocratie peut se définir par cette seule notion.

Entrent dans cette définition toutes les formes de monarchie, d'aristocratie et d'oligarchie où les titulaires du pouvoir, en nombre plus ou moins réduit, imposent leur volonté à des sujets qui sont tenus d'y obéir. De tels régimes se caractérisent par le fait que la loi y est l'expression d'un commandement du souverain à ses sujets, ou des gouvernants aux gouvernés. Une volonté humaine s'impose à d'autres volontés humaines.

Le caractère antidémocratique ne disparaît pas si la volonté des gouvernants s'exerce ou prétend s'exercer dans l'intérêt des gouvernés. Le règne des philosophes dans la *République* de Platon, le despotisme éclairé prôné par les Encyclopédistes sont aux antipodes de la démocratie. Dans l'un et l'autre cas, l'homme est considéré comme incapable de se gouverner lui-même. Il est mis en tutelle, tenu de se soumettre aux règles qui lui sont imposées par de plus sages et plus haut placés que lui. Le régime colonial est du même ordre : il prive certains peuples de l'autonomie, sous prétexte qu'ils sont encore mineurs et incapables de l'exercer eux-mêmes.

Les formes modernes d'autocratie et de dictature reposent sur l'élection des gouvernants, ou leur acclamation par le peuple. Cela ne suffit pas à les rendre démocratiques. La démocratie est en effet, non pas le consentement au pouvoir hétéronomique, mais le consentement à la loi, et plus largement aux obligations contenues dans toutes les normes juridiques. La démocratie n'est pas la soumission volontaire à l'hétéronomie, elle est l'exercice de l'autonomie. Ni l'élection ni l'acclamation du dictateur ne lui enlèvent son caractère dictatorial. La démocratie exclut la dictature. Elle suppose le vote des lois par le peuple, la responsabilité des gouvernants devant les gouvernés. Elle exige que le peuple ait la souveraineté et l'exerce. Elle lui interdit de l'aliéner entre les mains d'un gouvernant.

LE RÉGIME REPRÉSENTATIF

Il ne fait aucun doute qu'à l'origine le régime représentatif a été conçu comme entièrement distinct de la démocratie, et même opposé à celle-ci. Par la suite, notamment sous la forme du régime parlementaire anglais, il s'est incorporé certains traits démocratiques, de telle sorte qu'il est devenu un régime mixte, à mi-chemin du régime représentatif et de la démocratie, auquel on a donné pour cette raison le nom de régime *semi-représentatif*, et, lorsque cette évolution s'est encore accentuée, le nom de *démocratie semi-directe*.

Cependant, le régime représentatif pur s'oppose à la démocratie. La théorie du régime représentatif a été formée au XVIII^e siècle. Elle est essentiellement l'œuvre des deux grands philosophes anglais qui sont respectivement à l'origine des deux branches principales de ce régime : Thomas Hobbes et John Locke.

Le trait commun à ces deux variétés du régime représentatif, celui qui par conséquent le caractérise, est qu'il se fonde sur un contrat social par lequel le peuple délègue sa souveraineté au monarque, ou plus largement à ses gouvernants.

Dans une telle conception, la souveraineté initiale appartient au peuple, et c'est ce qui a parfois conduit à confondre le régime représentatif avec la démocratie. Mais le peuple n'exerce cette souveraineté initiale que par le contrat social et pour la transcrire au monarque. Le premier et seul usage qu'il en fasse est un acte d'aliénation. C'est la différence fondamentale entre le régime représentatif et la démocratie, dans laquelle le peuple exerce une souveraineté inaliénable.

Mais quelle que soit la distance qui sépare le régime représentatif et la démocratie véritable, son apparition n'en a pas moins marqué un tournant capital dans l'histoire des institutions politiques. L'idée de la monarchie représentative s'est dressée en adversaire de la monarchie de droit divin qui triomphait dans les faits au XVIII^e siècle, aussi bien en Angleterre qu'en France.

La monarchie du droit divin, dont Bossuet a été le principal théoricien dans notre pays, était en effet une monarchie autocratique. Le roi ne tenait pas ses pouvoirs du peuple. Il les tenait de Dieu, non dans le sens qu'il les aurait reçus d'un mandat divin ou d'une désignation mystique, mais en ce sens qu'étant

le pouvoir établi, il devait être considéré, ainsi que toutes choses dans le monde, comme partie de l'ordre institué par la providence. Tel était le sens de l'adage, tiré de saint Paul : *Omnis potestas a Deo* (3), tout pouvoir établi est conforme aux décrets de la providence.

La monarchie de droit divin tirait donc sa légitimité de sa propre existence, de son ancienneté, qui, l'enracinant dans la réalité, l'inscrivait par là même dans l'ordre divin. Elle était donc, au sens le plus exact du mot, autocratique et non théocratique. Elle tirait ses pouvoirs d'elle-même. En tout cas, elle ne les recevait pas du peuple. Celui-ci était composé de sujets et non de citoyens.

Dans la monarchie représentative, il en va tout autrement. Les sources de la légitimité du pouvoir se sont modifiées. Le monarque cesse d'être un autocrate. Il ne règne qu'en vertu de la volonté populaire qui s'est exprimée dans le contrat social. Celui-ci est la seule source de légitimité pour le pouvoir.

Telle fut la révolution accomplie par les philosophes anglais qui inspirèrent en France, un siècle plus tard, Montesquieu et les Encyclopédistes. Ce fut une révolution profonde, mais ce n'était pas encore la révolution démocratique que Jean-Jacques Rousseau devait être le premier et le seul à annoncer, par son *Contrat social*, rédigé dans un esprit différent et opposé.

En attendant, le régime représentatif se divisa en deux branches issues respectivement de Hobbes et de Locke.

HOBBS ET LE RÉGIME REPRÉSENTATIF AUTORITAIRE

Pour Hobbes, comme pour Locke et les autres théoriciens du contrat social, celui-ci a pour but de substituer l'état civil à l'état de nature, autrement dit l'Etat à l'anarchie.

L'état de nature est, en effet, l'état dans lequel vivent les hommes avant qu'ils n'aient fondé l'Etat ; c'est donc une société sans Etat, où chacun se fait justice soi-même, où aucune force publique n'est habilitée à arbitrer les conflits, à établir des règles obligatoires et à en assurer l'exécution. C'est une société anarchique.

L'état civil est en revanche l'état d'une société soumise à l'Etat,

la liberté. Elle la fait pénétrer jusqu'au sein du pouvoir. Les citoyens n'ont plus à subir la loi d'un maître, ils acquièrent le droit de faire eux-mêmes leur propre loi ; ils deviennent leur propre législateur, leur propre souverain. C'est le triomphe de l'autonomie.

Il est vrai que l'autonomie n'est pas identique à la liberté. Aussi pourrait-on être tenté de dire que la démocratie sacrifie la liberté à l'autonomie, alors que le libéralisme sacrifie l'autonomie à la liberté. Mais pour permettre à une conclusion claire de se dégager d'une telle controverse, il importe de préciser la signification de ces deux mots.

La *liberté* résulte de l'absence d'obligation ou d'interdiction imposée à l'individu ; l'*autonomie* est pour l'individu le droit de se soumettre ou de ne pas se soumettre à une obligation. Le libéralisme cherche à ménager à l'individu des zones de liberté à l'intérieur desquelles il est affranchi de toute obligation. La démocratie va plus loin ; elle substitue l'autonomie à l'hétéronomie. C'est-à-dire qu'elle fait de l'individu même le juge du point de savoir s'il doit ou non se soumettre à une obligation. Les citoyens déterminent eux-mêmes la part de discipline qu'ils doivent s'imposer pour entreprendre et mener en commun les tâches collectives indispensables et la part de liberté qu'ils entendent se ménager et qui résultera de l'absence d'obligation. C'est dans l'autonomie individuelle que la démocratie place la garantie de la liberté, alors que le libéralisme la recherche dans la limitation d'un pouvoir demeuré hétéronome. Une constitution démocratique ne soustrait aucun domaine à l'intervention du législateur, qui est donc souverain. Mais le législateur n'est autre que l'individu, érigé en maître et gardien de sa propre liberté.

Or, cette démocratie idéale, définie par ses principes, se heurte, dans sa réalisation pratique, à d'énormes difficultés. D'abord, la liberté qu'elle instaure n'est pas l'anarchie ; ensuite, elle exige l'existence d'un gouvernement responsable.

DÉMOCRATIE ET ANARCHIE, GOUVERNEMENT ET SOUVERAIN POPULAIRE

La démocratie est une forme d'Etat, alors que l'anarchie est l'absence d'Etat. Cela suffit à marquer la différence qui sépare

ces deux notions et l'incompatibilité de l'une avec l'autre. La démocratie exclut l'anarchie, et, réciproquement, l'anarchie exclut la démocratie.

Etant une forme d'Etat, la démocratie postule l'existence d'une force publique de contrainte et son application au service de la loi.

Nul n'a affirmé cette nécessité avec plus de force que Rousseau, lorsqu'il écrivait : « Afin que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose qu'on le forcera à être libre. » (4)

Le philosophe ne répugnait pas à l'exemple concret en disant : « A Gênes, on lit au devant des prisons et sur les fers des galériens ce mot Libertas. Cette application de la devise est belle et juste. En effet, il n'y a que les malfaiteurs de tous états qui empêchent le citoyen d'être libre. Dans un pays où tous ces gens-là seraient aux galères, on jouirait de la plus parfaite liberté. » (5)

Il allait enfin à cet extrême de son principe : « Quand le Prince a dit au citoyen : "il est expédient à l'Etat que tu meures", il doit mourir. C'est pour n'être point la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie, on ne songe qu'à la garantir. » (6)

Dans leur brutalité, qui a choqué certains lecteurs, ces affirmations ne font que tirer la conséquence des principes du contrat social. Celui-ci a pour but de substituer à la liberté naturelle, qui fait de chacun le maître ou l'esclave possible d'autrui, la liberté civile, définie comme obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » (7). La liberté civile est l'autonomie. Mais l'autonomie engage celui qui en fait usage et l'oblige à respecter la règle à laquelle il s'est soumis. Cette obligation doit être sanctionnée.

C'est pourquoi le pouvoir exécutif est aussi nécessaire à la démocratie qu'à toute autre forme d'Etat et Rousseau lui consacre de larges développements dans son *Contrat social*. Mais il

4. *Contrat social*, liv. I, chap. 7.

5. *Ibid.*, liv. IV, chap. 2.

6. *Ibid.*, liv. II, chap. 4.

7. *Ibid.*, liv. I, chap. 6.

précise bien que ce pouvoir n'est pas souverain : « J'appelle gouvernement ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive, et Prince ou Magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration. » (8)

Le Prince ne doit pas être confondu avec le Souverain. Le Souverain, c'est le peuple qui seul légifère. Le Prince ne participe pas à la souveraineté, c'est-à-dire au pouvoir législatif, il n'est investi que du pouvoir exécutif, pouvoir d'employer la contrainte au service de la loi.

Par suite, l'Etat démocratique, tel que le conçoit Rousseau, comporte une séparation des pouvoirs, mais bien différente de celle que décrivaient Locke et Montesquieu. Pour ces derniers auteurs, la séparation des pouvoirs n'était pas seulement la spécialisation des différents organes de l'Etat dans l'exercice d'un pouvoir déterminé ; elle impliquait en outre que chacun de ces organes pût arrêter l'autre, afin de pouvoir le contrôler et le maintenir dans les limites de sa compétence. De ce pouvoir mutuel de s'arrêter découlait pour chacun d'eux une certaine participation à l'exercice des fonctions dévolues aux autres.

En un sens, la séparation est plus rigoureuse chez Rousseau, car le pouvoir législatif n'y appartient qu'au peuple et le pouvoir exécutif qu'au Prince. Ni le Prince ne peut participer à l'exercice du pouvoir législatif, ni le peuple participer à celui de l'exécutif. « Si le Souverain veut gouverner ou si le Magistrat veut donner des lois, (...) le désordre succède à la règle, la force et la volonté n'agissent plus de concert et l'Etat dissous tombe ainsi dans le despotisme ou dans l'anarchie. »

Que le Prince ne puisse exercer le pouvoir souverain, qu'il doive rester strictement au service de la loi, il est facile de le comprendre. Mais que réciproquement le peuple soit cantonné dans l'exercice du pouvoir législatif et qu'il lui soit interdit de pénétrer dans le domaine de l'exécutif, c'est ce qui peut paraître à première vue plus surprenant et contraire à la souveraineté populaire. Pourtant c'est là une conclusion entièrement conforme aux principes du *Contrat social*.

Pour Rousseau en effet, la loi doit être doublement générale, générale par sa source, mais aussi par son objet. De cette exigence de généralité découle une limitation du pouvoir du peuple. Comme l'écrit Rousseau, « il y a des bornes à la souveraineté ».

8. *Contrat social*, liv. III.

Le peuple, même lorsqu'il statue à l'unanimité, ne peut pas tout faire. Il ne peut édicter que des lois générales qui s'appliquent à tous. S'il légifère de façon discriminatoire, en imposant à une fraction du peuple des obligations dont il libère les autres citoyens, la loi qu'il édicte cesse d'être l'expression de la volonté générale, elle n'est plus qu'une volonté particulière, un acte de force, une disposition arbitraire privée de légitimité.

Dès lors, on saisit les raisons pour lesquelles Rousseau interdit au peuple d'exercer le pouvoir exécutif. Celui-ci agit, en effet, par dispositions particulières ; il ne peut donc être confié qu'à un organe lié à la loi, destiné à en être le ministre, et à qui il soit interdit de la modifier. Le peuple, au contraire, qui possède le pouvoir législatif, qui statue par voie de dispositions générales, ne saurait sans sortir de son rôle et sans tomber dans l'arbitraire être en même temps chargé d'en assurer l'application. « Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour les donner aux objets particuliers. Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts particuliers dans les affaires publiques et l'abus des lois par le gouvernement est un mal moindre que la corruption du législateur, suite infaillible des vues particulières. » (9)

Pour cette raison, Rousseau a condamné dans les termes les plus sévères ce qu'il appelle le « gouvernement démocratique » et qui, compte tenu de sa terminologie, est l'exercice du pouvoir exécutif par le peuple. Les formules qu'il emploie à cet effet ont été bien souvent citées, et le plus souvent à contresens. Ce sont les suivantes : « Il n'a jamais existé de véritable démocratie et il n'en existera jamais. » « S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes. »

On a cru le plus souvent que, par ces propositions, Rousseau condamnait la démocratie elle-même entendue selon notre terminologie moderne. On en a conclu à l'incohérence de ses propos. On y a vu la preuve de sa folie ou l'affirmation par lui-même du caractère entièrement utopique et irréalisable du projet de réforme politique exposé dans son *Contrat social*. Pour tous ses ennemis, aussi nombreux qu'acharnés, ces formules étaient une aubaine inespérée qui leur permettait de condamner sans appel leur adversaire. Ils n'ont pas manqué de s'en saisir.

9. *Contrat social*, liv. III, chap. 4.

Malheureusement pour eux, l'image qu'ils s'en sont faite prouve simplement qu'ils n'ont pas su lire *le Contrat social* et encore moins le comprendre. Ils ont méconnu que Rousseau donne au mot « gouvernement » le sens de « pouvoir exécutif ». Ils n'ont pas saisi qu'en condamnant le « gouvernement démocratique », il a simplement condamné l'exercice du pouvoir exécutif par le peuple. Ils n'ont pas davantage compris que le mot « démocratie » lui-même est pris dans le même sens de « gouvernement démocratique ». Ils ont cru que Rousseau condamnait, après l'avoir portée aux nues, l'idée que la souveraineté pût être exercée par le peuple.

Il n'en est évidemment rien. La pensée de Rousseau est parfaitement cohérente. Elle consiste à confier le pouvoir législatif au peuple et le pouvoir exécutif au Prince.

Quant à savoir comment constituer le Prince, comment déterminer la structure de l'organe exécutif, Jean-Jacques Rousseau n'apporte pas de réponse très ferme à cette question. Le plus clair est que l'exécutif ne doit pas se confondre avec le peuple. Restent donc deux solutions possibles : un exécutif monarchique ou un exécutif aristocratique, c'est-à-dire un conseil. Le philosophe semble pencher en faveur de la première, mais sans prendre très nettement position. C'est en confiant le gouvernement à un monarque qu'on lui donnera la plus grande force, mais cette force même représentera un danger pour l'Etat. Le danger sera que le roi, au lieu de mettre la force au service de la loi, ne la mette au service de ses ambitions. Or « tout concourt à priver de justice et de raison un homme élevé pour commander aux autres » (10). Le risque d'usurpation est presque fatal. « Il doit arriver tôt ou tard que le Prince opprime... le Souverain et rompe le Traité social. » (11)

Un conseil aristocratique est d'ailleurs loin d'être à l'abri des tentations qui assaillent un monarque. Aussi Rousseau pense-t-il que l'exécutif, quelle que soit sa composition, est toujours aussi dangereux pour l'Etat qu'il lui est nécessaire. C'est pourquoi il profère ces propos pessimistes : « C'est le vice inhérent et inévitable qui, dès la naissance du corps politique, tend sans relâche à le détruire, de même que la vieillesse et la mort détruisent enfin le corps de l'homme (...) Si Sparte et Rome

10. *Contrat social*, liv. III, chap. 6.

11. *Ibid.*, liv. III, chap. 10.

ont péri, quel Etat peut espérer durer toujours ? (...) Le corps politique, aussi bien que le corps de l'homme, commence à mourir dès sa naissance et porte en lui-même les causes de sa destruction. » (12)

Comment tenter de remédier à ce processus ou tout au moins d'en retarder le cours ? L'essentiel est de veiller à la stricte subordination de l'exécutif. Le Prince ne doit être que « le Ministre du Souverain » (13) ou encore « une commission du Souverain ». Les magistrats qui le composent sont « de simples officiers du Souverain. Ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît, l'aliénation d'un tel droit étant incompatible avec la nature du corps social et contraire au but de l'association ».

Toute une théorie du pouvoir exécutif, fondée sur sa subordination nécessaire à la loi, se trouve ainsi exposée dans *le Contrat social* en formules saisissantes qui ont profondément influencé la tradition républicaine française. Il vaut encore d'en donner la citation suivante : « Le gouvernement n'existe que par le Souverain. Ainsi la volonté dominante du Prince n'est ou ne doit être que la volonté générale ou la loi ; sa force n'est que la force publique concentrée en lui : sitôt qu'il veut tirer de lui-même quelque acte absolu et indépendant, la liaison du tout commence à se relâcher. S'il arrivait enfin que le Prince eût une volonté particulière plus active que celle du Souverain et qu'il usât, pour obéir à cette volonté particulière, de la force publique qui est dans ses mains, en sorte qu'on eût, pour ainsi dire, deux Souverains, l'un de droit et l'autre de fait, à l'instant l'union sociale s'évanouirait et le corps politique serait dissous. »

Cette subordination exige que le Prince soit nommé et révocable par le Souverain. Rousseau écarte toute idée de contrat passé entre le peuple et le monarque, rejetant ainsi l'idée de monarchie contractuelle. « L'acte qui institue le gouvernement n'est point un contrat, mais une loi. » (14) Parlant des « dispositions de la puissance exécutive », Rousseau écrit : « Le peuple peut les établir et les destituer quand il lui plaît ; il n'est point

12. *Contrat social*, liv. III, chap. 10.

13. *Ibid.*, liv. III, chap. 1.

14. *Ibid.*, liv. III, chap. 8.

question pour eux de contracter mais d'obéir. » Il précise que la même règle s'applique si le gouvernement est héréditaire. Il n'est héréditaire que « jusqu'à ce qu'il plaise au peuple d'en ordonner autrement ».

Le contrôle du peuple sur l'exécutif doit être périodique pour être efficace. Rousseau propose que se réunissent régulièrement à cet effet des assemblées du peuple qui auraient à trancher deux questions qui leur seraient obligatoirement posées : d'abord s'il plaît au Souverain de conserver la présente forme de gouvernement ; ensuite s'il plaît au peuple d'en laisser l'administration à ceux qui en sont actuellement chargés.

Le libellé de ces deux questions est intéressant, parce qu'il montre combien Rousseau estime nécessaire que soit périodiquement mise en œuvre devant le peuple la responsabilité des gouvernants et comment d'autre part il reconnaît au peuple le droit permanent de changer de Constitution. Sur ce dernier point, il ajoute : « Il n'y a dans l'Etat aucune loi fondamentale qui ne se puisse révoquer, non pas même le pacte social ; car si tous les citoyens s'assemblaient pour rompre ce pacte d'un commun accord, on ne peut douter qu'il ne fût très légitimement rompu. »

C'est ainsi dans le peuple que réside la garantie suprême de la sauvegarde des institutions et de leur révision éventuelle. Mais encore faut-il que les citoyens eux-mêmes aient une conscience suffisamment éclairée et vigilante de ce que représente la démocratie et des règles sur lesquelles elle repose. Aussi Rousseau termine-t-il son *Contrat social* par un chapitre consacré à « la religion civile ». Ce chapitre, lui aussi, a été souvent mal compris. Certaines des propositions qu'il contient ont scandalisé bien des lecteurs et ont laissé s'accréditer l'idée que Rousseau a été le précurseur de ces dictatures idéologiques modernes qui, non contentes d'imposer à leurs sujets des règles d'action, veulent encore faire pénétrer dans les consciences les dogmes sur lesquels elles entendent fonder leur règne.

Le passage le plus frappant et le plus critiqué du chapitre est le suivant : « Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au Souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire,

il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas ; il peut le bannir non comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les lois, la justice et d'immoler au besoin sa vie à son devoir. Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort ; il a commis le plus grand des crimes ; il a menti devant les lois. »

Sans doute, la tension du style, l'exigence de dogmes civils, la menace de mort qui couronne le tout, évoquent-elles le souvenir de Robespierre et de Saint-Just plutôt que l'idée d'un philosophe de la démocratie. Mais après tout, Robespierre et Saint-Just ont été des philosophes autant que des hommes d'Etat. Responsables de la Révolution et de la République menacées par la mobilisation des monarchies européennes, ils avaient médité sur les devoirs qui s'imposaient à eux et sur les conditions du salut public. Ils savaient qu'une part d'idéologie est inhérente à l'Etat. Parmi ceux qui les condamnent aujourd'hui et qui condamnent Rousseau avec eux, il en est trop qui confondent la démocratie avec l'anarchie et croient qu'on peut bâtir un Etat sans recourir à la contrainte. Rousseau, nous le savons, ne partage pas cette erreur et son chapitre « de la religion civile » n'en apporte qu'une nouvelle preuve.

