

La souveraineté sous la Révolution

Michel TROPER

Il n'y a pas de souveraineté. Il n'y a que des doctrines de la souveraineté, dont le contenu et la fonction varient selon les systèmes juridiques dans lesquels elles sont nées. On s'intéressera ici à la doctrine de la souveraineté sous la Révolution française. Cette vision s'oppose de la manière la plus nette à la théorie traditionnelle de l'Etat, celle de Laband ou de Carré de Malberg, qui conçoit la souveraineté comme une propriété que possèdent certains êtres, l'Etat, un roi, ou un peuple, et qu'on définit à peu près comme une puissance illimitée. Pour certains d'entre eux, l'Etat par exemple, il s'agirait d'une propriété essentielle, telle que tout Etat serait nécessairement souverain. D'autres seraient souverains seulement de façon contingente, par détermination du droit positif. Cette propriété aurait elle-même certaines propriétés. Elle serait ainsi indivisible, inaliénable, imprescriptible. Présentée sous cette forme, la théorie de la souveraineté bute sur de très nombreuses apories. D'abord celle-ci : si la souveraineté est une propriété que le peuple ne possède que dans certains systèmes politico-juridiques, parce qu'une norme la lui reconnaît, il faut nécessairement supposer que cette norme émane d'un être qui doit lui-même être souverain de sorte que le peuple ne l'est pas¹.

1. Par contre, si l'on prétend que le peuple est souverain par nature et que la norme qui affirme la souveraineté populaire n'émane que de lui, il faut pour être cohérent soutenir qu'il est toujours souverain, même dans les systèmes qui proclament la souveraineté du roi. Dans ces systèmes, la thèse de la souveraineté du roi doit donc être traitée comme fausse. Mais que peut bien signifier l'idée que cette thèse est fausse si elle sert malgré tout à justifier l'ensemble des normes du système?

Ensuite, toutes celles qui résultent de la confrontation avec d'autres théories juridiques qu'on prétend admettre simultanément, la soumission de l'Etat au droit international ou la doctrine de l'Etat de droit, comprise comme principe de limitation de l'Etat par le droit, car si l'Etat est souverain, il ne peut être limité par rien, ni par le droit international, ni par le droit interne.

Dans sa forme la plus élaborée, la théorie traditionnelle présuppose que l'Etat est non un être empirique, mais un être de raison et qu'on peut émettre à son égard des propositions susceptibles d'être vraies analytiquement. Un être de raison peut avoir des propriétés. Comme on peut dire que le triangle isocèle a deux côtés et deux angles égaux, on pourrait dire de l'Etat qu'il est souverain, parce que la souveraineté fait partie du concept d'Etat. Comme l'écrit Olivier Beaud, quand on pense l'Etat, on pense la souveraineté. Il est tout à fait possible de tenir sur ce mode, un discours parfaitement cohérent, mais ce discours n'informe pas sur le monde et la formule «l'Etat est souverain» n'est vraie qu'analytiquement, parce qu'on ne peut la comparer à aucune réalité.

L'analyse elle même rencontre d'ailleurs très rapidement ses limites. Si l'on cède à la tentation de continuer : quand on pense l'Etat, on pense la souveraineté ; quand on pense la souveraineté, on pense l'inaliénabilité, l'indivisibilité, l'imprescriptibilité, on doit constater que ces formules ne sont d'aucun secours s'il s'agit d'interpréter les dispositions constitutionnelles. Supposons une constitution qui contienne l'énoncé «la souveraineté appartient au peuple», il est impossible d'en conclure que, selon cette constitution, le peuple pourrait ou ne pourrait pas aliéner cette souveraineté, car nous n'avons aucun moyen d'établir si la souveraineté qui est visée est ou non comprise comme inaliénable.