Pour restituer à sa pensée sa véritable portée, il importe d'observer qu'il parle de religion civile définie comme l'ensemble des sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Rousseau ne quitte donc pas le terrain de la société civile, nous dirions aujourd'hui la société politique, ni celui de l'Etat. Il ne transforme donc pas l'Etat en théocratie. Mais il nous enseigne ce que notre présente époque devrait plus que jamais nous empêcher d'oublier, à savoir que si l'Etat exige le recours à la contrainte publique, il repose aussi et plus encore sur la volonté des citoyens, sur leur conscience civique, sur le sentiment de leurs droits et de leurs devoirs à l'égard de la communauté ; sur leur résolution à les défendre et à les accomplir. La République, pour s'enraciner dans notre pays, a compris qu'elle devait s'appuyer sur un catéchisme républicain. Nous savons aujourd'hui, autant et plus qu'à aucune autre époque, que toute révolution politique doit, pour avoir un sens et posséder une chance de réussite, s'appuyer sur une résolution. Rousseau, dans son chapitre controversé, ne nous dit rien de plus. Qu'il

l'ait dit au milieu du XVIII^e siècle ne doit pas nous empêcher d'entendre et de comprendre son message.

En tout cas, ce message est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'un régime démocratique, où la souveraineté appartient aux citoyens, où la force publique est constituée par l'addition des forces et des résolutions civiques des membres de la communauté, où la résistance à l'usurpation de l'exécutif repose en dernier ressort sur l'esprit démocratique de la Nation.

Mais lorsque ces sentiments existent dans la conscience des citoyens, encore faut-il, au cas où la République est mise en péril, que les énergies puissent être mobilisées pour sa défense sous une direction apte à agir avec rapidité et efficacité. C'est pourquoi, en semblable hypothèse, Rousseau, fidèle à la leçon donnée par la Rome antique, se montre favorable à la dictature, la dictature *rei publicae servandae* (15). En cas de danger public, « Sparte elle-même a laissé dormir ses lois ». Il faut savoir suivre son exemple, « dans ces cas rares et manifestes », et « pour voir à la sûreté publique par un acte particulier qui en remet la charge au plus digne ». Selon la gravité du péril, on peut soit « concentrer l'activité du gouvernement dans un ou deux de ses membres, sans altérer l'autorité des lois », soit « si le péril est tel que l'appareil des lois soit un obstacle à s'en garantir, nommer un chef suprême qui fasse taire toutes les lois et suspendre un moment l'autorité souveraine » (16).

Ainsi Rousseau, en dépit de ses préventions contre le pouvoir exécutif, ne craint pas de recourir à un dictateur et de lui donner des pouvoirs affranchis de la légalité. Ce n'est pas, à ses yeux, porter atteinte à la souveraineté populaire, mais la sauvegarder. « En pareil cas, la volonté générale n'est pas douteuse, et il est évident que la première intention du peuple est que l'Etat ne périclité pas. De cette manière, la suspension de l'autorité législative ne l'abolit point ; le magistrat qui la fait taire ne peut la faire parler ; il la domine sans pouvoir la représenter. Il peut tout faire, excepté des lois. »

Mais il va de soi que semblable recours n'est légitime qu'en cas de circonstances exceptionnelles. « L'on ne doit jamais arrêter le pouvoir sacré des lois que quand il s'agit du salut de la patrie. » Rousseau ne nous en enseigne pas moins que le vieil

15. Au service de la chose publique.

16. *Contrat social*, liv. IV, chap. 6.

adage romain, non seulement n'est pas incompatible avec la démocratie, mais en constitue un des principes : *Salus populi suprema lex esto* (17).

Fondement permanent des institutions démocratiques, et qu'il faut sauvegarder alors même que le salut de la nation exige des mesures exceptionnelles, le principe de la souveraineté populaire se concrétise dans le quotidien par la participation des citoyens.

PARTICIPATION ET DÉMOCRATIE

Participer, c'est prendre part. Ce n'est pas être partie, ni faire partie. Prendre est un acte. Prendre part, c'est donc prendre sa part d'action et, notamment dans le monde du droit et de la politique, prendre sa part à un acte juridique ou à une décision politique. Quant à une part, c'est une fraction ; fraction d'un tout plus large que l'on ne possède pas en entier, mais que l'on partage avec d'autres. Cela suppose donc un tout collectif qui se partage entre plusieurs individus ; cela implique une collectivité.

Ainsi la participation est le fait pour une personne de prendre part à une action collective et notamment à un acte juridique collectif.

La participation ainsi entendue peut naturellement s'appliquer soit à des actes juridiques d'hétéronomie, soit à des actes juridiques d'autonomie. Un exemple de la première hypothèse est fourni par le vote des députés en régime représentatif. Le vote de la loi est un acte collectif auquel participe chacun d'eux ; mais c'est un acte d'hétéronomie, puisqu'il impose unilatéralement la volonté des représentants à la masse des représentés. La seconde hypothèse en revanche est réalisée par le vote d'une loi référendaire auquel participent l'ensemble des citoyens qui y seront soumis. Il en est de même, et plus nettement encore, dans le cas d'un contrat dont les obligations qu'il fait naître ont été acceptées par toutes les parties.

L'idée de participation n'est pas nécessairement liée à l'idée d'autonomie, ni par conséquent à l'idée de démocratie, lorsque tous les intéressés ne participent pas.

Il est clair que les régimes d'hétéronomie tendent à restreindre

17. « Que le bien du peuple soit la loi suprême. »

dre le nombre des participants, alors que la démocratie tend à généraliser la participation. La revendication que tous participent aux actes collectifs dont ils subissent les conséquences ne peut se réaliser que par la démocratie.

La participation démocratique est la participation à un acte collectif d'autonomie.

On doit en effet distinguer, parmi les actes d'autonomie comme parmi tous les actes juridiques, ceux qui ont un caractère individuel et ceux qui ont un caractère collectif. Aux premiers s'applique seulement la notion d'autonomie. Mais quant aux seconds, la notion de participation se surajoute à celle d'autonomie.

Considérons l'Université par exemple, en tant que personne morale. D'elle on dira qu'elle doit être autonome, c'est-à-dire jouir du pouvoir de se réglementer elle-même. Mais considérons maintenant l'Université en tant que collectivité de professeurs, d'étudiants et d'administrateurs collaborant à une même tâche ; des membres de cette collectivité on dira qu'ils doivent participer à la gestion autonome de l'Université. La participation s'applique bien à l'accomplissement d'une œuvre collective. Elle est le fait des membres de cette collectivité.

Le problème de la participation ne se confond pas entièrement avec celui de l'autonomie. On peut en effet concevoir — et ce fut longtemps le cas — une Université jouissant d'une certaine autonomie, mais gérant cette autonomie par le truchement du seul collège professoral. Dans une telle hypothèse, les professeurs participent à l'autonomie universitaire, mais non les étudiants.

La démocratie exige donc que toute personne soit autonome et, en outre, dans le cas des personnes morales, que tous les membres de la collectivité personnalisée participent à son autonomie.

La même exigence s'applique d'ailleurs dans le cas des collectivités non personnalisées, comme celle que constituent les signataires d'un même contrat, ou les membres d'une entreprise économique — puisque l'entreprise jusqu'à présent n'a pas été érigée en personne morale, au moins en tant que collectivité englobant les travailleurs. L'entreprise, représentée par l'entrepreneur, dispose assurément d'une large autonomie. Mais le problème est d'y faire participer les salariés.

Ainsi le problème de la participation prolonge le problème de l'autonomie. La démocratie ne peut se réaliser que par la double conquête de l'autonomie d'abord, et de la participation ensuite, chaque fois que la première s'applique à une collectivité humaine.

C'est pourquoi l'idée de participation revêt une importance d'autant plus grande que la place du collectif croît davantage dans la société.

Dans une société de type individualiste, elle n'a guère de place. Le Code civil est fondé sur l'idée de l'autonomie de la volonté, mais ignore presque totalement l'idée de participation. Celle-ci se développe au contraire avec le droit commercial et le droit social. Elle s'impose enfin de plus en plus en droit public, au fur et à mesure que celui-ci se démocratise.

Pour l'individualisme libéral issu de la Révolution française, la société est composée uniquement d'individus dont chacun poursuit ses propres fins, dont la vie est sa propre entreprise. Conception atomistique de la société, on l'a dit bien souvent, où chaque atome poursuit sa trajectoire, où toutes les trajectoires se croisent ou se heurtent mais restent irréductiblement étrangères les unes aux autres. Le rôle de l'Etat, dans une semblable société, est d'arbitrer les conflits entre les individus, de limiter les libertés en fonction du respect mutuel, de faire régner l'ordre nécessaire au jeu des libertés individuelles. Parmi ces libertés figure au premier rang la liberté d'accomplir des actes juridiques, mais ces actes sont considérés comme individuels et c'est donc la notion d'autonomie qui définit pleinement cette sorte de liberté juridique. Sans doute, dès cette époque, reconnaît-on l'existence des contrats, et notamment du contrat de société. Par conséquent, le fait collectif, l'acte collectif, n'a pas pu être éliminé complètement du droit. Mais il est réduit au minimum et la notion de participation est écartée. Dans le contrat même, qui est un accord de volontés, ce sont les volontés individuelles qui sont mises au premier plan. Chaque partie au contrat mène son propre jeu, sa propre bataille, dans l'espoir de remporter sa propre victoire. On ne peut évidemment nier que seul l'accord des volontés en présence reste considéré comme autonome. Le droit civil du début du XIX^e siècle ne conçoit pas les contractants comme constituant une collectivité autonome dont ils seraient les participants.

Dans une telle conception, l'Etat lui-même n'est pas une collectivité. Cela est très visible dans le contrat social de Hobbes et dans celui de Locke, tous deux aussi individualistes l'un que l'autre, bien que le premier soit autoritaire et le second libéral. Par le contrat social, l'individu délègue ses droits au monarque, non à l'Etat. Les liens qui unissent l'individu au monarque sont des liens contractuels passés entre deux individus, entre deux

contractants. Ce n'est pas le lien qui rattache le membre d'une collectivité à la collectivité dont il fait partie.

Le développement de la démocratie, entendue non seulement comme une forme d'organisation de l'Etat mais comme un type de relations humaines, est lié au contraire au développement du domaine de l'action collective organisée. La société n'est plus conçue comme formée exclusivement d'individus poursuivant chacun sa propre entreprise. Elle fait une place croissante aux entreprises collectives qui associent les hommes à une œuvre commune, qui ne sont pas la simple agrégation d'efforts individuels mais revêtent, grâce à la spécialisation de leurs membres et à la fusion de leurs volontés, un caractère organique. Collectivités publiques et privées, à but lucratif ou à but désintéressé, de nature capitaliste ou coopérative, forment la structure sociale de l'Ancien Régime ; elles redeviennent l'élément primordial de nos sociétés modernes. L'Etat lui-même est de plus en plus conçu comme une entreprise collective attachant tous les citoyens à une œuvre commune, qui est pour partie économique, pour partie sociale, pour partie culturelle.

Or, au fur et à mesure que s'affirme le phénomène collectif, grandit l'importance du problème de la participation au sein de chacune des collectivités comme au sein de l'Etat. Car l'Etat collectif nouveau peut être aussi bien une force d'oppression qu'une force de libération pour les individus qui le composent. Ou bien la volonté collective de l'Etat sera celle d'une minorité de ses membres, ou bien tous ses membres participeront à son élaboration et à son expression, de façon qu'elle soit le reflet exact de la leur. C'est tout le problème de la démocratie.

Rousseau, qui écrivait au XVIII^e siècle, a été assez en avance sur son temps pour pressentir l'importance que revêtirait pour nos sociétés modernes le phénomène collectif. En tout cas, la conception qu'il s'est faite de la démocratie est adaptée à nos besoins sociaux et à nos mentalités du XX^e siècle, en dépit de certaines apparences qui donneraient à croire que *le Contrat social* a été pensé et écrit dans une perspective individualiste.

Cet individualisme apparaît certes dès le début de l'ouvrage dans la formulation du problème que se propose de résoudre l'auteur : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse

pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. » (18)

Mais on ne saurait négliger le fait capital que, dès ce moment, dès cette formulation initiale du problème, l'auteur indique que la solution se trouve dans une association, une union de chacun avec tous. Dès l'abord, par conséquent, apparaît l'abîme qui sépare Rousseau de ses aînés Hobbes et Locke.

En fondant l'Etat au sortir de l'état de nature, il s'agit pour les hommes de triompher des obstacles que leur opposent les forces de la nature, « de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert » (19). N'est-ce pas l'Etat conçu comme une entreprise collective ?

Et voici maintenant que l'association des citoyens résultant du contrat social est définie comme un corps moral et collectif : « A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. »

Dès lors que le peuple est ainsi conçu comme un être collectif, l'individu en devient une partie composante et son activité devient une participation à l'activité collective. Ces mots « partie » et « participation » figurent expressément dans ce même chapitre du *Contrat social*.

Le premier se trouve dans le texte même du *Contrat* : « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout. » (20)

Quant au second, on le trouve employé immédiatement après, lorsqu'il est dit que les associés « prennent collectivement le nom du peuple et s'appellent en particulier citoyens, comme *participants* à l'autorité souveraine et sujets comme soumis aux lois de l'Etat ».

La terminologie est ici d'une précision remarquable : peuple est le nom de la collectivité des associés ; quant à ceux-ci, pris

18. *Contrat social*, liv. I, chap. 6.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

individuellement, ils s'appellent *citoyens* ou *sujets*, citoyens dans leur rôle actif de participants à l'autorité souveraine, sujets dans le rôle passif qui les oblige à obéir aux lois. La participation est donc bien pour Rousseau une attitude active, elle est la participation à une autorité, c'est-à-dire à une volonté politique. Elle suppose d'autre part que cette volonté soit collective, ici la volonté générale. La participation est l'acte individuel du citoyen agissant comme membre de la collectivité populaire.

Tous les éléments de la définition se retrouvent donc sous la plume de Rousseau. La participation est toujours la participation d'un individu à l'activité et notamment à la volonté de la collectivité à laquelle il appartient.

La même idée est d'ailleurs également présente dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lorsqu'il est dit que tous les citoyens ont le droit de *concourir* personnellement à la formation de la loi. Ce droit de concourir n'est autre que le droit de participer.

Mais il ne suffit pas que ce droit soit proclamé pour être appliqué.

C'est par un lent cheminement et à travers un long combat trop souvent déçu que le peuple français a conquis et conquit encore peu à peu ce droit de participation.

Traiter de démocratie et de participation, c'est rechercher les modalités selon lesquelles l'individu, le citoyen, dans notre régime français, participent à l'activité et à la régulation des différentes collectivités auxquelles ils appartiennent : collectivité nationale d'abord ; mais il y faudra ajouter la participation dans le cadre des collectivités locales, et dans cette collectivité qui prend une importance croissante dans nos sociétés industrielles, l'entreprise.

PREMIÈRE PARTIE

LE RÉGIME REPRÉSENTATIF FRANÇAIS

CHAPITRE I^{er}

LES ASSISES DU PARLEMENTARISME FRANÇAIS

Les principes constitutionnels adoptés dès l'origine ont conduit à une confiscation de la souveraineté populaire au profit des représentants.

La participation des citoyens à la conduite des affaires publiques était indirecte, s'exerçant seulement par l'élection périodique des représentants.

LES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

Le régime représentatif a été introduit en France avec la Révolution de 1789. Les principes en ont été clairement proclamés par la Constitution de 1791.

Le texte fondamental est le suivant (titre III, préambule, art. 2) :
« La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

« La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le Roi. »

On trouve dans ce texte, non seulement l'affirmation que la Constitution française est *représentative*, mais aussi une référence expresse à la théorie du contrat social. D'une part, il est proclamé que tous les pouvoirs émanent de la Nation, et c'est la

condamnation de la monarchie de droit divin, comme de toute forme d'autocratie. D'autre part, il est dit que la Nation n'exerce pas elle-même les pouvoirs qui émanent d'elle ; elle ne les exerce que par délégation : c'est la condamnation de la démocratie où la Nation exerce elle-même sa souveraineté.

Distinct à la fois de la monarchie autocratique, dont il prend la place, et de la démocratie, dont il renvoie l'avènement à plus tard, le régime de 1791 est bien conforme au régime représentatif, tel qu'il avait été défini dès le XVIII^e siècle.

Mais il reste à déterminer quel type de régime représentatif les hommes de 1791 ont pris pour modèle. Est-ce le régime de Hobbes ou le régime de Locke ?

LA SEPARATION DES POUVOIRS

Il est clair que l'influence de Locke, relayée par Montesquieu, l'a emporté sur celle de Hobbes, qui avait pourtant largement la faveur des Encyclopédistes et de Voltaire lui-même, tous partisans du despotisme éclairé.

Ce texte de la Constitution de 1791, comme l'esprit qui animait les Constituants, ne laisse aucun doute sur ce point. Ce que la Constitution institue c'est une monarchie limitée insérée dans un système de séparation des pouvoirs. On y retrouve donc les deux traits caractéristiques de la monarchie libérale de Locke et de Montesquieu.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, votée dès 1789 et reproduite en tête de la Constitution de 1791, avait d'ailleurs par avance souligné la valeur de ces deux conditions de légitimité constitutionnelle par la disposition de l'article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

En ce qui concerne le roi tout d'abord, non seulement il est dépouillé de la souveraineté originaires que lui conférerait la théorie du droit divin et qu'il perd au profit de la Nation, mais, en outre, il n'est doté par la Constitution que de pouvoirs étroitement limités. Il porte désormais le titre de « Roi des Français ». Il ne peut exiger obéissance qu'au nom de la loi et ne règne que par elle. Il prête serment d'être fidèle à la Nation et à la loi. Si la Constitution lui donne, sous le nom de sanction royale, le droit

de donner ou de refuser son consentement à la loi, son refus n'a qu'un effet suspensif et la volonté du Corps législatif l'emporte finalement sur la sienne. Enfin, il n'a point part à la révision de la Constitution, confiée aux seuls élus de la Nation. Ceux-ci peuvent donc modifier et réduire ses pouvoirs ou même supprimer sa fonction sans son consentement.

La séparation des pouvoirs n'est pas moins nettement mise en œuvre par la Constitution de 1791. Le préambule du titre III dispose que l'exercice des trois pouvoirs de l'Etat est délégué à trois organes distincts : le pouvoir législatif est délégué à une Assemblée Nationale... pour être exercé par elle avec la sanction du roi ; le pouvoir exécutif est délégué au roi ; le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple.

Des dispositions ultérieures précisent que « le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi », ce qui interdit au Corps législatif de l'exercer, et que « le pouvoir judiciaire ne peut en aucun cas être exercé par le Corps législatif ni par le Roi ». Réciproquement, on connaît la disposition fameuse par laquelle « les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Sur tous ces points, l'influence de Locke et de Montesquieu est évidente et l'on ne saurait dès lors s'étonner des ressemblances qui existent entre la Constitution française de 1791 et la Constitution des Etats-Unis d'Amérique inspirée elle aussi des mêmes auteurs. Toutes deux sont des constitutions dualistes, comportant deux représentants (dans l'une le président et le Congrès, dans l'autre le roi et le Corps législatif), participant tous deux à l'exercice du pouvoir législatif (le président américain par le droit de veto, le roi français par la sanction royale), dotés d'une indépendance réciproque qui exclut dans chaque cas le régime parlementaire (les ministres dépendent du seul chef de l'Etat et ne sont pas politiquement responsables devant l'Assemblée).

Mais il ne convient pas de pousser trop loin ce parallèle. Ce serait négliger certains traits spécifiques du régime représentatif français, qui lui confèrent une originalité irréductible, interdisant de le confondre avec aucun des deux types anglo-saxons.

Catroux, c'est-à-dire qu'il manifesta la volonté de s'orienter dans une voie libérale. Chacun se rappelle que, le 6 février, il fit un voyage à Alger et rencontra des manifestations hostiles. Il s'empessa de renoncer à la nomination qu'il méditait et choisit Robert Lacoste pour faire la politique inverse de son premier dessein.

Quelque temps après les services interceptèrent le chef de l'insurrection algérienne, Ben Bella, alors qu'il se rendait dans un avion étranger du Maroc en Tunisie. Le gouvernement n'y était pour rien, mais il ratifia cette initiative ; ce ne fut pas sans de grandes conséquences.

Ce fut ensuite l'opération de Suez contre l'Egypte, et indirectement contre les insurgés algériens.

Les derniers ministères tentèrent de chercher une solution politique, mais ils se heurtèrent à la volonté contraire des forces en action à Alger. Ce furent les événements du 13 mai. Un comité de salut public appuyé par la population européenne d'Algérie et par l'armée se constitua et marqua sa volonté de ne plus obéir aux ordres du gouvernement de Paris, et même éventuellement de fomenter une insurrection sur le territoire métropolitain. L'Assemblée et le gouvernement Pflimlin ne se sentirent plus en mesure de s'opposer à une telle tentative. L'armée, la police n'étaient plus disposées à obéir. Dans cette situation tragique, l'Assemblée fit ce qu'elle avait fait à différentes reprises, ce qu'elle avait fait auparavant avec Mendès-France, elle se tourna vers le seul homme qui lui semblait à ce moment être en réserve et capable de maîtriser la situation, c'est-à-dire le général de Gaulle.

Alors le général n'agit pas comme l'avait fait Mendès-France : il posa une première condition qui avait été sa pensée depuis la Libération, c'est-à-dire la réforme des institutions. Et c'est ainsi que l'Assemblée lui donna l'investiture et, en même temps, par la loi constitutionnelle du 3 juillet 1958, le pouvoir de rédiger lui-même non pas une constitution, mais un projet de constitution à soumettre par référendum au peuple français.

CHAPITRE III

LA PARTICIPATION DANS LA V^e RÉPUBLIQUE

Sans analyser dans son ensemble la Constitution de 1958, il convient de préciser quel est le degré de participation que les institutions de la V^e République attribuent au citoyen pour l'expression de la volonté nationale.

La Constitution de 1958 contient un article 3 assez général qui n'est pas très différent d'une disposition de la Constitution de 1946. Il est dit que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Dès l'abord est affirmée une certaine participation du peuple à l'exercice de la souveraineté nationale. Non seulement c'est le peuple qui possède la souveraineté, mais il l'exerce soit par ses représentants, soit par la voie du référendum. L'équivoque traditionnelle survit dans une certaine mesure et ce n'est que l'examen de la Constitution qui permet de dégager la signification véritable de cet article 3.

En principe, en régime parlementaire, la participation du peuple à l'exercice de la souveraineté nationale peut se manifester par trois procédés distincts.

D'abord les élections normales intervenant en fin de législature. Depuis la III^e République, ces élections ne sont plus un simple choix des députés, elles sont aussi une manifestation de la volonté politique. Elles ont valeur de mandat qui s'impose ou devrait s'imposer.

Ensuite les élections intervenant après une dissolution. Ces élections revêtent une signification différente des autres : elles donnent au peuple une fonction d'arbitrage politique, sous réserve que le mode de scrutin le permette.

La participation populaire à l'expression de la volonté nationale sous la V^e République est bien plus complète, elle se produit de quatre façons différentes.

C'est le peuple qui élit le président de la République.

C'est le peuple qui élit l'Assemblée nationale.

C'est le peuple qui confirme ou retire sa confiance aux deux organes qu'il vient ainsi d'élire, soit au président qui, par la pratique de la question de confiance référendaire, est responsable devant lui, soit au Parlement aussi par le jeu de la dissolution.

Enfin, et c'est le rôle du référendum proprement dit, le peuple est appelé dans certaines conditions à exprimer directement la volonté nationale.

LA PARTICIPATION PAR L'ÉLECTION

Il est tout d'abord essentiel de considérer que trois organes distincts sont aujourd'hui élus par des méthodes de large démocratie, et qui ont tous les trois qualités de représentants du peuple.

Il n'y avait qu'un représentant dans la IV^e République : l'Assemblée nationale, seule élue au suffrage universel, pouvait prétendre à cette qualité de représentant et disposait du pouvoir.

Dans la V^e République, les trois organes représentatifs qui se partagent le pouvoir sont l'Assemblée nationale naturellement, le Sénat qui reprend dans la Constitution plus d'importance que sous la IV^e République, et surtout, phénomène nouveau que la France n'avait pas connu depuis plus d'un siècle, le président. Tous trois sont élus et tous trois participent à la souveraineté, ce qui résulte des attributions que la Constitution leur donne.

Pour l'Assemblée nationale cela n'est pas douteux : la loi est votée par le Parlement, l'Assemblée nationale et le Sénat (art. 34).

L'article 45 précise les prérogatives du Sénat : « Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux Assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. »

Quant au président, les articles 5 et 6 suffiraient à le faire apparaître comme l'un des porte-parole de la volonté générale.

L'ampleur, la qualité et l'importance de la participation populaire ressortent non seulement du fait que ces trois organes sont élus, mais encore des modalités électorales et des pouvoirs confiés à ces organes.

L'ÉLECTION ET LES POUVOIRS DU PRÉSIDENT

D'abord le peuple élit le président de la République. C'est la grande réforme de 1962 et c'est une réforme qui attribue évidemment au peuple un pouvoir considérable. L'histoire du régime parlementaire français montre à quel point le peuple était tenu à l'écart de cet acte politique essentiel qu'est la désignation du gouvernement. Il le désignait en début de législature dans une certaine mesure, mais il n'avait pas le moyen de le maintenir et d'imposer ses successeurs au cours de cette législature. Désormais il élit le président, il l'élit pour sept ans, à moins que ce mandat ne soit révoqué par le jeu de la responsabilité présidentielle, mais seul le peuple peut donner une fin prématurée à ce mandat.

En ce qui concerne le président, pourquoi n'a-t-on pas dès 1958 recouru au suffrage universel direct, comme on devait le faire quelques années plus tard ? D'abord parce que les milieux politiques, et par suite le Comité consultatif constitutionnel national, auraient été effrayés par une réforme aussi profonde. Une transition apparaissait utile. Et puis pour cette seconde raison qu'à cette époque, du discours de Bayeux jusqu'en 1958 encore, la Constitution de la République française devait se jumeler étroitement avec la Constitution de l'Union française dénommée en 1958 Communauté française. C'était une Constitution de type fédéraliste et il apparaissait par conséquent que le président de la République française devait être en même temps président de l'Union ou de la Communauté française.

Sur le plan fédéral, il semblait plus facile de faire élire le président au suffrage indirect, et au contraire difficile d'en faire l' élu d'un suffrage universel qui aurait englobé l'ensemble des ressortissants majeurs et capables de la Communauté française. Les modes d'élection devaient cependant être semblables dans la

Métropole et dans les collectivités fédérées avec la France. Cela conduisait au scrutin indirect.

Il n'en reste pas moins qu'il y avait dans la Constitution de la V^e République une singularité dont on pouvait penser qu'elle ne durerait pas très longtemps. Et en effet la situation a changé en 1962. L'idée, la nécessité, ou même l'impossibilité avaient à ce moment disparu.

Sans doute la Constitution de 1958 contenait l'article qui traduisait cette idée d'une Constitution de forme fédérative ; mais dès le début on vit que cette notion se heurtait à d'assez grandes résistances auprès des peuples d'Outre-Mer. Ces peuples désiraient accéder à l'indépendance sans subir les contraintes que le fédéralisme aurait encore représentées pour eux. C'est pourquoi dès le départ, le général de Gaulle, mis au courant de ces aspirations par le voyage qu'il avait fait dans les Etats africains et malgache, avait introduit dans la Constitution les clauses permettant aux Etats fédérés d'Outre-Mer d'exercer leur droit de libre disposition d'eux-mêmes jusqu'à se retirer de la fédération s'ils le voulaient.

D'ailleurs, dans les Territoires d'Outre-Mer, on donne au référendum sur le projet de Constitution, non seulement la signification d'une approbation du texte mais surtout la signification d'une adhésion à la fédération, adhésion qui par conséquent peut être refusée dès ce moment.

Les voix de chacun de ces territoires étant décomptées à part, comptaient dans l'ensemble pour l'approbation globale mais aussi, distinctement, pour faire ressortir la volonté du territoire en cause d'adhérer ou de refuser l'adhésion à la Communauté. La Guinée la première choisit l'indépendance et refusa d'adhérer à la Communauté en votant « non » au référendum constitutionnel.

Ensuite le Mali, réunion du Sénégal et du Niger, et puis tous les autres Etats choisirent l'indépendance, y compris la Côte-d'Ivoire d'Houphouët-Boigny, qui était pourtant le plus chaud partisan de l'idée fédérale.

En 1962, par conséquent, l'hypothèque, si l'on ose employer ce mot, de la Constitution fédérale a été levée, d'autant plus qu'entre temps l'Algérie elle-même avait choisi son indépendance en vertu de ce droit d'autodétermination qu'un référendum lui avait confirmé.

Dès ce moment la Constitution peut donc être envisagée pour

la seule République française dans une logique métropolitaine. Alors le paradoxe de 1958 n'est plus justifié et c'est pourquoi le général de Gaulle décide en octobre de recourir à un référendum en vue de modifier la Constitution sur ce point. Il s'agit de supprimer le suffrage indirect pour l'élection du président de la République et de lui substituer le suffrage universel direct. C'est ce qui a été fait.

La physionomie entière de la V^e République en est transformée, car sur les trois organes élus, deux sont déjà issus du suffrage universel, et le Sénat reste seul l'élu du suffrage indirect. Cela va évidemment contribuer encore à diminuer sa force, car il serait vain de croire que le Sénat à lui seul puisse être un contrepoids efficace de l'Assemblée nationale et du président de la République.

Le contenu de ce pouvoir populaire résultant de l'élection du président dépend des pouvoirs de ce président.

Au début de la V^e République, la majorité des commentateurs, s'accrochant d'ailleurs à la lettre même de la Constitution, n'ont vu dans le président qu'un arbitre, c'est-à-dire un personnage n'ayant pas pour mission de poser et encore moins d'appliquer une politique personnelle, mais seulement d'arbitrer notamment entre le Premier ministre et le Parlement. Alors évidemment ce droit d'élire un président arbitre n'aurait eu qu'un contenu assez mince.

Mais actuellement l'interprétation dominante, et qui d'ailleurs seule correspond à la réalité, est que le président de la République est le véritable chef de l'Etat et dirige lui-même l'ensemble de la politique gouvernementale. Sur ce point, la réalité ne peut être mieux résumée que par la fameuse déclaration du général de Gaulle faite dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964. Cette déclaration fit sensation au moment où elle intervint ; elle scandalisa certains interprètes. Au contraire, elle était considérée par d'autres comme une expression particulièrement nette de la réalité politique et de la nature véritable de la V^e République.

Cette déclaration concerne les rapports du président de la République et du Premier ministre. Le général de Gaulle écarta l'idée d'une dyarchie.

Il énuméra les pouvoirs que la Constitution donne au chef de l'Etat : il choisit le Premier ministre, le nomme ainsi que les autres membres du gouvernement ; il a la faculté de le changer soit parce que se trouve accomplie la tâche qu'il lui destinait et qu'il veuille s'en faire une réserve — c'était à la fois le rappel

du destin qui avait été celui de Michel Debré et en même temps dans sa pensée peut-être l'annonce de celui qui devait être aussi réservé à Georges Pompidou — soit parce qu'il n'en approuverait plus l'action. Tel est le premier ensemble de prérogatives du président.

S'y ajoute que ce président arrête les décisions prises dans les Conseils, promulgue les lois, négocie et signe les traités, décrète ou non les mesures qui lui sont proposées, qu'il est le chef des Armées et nomme aux emplois publics.

Enfin, de l'article 16, le président détient en cas de péril national les pouvoirs les plus étendus.

Après cela, la conclusion naturelle est qu'il est le seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat. « Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui, enfin qu'il lui appartient d'ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres. »

Cette dernière phrase vise notamment ses rapports avec le Premier ministre, conçu comme son second, le premier de ses ministres, chargé comme le mot l'indique de le second et non pas d'exercer un pouvoir distinct et autonome du sien.

Ces formules traduisent exactement la réalité, surtout si l'on observe que le général de Gaulle dans ses énumérations n'a pas visé l'autorité parlementaire qu'il ne place donc pas sous l'autorité du président.

Il n'existe aucune autorité « qui ne soit conférée et maintenue par lui » : « ni ministérielle », c'est vrai, il nomme le Premier ministre et les autres ministres sur la proposition de celui-ci ; « ni civile », car il nomme aux emplois publics importants, et quant aux autres, leur nomination est faite par le Premier ministre, mais sous le contrôle du président ; « ni militaire », car il est le chef des Armées ; « ni judiciaire », car il préside le Conseil supérieur de la Magistrature, où se font les nominations des plus hauts magistrats. Mais le général de Gaulle n'a pas dit « ni parlementaire », car là évidemment il serait allé à l'encontre de la Constitution.

L'importance du pouvoir présidentiel montre l'importance aussi de la réforme qui a confié au peuple le soin de désigner le titulaire de la présidence. En élisant le président, en l'élisant non

pas seulement en fonction de sa personne, mais aussi en fonction du programme et des objectifs que celui-ci fait connaître comme étant ceux de sa politique, le peuple est amené non seulement à choisir le plus haut magistrat de l'Etat mais aussi à choisir la politique qu'il veut voir poursuivre.

L'ELECTION ET LES POUVOIRS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE

C'est le peuple aussi qui élit l'Assemblée nationale. Il ne faut pas sous-estimer l'importance de la participation qui résulte de ce second scrutin pour le peuple français.

Les pouvoirs du président sont tels qu'ils ont souvent porté les commentateurs à estimer que l'Assemblée avait été dépouillée des siens et que nous étions en présence d'une espèce de monarchie élective et même de monarchie élective absolue. Je ne crois pas du tout que cela corresponde à la réalité. C'est pourquoi l'élection de l'Assemblée est une importante prérogative du peuple, valorisée par le mode de scrutin.

A cet égard, un trait apparaît essentiel : le retour au scrutin majoritaire, l'abandon par conséquent de cette représentation proportionnelle qui avait si profondément marqué le style et le fonctionnement de la IV^e République.

La représentation proportionnelle est abandonnée avec l'ordonnance du 13 octobre 1958 qui institue le scrutin majoritaire. Cette réforme est très importante, parce que c'est elle qui rend au corps électoral la possibilité d'exprimer une volonté, la volonté collective ne pouvant être que majoritaire. Alors que sous la IV^e République, l'élection ne représentait plus guère une participation à l'expression de la volonté nationale ou n'en représentait plus qu'une participation indirecte par l'intermédiaire, la médiation des partis, au contraire, de nouveau, de chaque élection va se dégager une majorité, une volonté majoritaire et, de cette façon, une volonté politique du peuple. Les élections qui se sont succédées depuis 1958 l'ont montré très clairement. On peut dire que par là la France sort de la IV^e République caractérisée par la représentation proportionnelle et revient à un trait qui caractérise la III^e République. Conclusion peut-être paradoxale, mais qui, sur ce point, répond bien à la réalité. Le rapprochement est d'autant plus exact que le mode de scrutin choisi est le scrutin

faire une révision dont le peuple ne voudrait pas. Il pourrait réagir aux élections suivantes.

Ensuite, s'il est vrai que le peuple ne peut pas se saisir lui-même, il n'en reste pas moins qu'il peut désormais être saisi par deux pouvoirs : le président et les chambres. Or, si le Parlement est encore actuellement hostile au référendum par application du vieux principe représentatif, le président doit y être favorable, car il est issu du suffrage universel et, pour faire contrepoids au Parlement, il doit s'appuyer sur le peuple.

CONCLUSION

LA RESPONSABILITÉ DEVANT LE PEUPLE : CONFIANCE ET ARBITRAGE POPULAIRES

Les institutions de la V^e République donnent au peuple la possibilité de confirmer ou de retirer sa confiance à ceux qu'il a élus, qu'il s'agisse du président ou du Parlement.

On a souvent dit que sept ans c'est bien long pour un mandat présidentiel. C'est vrai, mais il faudrait parler au conditionnel : ce serait bien long si le président n'était pas pendant ces sept années responsable devant le peuple et si le peuple, comme il l'a fait en 1969, n'avait pas la possibilité d'interrompre le septennat.

De même qu'on a pu dire autrefois que cinq ans c'était long pour une Assemblée, on songeait, ce disant, aux Communes en Grande-Bretagne à une époque où la législature était de quatre ans en France. Cinq ans, c'est long en effet, mais les Communes vont rarement jusqu'au bout de leur mandat parce que la dissolution l'interrompt avant terme.

Dans les institutions françaises actuelles, les pouvoirs élus sont responsables, et donc révocables. Le président est responsable, le Parlement aussi. L'un et l'autre doivent bénéficier de la confiance populaire. Le but du système est de réaliser l'harmonie entre ces trois facteurs essentiels de la vie politique que sont le président, l'Assemblée et la majorité populaire, ou plus exactement la majorité électorale, le président et la majorité parlementaire, car c'est la majorité parlementaire qui est chargée d'exer-

cer le contrôle, la minorité n'étant qu'un gouvernement en puissance pour la législature suivante et n'exerçant pas les responsabilités du gouvernement.

La politique du pays est confiée à trois organes : le président, la majorité parlementaire et la majorité électorale. Le système de responsabilité et de confiance a pour but de réaliser une harmonie : que la politique du président soit aussi celle de la majorité parlementaire, et en même temps celle de la majorité électorale. La concordance entre la politique présidentielle et la politique parlementaire découle du fait que l'une et l'autre doivent être en accord avec la majorité électorale.

On pourrait alors se demander, si ces trois organes sont en accord les uns avec les autres, pourquoi ne pas se borner à un seul, et la monocratie présidentielle ne serait-elle pas meilleure ? Non pas, car il faut considérer que la majorité parlementaire est pour le président, pour l'application de la politique présidentielle qui a été approuvée par le peuple, un instrument presque aussi important que le sont les ministres. Le président a besoin de ses ministres, mais il a besoin aussi que ses ministres soient contrôlés au nom même de la politique qu'il a définie. Un contrôle qui serait exercé uniquement d'en haut, du poste de chef de l'Etat, est difficile à faire sentir dans la réalité jusqu'en bas. Alors que les parlementaires sont en rapport avec les électeurs dans leurs circonscriptions. Ils voient l'application concrète des lois et les effets des politiques adoptées. Les parlementaires sont mieux placés pour contrôler l'exécution et dénoncer les déformations de la politique présidentielle.

J'ai souvent dit — et je crois que cette expression est plus vraie que paradoxale — que les députés sont de véritables ministres du président de la République, aussi nécessaires que les ministres au gouvernement le sont eux-mêmes. Le président, pour mener à bien la politique qu'il a exposée au peuple, a besoin sans doute de ministres positifs qui sont chargés de faire cette politique, mais il a besoin aussi de ministres négatifs, de ministres contrôleurs qui viendront observer les premiers et au besoin redresser les choses. Dans toute administration, on trouve d'une part le corps des administrateurs et puis un corps d'inspection, les inspecteurs généraux sont au service du ministre autant que les directeurs du ministère, et ils sont aussi utiles les uns que les autres. De même, la majorité parlementaire est en quelque sorte l'inspection

générale nécessaire au bon aboutissement de la politique voulue par le peuple.

Alors cette concordance, cette harmonie qui doit s'établir dans une certaine division des fonctions, mais pour l'accomplissement d'une tâche commune, est réalisée grâce au système de responsabilité, grâce au fait que si un désaccord intervient, alors jouera la responsabilité devant le peuple et le peuple choisira si deux politiques se mettent tout à coup en divergence. Les élus qui faisaient la politique condamnée devront disparaître et céder la place à d'autres qui, par définition, seront alors en accord avec le corps électoral, donc en accord aussi avec les tenants de l'autre pouvoir constitué.

La responsabilité — devant le peuple — peut donc faire jouer un arbitrage en cas de conflit. Mais même en l'absence de conflit, elle peut aussi servir à redresser des déformations dont président et Assemblée se seraient rendus l'un et l'autre coupables. C'est par la subordination commune du président et de la majorité parlementaire à la volonté populaire que se rétablit finalement l'unité de l'Etat et la cohérence de la politique nationale.

(DM, 3 mai 1943). L'État ne se reconstituera pas en dehors de ce cadre, ni contre le consentement général. « *Par raison* », mais sans illusions : le pessimisme anthropologique hérité de la tradition catholique, confirmé par son expérience et ses lectures, lui interdit d'ignorer les défaillances de la masse et les « perversions de la démocratie » (J.-P. Cointet, EG, n° 6, p. 53). Jusqu'au bout, son approche restera donc teintée de méfiance et ses adversaires, à l'instar de Léon Blum ou de Pierre Mendès-France, ne manqueront pas de souligner l'« incompatibilité d'humeur » (*Le Populaire*, 21 juin 1946) existant entre le Général et la démocratie.

Accusation confortée par le fait que, même rallié, de Gaulle n'est pas un démocrate ordinaire, adhérent à la vieille « tradition républicaine » d'hostilité à toute personnalisation du pouvoir. Pour lui, au contraire (et ici c'est l'officier qui parle, autant que le lecteur de Tardieu), il est indispensable que la République soit dirigée si elle veut être forte et remplir son rôle. « Pour concevoir et pour décider, il faut des pouvoirs ayant à leur tête un arbitre qualifié » (MG III, p. 117) : règle universelle qui vaut *a fortiori* dans un système où se fait sentir en permanence la « malaisance organique » (LNC, 30 juin 1946) des fédéralités partisans. Cette inévitable et dramatique division de la

démocratie, on ne peut la compenser qu'en lui donnant une « tête » (MG III, p. 240) susceptible de réaliser la continuité du pouvoir et l'unité d'action. D'emblée, un chef d'État puisant, une « clé de voute » s'impose donc au sommet de cette République à venir qu'il qualifiera un jour de « monarchie populaire » (LNC, 4 juin 1961).

II. Un légiste libéral, Michel Debré

D'un certain point de vue, la pensée politique de Michel Debré pourrait sembler un simple décalque de celle du général de Gaulle¹. Mais cette proximité, parfois revendiquée, est plus apparente que réelle. En effet, ses conceptions présentent, en même temps qu'une certaine originalité, une orientation qui les rattache plutôt à la grande tradition du libéralisme français — celle des Montaigne, Benjamin Constant, Tocqueville ou Prévost-Paradol, à laquelle l'a initié son maître, le professeur Joseph Barthélemy. Au centre, un principe, la liberté (au singulier et au pluriel), où il voit le premier objet de la politique, et son « but le plus élevé » (RD, p. 37). Autre

1. Cf. P. Samuel, *Michel Debré, L'architecte du Général*, Suresnes, Arnaud Francel, 1999.

coïncidence avec la tradition libérale : bien qu'il lui arrive de confondre « république » et « liberté » (*M. II*, p. 17), Michel Debré n'accorde en définitive qu'assez peu d'attention au problème de la « forme » du gouvernement. Observateur attentif des systèmes étrangers – et administratif du modèle briannique –, il reconnaît ainsi que certaines monarchies peuvent être infiniment plus propices aux libertés, que certaines démocraties. « Le gouvernement par le peuple », remarque-t-il dans un article de 1948 « n'est pas la liberté pour le peuple. Montesquieu l'a dit en peu de mots – mais des mots définitifs. (...) Le peuple, exerçant directement l'autorité, ne connaît aucune limite. Il n'est d'ordinaire ému ni par les entraves qu'il apporte à la liberté, ni par les interdictions qu'il fait peser sur les droits individuels. Les expériences passées répondent sur ce point de l'avenir ». « Aussi, conclut-il, c'est une erreur de penser que la liberté, *par essence*, est dans le peuple » (*GL*, p. 24). En définitive, ce qui importe d'abord à ce « légiste néo-libéral » (*N. Wahl*), c'est le mode concret d'exercice du pouvoir : c'est-à-dire, les règles d'*organisation* de ce pouvoir, dont dépend son aptitude à respecter et à promouvoir les libertés.

À cet égard, Georges Vedel décelait dès 1951 un trait caractéristique, le côté « mécaniste »

(*RFSF*, n° 1, 1951, p. 202), on pourrait presque dire, « technologique », de sa vision du politique, décrit comme « un ensemble de mécanismes avec lesquels on ne peut jouer impunément » (*R. Pour*, p. 12). En ce domaine, le hasard ou le miracle n'ont pas leur place. « Il est en politique, écrit-il ailleurs, des lois aussi imitoyables que l'est en physique celle de la pesanteur » (*P*, p. 83). Non que sa pensée soit grossièrement simpliste : Debré admet certes que « les règles juridiques ne suffisent pas » (*GL*, p. 50), isolément, à expliquer la marche d'un système, et qu'il faut pour cela prendre en compte tout « un ensemble de conditions » complexes. Cependant, une fois le système appréhendé dans sa globalité, il estime que l'on pourra *normalement* en attendre tel effet déterminé, bon, médiocre, ou exécrationnel. À ses yeux, « Il existe un déterminisme des institutions politiques » (*RFSF*, 1955, p. 48), ce qui signifie que « tout régime a sa *logique* » (*M. I*, p. 121), à laquelle obéit son organisation, son fonctionnement, et jusqu'à son destin. Ainsi, sous la IV^e, « la logique du régime » mène-t-elle « à la catastrophe » (*P*, p. 69), conformément à la règle qui veut que « l'absence de gouvernement » entraîne « la ruine des nations » (*P*, p. 83). Réciproquement, il sera possible de « préciser quel mécanisme juridique permet à une nation d'être librement

gouvernée » (GL, p. 22) ; et par conséquent, de « rédiger la Constitution d'un gouvernement de la liberté » (GL, p. 51).

Les conditions générales

Sa principale originalité, au regard de la tradition libérale classique, vient de ce que Debré affirme sans hésiter la nécessité d'un pouvoir fort. Chez lui, aucune suspicion *a priori* à l'encontre de l'État, qui non seulement n'est pas toujours l'ennemi de la liberté, mais qui lui apparaît au contraire comme une condition indispensable à son épanouissement. Attitude à vrai dire peu surprenante chez ce haut fonctionnaire modèle dont l'existence tout entière fut dominée par le souci de la *res publica*, auditeur au Conseil d'État en 1934, l'année où il est reçu docteur en droit public, passionné par les problèmes de l'administration longtemps avant d'être, en 1945, à l'origine de la création de l'ENA. D'autant moins surprenante, du reste, qu'en fréquentant les cabinets ministériels, il a vécu de l'intérieur la déliquescence de l'État au cours des dernières années de la III^e, et pu saisir sur le vif les conséquences dramatiques d'un tel affaiblissement.

De là, une première conclusion, qui constitue le fondement de sa politique : « Pouvoir et liberté sont liés ». C'est la liberté « qui importe. Mais

il n'est pas de liberté sans pouvoir » (R *Pour*, p. 69). « Si on veut la liberté », écrit-il encore durant l'été 1958, « il faut d'abord l'autorité » (RD, p. 43). L'effet est mécanique : plus l'État sera « stable et fort » (RF, p. 113), plus les libertés qu'il pourra se permettre d'accorder seront étendues. Et réciproquement, plus il sera capable de les défendre, ainsi que la paix et l'ordre public sans lesquels elles ne sont qu'illusion. Ainsi, conclut Debré, « sans Richelieu » (ou sans de Gaulle...), « pas de Voltaire » (RD, p. 42).

La sauvegarde des libertés dépend directement, mais aussi indirectement, de l'autorité de l'État : dans la mesure où celle-ci est nécessaire à l'existence de la nation, qui représente pour lui le cadre vital de ces libertés. Là encore, celles-ci sont au point de départ de son raisonnement : « la nation est la première réalité de la politique, car elle est la première réalité de la liberté (...) On ne peut pas défendre la liberté de chacun s'il n'y a pas, au départ, l'indépendance nationale » (RD, p. 9). En résumé, « la nation, c'est la liberté » (RD, p. 70). Ce que l'on devine derrière cette affirmation, c'est une autre source essentielle de ses idées politiques, la pensée de Renan (M I, p. 86), et en particulier, sa conception de la nation : « Une nation, c'est pour nous une âme, un esprit, une famille spirituelle, résultant, dans le passé, de souvenirs, de sacrifices,

de gloires, souvent de deuils et de regrets communs ; dans le présent, du désir de continuer à vivre ensemble » ; c'est « une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore » (E. Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation* ?, Paris, R. Hellegouarc'h, 1984, p. xi et 88). Partant de cette définition, l'identité nation-liberté s'éclaire. « La liberté, écrit-il en 1958, c'est d'abord le respect de la dignité de la conscience, et de l'activité d'autrui. La liberté c'est ensuite le respect du gouvernement dégagé par une majorité grâce à des élections libres et renouvelées. Or pour respecter autrui, pour accepter la loi de la majorité, il est nécessaire qu'existe entre les citoyens le sentiment de leur solidarité. Ce sentiment est le sentiment national, et il est donc irremplaçable » (RD, 70-71). Dans un autre texte, il notait que de façon générale, les libertés de la personne « exigent une grande solidarité sociale », laquelle n'existe, suivant la perspective renanienne, que dans le cadre national.

Ce qui le conduit à disqualifier, comme lieux du politique, les espaces autres que nationaux. C'est en ce sens, par exemple, que Debré a pu défendre, sur un mode en apparence très jacobin, « le principe de centralisation (...) avec toutes ses conséquences », contre « le développement de la personnalité

provinciale » et le risque d'apparition de « souverainetés locales » (RP, p. 29, p. 30). Mais le danger majeur n'est pas la régionalisation, c'est la supranationalité, présentée par ses partisans comme le « moyen magique d'assurer aux Français prospérité et liberté » (P, p. 119) : « mythe » que Michel Debré n'aura de cesse de combattre. Au début des années 1950, c'est le projet de Communauté européenne de défense qui mobilise son énergie ; à partir de 1957, ce sera le dessein politique sous-jacent aux traités de Rome, « la création d'un super-État européen, un État artificiel qui ne peut être (...) qu'oppressif pour la France » (M II, p. 248) et pour les Français. Car il ne saurait exister de libertés, sans les solidarités qui ne se renouvellent qu'au niveau national : or, « l'Europe n'est pas une nation » (P, p. 127) ; « la nation ne s'invente pas, ne se fabrique pas » (p. 126). Ainsi, « abandonner la nation française, c'est renoncer à la liberté dans ce qu'elle a de plus humain » (M II, p. 19). Et l'on en revient au point de départ, au « *Politique d'abord* » (M. I, p. 89) : pas de liberté sans nation, mais « pas de nation sans État » (RD, p. 8), sans « des institutions » et une autorité. Réciproquement, c'est d'ailleurs en fonction de ces libertés que s'appréciera la légitimité de l'État – laquelle dépend de sa capacité à assurer les conditions de la

liberté, sanctionnée par l'adhésion de la population. Sur ce plan, même si les cheminements diffèrent, la pensée de Michel Debré rejoint celle du général de Gaulle.

Mais elle ne s'arrête pas à ce point. Car il ne suffit pas de disposer d'un Etat fort, ni d'une nation indépendante. Il faut encore que « la toute-puissance du pouvoir, qui paraît nécessaire si l'on veut donner au gouvernement l'autorité » indispensable à sa fonction, soit *régulée*, délimitée en fonction des libertés qui la justifient. D'où il résulte qu'il faut l'organiser suivant « un mécanisme fondamental », la *délégation*, qui « permet seule, et l'Etat, et la liberté » (GL, p. 22-23).

Telle est l'idée capitale de Michel Debré en la matière : il faut que le « titulaire du pouvoir » – en démocratie, le « corps social » – ne l'exerce pas lui-même, directement, mais qu'il « accorde ces attributs du pouvoir à une autre autorité », qu'il chargera de faire les lois, de les exécuter, de les sanctionner, etc. Selon la grande leçon de Tocqueville dont se réclame Debré (*R Pour*, p. 82), le peuple doit se contenter d'élire des représentants auxquels, pour un temps et sous certaines conditions, il déléguera son pouvoir. « Dès lors » en effet, le peuple « devient un gardien des libertés fondamentales, un contrôleur naturel du pouvoir » (GL, p. 24) qu'il a tout

intérêt à modérer, à réfréner en permanence. Au contraire, dans l'hypothèse inverse où il exerce directement son pouvoir, rien ni personne ne saurait le limiter : « Quelle autorité, en effet, est en droit ou en mesure de limiter les décisions du peuple ? Les lois ? Elles sont son œuvre. La justice ? Elle dépend de lui. Les procédures établies par la Constitution ? Il n'est pas de règle qui arrête une foule toute puissante » (GL, p. 23). Aussi « la tyrannie est proche, et quasi inévitable » – comme dans la démocratie absolutiste rêvée par Rousseau, qu'il considère comme un précurseur du totalitarisme¹.

On retrouve ici la perspective libérale qui, dans la délégation, ne voit pas un pis-aller que seule l'impossibilité pratique d'une démocratie directe pourrait justifier : mais qui estime au contraire qu'elle constitue une forme supérieure à tous égards. « La cité, la nation où chaque jour

1. « Le philosophe de Genève ne cherchait point le gouvernement de la liberté. Il ne croyait point à la tolérance et justifiant l'absolutisme. N'est-ce pas qu'il avait vu et rejeté en même temps l'idée que la délégation du pouvoir était la source première de la liberté ? » (GL, p. 24). Cette condamnation, constante dans son œuvre (cf. *R Pour*, p. 155 ; *M II*, p. 348, p. 397), est un lien de plus avec la tradition libérale, celle d'un Constant ou d'un Tocqueville, relayée par l'enseignement de Joseph Barthélemy (pour qui « le *Contrat social* est un catéchisme d'absolutisme » : *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 1937, p. 36).

un grand nombre de citoyens discuteraient de politique serait proche de la ruine » (*P*, p. 59). Ruine économique, mais aussi politique, singulièrement parce que la « masse », dominée par des « sentiments impulsifs » (*GL*, p. 23), est vite passionnée, aisément trompée et difficile à raisonner. Avec la délégation, au contraire, le Français moyen, le simple citoyen « se fait, en silence, un jugement sur le gouvernement de son pays, et lorsqu'il est consulté, à dates régulières, pour l'élection d'un député par exemple, exprime son accord ou son désaccord. Après quoi, comme il est normal et sain, il retourne à ses préoccupations personnelles » (*P*, p. 59).

Sur un plan institutionnel, il en résulte une certaine défiance à l'égard des procédés de la démocratie semi-directe, comme le référendum. Absent des premiers projets élaborés par Debré, il n'apparaît ensuite dans ses textes que de manière épisodique. Qualifié de procédure « délicate », il s'y trouve alors assorti de limites précises quant à sa forme et quant à son objet (les « lois fondamentales », « quelques décisions graves », à condition qu'elles puissent « être tranquillement discutées ») : la crainte de Michel Debré étant moins celle d'une déviance plébiscitaire, que d'une rechute dans le « gouvernement direct, avec les dangers qu'il

comporte, à la fois pour l'État et pour la liberté » (*GI*, p. 27).

Ce n'est qu'après 1960 que les positions de Michel Debré paraissent évoluer, sans doute sous la pression des circonstances, à quoi s'ajoute peut-être l'influence grandissante de René Capitant. Pourtant, même alors, le sens qu'il donne au référendum est avant tout celui d'« une arme du président » (*M II*, p. 375), au mieux d'un « dialogue » entre celui-ci et le peuple, et non d'une intervention directe du corps social dans les affaires publiques. Jusqu'au bout, il restera ainsi hostile au « référendum d'initiative populaire », fidèle à ses conceptions libérales plus que démocratiques.

« Le gouvernement de la liberté »

C'est dans cette perspective qu'il va déduire de ces conditions les modalités concrètes d'un « gouvernement de la liberté ».

Celui-ci s'organise d'abord sur le principe de la séparation des pouvoirs, « la première garantie contre l'arbitraire, aujourd'hui comme hier » (*R Pour*, p. 87). À l'instar de Joseph Barthélemy, Debré n'y voit d'ailleurs qu'un principe de l'« art politique », souple et relatif, et non un absolu intangible ; c'est pourquoi la séparation n'interdit aucunement la « collaboration des pouvoirs » qu'il évoquera dans son

discours du 27 août 1958 : « Un chef d'État et un Parlement séparés, encadrant un gouvernement issu du premier, et responsable devant le second. »

Dans ses écrits antérieurs, l'architecture du pouvoir s'articulait, conformément au modèle britannique, autour du gouvernement, « centre de tout » (*RJD*, p. 47) et qui « est le pouvoir » (*R Pourv*, p. 109). Au sein de l'État puissant qu'il appelle de ses vœux, il est en effet nécessaire que « le gouvernement existe et commande » seul, puisque le « pouvoir partagé, dispersé, se meurt » (*RP*, p. 40). La « séparation » consiste alors à soustraire à ce pouvoir « deux fonctions à la fois très hautes et très particulières » (*R Pourv*, p. 88), les fonctions législative et judiciaire, afin de l'empêcher d'agir « d'une manière arbitraire ». On peut noter à ce propos que, dans son essai de 1943, *Refaire la France*, Michel Debré proposait de distinguer entre les matières législatives et réglementaires. Le Parlement doit n'avoir qu'une compétence d'attribution, un « domaine réservé » (*RF*, p. 132), comprenant notamment « les droits essentiels de la personne humaine », « les problèmes qui intéressent l'existence politique de la nation » et « les grandes questions qui touchent le statut économique et social de la nation ». C'est tout : « Alors ce domaine primordial, il est nécessaire de laisser au gouvernement

une large autorité », c'est-à-dire une marge de manœuvre étendue.

Pourtant, remarque Debré dans le même essai, l'édifice resterait incomplet s'il lui manquait une « clé de voûte » (*RF*, p. 12) : le chef de l'État sans lequel « la France ne connaîtra ni la stabilité, ni la permanence du pouvoir ». « À la démocratie, il faut un président ou un monarque », comme le montre l'expérience de la III^e : c'est lorsque « l'Élysée est vide » que « le gouvernement perd son premier appui ». C'est alors que « le régime parlementaire se transforme en régime conventionnel : une assemblée exerce le pouvoir sans limite, (...) (et) le respect des libertés est perdu ». Mais la chose paraît encore plus évidente lorsque l'on compare le désastre français avec les démocraties florissantes d'outre-Manche et d'outre-Atlantique. De là, Debré déduit qu'on n'a le choix qu'entre ces deux modèles si l'on veut parachever la démocratie : le monarque, ou le président à l'américaine. En fait, estime-t-il en 1943, ce dernier paraît inadapté à la France : étant donné le multipartisme et la diversité de l'opinion publique, le pays serait gouverné « par le représentant d'une minorité », ou pire encore (*RF*, p. 119-120). « La France n'a donc pas le choix. Son chef d'État ne peut être qu'un monarque » à l'anglaise. À l'heure actuelle du moins, celui-ci

ne saurait être un roi, les Français n'étant « pas prêts à envisager aujourd'hui une restauration » (p. 121). Ce sera par conséquent, « devant l'impossibilité d'un président de type américain et l'impossibilité d'un roi » (p. 122), un « monarque républicain ».

On devine ici le souvenir du « pouvoir neutre » cher à Benjamin Constant : un chef d'État irresponsable, durable et indépendant, chargé de représenter « les intérêts permanents de la patrie », d'assurer « la garde des institutions et la sauvegarde de la liberté » (R *Pouv*, p. 192). Situé au-dessus des partis, des mouvements brusques de l'opinion, mais aussi des « pouvoirs actifs », comme les appelle Constant, il lui appartient d'arbitrer les conflits ou les rivalités qui pourraient survenir entre ces derniers. « Juge supérieur de l'intérêt national », c'est notamment à lui qu'il revient d'en appeler au corps électoral en recourant à la dissolution de l'Assemblée. Procédure que, comme ses maîtres libéraux, Michel Debré juge une des « conditions essentielles du bon fonctionnement du régime parlementaire » (RF, p. 134).

Cette architecture exige enfin certains sous-bassements : en particulier, l'existence d'un mode de scrutin adéquat sans lequel les délégués rouages de la machine parlementaire risqueraient d'être bloqués. Tel est, selon Debré,

le « dernier secret de la démocratie » (*La mort de l'État républicain*, Paris, Gallimard, 1947, p. 186). À ses yeux, le scrutin n'a pas pour fonction de refléter exactement les nuances d'ailleurs incertaines et fugaces de l'opinion publique. « Il s'agit d'une fonction secondaire, en quelque sorte une suite normale du système. (...) En fait, il est naturel qu'il marque une tendance générale. Mais il n'en faut pas vouloir tirer d'avantage » (GL, p. 32). Sa fonction principale, outre la désignation des représentants qui vont exercer le pouvoir, est de « *dégager une majorité* » (p. 31), de sorte que l'ensemble de ces représentants puisse « exprimer une volonté ». Une volonté « continue », « cohérente », « qui sera pendant la durée de la délégation la volonté de la nation » (p. 32). Ainsi, et ainsi seulement, la délégation pourra remplir son rôle : « permettre le gouvernement de la société », (p. 30). De là, une préférence marquée pour les modes de scrutin anglo-saxons, majoritaires à un tour, qui entraînent presque automatiquement une bipolarisation de la vie politique (sinon le bipartisme) et l'élimination des extrêmes, absorbés ou marginalisés. Réciproquement, ces idées (et l'expérience pratique de la IV^e) conduisent Debré à une condamnation radicale de la représentation proportionnelle — sans doute plus « équitable », mais qui,

multipliant les partis, pulvérisant l'opinion, produit des majorités bancales et des gouvernements de coalition, impuissants et fragiles.

Une fois encore, conformément à sa logique profonde, l'« utilitariste » (N. Wahl, *RFSF*, 1959, p. 49) l'emporte chez Debré sur le « moraliste », et le libéral sur le démocrate.

III. René Capitant, ou l'ouverture démocratique

Fils du grand civiliste Henri Capitant, nommé à 29 ans professeur à Strasbourg où il enseigne le droit constitutionnel, René Capitant (1901-1970) s'impose d'emblée comme l'un des publicistes les plus brillants de sa génération. L'un des plus féconds, également, puisqu'il mène de front une réflexion théorique de premier ordre et une observation aigüe des crises de son temps (notamment celle du régime parlementaire), sans compter un engagement politique qui le conduit en 1936 au cabinet de Léon Blum.

Sous l'Occupation, il rejoint très rapidement la Résistance. À Alger, où il se fait muter en 1941, il monte le mouvement « Combat-Empire » et organise le gaullisme en Afrique du Nord. C'est là qu'en mai 1943 il accueille le

général de Gaulle, qui le nomme commissaire à l'Instruction publique, puis ministre de l'Éducation nationale¹.

Son gaullisme, notera plus tard Léo Hamon, était presque « extrémiste ». En 1946, sitôt après le Discours de Bayeux, il prend le premier l'initiative de lancer une « Union gaulliste » ; en 1969, il sera encore le premier à suivre le Général dans l'exil, en remettant sa démission de garde des Sceaux dès le 28 avril. Un gaullisme « évident » (L. Hamon), mais singulier, sinon marginal, dans la mesure où il se confond chez cet « enfant terrible » (L. Joxe) avec une conception radicale de la démocratie : ce qui explique sans doute en partie pourquoi son influence sur la Constitution de la V^e République ne fut pas aussi décisive qu'elle aurait dû l'être.

Le radicalisme démocratique

La philosophie politique de René Capitant semble issue pour l'essentiel d'une méditation

1. Sur ce point, cf. l'essai éclairant de J.-P. Morelon, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1995, p. 9-172. Et les pages brillantes d'Olivier Beaud, « La crise de la III^e République sous le regard du jeune René Capitant », in C.-M. Herrera, *Les juristes face au politique*, Paris, Klincksieck, 2003, p. 147-192.

de l'œuvre de Rousseau, « le fondateur même de la démocratie moderne, et le plus absolutiste »¹. Par suite, elle se construit autour de cette notion de démocratie, « le grand idéal que nous portons en nous depuis deux siècles », comme il le proclame dans un discours prononcé devant les assises du RPF en novembre 1952. Mais une démocratie conçue de manière très exigeante, à partir des principes de la « souveraineté de l'individu » et de l'« autonomie » de chacun, selon lesquels il n'y a « d'obligation valable que reposant sur la volonté de ceux qui y sont soumis » (DPP, p. 7-8). Dans cette perspective, un régime n'est démocratique que dans la mesure où il met en œuvre cette autonomie, une loi ne l'est que si elle exprime la « volonté générale », si elle est « consentie par l'ensemble des citoyens ». De là, une conséquence capitale : « la démocratie est essentiellement l'exercice direct du pouvoir législatif par les citoyens », ce qui signifie que « la véritable démocratie n'est réalisable que

1. La crise et la réforme du parlementarisme français, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Tübingen, 1936, vol. XXIII, p. 16. Seront également cités : « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération », *Revue d'Histoire politique et constitutionnelle*, n° 14, 1954, p. 153-169 (RHPC) ; *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, 1972 (DPP) ; *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934.

sous la forme d'une *démocratie directe* » (DPP, p. 9). Ainsi, la démocratie se définit-elle pour lui, non (simplement) par l'origine populaire du pouvoir, mais par l'exercice effectif de la souveraineté par le peuple : par ce que Capitant appelle la *participation politique*.

Si l'on ne formule systématiquement ces conceptions que dans la phase de maturité de sa pensée (à partir de 1951-1952), on peut remarquer que celles-ci font écho à des thèses qu'il développait déjà une vingtaine d'années auparavant — notamment, à sa théorie de la coutume constitutionnelle. Dans un discours de 1929, il affirmait ainsi qu'en la matière « le divorce presque constant (...) entre l'apparence juridique (les textes) et la « réalité politique » manifeste le « caractère essentiellement coutumier » de la Constitution (RDP, 1979, p. 962). « Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce qu'une coutume sinon la conscience et la volonté nationale ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime,

qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute Constitution n'est-elle pas coutumière ? » (p. 968).

Cette vision de la coutume, manifestation spontanée de la volonté générale du peuple souverain, Capitant la précise trois ans plus tard dans un article sur « le droit constitutionnel non écrit » (*Mélanges Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. III). Il y observe que « du moment que (...) la nation en connaît l'existence et le contenu et en accepte l'application », « la règle existe » et « fait partie du droit positif » — et *vice versa*. Tout dépend de la (re)connaissance par la nation, qui apparaît alors « un *constituant permanent*, de qui émanent toutes les constitutions écrites, maître de les abroger et affranchi des procédures de révision constitutionnelle prévues dans leurs dispositions » (p. 4-5). Trente ans plus tard, cette idée lui permettra de justifier certaines évolutions de la V^e République, formellement contraires au texte mais approuvées par le « constituant permanent » qu'est le peuple. Pour le moment, elle le conduit à affirmer que la nation, dont dépend toujours l'application, et donc, la « positivité » du droit, « possède nécessairement » la souveraineté, « sous tous les régimes » (*RDP*, 1979, p. 968). Ainsi, l'idéal démocratique qu'il énoncera plus tard trouve-t-il son fondement dans la nature même du droit. L'évolution historique

qui pousse inexorablement les sociétés vers « des régimes vraiment démocratiques » (*DPP*, p. 63) ne fait donc que mettre en conformité les institutions avec la réalité.

De cette base « idéaliste » se dégagent, par-delà une vision critique de l'histoire constitutionnelle, un certain nombre de solutions constructives.

Comme Debré, comme de Gaulle, René Capitant critique sévèrement la III^e et la IV^e République. Mais il le fait pour des raisons de principe — et non pour des motifs pratiques que d'ordinaire il néglige. Il condamne ces régimes parce qu'ils ne réalisent pas l'« autonomie », qu'ils cautionnent l'usurpation de la souveraineté du peuple, et qu'ainsi, ils ne sont pas « réellement démocratiques » (*LH*, p. IV).

À l'origine du mal, estime Capitant, il y a le « régime représentatif » introduit en 1789. 1791, dans lequel le peuple n'exerce son pouvoir souverain qu'à l'occasion de l'*élection*, pour choisir des « représentants » qui l'exerceront à sa place. Et qui l'exerceront librement sans être liés le moins du monde par la volonté de leurs électeurs. Or, rappelle Capitant en citant Rousseau, « un souverain qui délègue sa souveraineté cesse d'être souverain ». En ce sens, le système représentatif s'avère « entièrement distinct de la démocratie, et même opposé à celle-ci » (*DPP*,

p. 14), puisqu'il opère « une confiscation de la souveraineté populaire » au moyen de la fiction « en vertu de laquelle les représentants sont censés être le peuple lui-même » (*DDP*, p. 43).

Cette conception fallacieuse a été transmise à la III^e République, « dont elle a modelé (...) tous les traits » (*DDP*, p. 45). À vrai dire, admet Capitant, elle s'y est un peu altérée en se combinant avec une certaine dose de démocratie, puisque la III^e offre au citoyen la possibilité d'une « participation » au pouvoir : « Le corps électoral n'est (plus) seulement chargé de la pure élection, il est chargé aussi dans une certaine mesure de vouloir pour la nation » (*DDP*, p. 51), volonté qu'il pourra exprimer à l'occasion de réélections, à la suite de dissolutions de la Chambre, etc. Mais cette ouverture à la participation populaire s'est trouvée réduite à fort peu de choses, du fait d'une pratique institutionnelle (sciemment ou inconsciemment) hostile à la démocratie : et la III^e lui apparaît finalement, dès 1936, comme une « démocratie strictement électorale ». « Un gouvernement d'Assemblée » (*La crise*, p. 9).

En réaction, la Libération avait voulu ouvrir la voie vers une « authentique démocratie », manifestée notamment par l'usage du référendum. Mais le départ du général de Gaulle en janvier 1946 et la victoire de ses adversaires

a entraîné une « véritable contre-révolution » (*RHPC*, p. 155) : un retour complet au système représentatif, qu'exprime un député à la seconde Constituante en affirmant que « le seul souverain c'est l'Assemblée, délégation du peuple » (*DDP*, p. 86). Illustrations parmi bien d'autres de cette attitude : la création du système des appariements par la loi du 9 mai 1951, véritable « conjuration à fins électorales » (*DDP*, p. 123) visant à fausser l'expression de la volonté populaire en vue de briser la dynamique ascendante du RPF. Ou encore, en 1955, la condamnation par la classe politique de l'appel au peuple de Mendès-France, le fait de s'adresser directement au pays ayant été jugé contraire « aux principes mêmes du régime représentatif, à cette souveraineté parlementaire » (*DDP*, p. 135) qui ne tolère aucune concurrence. Aussi la IV^e n'est-elle jamais qu'une « III^e en pire », « une République sans participation », multipliant sans vergogne les atteintes au principe « en qui réside la seule légitimité » (*LH*, p. iv). Contre ces systèmes, Capitant va entreprendre de « dessiner les institutions d'une vraie démocratie » (*Cours*, 1954, p. 7). Bien entendu, celles-ci devront s'organiser en fonction de la « participation », c'est-à-dire inclure la plus forte dose possible de démocratie directe. En ce sens, Capitant va développer certaines des propositions suggérées,

au début des années 1930, par son mentor strasbourgeois Raymond Carré de Malberg. Il souligne en particulier que tous les pouvoirs dans l'État doivent être effectivement *responsables* devant le souverain, qui certes les élit, mais qui doit aussi pouvoir manifester s'il approuve ou non leur politique, s'il leur conserve ou non sa confiance. D'où, l'importance d'un mécanisme comme celui de la dissolution de l'Assemblée, qui permet de demander au peuple *d'arbitrer* les conflits entre l'exécutif et le législatif : l'exécutif, désavoué par le corps électoral en cas de réélection d'une majorité analogue, étant alors obligé de se démettre. Par ce biais, il y aurait toujours concordance entre les élus et le peuple souverain. De même, Capitant plaide pour un développement systématique des procédures référendaires. La dissolution, donnant au peuple un pouvoir d'arbitrage, constitue déjà « une sorte de référendum qui associe la nation au gouvernement » (*La Réforme*, p. 17) ; mais il évoque aussi, le référendum constituant, législatif, et même le référendum d'initiative populaire qui permet une participation maximale en donnant au souverain la faculté, non plus seulement d'acquiescer à une question, mais de se la poser à lui-même. Aucune hésitation sur ce point : en disciple de Rousseau, Capitant

n'hésite pas à reconnaître l'infailibilité de la volonté générale.

En rousseauiste encore, et à l'encontre de Montesquieu, celui qui fut avant-guerre un lecteur très attentif de Carl Schmitt fait l'apologie de « l'État fort de la démocratie » contre « l'État faible et divisé auquel aspiraient les libéraux » (*LH*, p. xviii). Celui-ci, conçu au début du XIX^e siècle, ne correspond plus aux besoins des temps modernes, époque de violence et de conflits. Mais cet État faible se situe surtout en contradiction totale avec le principe démocratique, dans la mesure où, dans le cadre d'une démocratie véritable, « l'absolutisme de la loi » n'est autre que « l'absolutisme de l'autonomie » (*DDP*, p. 21) qui s'exprime par cette loi. Par suite, la concentration du pouvoir manifeste l'unité indivisible de la volonté générale. Réciproquement, il serait absurde de vouloir opposer des pouvoirs issus d'une même volonté souveraine, et en perpétuelle « concordance » avec celle-ci. D'où, la condamnation du dogme de la séparation des pouvoirs, qui n'est pas « une sorte de légitimité » (*Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 34) s'imposant aux constitutions et conditionnant leur valeur, mais simplement le principe d'« un régime politique parmi d'autres », la monarchie limitée : principe aussi dépassé que le régime qu'il fonde,

il apparaît donc nuisible à une démocratie moderne, qui se doit d'être forte, et s'organiser en conséquence.

C'est ainsi, conclut Capitant, qu'elle ne saurait hésiter à concentrer les pouvoirs aux mains d'un véritable chef – et il songe en 1934 à « un premier ministre aussi puissant qu'un dictateur » (*La réforme*, p. 12), légitime des lors que celui-ci sera élu par le peuple et responsable devant lui. Un chef qui disposerait en particulier du pouvoir réglementaire – et Capitant évoque ici les « décrets lois » qui « doivent devenir un instrument normal de gouvernement et de législation » (p. 21).

Une influence indirecte

Sur bien des points, la pensée constitutionnelle de Capitant s'avère prémonitrice. Pourtant, son originalité comme sa radicalité ont sans doute nui à son impact.

Si l'empreinte de Capitant sur la V^e République est moins profonde qu'on aurait pu s'y attendre, c'est d'abord pour une raison triviale : parce qu'il n'a pu prendre part au travail d'écriture de la Constitution, étant, depuis l'année précédente, directeur de la maison franco-japonaise de Tokyo. Mais une question se pose aussitôt : pourquoi n'a-t-on pas rappelé en juin 1958 celui qui était le principal

constitutionnaliste gaulliste ? Dans un billet (assez lourdement ironique) du 9 janvier 1959, de Gaulle évoque « les choses capitales » qui, retenant Capitant au Japon en 1958, l'ont empêché d'œuvrer à la Constitution de la V^e. Mais bien entendu, les véritables raisons sont ailleurs. Celles-ci sont d'abord tactiques – on a noté plus haut leur importance dans le contexte délicat de l'été 58. Par ses thèses et ses prises de position, Capitant, gaulliste de gauche, s'était mis à dos à la fois la classe politique, que le Général prend soin de ménager, et les partisans de l'Algérie française, qu'il ne peut se permettre de heurter de front. Solliciter Capitant eût été perçu comme un défi par les uns comme par les autres : raison déjà suffisante pour ne pas le rappeler, à laquelle s'ajoutent vraisemblablement des griefs plus personnels, les rapports entre Capitant et de Gaulle s'étant sérieusement rafraîchis depuis le « sabotage » du RPF en 1953.

Réciproquement, on ne peut que remarquer la déception de Capitant, durant l'été 58, à la lecture d'un texte qu'il déclare « le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle » (LH, p. XIV). À cette constitution, il reproche « une erreur fondamentale » : n'avoir pas su « dépasser le régime représentatif » en affirmant de manière plus nette « la souveraineté

du peuple ». Le référendum constituant y joue selon lui un rôle « pratiquement nul », le référendum législatif demeure d'un usage « exceptionnel », et de façon générale, « l'arbitrage populaire » n'y est introduit qu'avec une parcimonie qui traduit « la méfiance des parlementaires chevronnés qui siégeaient dans le gouvernement » (LH, p. XIX). Ainsi, en définitive, le système lui paraît-il à l'image de la plupart de ses auteurs, « d'inspiration plus libérale que démocratique » (LH, p. XVIII). De ce jugement sans aménité, doit-on conclure pour autant à l'absence d'impact de sa pensée sur la V^e République ? Non, certes. Mais si influence il y eut, celle-ci fut complexe, à la fois indirecte, et postérieure à 1960.

L'influence indirecte mais probable de René Capitant tient, en premier lieu, au rôle clé qu'il a tenu pendant près de dix ans, de 1943 à 1953, dans l'entourage proche du Général. Avec Debré, et peut-être avant lui – il a le bénéfice de l'âge, de la fonction, des titres, de la renommée – il est le constitutionnaliste, et de Gaulle le reconnaît volontiers : « Capitant, confie-t-il en juillet 1946, a des idées très saines sur la Constitution » (C. Mauriac, *Un autre de Gaulle*, Paris, Hachette, 1970, p. 216) ; c'est d'ailleurs à lui qu'il demande, en 1945, de choisir quelques ouvrages fondamentaux

pour l'initier aux questions constitutionnelles. À cette époque cruciale, l'influence de Capitant est sans doute d'autant plus grande que sa pensée n'a plus sa rigidité initiale, et pas encore le radicalisme démocratique qui la caractérisera par la suite. On observe à ce propos un intéressant phénomène d'influences croisées. C'est probablement parce que ses conceptions se sont alors considérablement modérées, sous l'influence des circonstances mais aussi du milieu gaulliste où il évolue, que Capitant pourra avoir une influence sur ce dernier – en particulier sur le Général lui-même, et, de là, sur le Discours de Bayeux. Ces deux points – la relative modération de Capitant et l'impact qu'elle lui permet sur le schéma constitutionnel gaullien – transparaissent dans ses prises de position lors des débats sur le premier projet de Constitution¹.

Certes, Capitant continue de proclamer que « le peuple doit être et doit rester le pouvoir suprême ». Cependant, il s'élève contre une « conception absolutiste de la démocratie, qui (la) conduit nécessairement à sa perte ». À la place, il oppose « le courant libéral (...) enseigné aux Français par ces grands philosophes dont le premier est Montesquieu », pour

1. Assemblée nationale constituante, 2^e séance du 10 avril 1946, JO 11 avril 1946, p. 1665 s.

lequel « le problème constitutionnel ne consiste pas seulement à donner à la volonté majoritaire le moyen de s'exprimer et de prévaloir, (mais) aussi à trouver le moyen de limiter celle-ci ». « C'est alors que s'introduisent les théories de la séparation des pouvoirs, de la Déclaration des droits, des freins et contrepoids » - et que réapparaît « le régime parlementaire classique (...) que mon groupe et moi-même voudrions voir sanctionner dans le projet de Constitution ».

Les propositions qu'il énonce à cette fin ressemblent, trait pour trait, à ce que seront les axes du Discours de Bayeux le 16 juin suivant. Elles tendent « à inclure (l')Assemblée dans un véritable système constitutionnel » dominé par le « principe de la séparation des pouvoirs », mais sous « une forme moderne, admissible et efficace » n'excluant pas la collaboration entre les organes. Un système où l'Assemblée serait contrebalancée de deux manières : par une seconde chambre, d'abord, « expression de la démocratie locale qui est l'un des contre-poids nécessaires de la démocratie nationale, et aussi de cette démocratie économique (...) qui est aujourd'hui le complément nécessaire de la démocratie territoriale ». Par un exécutif « fort et stable » ensuite, répondant aux besoins d'« autorité et (de) stabilité gouvernementales ».

La ressemblance avec le Discours de Bayeux est frappante : et elle l'est jusque dans les absences, comme lorsque Capitant déclare inacceptable le contrôle de la constitutionnalité des lois ou, fait plus notable encore, il renonce à évoquer au cours de ce débat la question du référendum - deux points largement débattus chez les constitutionnalistes de la Résistance, mais que de Gaulle n'abordera pas à Bayeux.

Peu importe que René Capitant ait, quelques années plus tard, critiqué les insuffisances du Discours de Bayeux, le fait que ce dernier n'ait pas assez mis en lumière « la souveraineté populaire », sans « laquelle toutes les autres institutions manquaient nécessairement de base et de légitimité » (*RHPC*, p. 160-161), ou l'absence d'allusions explicites au référendum. Même s'il n'en fut pas la source unique, nul doute que son influence sur le Discours, et donc, indirectement, sur la Constitution de 1958, ait été considérable.

À quoi l'on peut ajouter que l'évolution personnelle de René Capitant vers un certain radicalisme démocratique à partir de la fin des années 1940 n'est probablement pas étrangère à la faveur croissante accordée, au RPF et dans le discours gaullien, aux mécanismes de démocratie semi-directe. Et c'est dans cette direction que s'exercera son influence après 1960. Sitôt

rentré du Japon, Capitant va en effet deviner, puis encourager et justifier l'inflexion du régime dans le sens d'une personnalisation où il voit avant tout un instrument d'approfondissement de la démocratie. « Nous voulons qu'on aille plus loin dans la voie d'un gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple » (*Notre République*, 20 septembre 1962), écrit-il pour appeler à approuver l'élection du président de la République au suffrage universel direct. En s'éloignant de la « tradition représentative » à laquelle le texte de 1958 demeurait globalement fidèle, la V^e République se rapproche de ses vœux.

Après 1962, « l'occasion perdue » en 1958 a été rattrapée. « Dès lors, notait Gérard Conac, René Capitant pouvait non seulement se rallier sans réticence aux institutions, (...) mais aussi devenir (...) leur interprète le plus audacieux, leur théoricien le plus systématique », leur défenseur le plus farouche...

1. G. Conac, in *Apports de René Capitant à la science juridique*, Paris, Litec, 1992, p. 77 ; voir de même J. Foyer, *Espoir*, n° 36, 1981, p. 11.

Chapitre II

Les objectifs

Même lorsque ses auteurs se réclament d'un certain relativisme, une Constitution ne se construit pas au hasard, mais selon un ordre et en permettre d'accomplir. La Constitution, rappelle Malraux le 30 octobre 1962, « est un instrument » (*Discours au Palais de Chaillot*, in *Espoir*, n° 2, 1973, p. 50), ni plus, ni moins. Un instrument, c'est-à-dire, quelque chose qui ne vaut que dans la mesure où il satisfait aux objectifs en vue desquels il a été fabriqué. On peut penser en outre que la notion même d'« objectifs », en ce qu'elle a de limitée, de circonscrit, correspond au pragmatisme gaulien – à « ce goût du concret, ce don de la mesure, ce sens des réalités », d'ailleurs typiquement conservateurs, dont le Général

1. Cf. A. Teyssier, « Charles de Gaulle », in F. Rouvil-
lois, O. Dard, C. Boutin, *Le Dictionnaire du conservatisme*,
Paris, Éditions du Cerf, 2017, p. 407ss.

Chapitre 2

L'influence limitée sur le principe d'autonomie populaire

563 Dans son cours relatif aux *Principes du droit public* de l'année universitaire 1952-1953, René Capitant affirme que « le premier principe de la démocratie » n'est pas la liberté, mais l'autonomie, principe selon lequel « aucune obligation ne peut légitimement obliger un individu sans le *consentement* de celui-ci »¹. Pour autant, il évoque la « participation politique », car l'individu doit pouvoir prendre part à chaque décision, ce qui sous-entend qu'il n'est pas seul à décider, car une part est une « fraction d'un tout plus large que l'on ne possède pas en entier »². Ainsi, pour que le peuple – compris comme être collectif – soit autonome, chaque individu pris isolément doit participer à cette entreprise collective. Autrement dit, « la participation démocratique est la participation à un acte collectif d'autonomie »³.

564 Si René Capitant modifie la terminologie employée, c'est avant tout pour transposer les principes de la démocratie politique à la démocratie de l'entreprise⁴. Cependant, l'idée générale n'a pas véritablement évolué, et il est toujours question pour lui de quitter le régime représentatif qui prône le consentement de l'individu au pouvoir pour mettre en place un véritable régime démocratique basé sur le principe du consentement de l'individu à l'obligation juridique⁵. Pour René Capitant, cette rupture s'est opérée par la Constitution de la V^e République, qui a réintroduit

1. R. Capitant, *Les principes de la démocratie (suite)*, op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 192, V, *supra*, §§ 429 à 432.

2. *Ibid.*, p. 31.

3. *Ibid.*, p. 32.

4. V. *infra*, Seconde partie, Titre 2, Chap. 2.

5. R. Capitant, *Les principes de la démocratie (suite)*, op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 192.

différents mécanismes permettant de vérifier régulièrement l'adéquation entre la volonté du souverain et celle de ses représentants. Toutefois, comme l'affirme le professeur Denis Baranger, « 1958 fut bien une révolution française, mais peut-être celle où le mot "liberté" fut le plus rarement prononcé »⁶. Obnubilés par la nécessité de redonner une tête à l'État français, les constituants ne se sont guère intéressés à la réhabilitation de l'« autonomie populaire » : la Constitution ne contient aucune charte des droits et libertés, et les nouveaux mécanismes de démocratie directe – pourtant mis en sommeil depuis la Constitution de 1793 – n'ont suscité que peu de débats.

565 Pour autant, René Capitant va démontrer tout au long de la V^e République que le fondement du nouveau régime politique repose sur cette participation de l'individu. Dans le dernier cours de sa carrière, il distingue trois modes de participations : l'élection, la dissolution et le référendum. Concernant les deux derniers, la V^e République a apporté plusieurs innovations, auxquelles René Capitant n'est pas étranger. En effet, en semant « à tous vents l'idée de référendum »⁸, il a pu influencer indirectement la pratique référendaire du général de Gaulle en marge d'un texte constitutionnel beaucoup trop restrictif. Les deux mécanismes du référendum et de la dissolution obéissent selon lui à des objectifs similaires. D'une part, ils permettent de redonner la parole au peuple dans les moments décisifs. Sous la V^e République, les deux procédés ne sont pas conçus comme des manifestations directes de volonté du peuple, mais lui permettent néanmoins de donner son consentement lorsque celui-ci n'est pas toujours évident à déterminer (Section 1). D'autre part, en élaborant une théorie audacieuse permettant de contourner l'absence textuelle de responsabilité politique du président de la République, René Capitant démontre que le principal mandataire de la volonté populaire demeure soumis au souverain (Section 2).

Section 1. LA FAIBLE PARTICIPATION DU SOUVERAIN AU POUVOIR

566 Sous la V^e République, la participation directe du peuple au pouvoir s'effectue principalement par le référendum. Comme nous l'avons déjà souligné, le principe du référendum n'a pas été énoncé dans le discours de Bayeux, à moins d'entendre le terme « élection » de manière extensive⁹. Cependant, il l'est dans le discours

d'Épinal, le général de Gaulle regrettant que la Constitution adoptée quelques jours plus tard prive le peuple « du droit qu'il s'était réservé de décider lui-même par référendum en matière constitutionnelle »¹⁰. Pour Raymond Ferretti, c'est sous l'influence de René Capitant que celui-ci fut réhabilité sous la V^e République¹¹. Pour le professeur Stéphane Rials, c'est la conception de Michel Debré qui s'est imposée en 1958¹². Capitant comme Debré s'intéressent en effet tous deux au référendum, mais sous des aspects différents. Alors que René Capitant, fortement influencé par les travaux de Raymond Carré de Malberg, cherche à démocratiser le régime en unifiant la souveraineté au-dessus des pouvoirs constitués, c'est l'efficacité des institutions qui intéresse Michel Debré. Pour ce dernier, la démocratie doit être gouvernée tandis que pour René Capitant, elle ne peut être que gouvernante¹³.

567 Se poser la question de l'origine du référendum sous la V^e République nécessite de déterminer préalablement la nature du référendum évoqué : référendum législatif ou constituant ? Référendum textuel ou pratique référendaire ? Le texte constitutionnel semble présumer une faible influence de René Capitant : le référendum constituant n'est pas obligatoire, le référendum législatif est strictement encadré, l'initiative populaire est inexistante et le veto populaire, pourtant cher à Raymond Carré de Malberg¹⁴, est systématiquement conditionné par l'initiative d'un organe constitué, en matière législative comme en matière constitutive. René Capitant ne s'y trompe pas, et regrette cette « forme purement négative » de participation directe¹⁵. Toutefois, les débuts de la V^e République apportent un second souffle à la pratique référendaire, auquel René Capitant apportera un soutien très important (Sous-section 1). En parallèle, la Constitution va organiser une participation indirecte, permettant

prononcé à Bayeux le 16 juin 1946, *op. cit.*, 1970, p. 12). C'est bien sûr la dissolution qui est en premier lieu visée. Cependant, François Goguel y perçoit également une référence au référendum (débat après : J. Gicquel, « L'analyse littéraire du discours », in *Le Discours de Bayeux, Hier et aujourd'hui*, *op. cit.*, 1991, p. 53), au contraire de Jean Gicquel qui préfère interpréter strictement la lettre du discours (*ibid.*, pp. 45 et 53). Pour Françoise Decaumont, l'idée du référendum est sous-jacente, de Gaulle faisant reposer les pouvoirs publics sur « l'adhésion confiante des citoyens » (F. Decaumont, « L'influence du discours sur l'agencement des institutions de 1958 », in *Le Discours de Bayeux, Hier et aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 129 ; débats après : F. Luchaire, « Lacunes et apports de la Constitution de 1946 », in *Le Discours d'Épinal, « Rebâtir la République »*, *op. cit.*, p. 223).

10. Ch. de Gaulle, discours prononcé à Épinal, le 29 septembre 1946, *Discours et messages*, t. III, *op. cit.*, p. 34.

11. R. Ferretti, « Le référendum sous la V^e République ou l'ambivalence d'une institution », *Les Petites affiches*, n° 136, 13 nov. 1998, p. 4. Dans le même sens, v. G. Conac, « René Capitant et le référendum », *op. cit.*, p. 203 ; H. Portelli, *La 1^{re} République*, 2^e éd., Paris, Grasset & Fasquelle, 1994, p. 29. V. également, mais de manière plus nuancée : J. Chapsal, « Propos sur le référendum », *op. cit.*, p. 54.

12. S. Rials, « L'avenir du référendum en France », *La Revue administrative*, n° 192, nov.-déc. 1979, p. 650.

13. G. Conac, « Les débats sur le référendum sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 77 – *Le référendum*, avr. 1996, p. 98. Ces termes sont empruntés à Georges Burdeau (*Traité de science politique*, t. IV – *Les régimes politiques*, Paris, L.G.D.J., 1952, pp. 448 et s.).

14. R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques... », *op. cit.*, p. 228.

15. R. Capitant, Préface à *De Gaulle dans la République*, *op. cit.*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 367.

6. D. Baranger, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits*, n° 44 – *La 1^{re} République : des institutions libérales ?*, 2007/2, p. 33.

7. Concernant l'élection, le seul véritable apport de la V^e République est l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Il nous a paru préférable de l'aborder dans le cadre Capitant, sur la question de l'autorité que sur celle de l'autonomie.

8. J. Chapsal, « Propos sur le référendum », in *Droit, institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 54.

9. Charles de Gaulle évoque en effet la nécessité d'appeler le peuple, dans les moments de graves confusions, « à faire connaître par des élections sa décision souveraine » (discours

au peuple d'arbitrer souverainement les conflits qui viendraient opposer le président de la République à l'Assemblée nationale. Cependant, les différentes pratiques vont rapidement dépasser le dualisme théorisé par Raymond Carré de Malberg, la démocratie référendaire de Charles de Gaulle privilégiant le lien plus direct entre le chef d'État et le peuple souverain (Sous-section 2).

Sous-section 1. LA FAIBLE PARTICIPATION DIRECTE DU SOUVERAIN PAR LE RÉFÉRENDUM

568 Pour René Capitant, la V^e République s'est inscrite « dans la tradition démocratique de 1793 »¹⁶ en réintroduisant le référendum dans les institutions françaises. Pourtant, en retirant au peuple l'initiative de tout référendum et en offrant aux pouvoirs constitués la possibilité d'exclure le corps électoral de toute décision politique, le texte constitutionnel paraît relativement indifférent à toute tentative visant à rendre plus directe la démocratie française. René Capitant ne va pas s'intéresser aux dispositions mal rédigées de la Constitution de 1958, mais à la pratique référendaire initiée par Charles de Gaulle dès l'hiver 1961. D'une part, en retirant aux pouvoirs constitués le monopole de la ratification et de la révision constituant, le chef de l'État permet au pouvoir constituant du peuple de se maintenir au-dessus de la Constitution en faisant de ce dernier le « souverain absolu » de la V^e République (I). D'autre part, et malgré des reproches relatifs aux limitations apportées à l'emploi du référendum, René Capitant interprète l'utilisation du référendum législatif comme une véritable manifestation démocratique, permettant au peuple, selon la théorie rousseauiste, de ratifier lui-même la loi¹⁷. Ainsi, en donnant une supériorité à la loi référendaire, René Capitant tente de prouver que la V^e République érige le peuple en « organe législatif suprême »¹⁸ (II).

I. La participation directe au pouvoir constituant

569 En 1955, définissant la notion de démocratie par le principe de souveraineté du peuple, René Capitant affirme que si ce principe n'exige pas que le peuple doive exercer la totalité des pouvoirs, il signifie cependant que ce dernier exerce « le pouvoir souverain, c'est-à-dire le pouvoir constituant »¹⁹. Si Raymond Carré de Malberg a développé cette nécessité d'unité au « degré supérieur »²⁰, René

¹⁶ R. Capitant, « Nécessité et légitimité du référendum », *Notre République*, 22 déc. 1960, rééd. in *Écrits politiques...*, op. cit., p. 66.

¹⁷ J.-J. Rousseau, *Du contrat social...*, op. cit., Livre III, Chap. XV.

¹⁸ R. Carré de Malberg, *La Loi...*, op. cit., p. 207.

¹⁹ R. Capitant, « Le changement de régime », op. cit., reproduit in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 336.

²⁰ C'est notamment à propos de la Constitution américaine, qui établit une stricte séparation des pouvoirs constitués, que Raymond Carré de Malberg s'exprime : « La Constitution américaine n'établit la séparation qu'entre autorités constituées : au degré supérieur, c'est-à-dire en ce qui concerne le pouvoir constituant, elle rétablit l'unité de puissance nationale. Le développement qu'ont pris de nos jours les institutions de démocratie directe, tout au moins

Capitant semble avant tout reprendre ses premiers écrits, dans lesquels il démontre que si le peuple délègue par la Constitution le pouvoir de formuler la loi, il garde une emprise totale sur les strates supérieures du droit constitutionnel. Appliquée à la Constitution de la V^e République, René Capitant va reconnaître que celle-ci organise juridiquement la souveraineté du peuple au niveau constituant. D'une part, la procédure d'adoption de la Constitution a permis au peuple de ratifier lui-même sa propre loi fondamentale (A). D'autre part, par une interprétation de l'esprit de la Constitution, en marge du texte constitutionnel et de son article 11, René Capitant démontre que le peuple dispose toujours du pouvoir de modifier sa Constitution, à condition que le président de la République lui en donne l'occasion (B).

A. La justification de la procédure d'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958

570 En 1946, René Capitant affirme : « Le moyen le plus simple semblait que le général de Gaulle fit lui-même la Constitution et la proposât directement au peuple français [...] Le général de Gaulle — je peux en témoigner — n'accepta jamais cette hypothèse. Il refusa même de l'examiner. Pourquoi ? Parce que c'est une méthode plébiscitaire »²¹. En 1958 pourtant, René Capitant va défendre la méthode utilisée par le futur président français, permettant de faire ratifier par le peuple français une Constitution essentiellement rédigée par un gouvernement dirigé par Charles de Gaulle. La question de la légalité de la procédure dont découle la loi du 3 juin 1958 est alors sans importance. Il n'hésite pas la recréante comparaison avec la loi du 10 juillet 1940 : « Pas davantage la légitimité du nouveau régime ne pourra découler de l'investiture *in extremis* que lui a donnée le Parlement de la IV^e République, en déléguant le pouvoir constituant au gouvernement du général de Gaulle. Cette procédure, déjà employée le 10 juillet 1940, a été impuissante à légitimer le gouvernement de Vichy. Elle aura pu, tout au plus, cette fois, faciliter l'installation de la V^e République, mais non déterminer sa valeur propre »²². La légalité de la procédure employée — pourtant chère au général de Gaulle²³ — permet peut-être de sauver les apparences. Elle est cependant inefficace à donner à la Constitution sa véritable légitimité²⁴.

dans les États particuliers de l'Union, confirme ces observations : il prouve qu'en plaçant à la base de l'organisation des pouvoirs le concept de la souveraineté populaire, les Constitutions des États-Unis n'ont pas seulement rendu à l'idée démocratique un hommage nominal, mais qu'elles ont réellement introduit dans le droit public américain, à côté et au-dessus de la séparation des pouvoirs, un principe de démocratie effective, impliquant l'unité première de la souveraineté » (« Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », op. cit., rééd. in *RFHIP*, op. cit., p. 373).

²¹ R. Capitant, « Pourquoi de Gaulle s'est-il retiré (suite) ? », op. cit., rééd. in *Pour une Constitution fédérale*, pp. 12 à 17, rééd. p. 160.

²² R. Capitant, Préface à *De Gaulle dans la République*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., pp. 360-361.

²³ V. en ce sens : S. Arné, « La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le général de Gaulle (1958) », *RDP*, 1969/1, p. 57.

²⁴ Il insiste cependant sur ce point lors d'une conférence prononcée à Tokyo, pendant laquelle il met en avant la pacificité et la légalité de la Révolution, « ratifiée dans les formes constitutionnelles » (« Le retour du général de Gaulle », op. cit., p. 1).

571 Alors qu'ils sont nombreux à affirmer l'impossibilité pour l'Assemblée nationale de déléguer le pouvoir constituant qu'elle détenait de l'article 90 de la Constitution de 1946²⁵, René Capitant prend une tout autre direction. La loi du 3 juillet 1958 n'a pas donné au gouvernement de Charles de Gaulle le pouvoir d'adopter lui-même une nouvelle Constitution, mais celui de proposer un projet de Constitution au peuple français²⁶. Il rejoint ainsi la défense proposée par Pflimlin à l'Assemblée nationale : « Le projet qui vous est soumis ne constitue absolument pas une délégation du pouvoir constituant donnée au Gouvernement par le Parlement. En effet, le Gouvernement n'est pas chargé de faire une nouvelle Constitution. Il est chargé d'établir un projet de Constitution, sur des principes qui sont définis, qui sera ensuite soumis à la ratification populaire, seule détentrice du pouvoir constituant qu'elle délègue d'ordinaire à ses représentants élus »²⁷. Cette distinction prend tout son sens analysée à la lumière des développements théoriques que René Capitant propose dans les années trente. Il distingue alors une dualité de pouvoirs constitutifs : le pouvoir constituant souverain du peuple, qui formule la légitimité constitutionnelle coutumière et le Législateur constituant, qui a reçu délégation du premier pour mettre à l'écrit les règles de la légitimité constitutionnelle et proposer les lois constitutionnelles nécessaires à son application. Malgré une terminologie qui prête à confusion, le Législateur constituant ne se limite pas organiquement aux assemblées. Dès les années trente, René Capitant émet en effet l'hypothèse de confier ce pouvoir à un comité exécutif ou à un gouvernement provisoire²⁸. Ainsi, l'attribution à un gouvernement nommément désigné du soin de rédiger une constitution ne relève que d'un choix procédural. Contrairement à ce qu'affirme Maurice Duverger²⁹, il n'est donc pas nécessaire que le projet soit d'abord discuté et approuvé par le Parlement. Cependant, le peuple ne pouvant abdiquer son pouvoir souverain, seule la formulation des normes constitutionnelles inférieures peut être déléguée au Législateur constituant. Par conséquent, la loi du 3 juin 1958 n'a pas opéré un « transfert de la compétence constituante du Parlement au Gouvernement »³⁰,

puisque le Parlement ne détenait pas le pouvoir constituant. En réalité, le gouvernement de Charles de Gaulle a implicitement reçu deux fonctions distinctes : d'une part, il dispose d'une compétence liée, celle de mettre à l'écrit les règles de la nouvelle légitimité constitutionnelle imposée par le souverain ; d'autre part, il reçoit une compétence qu'il exerce plus librement, mais non discrétionnairement (puisque l'intervient notamment le contrôle du souverain par la sanction constituante), celle de proposer lui-même les lois constitutionnelles permettant la mise en œuvre de la légitimité constitutionnelle. Autrement dit, le gouvernement ne disposait que de « l'adoption constituante »³¹, et ne pouvait donc statuer que de manière non définitive sur le projet de Constitution. Ainsi, rien n'empêchait le gouvernement de proposer au peuple une nouvelle Constitution, à partir du moment où celle-ci respectait les aspirations coutumières du souverain. En ce sens, René Capitant affirme que la valeur de la nouvelle Constitution dépend uniquement « du caractère plus ou moins démocratique de ses institutions »³².

572 Cependant, profondément marqué par l'ordonnance du 17 août 1945³³, il reconnaît également la nécessité de recourir au référendum afin de légitimer la nouvelle Constitution. Cette ordonnance, en « [rendant] la parole » au peuple français³⁴, a mis fin à la fiction représentative de la souveraineté, en déclarant que seul le peuple était habilité à choisir le changement ou le maintien des lois constitutionnelles de 1875. Le simple fait que la Constitution écrite respecte et mette en œuvre la légitimité constitutionnelle coutumière ne suffit donc plus. Encore faut-il que la Nation, « qui seule juge »³⁵ selon les mots du général de Gaulle, soit en possession de la « sanction constituante »³⁶ et affirme explicitement, par un acte souverain, sa volonté de se soumettre aux nouvelles règles constitutionnelles. Le référendum constituerait alors comme une procédure obligatoire à la reconnaissance légitime de la Constitution par le souverain. Ainsi, peu importe que la loi du 3 juin 1958³⁷ ait dérogé à la procédure prévue par l'article 90. Au contraire, celui-ci, en écartant le peuple de la prise de décision, à moins qu'une majorité des deux tiers n'ait pas été formée à l'Assemblée nationale, apparaissait contraire aux nouvelles règles de procédure imposées par la nouvelle légitimité constitutionnelle.

31. O. Beaud, *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 266.

32. R. Capitant, Préface à *De Gaulle dans la République*, op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 361.

33. Ordonnance n° 45-1836 du 17 août 1945, op. cit. V. notamment : R. Capitant, « Le changement de régime », op. cit., reproduit in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 331 ; « Conférence sur le régime constitutionnel », op. cit., p. 5. « Le conflit de la souveraineté populaire et de la souveraineté parlementaire », op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 277. Sur ce point, v. G. Conac, « René Capitant et le référendum », op. cit., p. 204.

34. R. Capitant, « Le conflit de la souveraineté populaire et de la souveraineté parlementaire », op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 277.

35. Ch. de Gaulle, discours prononcé place de la République à Paris, le 4 septembre 1958, op. cit., p. 43.

36. O. Beaud, *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 266.

37. Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, JO, Lois et décret du 4 juin 1958, p. 5326.

25. C'est notamment le cas de nombreux orateurs à l'Assemblée nationale. V. les interventions de Valéry Giscard d'Estaing (Procès-verbal de la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale, 1^{er} juin 1958, *Documents pour servir...*, vol. 1, op. cit., pp. 143-144), de Francine Lefebvre (*ibid.*, p. 149), de Pierre Cot (*ibid.*, p. 150), de Jean Pronteau (*ibid.*, pp. 150-151), d'André Mignot (*ibid.*, p. 159), de Jean-Louis Tixier-Vignancour (Compte rendu de la séance de l'Assemblée nationale, 2 juin 1958, *ibid.*, pp. 172-173) et de Jacques Duclos (*ibid.*, pp. 174-176).

26. R. Capitant, « La crise politique... », op. cit. ; *Démocratie et participation politique...*, op. cit., p. 138.

27. Procès-verbal de la commission du suffrage universel du Conseil de la République, 2 juin 1958, *Documents pour servir...*, vol. 1, op. cit., p. 190. V. également, *ibid.*, 1^{er} juin 1958, p. 153. Cet argument sera repris dans le Rapport du 3 juin 1958 fait par M. Gilbert-Jules au nom de la commission du suffrage universel du Conseil de la République sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, (*ibid.*, p. 197), ainsi que par Gilbert-Jules, rapporteur de la commission du suffrage universel (*ibid.*, p. 202).

28. R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », op. cit., rééd. in *Écrits d'entre-deux-guerres...*, op. cit., p. 300.

29. M. Duverger, « La validité du scrutin du 28 octobre », *Le Monde*, 17 oct. 1962.

30. G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 379.

B. Le maintien du pouvoir constituant du peuple

573 Comme nous l'avons précédemment développé, René Capitant ne conçoit pas que le pouvoir constituant du peuple s'épuise une fois la Constitution adoptée³⁸. Cela signifie que le souverain dispose, en toutes circonstances, de la possibilité de modifier les sphères les plus hautes de la Constitution, dont il en est en quelque sorte le propriétaire. Pour autant, René Capitant attache également une certaine importance à la procédure de révision. D'une part, elle est révélatrice du régime politique et de la place que celui-ci octroie au peuple ; d'autre part, c'est elle qui permet de réviser le texte constitutionnel, qui, malgré son infériorité en face d'une coutume constitutionnelle supérieure, n'en demeure pas moins partie intégrante de la norme fondamentale.

574 Sous la IV^e République, regrettant la mise à l'écart du peuple dans la révision de l'acte suprême, René Capitant affirme : « La Constitution, qui a été faite par le peuple, doit pouvoir être modifiée par le peuple. Cela exige, non seulement que toute révision constitutionnelle soit soumise au référendum, mais aussi qu'une procédure d'initiative populaire puisse permettre au peuple de réclamer et d'obtenir la révision »³⁹. Pourtant, dans la Constitution de 1946, « le pouvoir constituant – c'est-à-dire le pouvoir souverain – appartient à l'Assemblée nationale statuant à la majorité des deux tiers »⁴⁰. À la veille de l'effondrement de la IV^e République, il analyse la Constitution japonaise en des termes identiques. L'article 96⁴¹ ne donne en effet aucun rôle au peuple dans l'initiative de la révision, qui reste le monopole du Parlement. Le peuple japonais ne peut que s'opposer à une révision constitutionnelle, mais non imposer une révision qu'il juge désirable. René Capitant conclut donc en conséquence : « La Constitution japonaise est, sur ce point, comparable à la Constitution française de 1946, qui, elle aussi, a tenté, mais avec moins de succès encore, d'introduire le référendum constituant dans une tradition républicaine qui y répugnait »⁴².

575 En 1958, René Capitant ne songe qu'à l'utilisation de l'article 89, et ne peut que se montrer déçu par la faiblesse de la participation populaire. Il affirme en ce sens : « En matière de révision constitutionnelle, le rôle du référendum reste sensiblement le même que dans la Constitution de 1946, c'est-à-dire pratiquement nul »⁴³.

38. V. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

39. R. Capitant, « Le changement de régime », *op. cit.*, *reprod. in Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 336.

40. R. Capitant, « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire », *op. cit.*, *reéd. in Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, pp. 278-279.

41. Art. 96 de la Constitution japonaise du 3 novembre 1946 : « Les amendements à la présente Constitution sont introduits sur l'initiative de la Diète, par vote des deux tiers au moins de tous les membres de chaque chambre ; après quoi ils sont soumis au peuple pour ratification, pour laquelle est requis un vote affirmatif d'une majorité de tous les suffrages exprimés à ce sujet, lors d'un référendum spécial ou à l'occasion d'élections fixées par la Diète. Les amendements ainsi ratifiés sont immédiatement promulgués par l'Empereur au nom du peuple, comme partie intégrante de la présente Constitution ».

42. R. Capitant, « Les problèmes de la démocratie et la Constitution japonaise », *op. cit.*, p. 10.

43. R. Capitant, Préface à *De Gaulle dans la République*, *op. cit.*, *reéd. in Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 367.

Si la question de l'initiative n'est alors pas abordée, il regrette cependant que les rédacteurs de la Constitution aient réservé l'intégralité du pouvoir constituant au Parlement⁴⁴. À la suite du précédent de 1962, cette prise de position se retournera contre lui. Ainsi, lors du débat radiodiffusé de décembre 1965 l'opposant à Michel Debré, Pierre Mendès France utilisera l'avis de Capitant pour affirmer que le président de la République ne dispose d'aucune participation au pouvoir constituant⁴⁵. Pourtant, à l'automne 1962, René Capitant va défendre la pratique gaulliste et approuver sans surprise la décision d'incompétence du Conseil constitutionnel⁴⁶. Par une interprétation de l'article 3 au travers de l'esprit de la Constitution, son raisonnement aboutit au maintien du pouvoir constituant supra-constitutionnel du peuple souverain, bien que René Capitant ne se fonde pas sur ses premiers développements pour formuler un tel constat. Dans son cours de 1969, il en conclut à l'existence, « dans l'esprit de [l']article 3 », à trois voies de révision distinctes : les volontés conjuguées du Président et du peuple (article 11), les volontés conjuguées des chambres et du peuple (article 89 alinéa 2) et les volontés conjuguées du Président et des trois cinquièmes du Congrès (article 89 alinéa 3)⁴⁷. Sa défense de la constitutionnalité de l'utilisation de l'article 11 s'inscrit dans un contexte de démocratisation progressive des institutions, qui cherche à retirer aux élus la totalité de l'exercice de la souveraineté, au profit d'un peuple qui, même lorsqu'il intervient en tant qu'organe constitué, dispose d'une autorité supérieure. Ainsi, René Capitant interprète la querelle juridique comme une façade qui viendrait cacher le fond du problème, c'est-à-dire l'accaparement de la prise de décision par les représentants du peuple. À la suite de la proclamation des résultats du référendum, il affirme : « Maintenant que le peuple a affirmé sa compétence et exprimé sa volonté, combien dérisoire et condamnable apparaît la campagne menée, à l'appel du président du Sénat et à l'aide d'arguments pseudo-juridiques, pour empêcher le peuple de parler. Car la fausse querelle de procédure n'avait pas d'autre but »⁴⁸. En face de parlementaires et de juristes qui se scandalisent de l'absence de débats parlementaires, René Capitant leur oppose l'absence de concordance systématique entre les deux volontés. En ce sens, il explique : « On peut dire qu'apparaît suspecte et illégitime l'interprétation constitutionnelle qui aboutit à empêcher

44. *Ibid.*, *reéd. in ibid.*, pp. 370-371.

45. « Permettez-moi d'invoquer l'avis de M. René Capitant qui, n'ayant pas prévu à l'époque ce qui pourrait se produire en 1962, écrivait dans une étude qui a été souvent citée... René Capitant écrivait ceci : "A ceux qui craignent de voir le Parlement plus ou moins dépouillé de toutes ses prérogatives, il faut répondre que c'est au Parlement que les rédacteurs de la Constitution ont réservé l'intégralité du pouvoir constituant, sous la seule réserve d'accueillir la ratification populaire au cas où la majorité parlementaire serait inférieure aux trois cinquièmes". Ainsi M. Capitant proclamait-il à l'époque que le président de la République n'avait aucune participation au pouvoir constituant » (P. Mendès France, « Les institutions », intervention radiodiffusée sur Europe 1 du 1^{er} déc. 1965, *reprod. in Debré, Mendès France, Le grand débat*, Paris, Société Nouvelle des Éditions Gonthier, 1966, p. 148).

46. V. le témoignage de Léon Noël : *De Gaulle et les débuts de la 1^{re} République, 1958-1965*, Paris, Plon, 1976, p. 241 (note 1).

47. R. Capitant, *Démocratie et participation politique*... *op. cit.*, p. 165.

48. R. Capitant, « Après le référendum, avant les élections », *Notre République*, 1^{er} nov. 1962, p. 3.

que l'on consulte le peuple : elle révèle la crainte de cette consultation et même l'hostilité à la démocratie directe. Apparaît au contraire légitime l'interprétation qui ouvre plus largement la voie au référendum »⁴⁹. Les résultats du référendum donnent raison à René Capitant, car ils prouvent, comme en avril 1946, que la volonté des électeurs ne coïncide pas toujours avec celle des élus⁵⁰.

576 Dans les années soixante, René Capitant s'érige donc – presque seul contre tous – en véritable défenseur du système gaulliste qui privilégie le lien avec le peuple au détriment de la lettre de la Constitution. Au contraire, la quasi-totalité des juristes s'insurgent contre cette pratique jugée inconstitutionnelle. La plupart défendent l'idée que la Constitution a expressément prévu une procédure au titre XIV et à l'article 89, à laquelle il n'est pas possible de déroger⁵¹. D'autres font appel aux débats constitutifs pendant lesquels il était clairement entendu qu'aucune révision ne pourrait avoir lieu sans l'accord du Parlement⁵², ou expriment encore l'idée selon laquelle l'article 11 ne mentionne que « les projets de lois » et non les « projets de lois constitutionnelles » ou « organiques »⁵³. Certains s'agacent encore de voir de Gaulle passer outre l'avis du Parlement⁵⁴, qui plus est en dehors de la session ordinaire⁵⁵. C'est d'ailleurs un point sur lesquels les acteurs des débats constitutifs ont insisté. Sur une proposition de Raymond Janot de reconnaître au chef d'État la possibilité d'en appeler directement au peuple pour la révision constitutionnelle, François Luchaire, soutenu par Erwin Guldner et Jérôme Solal-Céliny, constate en effet dès 1958 que cette procédure semble « extrêmement grave », laissant la Constitution dans les seules mains du chef de l'État⁵⁶.

577 En 1962, la tentative de défense de René Capitant passe alors relativement inaperçue. Pendant les délibérations du Conseil constitutionnel, son nom est évoqué

49. R. Capitant, *Démocratie et participation politique*..., op. cit., p. 164.

50. R. Capitant, « Après le référendum, avant les élections », op. cit., p. 3.

51. V. par exemple : G. Berlia, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP*, 1962-2, pp. 938-939 ; G. Bortoli, *Sociologie du référendum dans la France moderne*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 190 ; M. Duverger, « Un principe fondamental », *Le Monde*, 16 avr. 1969 ; F. Goguel, « Réflexions sur le régime présidentiel », *RFSF*, 1962, p. 290 ; A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 683 ; « C'est la première manche qu'il faut gagner », *Le Monde*, 22 oct. 1962 ; « Contre le viol des constitutions », *Le Monde*, 10 mars 1969 ; J.-L. Parodi, « Quatre années de controverses constitutionnelles », *RFSF*, n° 4, 1962, p. 846 ; J. Touchard, J.-L. Parodi, « L'enjeu du référendum du 28 octobre 1962 », in *Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques*, dir. F. Goguel, Paris, Armand Colin, 1965, p. 39. V. également l'intervention de Guy Mollet (*JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, p. 3211).

52. V. par exemple : G. Berlia, « Le problème de la constitutionnalité... », op. cit., pp. 941 à 943 ; A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., pp. 683-684.

53. V. par exemple : G. Berlia, « Le problème de la constitutionnalité... », op. cit., pp. 939-940. V. également les interventions de Guy Mollet (*JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, pp. 3211-3212) et de Paul Coste-Floret (*ibid.*, p. 3216).

54. V. par exemple : M. Duverger, « La validité du scrutin du 28 octobre », op. cit. ; G. Bortoli, *Sociologie du référendum dans la France moderne*, op. cit., p. 190.

55. Cet argument est notamment soulevé par plusieurs parlementaires. V. les interventions de Guy Mollet (*JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, p. 3212) et de Paul Coste-Floret (*ibid.*, p. 3216).

56. Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 9 juil. 1958 établi par François Luchaire, *Documents pour servir*..., vol. I, op. cit., p. 394.

par Edmond Michelet, pour constater simplement que le juriste ne se réfère pas aux travaux préparatoires pour affirmer la constitutionnalité du référendum⁵⁷. Par la suite, Georges Vedel ne relève que des « silences clairement significatifs »⁵⁸ pour témoigner du faible soutien des juristes à la pratique gaulliste. Marcel Prélot, pourtant proche de René Capitant, semble oublier ce dernier lorsqu'il cite les professeurs de droit qui enseignent qu'une révision constitutionnelle est possible par le biais de l'article 11⁵⁹. Même Léo Hamon, qui le côtoie régulièrement dans les années soixante, omet de le citer dans son cours⁶⁰. Aujourd'hui encore, si Pierre Lampué⁶¹ et François Goguel⁶² sont régulièrement cités, les développements de René Capitant semblent avoir été oubliés. Ses écrits n'ont cependant pas échappé aux critiques de Jean Touchard et de Jean-Luc Parodi, pour qui l'article 3 n'énonce qu'un principe général dont les articles ultérieurs précisent les possibilités d'utilisation⁶³ et pour qui l'argumentation de René Capitant « en appelle elle-même à l'esprit de la Constitution contre sa lettre et à l'évidence politique plus qu'àux incertitudes juridiques »⁶⁴. De plus, son argumentation semble avoir largement inspiré la thèse que François Goguel défend notamment dans ses cours, malgré une hostilité première à l'automne 1962. Après avoir rappelé que la procédure suivie en 1962 n'était pas conforme à la lettre de la Constitution, Goguel se réfère à « l'esprit général de la Constitution de 1958 »⁶⁵. Il affirme : « C'est en effet une caractéristique fondamentale des institutions mises en place en 1958 que jamais le Parlement n'est finalement le maître du jeu, il y a toujours possibilité d'appel à une autre autorité si le Parlement refuse de voter un texte que le gouvernement juge nécessaire, ou si le Parlement tient à voter un texte que le gouvernement se refuse à voir voter »⁶⁶. Si René Capitant préfère se positionner du point de vue du principe – l'affirmation de la souveraineté du peuple – et François Goguel du point de vue des moyens – la limitation des pouvoirs du Parlement – les

57. Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 6 nov. 1962, p. 20.

58. G. Vedel, « Le droit par la coutume », *Le Monde*, 23 déc. 1968.

59. M. Prélot, « La Constitution de la Ve République », op. cit., p. 212 ; « Sur une interprétation "coutumière" de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969. Dans ce dernier article, il n'hésite pourtant pas à saluer la « généralisation audaceuse » de la coutume constitutionnelle que Capitant a proposée lors de son discours à la conférence du stage des avocats au Conseil d'État.

60. L. Hamon, *Une République présidentielle ?*..., op. cit., t. I, pp. 107 à 109. Pourtant, ne répondant pas réellement à la question de la constitutionnalité et mettant en balance les différents arguments, il évoque « le principe très général posé par l'article 3 » et affirme qu'en donnant aux assemblées le monopole de la révision constitutionnelle par le biais de l'article 89, celles-ci pourraient empêcher le peuple d'exercer sa souveraineté en matière constitutionnelle, ce qui se révélerait contraire à « l'esprit du constituant » (*ibid.*, p. 109 ; t. II, 1977, p. 323). Il est donc fort probable que l'argumentation de René Capitant l'ait influencée. Du même auteur, v. également : *livre ses choix*, op. cit., p. 401.

61. J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 195 ; G. Conac, « Les débats sur le référendum sous la Ve République », op. cit., p. 103 ; M. Guillaume-Hofnung, *Le Référendum*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1987, p. 121.

62. M. Guillaume-Hofnung, *Le Référendum*, op. cit., p. 121.

63. J. Touchard, J.-L. Parodi, « L'enjeu du référendum du 28 octobre 1962 », op. cit., p. 40.

64. *Ibid.*, p. 42.

65. F. Goguel, *Les Institutions politiques françaises. Fascicule II*, Université de Paris, Institut d'études politiques, 1967-1968, Paris, Les Cours de droit, p. 398.

66. *Ibid.*



deux raisonnements se rejoignent. En effet, Goguel oppose également l'article 89, qui établit une procédure selon laquelle « le Parlement est le maître du jeu » à l'article 3 qui expose que « la souveraineté appartient au peuple »⁶⁷. Ainsi, bien que l'article 89 établisse une procédure qui semble exclusive, la procédure de 1962 paraît conforme à l'article 3 ainsi qu'à l'article 11 dont la formule « portant sur l'organisation des pouvoirs publics » est, comme l'affirmait déjà Pierre Lampué⁶⁸ avant lui, la principale matière d'une Constitution, la loi du 25 février 1975 « relative à l'organisation des pouvoirs publics » en étant une bonne illustration. François Goguel en conclut donc que le problème juridique posé en 1962 était complexe, « car dans un texte il y a certes la lettre, mais il y a aussi l'esprit »⁶⁹. Si la procédure employée par de Gaulle est contraire à la lettre, elle est conforme à l'esprit, et c'est bien ce dernier point que semblent oublier – voire écarter – les juristes partisans de la thèse de l'inconstitutionnalité. Si François Goguel reste encore très partagé à la fin des années soixante⁷⁰, il se rallie par la suite entièrement à la thèse de René Capitant, en affirmant clairement que Charles de Gaulle pouvait, sans violer la Constitution, proposer la révision de celle-ci par le biais de l'article 11⁷¹.

578 À l'Assemblée nationale cependant, le discours de René Capitant passe moins inaperçu. Paul Coste-Floret évoque l'argument visant à opposer les articles 3 et 89⁷². Cependant, s'appuyant sur le précédent article 3 de la Constitution de 1946 – qui ne consacrait que le référendum constituant – et sur le choix de de Gaulle, en 1958, d'être allé devant les chambres pour modifier la Constitution, il en conclut au rejet de ce raisonnement⁷³. Ses développements sont cependant remarqués par Georges Pompidou qui, pour rejeter l'argument selon lequel tous les juristes sont unanimes à sanctionner l'utilisation de l'article 11 à des fins de révision constitutionnelle, affirme dans l'hémicycle : « Qu'on me permette de dire – puisque tout le monde a évoqué des conversations privées – qu'il y a bien des mois j'avais eu l'occasion d'interroger, de façon tout à fait théorique, sur ce point, un célèbre professeur de droit, qui m'avait exposé spontanément une thèse juridique, à laquelle, d'ailleurs, M. Coste-Floret a fait allusion, et qui allait bien au-delà des thèses sur lesquelles se fonde le Gouvernement »⁷⁴. Certains y ont vu ici une allusion aux thèses de Maurice Duverger. C'est le cas du député U.N.R. Bernard Le Douarec qui, en

se fondant sur les développements de Coste-Floret relatifs à la théorie du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué⁷⁵, affirme : « Vous avez parlé, monsieur le Premier ministre, d'un juriste très distingué que vous auriez consulté. Je ne suis pas dans le secret des dieux mais, enfin, je m'imaginais qu'il pourrait s'agir, par exemple – vous nous avez dit que c'était un professeur éminent – de M. le professeur Duverger »⁷⁶. Pourtant, dans les pages du journal *Le Monde*, Maurice Duverger se défend lui-même : « M. le Premier ministre ayant déclaré à l'Assemblée nationale qu'il avait pris l'avis, favorable, "d'un illustre professeur de droit constitutionnel", un député a cru devoir m'identifier publiquement d'après cette description lors du débat sur la censure [...]. Les lecteurs du *Monde* ont deviné sans doute qu'il y a erreur sur la personne : je ne suis point l'illustre en question »⁷⁷. À l'évidence, il s'agit en réalité de René Capitant, dont le nom est prononcé par plusieurs voix du centre après que Paul Reynaud ait affirmé que de tous les professeurs de la faculté de droit de Paris, aucun ne pense que la Constitution n'a pas été violée⁷⁸.

579 Alors que pour certains juristes, le débat a été clos par « une sorte de ratification coutumière »⁷⁹ engendrée par le « oui » massif du peuple français auquel s'ajoutent le consentement donné aux résultats par ceux qui ont combattu le référendum et la décision d'incompétence du Conseil constitutionnel, d'autres contestent l'existence d'une coutume constitutionnelle, du fait notamment de l'absence de répétition sur une durée prolongée⁸⁰. Pour René Capitant, « dans l'interprétation qui a prévalu, et peut-être selon la coutume qui s'est établie, l'article 11 permet au président de la République de soumettre au référendum tout projet de loi, même de révision constitutionnelle »⁸¹. La formulation prête à confusion. S'agit-il d'une coutume interprétative, visant à apporter des précisions quant aux lacunes laissées par la lecture cumulée des articles 3, 11 et 89 de la Constitution ? Est-ce au contraire une coutume confirmative venue apporter une légitimité supplémentaire au texte écrit ? Ou enfin, s'agit-il – et c'est en ce sens que les auteurs l'admettent le plus souvent – d'une coutume abrogative violant le texte écrit ? À notre sens, il ne peut s'agir, dans l'esprit de René Capitant, que d'une coutume interprétative permettant de pallier les insuffisances d'un texte obscur qui n'a jamais clairement tranché la question. Cela ne signifie pas pour autant la désuétude de l'article 89. Seulement, dans l'esprit de René Capitant, celui-ci ne pourra jouer que « pour des révisions mineures qui ne valent pas qu'on

⁶⁷. *Ibid.*, p. 398. Dans le même sens, v. *Les Institutions politiques françaises*, op. cit., Fascicule III, p. 679.

⁶⁸. P. Lampué, « Le mode d'élection du président de la République et la procédure de l'article 11 », *RDP*, 1962-2, p. 932. Cet exemple sera également cité par Georges Pompidou à l'Assemblée nationale (*JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, p. 3221).

⁶⁹. F. Goguel, *Les Institutions politiques françaises*, Fascicule II, op. cit., p. 398.

⁷⁰. S'il approuve la thèse de la constitutionnalité dans le deuxième fascicule de ses cours (*ibid.*, p. 399), il penche davantage pour la thèse de l'inconstitutionnalité dans son troisième fascicule (*ibid.*, p. 680).

⁷¹. F. Goguel, « De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution », in *Droit, institutions et systèmes politiques*, op. cit., pp. 115 à 125. Sa position définitive semble datée de l'année universitaire 1969-1970 (*ibid.*, p. 116).

⁷². *JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, p. 3216.

⁷³. *Ibid.*, p. 3217.

⁷⁴. *Ibid.*, p. 3220.

⁷⁵. *Ibid.*, p. 3217.

⁷⁶. *Ibid.*, p. 3232.

⁷⁷. M. Duverger, « La validité du scrutin du 28 octobre », op. cit.

⁷⁸. *JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 oct. 1962, séance du 4, p. 3208.

⁷⁹. L. Hamon, « Du référendum à la démocratie continue », op. cit., p. 1087. V. également : J. Chapsal, « Propos sur le référendum », op. cit., p. 56 ; F. Goguel, *Les Institutions politiques françaises*, Fascicule II, op. cit., p. 399 ; G. Vedel, « Le droit par la coutume », op. cit. ; L. Hamon, *Une République présidentielle ?*, t. I, op. cit., p. 110, t. II, op. cit., p. 323.

⁸⁰. M. Prélôt, « Sur une interprétation "coutumière" de l'article 11 », op. cit. ; A. Hauriou, « Contre le viol des constitutions », op. cit.

⁸¹. R. Capitant, *Démocratie et participation politique*..., op. cit., p. 164.

consulte le peuple »⁸². Nous retrouvons ainsi toute sa théorie de la dualité des normes constitutionnelles appliquée au principe démocratique selon lequel le souverain est maître de la légitimité constitutionnelle⁸³. Pour autant, René Capitant n'apporte aucun développement convaincant permettant de justifier l'absence d'auto-saisine du peuple. Il se contente d'affirmer : « S'il est vrai que le peuple ne peut pas se saisir lui-même, il n'en reste pas moins qu'il peut désormais être saisi par deux pouvoirs : le Président et les chambres. Or, si le Parlement est encore actuellement hostile au référendum par application du vieux principe représentatif, le Président doit y être favorable, car il est issu du suffrage universel et, pour faire contrepoids au Parlement, il doit s'appuyer sur le peuple »⁸⁴.

II. La participation directe au pouvoir législatif

580 Dans l'un de ses cours de *Principes du droit public*, René Capitant affirme qu'en régime démocratique, le Parlement – s'il reste un organe nécessaire – n'est qu'« un assistant du souverain »⁸⁵. C'est certainement sur la question de la participation du peuple au pouvoir législatif que l'influence de Raymond Carré de Malberg sur les écrits de René Capitant est la plus présente. Ce dernier, qui se désintéresse totalement de cette question sous la III^e République, consacre dès la fin de la Seconde Guerre mondiale de nombreux développements à cette institution qui permet de retirer au Parlement le monopole de la formulation de la volonté générale. Si le référendum en tant qu'arbitrage des conflits entre pouvoirs constitués détient une place déterminante dans la pensée de René Capitant, c'est d'abord le référendum en ce qu'il permet de faire ratifier par le peuple une norme législative qui intéresse le juriste (A). Cependant, fidèle aux écrits de Carré de Malberg, René Capitant constate que la Constitution de la V^e République n'est pas allée assez loin dans l'ouverture démocratique, et propose un plan de réformes permettant de redonner pleinement la souveraineté du peuple en matière législative (B).

A. Le référendum législatif

581 Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, René Capitant défend l'utilisation du référendum. À l'Assemblée nationale constituante, il propose l'insertion du référendum dans la Constitution⁸⁶. Dans les pages de *Combat-Alger*, il évoque cette « procédure éminemment démocratique » comme la possibilité pour chaque citoyen, d'exprimer « son opinion en toute liberté et [de] faire prévaloir, sans contestation possible, la volonté générale »⁸⁷. Nous retrouvons la doctrine rousseauiste, interprétée à la lumière d'une théorie subjectiviste du droit. La volonté

82. *Ibid.*, p. 165.

83. *V. supra*, §§ 163 et s.

84. *Ibid.*, p. 166.

85. R. Capitant, *La hiérarchie des pouvoirs dans le droit public français (suite)*, op. cit., p. 63.

86. *V. supra*, § 185.

87. R. Capitant, « On a toujours raison de faire confiance au peuple français », op. cit., rééd. in « Le gaullisme de guerre... », op. cit., p. 140.

générale, considérée comme la volonté de « la majorité des citoyens comptés un à un »⁸⁸ s'exprime alors librement et sans intermédiaire et la loi redevient alors véritablement générale par sa source. Le référendum permet donc de redonner au peuple une véritable place dans l'édiction des règles législatives et apporte un correctif viable à la sur-représentativité de la démocratie française. Surtout, il apparaît comme un moyen de contourner les partis politiques en offrant au citoyen la possibilité de donner « son avis tel qu'il le pense et non tel que le lui dicte son parti »⁸⁹.

582 La Constitution de la IV^e République, en limitant l'usage du référendum à la révision constitutionnelle, anéantit tout espoir de démocratie directe. Le régime ne réalise donc qu'« une approximation lointaine et insuffisante de la démocratie », en déniaut aux citoyens « le droit élémentaire d'accepter ou de repousser les lois auxquelles ils seront soumis »⁹⁰. René Capitant, qui milite tout au long de la IV^e République pour l'introduction du référendum⁹¹, regrette la frilosité des constituants de 1958, pour qui celui-ci ne constitue pas une pièce essentielle du nouveau système constitutionnel. Le discours que prononce Michel Debré devant le Conseil d'État en est l'illustration : alors qu'il développe longuement les nouveaux mécanismes de rationalisation, la nouvelle procédure du référendum n'est en effet évoquée qu'une seule fois, lors de l'inventaire des pouvoirs du président de la République⁹². René Capitant, au contraire de certains de ses collègues, qui regrettent l'entrée dans le système représentatif français de ce procédé, synonyme d'immobilisme⁹³ et destiné à armer davantage l'exécutif contre le Parlement⁹⁴, remarque que la liste des matières réservées au référendum est trop courte, et que son utilisation doit donc rester exceptionnelle⁹⁵. Ce caractère d'exception ressort des débats de 1958, même s'il se présente sous un autre aspect. En effet, si pour Michel Debré, le référendum est une mesure « moins grave » en comparaison à la dissolution⁹⁶, Raymond Janot pense au contraire qu'il s'agit d'« un acte suffisamment grave » pour que la décision d'y recourir n'appartienne qu'au Président, sans que celui-ci nécessite le contreseing ministériel⁹⁷. La pratique constitutionnelle et son ralliement rapide à la nouvelle Constitution font changer d'avis René Capitant sur l'importance du référendum législatif sous la V^e République. En 1967, il constate que des réformes capitales ont été réalisées grâce à cette procédure démocratique : la réforme constitutionnelle de 1958, l'élection du président

88. R. Capitant, *Pour une Constitution fédérale*, op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., pp. 305-306.

89. *Ibid.*

90. R. Capitant, « Avant-projet de rapport... », op. cit., p. 5.

91. *Ibid.*, pp. 5 et 7 ; « Une réforme légitime », op. cit.

92. M. Debré, « La Nouvelle Constitution », op. cit., p. 22.

93. M. Duverger, « Le nouveau "système" », *Le Monde*, op. cit.

94. *Ibid.*

95. R. Capitant, *Préface à De Gaulle dans la République*, op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 367.

96. Compte rendu de la réunion du groupe de travail du 19 juin 1958 établi par François Luchaire, *Documents pour servir...*, vol. I, op. cit., p. 271.

97. Intervention de Raymond Janot, Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juin 1958, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 69.

de la République au suffrage universel direct et la reconnaissance de l'indépendance de l'Algérie, et espère une réforme du régime capitaliste par le biais de cette institution ⁹⁸.

583 Si René Capitant défend l'usage du référendum, c'est avant tout pour « son indiscutable harmonie avec le principe démocratique » ⁹⁹, déjà souligné par Barthélemy et Duez. Dans sa forme initiale, le référendum se présente comme un acte « par lequel le peuple approuve ou rejette le projet de loi qui lui est présenté » ¹⁰⁰. C'est donc le référendum, au sens premier du terme, qui « réalise aussi parfaitement qu'il est possible la participation du citoyen à l'œuvre législative » ¹⁰¹ qui va intéresser le juriste. Fortement influencé par l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau, René Capitant insiste sur l'idée que la loi étant l'expression de la volonté générale, elle doit être votée par la généralité des citoyens ¹⁰². Il modernise donc la pensée du philosophe genevois en affirmant que le référendum est « la seule modalité pratique de fonctionnement de la démocratie dans de grands États » ¹⁰³. Surtout, ses analyses s'inscrivent dans la continuité de celles de Raymond Carré de Malberg. En effet, le référendum est avant tout perçu par les deux juristes comme une votation populaire, et non comme un mécanisme d'arbitrage. C'est en ce sens que Carré de Malberg analyse le référendum allemand en affirmant que le peuple intervient non comme « simple arbitre » mais comme « organe législatif » ¹⁰⁴. De plus, les deux juristes vont tenter de démontrer la supériorité de l'organe législatif populaire sur l'organe législatif parlementaire. En 1946, René Capitant affirmait déjà : « Les chambres ne sont plus qu'un moyen de préparer la formation de la volonté générale, d'y suppléer dans la mesure où des nécessités de fait l'exigent, d'en rechercher l'approximation la meilleure, mais toujours sous le contrôle et l'arbitrage du corps électoral » ¹⁰⁵. Nous retrouvons ici une application démocratique de son subjectivisme juridique : le Parlement n'a pour fonction que de « préparer la formation de la volonté générale », c'est-à-dire formuler l'impératif juridique, sous « le contrôle et l'arbitrage du corps électoral » chargé de donner à l'impératif son caractère positif. Sous la V^e République, René Capitant va appliquer ce principe au référendum et affirmer alors : « La loi parlementaire, loi exprimée par les représentants, est présumée être la volonté populaire, sous réserve de la preuve contraire, sous réserve qu'une expression directe de la volonté nationale ne l'infirmes » ¹⁰⁶. Si le Parlement pourra venir modifier la loi votée par le peuple, c'est uniquement

parce que la volonté populaire peut se modifier dans le temps ¹⁰⁷. Cependant, lorsqu'elles sont contemporaines, l'expression directe l'emporte toujours sur l'expression indirecte ¹⁰⁸.

584 René Capitant poursuit bien l'œuvre entreprise par Carré de Malberg. Ce dernier affirmait en effet :

Le Parlement ne serait plus souverain : il ne monopoliserait plus le pouvoir de formuler la volonté générale. Concurrentement avec lui, le corps des citoyens serait admis à exercer le pouvoir législatif, en toute plénitude, par la voie de l'initiative populaire. Et, d'autre part, les décisions des Chambres ne posséderaient plus le caractère et la force de décisions souveraines : elles n'acquiescent leur vertu définitive qu'à la condition d'avoir été ratifiées, expressément ou tacitement, par une votation populaire ou par l'absence de demande de référendum ¹⁰⁹.

Une telle démonstration est proposée dans *La loi*, lorsqu'il analyse le référendum allemand. Il constate alors que non seulement le peuple constitue un « organe législatif parallèle au Reichstag », mais surtout un organe supérieur, en ce sens que les décisions législatives populaires sont souveraines et définitives, tandis que les décisions législatives parlementaires peuvent rencontrer des oppositions ¹¹⁰. Il en conclut donc que « le peuple est, par rapport au Reichstag, l'organe législatif suprême » ¹¹¹. Pour les deux juristes, le vote parlementaire n'est pas contraire à la démocratie, à condition néanmoins de prévoir pour le peuple la faculté d'opposer son veto aux lois parlementaires qu'il désapprouve, comme à voter lui-même, sur initiative populaire, les réformes auxquelles se refuse injustement le Parlement ¹¹². Le député paraît cependant nettement moins catégorique que le professeur. Alors qu'il défend la ratification des mesures présidentielles prises à la suite du référendum du 8 avril 1962 ¹¹³, jugées réglementaires par le Conseil d'État ¹¹⁴, François Mitterrand ¹¹⁵ et Paul Coste-Floret ¹¹⁶ prennent acte qu'une loi référendaire peut finalement être modifiée par une loi ordinaire. C'est en réalité la loi issue du référendum du 28 octobre 1962 qui est visée. René Capitant se défend : « Une loi parlementaire peut modifier une loi référendaire ordinaire. Mais une loi parlementaire ne peut modifier une loi référendaire constitutionnelle qu'à la condition d'avoir été votée conformément à la procédure de révision constitu-

107. *Ibid.*, pp. 158-159.

108. *Ibid.*, p. 159.

109. R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques... », *RDP*, 1931, p. 228. René Capitant cite lui-même cet extrait (« Carré de Malberg et le régime parlementaire », *op. cit.*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 268).

110. R. Carré de Malberg, *La Loi...*, *op. cit.*, pp. 206-207.

111. *Ibid.*, p. 207.

112. R. Capitant, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *op. cit.*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 267.

113. Ordonnance n° 62-618 du 1^{er} juin 1962 instituant une cour militaire de justice, *op. cit.*, p. 5316.

114. CE 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, *Rec.* p. 552.

115. *JO, Débats, Assemblée nationale*, 5 janv. 1963, 3^e séance du 4, p. 292.

116. *Ibid.*, p. 294.

98. R. Capitant, discours prononcé le 28 février 1967 à la demande du général de Gaulle, au nom de la majorité, reproduit in « A la télévision », *Notre République*, 3 mars 1967, rééd. in *Écrits politiques...*, *op. cit.*, pp. 41 et 42.

99. J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 123.

100. *JO, Débats, Assemblée nationale*, 3 déc. 1966, 3^e séance du 2, p. 5217.

101. R. Capitant, « La force du gaullisme », *op. cit.*, rééd. in *Écrits politiques...*, *op. cit.*, p. 10.

102. R. Capitant, « Les institutions de la V^e République », *op. cit.*, p. 4.

103. R. Capitant, *Les principes de la démocratie*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 93.

104. R. Carré de Malberg, *La Loi...*, *op. cit.*, p. 206.

105. R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », *Renaissances*, n° 22, juin 1946, p. 7.

106. R. Capitant, *Démocratie et participation politique...*, *op. cit.*, p. 158.

tionnelle »¹¹⁷. Le critère de temporalité semble avoir disparu, et les deux organes – populaire et parlementaire – apparaissent alors égaux dans l'esprit de Capitant.

585 Même dans ses écrits universitaires, il peine à justifier cette supériorité de la loi référendaire dans le régime de la V^e République. Premièrement, il constate que cette hiérarchie a été matérialisée par le Conseil constitutionnel, qui dans sa décision du 6 novembre 1962, marque une distinction entre les lois votées par le Parlement et celles qui « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »¹¹⁸. Cet argument nous paraît inopérant. D'une part, c'est le peuple en tant qu'organe constituant qui est intervenu, et non le peuple en tant qu'organe législatif. Ainsi, si l'on admet que la révision de 1962 portait sur une modification de la légitimité constitutionnelle de la V^e République, seul le peuple était légitime à intervenir, ce qui pourrait justifier sa supériorité vis-à-vis de tout autre organe constitué. D'autre part, si le Conseil constitutionnel ne semble pas émettre de distinction entre le référendum législatif et le référendum constituant, n'évoquant que « les lois votées par le Parlement » et celles « adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum », la question n'est analysée que sous l'angle de la compétence du Conseil, et non sous celui d'une quelconque hiérarchie entre deux pouvoirs. D'ailleurs, lors des délibérations, seul Jean Richard-Pellissier appuie son argumentation sur l'« autorité particulière » du vote du peuple souverain¹¹⁹. Secondement, en se référant « à l'intention non clairement exprimée des constituants »¹²⁰, Capitant n'apporte aucune référence, ni aucun argument précis. Au-delà de la formulation qui, en elle-même, soulève certaines critiques, une lecture attentive des débats constitutifs laisse à penser, au contraire, que la place laissée à la souveraineté directe du peuple devait être limitée. C'est du reste ce qui ressort du texte constitutionnel. Formellement, l'article 3 place la voie représentative avant celle du référendum. De plus, comme l'a souligné René Coty pendant les délibérations relatives à la décision du 6 novembre 1962, le référendum est « contingenté » dans la Constitution : « Il est facultatif dans la procédure de l'article 89 ; il a, dans l'article 11, des objets limités »¹²¹. Dans tous les cas, le veto législatif et l'initiative législative sont entièrement dominés par la volonté présidentielle. Ce seul élément permet ainsi d'affirmer que sous la V^e République, le référendum est avant tout conçu comme un mécanisme d'arbitrage du peuple souverain.

B. La volonté réformatrice

586 Dans le rapport qu'il propose pour les élections législatives de 1967, René Capitant affirme qu'« en ce qui concerne les institutions politiques destinées à permettre l'expression de la volonté nationale, l'essentiel a été fait »¹²². Pour autant, sous l'influence de Raymond Carré de Malberg, pour qui « le référendum doit

permettre au peuple non seulement de rejeter une loi votée par le Parlement, mais encore de contraindre celui-ci à réaliser une réforme législative dont il ne voudrait pas »¹²³, il milite pour l'élargissement du référendum législatif trop sévèrement circonscrit par l'article 11 de la Constitution (1) et pour une ouverture plus large à la possibilité d'y recourir (2).

I. L'élargissement du domaine référendaire

587 Pour René Capitant, le champ du référendum a été limité en 1958 « par suite de la répugnance à la démocratie directe dont faisaient encore preuve à cette époque les chefs des groupes parlementaires associés à la rédaction de la Constitution »¹²⁴. Si l'article 11 semble bien porter la marque d'un compromis entre les volontés du général de Gaulle et la classe politique dominante¹²⁵, les propos de René Capitant doivent cependant être nuancés. Certes, les travaux préparatoires de 1958 permettent de démontrer que le domaine du référendum a été progressivement restreint. Dans le premier avant-projet élaboré par Michel Debré, il est prévu que le président de la République puisse, sur proposition du Premier ministre, soumettre au référendum « tout projet de loi que le Parlement aurait refusé d'adopter ainsi que toute question fondamentale pour la vie de la nation »¹²⁶. Le référendum présente alors un double aspect : d'un côté, il représente un moyen d'arbitrage en permettant « le jeu de la démocratie directe contre la démocratie parlementaire »¹²⁷ ; d'autre part, il représente un mécanisme de démocratie directe encadré par une formulation suffisamment vague pour laisser au Président une liberté quasiment illimitée. Cependant, cet objet va rapidement être écarté par le gouvernement, pour laisser la possibilité au chef de l'État de présenter un projet de référendum sur tout projet de loi sur lequel le Parlement s'est prononcé, portant « sur les institutions fondamentales de la République, tendant à autoriser la ratification d'un traité diplomatique ou comportant [...] un accord à caractère fédéral »¹²⁸. Par conséquent, avant même que le projet n'arrive devant le comité consultatif, le domaine du référendum avait été restreint. Cette formulation, qui évoluera peu par la suite, subit néanmoins – comme René Capitant l'évoque – les oppositions vives de certains parlementaires et groupes politiques. En ce sens, Paul Coste-Floret s'oppose à l'idée même du référendum, comme étant « absolument contraire au

123. R. Capitant, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *op. cit.*, p. 152, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 274.

124. R. Capitant, « Les institutions de la V^e République », *op. cit.*, p. 6. Dans le même sens, v. « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *op. cit.*, rééd. in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 274.

125. J. Gicquel, *Essai sur la pratique de la V^e République*..., *op. cit.*, p. 133.

126. Avant-projet de Constitution préparé à la mi-juin 1958, élaboré par Michel Debré, *Documents pour servir*..., vol. I, *op. cit.*, p. 252.

127. J. Chapsal, « Propos sur le référendum », *op. cit.*, p. 54.

128. Projet d'articles relatifs au président de la République soumis à la réunion constitutionnelle du 23 juin 1958, *Documents pour servir*..., vol. I, *op. cit.*, p. 282. V. également : Projet d'articles relatifs au président de la République soumis au Conseil interministériel du 30 juin 1958, *ibid.*, p. 304.

117. *Ibid.*, p. 294.

118. R. Capitant, *Démocratie et participation politique*..., *op. cit.*, p. 157.

119. Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 6 nov. 1962, p. 4. Voir également p. 9.

120. R. Capitant, *Démocratie et participation politique*..., *op. cit.*, p. 158.

121. Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 6 nov. 1962, p. 10.

122. R. Capitant, « Les institutions de la V^e République », *op. cit.*, p. 6.

régime représentatif »¹²⁹ et le parti socialiste recommande la suppression pure et simple du référendum législatif¹³⁰. L'élargissement du domaine référendaire obtient cependant l'adhésion des professeurs de droit, tels que François Luchaire, qui constate que des questions, qui ne pourraient être prévues à l'avance, pourraient à l'avenir mériter l'utilisation du référendum¹³¹ et Marcel Waline, qui propose de donner la possibilité au gouvernement de soumettre au référendum tout projet de loi sans restriction¹³². Sans surprise, Waline reçoit un veto ferme de la part des membres du Comité. En effet, alors que Paul Reynaud lui reproche son imprudence et lui refuse la comparaison entre la Suisse et la France¹³³, René Dejean lui oppose de manière provocante la tradition représentative française¹³⁴. Cependant, s'il est certain que les chefs des groupes parlementaires, attachés à la tradition représentative française, se sont érigés en redoutables adversaires du référendum, il n'était question pour personne – ni même pour le général de Gaulle – de proposer un domaine référendaire illimité.

588 René Capitant reste assez discret sur la manière d'étendre le champ du référendum. Dans les pages de *Notre République*, comme dans les débats universitaires, il se contente de proposer son élargissement¹³⁵. Dans son rapport pour les élections de 1967, il évoque simplement la nécessité d'autoriser le référendum « plus largement en matière législative »¹³⁶. Dans son dernier cours de doctorat, il se montre plus précis, en proposant deux alternatives. Il affirme : « On pourrait en élargir le champ d'application, soit en admettant pour cet effet les notions de pouvoir administratif et judiciaire, soit en modifiant l'article 11 pour qu'il retienne "tout projet de loi" sans restriction »¹³⁷. La formulation de ces deux propositions démontre que René Capitant n'exclut pas l'extension coutumière du domaine référendaire. Cela signifie que le président de la République pourrait parfaitement proposer un référendum portant sur l'organisation administrative ou judiciaire sans que cela ne porte atteinte à

l'esprit de la Constitution. Cette interprétation, qui déroge à la lettre du texte constitutionnel, manque pourtant d'ambition comparée aux vœux de Charles de Gaulle. Celui-ci, en affirmant le droit pour le président de la République de solliciter l'avis des citoyens « sur un sujet vital pour le pays »¹³⁸, entend bien se laisser la possibilité de déroger plus largement à la rédaction restrictive de l'article 11. C'est finalement la formulation initiale, celle du début de juin 1958, qu'il entend appliquer. Une telle interprétation est proposée par Jean Gicquel, pour qui l'article 11 doit être lu « à la lumière de la coutume constitutionnelle qui a remplacé ses dispositions » et qui ne comporte donc plus aucune limitation à son recours¹³⁹.

589 L'évolution de la V^e République n'a sur ce point pas donné raison à René Capitant. Si François Mitterrand a proposé à deux reprises de compléter la liste de l'article 11 en y ajoutant « les garanties fondamentales des libertés publiques »¹⁴⁰, il a toujours essuyé le refus du Sénat¹⁴¹. Jacques Chirac a obtenu plus de succès en faisant voter la loi de révision constitutionnelle du 4 août 1995, qui a élargi le champ du référendum aux « réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent »¹⁴². Cependant, dans la pratique, aucun référendum n'a été organisé dans ce domaine, ni même été sérieusement envisagé¹⁴³. Dans tous les cas, et malgré une seconde ouverture par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁴⁴, il apparaît nettement que le régime représentatif a pris le dessus sur les volontés de démocratisation des institutions souhaitées par René Capitant.

2. L'élargissement de l'initiative référendaire

590 René Capitant propose également d'ouvrir l'initiative référendaire plus largement. Sous la IV^e République, il préconisait déjà de mettre en œuvre un droit d'initiative populaire permettant de présenter une réforme ou de s'opposer à une mesure votée

129. Intervention de Paul Coste-Floret, Comité consultatif constitutionnel, 1^{re} séance du 31 juil. 1958, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 81.

130. Mémoire du 7 août 1958 contenant les observations et suggestions présentées par le comité directeur du parti socialiste aux camarades membres du Comité consultatif constitutionnel sur le texte de l'avant-projet de Constitution, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 691.

131. Il prévoit deux possibilités : ces questions pourraient rencontrer une absence de majorité parlementaire ; le Parlement pourrait prendre volontairement une décision gênante pour le gouvernement (note établie par François Luchaire pour Louis Jacquinot à propos d'articles relatifs au président de la République soumis au Conseil interministériel du 30 juin 1958, *Documents pour servir...*, vol. I, op. cit., p. 312).

132. Intervention de Marcel Waline, Comité consultatif constitutionnel, 2^e séance du 8 août, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 320.

133. Comité consultatif constitutionnel, 2^e séance du 8 août, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 320.

134. Il affirme : « Que le référendum soit notre maître à tous, monsieur Waline, c'est vrai, mais ce que nous pensons de notre maître, permettez-moi de le garder pour moi ! et permettez-moi de penser que si l'on a organisé depuis 1790 le régime représentatif, c'est parce que l'on pensait à la valeur de la représentation quand il s'agit de discuter des textes et de les amender » (Comité consultatif constitutionnel, 2^e séance du 8 août, *Documents pour servir...*, vol. II, op. cit., p. 321).

135. R. Capitant, « Pour une révision démocratique de la Constitution », op. cit., rééd. in *Écrits politiques...*, op. cit., p. 172 ; « Les institutions politiques de la France », op. cit., p. 24.

136. R. Capitant, « Les institutions de la V^e République », op. cit.

137. R. Capitant, *Démocratie et participation politique...*, op. cit., p. 165.

138. Ch. de Gaulle, allocution radiodiffusée et télévisée prononcée au Palais de l'Élysée, le 6 avril 1962, *Discours et messages*, t. V, op. cit., p. 399.

139. Le professeur Jean Gicquel propose même une nouvelle rédaction de l'article 11 : « Le président de la République, après consultation du Gouvernement, peut soumettre au référendum, tout projet de loi portant sur une manière qu'il juge essentielle. Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent » (*Essai sur la pratique de la V^e République...*, op. cit., p. 137).

140. Projet de loi constitutionnelle portant révision de l'article 11 de la Constitution pour permettre aux Français de se prononcer par référendum sur les garanties fondamentales en matière de liberté publiques, déposé au Sénat le 24 juil. 1984 ; Projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et relatif à l'organisation des pouvoirs publics, déposé au Sénat le 10 mars 1993.

141. V. notamment : F. Hamon, « La crise du système référendaire », *Droits*, n° 43 – La 1^{re} République : des institutions libérales ?, 2006/1, p. 95.

142. Article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, *JO, Lois et décrets* du 5 août 1995, p. 11744.

143. F. Hamon, « La nouvelle procédure de l'article 11 : un "vrai faux référendum d'initiative populaire" », *Les Petites affiches*, n° 254, 19 déc. 2008, p. 16 ; « La crise du système référendaire », op. cit., p. 96.

144. Art. 4 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JO, Lois et décrets* du 24 juil. 2008, p. 11980.

par le Parlement ¹⁴⁵. Cependant, hésitant sur le seuil à atteindre, de 10 % ou 20 % des électeurs inscrits, René Capitant prouve son manque de connaissances sur la question et semble peu renseigné sur les pratiques des États voisins, le seul proposé étant en pratique inatteignable.

591 Sous la V^e République, René Capitant se montre tout aussi hésitant. Il propose de donner l'initiative de recourir au référendum aux Chambres ¹⁴⁶ ainsi qu'aux citoyens, « dès lors que ceux-ci sont assez nombreux pour le réclamer » ¹⁴⁷ et ne développe pas cette possibilité dans le rapport qu'il présente pour les élections de 1967. Pourtant, Raymond Carré de Malberg lui-même propose cette réforme, qui permet aux citoyens d'exercer le pouvoir législatif « en toute plénitude » ¹⁴⁸. Surtout, le référendum doit permettre au peuple, dans l'esprit de Carré de Malberg, « non seulement de rejeter une loi votée par le parlement, mais encore de contraindre celui-ci à réaliser une réforme législative dont il ne voudrait pas » ¹⁴⁹, ce que René Capitant ne développe pas dans ses discours politiques. Un tel manque d'intérêt s'explique par la tournure plébiscitaire du régime à laquelle se rallie René Capitant : la démocratie française se définit avant tout par le lien qui unit le peuple à son mandataire, et il ne semble donc pas illogique que seul celui-ci puisse y avoir recours.

592 Une fois encore, l'histoire n'a pas donné raison à René Capitant. Chez les gaullistes, la proposition n'a pas été suivie, comme en témoigne l'opposition de Léo Hamon, qui, se référant directement aux thèses de René Capitant, insiste sur le risque qu'une écrasante majorité désavoue l'initiative prise par une minorité de citoyens ¹⁵⁰. Les révisions constitutionnelles successives n'ont pas permis d'appliquer la réforme envisagée par René Capitant, malgré une multiplication des prises de position allant en ce sens ¹⁵¹. Si la révision de 2008, qui reprend globalement les conclusions déjà proposées en 1993 par le Comité consultatif pour une révision de la Constitution ¹⁵², prévoit désormais un droit d'initiative parlementaire avec soutien populaire – et non d'initiative populaire contrairement à ce qu'affirme le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage

des institutions de la V^e République ¹⁵³ – les modalités d'usage ont rendu impossible l'utilisation d'une telle procédure dont les dispositions organiques n'ont fait qu'aggraver son caractère impraticable. Au-delà d'un encadrement restrictif quant à l'objet du référendum, et à ses règles de procédure strictes ¹⁵⁴, c'est surtout la proportion de signatures requises (1/10^e d'électeurs inscrits sur les listes électorales) qui est pointée du doigt. En comparaison, la Suisse, pour 5 357 836 d'électeurs inscrits en 2017 ¹⁵⁵, impose un nombre de 100 000 signatures pour la révision totale (art. 138) et partielle (art. 139) de la Constitution, et de 50 000 signatures et 8 cantons (sur 26) concernant l'initiative relative aux lois fédérales, aux lois fédérales urgentes, aux arrêtés fédéraux et à la ratification de traités internationaux (art. 141), soit respectivement moins de 1,87 % et 0,93 % d'électeurs inscrits. En Italie, dont le nombre d'habitants peut être comparé à celui de la France, le référendum abrogatoire est organisé lorsque 500 000 électeurs le demandent (art. 75), ce qui représente un nombre d'environ neuf fois moins que ce que prévoit l'article 11 alinéa 3 de la Constitution française ¹⁵⁶. Ainsi, la révision constitutionnelle de l'article 11 n'a pas réussi à « concilier le droit d'initiative des citoyens et les garanties indispensables dont il convient de l'entourer pour pallier les inconvénients qui pourraient résulter du choix de certains sujets de société » ¹⁵⁷ mais a anéanti au contraire tout espoir de participation du peuple – même partagée – à l'initiative législative.

Sous-section 2. LA FAIBLE PARTICIPATION INDIRECTE DU SOUVERAIN PAR L'ARBITRAGE

593 Sous la III^e République, René Capitant ne s'intéresse guère au référendum et à la dissolution sous l'angle démocratique. C'est la redécouverte des théories de Rousseau et de Carré de Malberg au milieu des années quarante qui le pousse à proposer leur utilisation à des fins d'arbitrage. En juin 1946, il affirme alors : « Sans doute, le peuple ne peut pas faire lui-même toutes les lois. Mais il peut, il doit être, tout au moins, l'arbitre souverain de la législation » ¹⁵⁸. En 1958, il constate que l'arbitrage populaire, essentiel à toute démocratie, a été remplacé par

153. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une 1^{re} République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 74. Le comité a ici repris l'argumentation déjà proposée par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution de 1993, présidé par le doyen Georges Vedel (*Propositions pour une révision de la Constitution...*, op. cit., p. 56).

154. Sur ce point, v. F. Hamon, « La nouvelle procédure de l'article 11... », op. cit., p. 16 ; M. Haulbert, « Le référendum d'initiative "partagée" : représentants versus représentés ? », *RDP*, 2014, p. 1639.

155. <https://www.bfs.admin.ch> (site consulté le 25 fév. 2018).

156. F. Hamon, « La crise du système référendaire », op. cit., pp. 97-98 ; « La nouvelle procédure de l'article 11... », op. cit., p. 16.

157. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une 1^{re} République plus démocratique*, op. cit., p. 74.

158. R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », *Renaissances*, op. cit., p. 7.

145. R. Capitant, « Avant-projet de rapport... », p. 7 ; « La révision constitutionnelle », op. cit.

146. R. Capitant, « Pour une révision démocratique de la Constitution », op. cit., rééd. in *Écrits politiques...*, op. cit., p. 172 ; « Les institutions politiques de la France », op. cit., rééd. in *Écrits politiques...*, op. cit., p. 24.

147. R. Capitant, « Pour une révision démocratique de la Constitution », op. cit., rééd. in *Écrits politiques...*, op. cit., p. 172. V. également : « Les institutions politiques de la France », op. cit., p. 24.

148. R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques... », op. cit., p. 228. V. également, *La Loi...*, op. cit., p. 217.

149. R. Capitant, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », op. cit., rééd. in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 274.

150. L. Hamon, *Une République présidentielle ?*..., t. I., op. cit., pp. 122-123.

151. Sur ce point, v. S. Pinon, *Les Réformistes constitutionnels des années trente...*, op. cit., pp. 103-104.

152. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par G. Vedel, *Propositions pour une révision de la Constitution : Rapport au président de la République*, Paris, La Documentation française, coll. Rapports officiels, 1993, p. 57.