Cela ne tient pas simplement à la difficulté de saisir des phénomènes psychiques. Sans doute, on ne peut pas savoir si en écrivant par exemple que le peuple est souverain, le constituant a réellement pensé que cette souveraineté était inaliénable. Mais l'impossibilité de savoir si la proposition «la souveraineté est inaliénable» est vraie, ne provient pas de ce que le psychisme des constituants nous est inaccessible, car nous pouvons parfaitement stipuler que les représentations mentales du constituant nous sont indifférentes, comme nous est indifférent l'état d'esprit de celui qui écrit qu'un triangle est isocèle. Il peut avoir oublié que si deux des côtés sont égaux, deux angles le sont aussi, mais nous avons malgré tout le droit d'inférer de l'affirmation qu'un triangle est isocèle, la proposition que deux de ses angles sont égaux. Il

suffirait donc qu'il y ait une définition de la souveraineté et des règles de dérivation, pour qu'on sache inférer de l'affirmation que le peuple est souverain l'idée qu'il peut ou qu'il ne peut pas aliéner cette souveraineté et cela quel qu'ait été l'état d'esprit du constituant. Mais précisément, il n'existe ni définition de ce genre, ni règles de dérivation, de sorte que l'on ne peut pas savoir quel est le concept de souverain auquel on se réfère quand on affirme que le peuple est souverain.

Cependant, si les propositions sur la souveraineté ou sur l'Etat ne sont vraies ni empiriquement, ni analytiquement, elles sont malgré tout susceptibles d'un autre traitement. Elles sont en effet énoncées dans des textes, notamment dans des textes constitutionnels, de sorte qu'il est possible, comme le fait d'ailleurs également la doctrine juridique traditionnelle, de changer l'objet de l'investigation, et de la faire porter non plus sur l'Etat ou sur la souveraineté, mais sur les doctrines ou les représentations. On constate que certaines constitutions contiennent des énoncés relatifs à la souveraineté et l'on se demande ce que signifie ces énoncés et ce qui, dans l'esprit des constituants, en découle. On espère ainsi expliquer le contenu de la constitution par les doctrines dont les constituants se réclament et dont ils ont fait application.

On s'intéresse donc à l'état d'esprit des constituants, mais d'une manière, qui cette fois n'est pas illégitime, puisqu'on s'intéresse non pas à la vérité des théories, mais seulement à la réalité des représentations. On dira par exemple, pour citer une autre question que la souveraineté, que les rédacteurs de la constitution française de 1791 ont adhéré à la théorie de la séparation des pouvoirs et qu'ils en ont tiré toutes les conséquences : inviolabilité du roi, absence de responsabilité politique des ministres, de droit de dissolution, etc.

La démarche de la doctrine juridique présente cependant une faiblesse qui réside dans ses présupposés et notamment dans l'idée qu'il y aurait une relation linéaire entre les doctrines et leur application. On se représente le travail constituant d'après le schéma suivant : a) Montesquieu découvre le principe de la séparation des pouvoirs, b) les membres de l'assemblée constituante sont persuadés, c) ils proclament le principe, d) ils l'appliquent en énonçant les règles qui en découlent, absence de responsabilité ministérielle, absence d'un droit de dissolution, inviolabilité de la personne du roi, etc. Or, la capacité explicative d'un tel schéma est faible pour deux séries de raisons au moins.

En premier lieu, si les règles particulières qu'on a mentionnées plus haut, l'absence de responsabilité politique ou de

droit de dissolution, peuvent bien être compatibles avec la doctrine de la séparation des pouvoirs ou au moins avec une certaine conception de ce principe, d'autres règles très différentes, voire contraires, pourraient être elles aussi compatibles avec elle. D'ailleurs, pour affirmer que cette doctrine a bien été adoptée et se trouve bien au fondement d'une constitution, il faut soutenir que toutes les règles particulières que l'on y rencontre sont ou bien compatibles avec la séparation des pouvoirs que l'on a décrite, ou bien constituent des exceptions compréhensibles. Mais alors, le schéma perd toute capacité explicative, car l'on ne peut prétendre à la fois que la doctrine s'accommode de n'importe quelle institution particulière et que toutes les institutions en sont rigoureusement déduites.

La seconde série de raisons tient au sens de la liaison qu'on invoque. Même si, par exemple, l'absence de dissolution pouvait être déduite logiquement de la séparation des pouvoirs, cela ne signifierait pas que les constituants ont d'abord adhéré à la doctrine de la séparation des pouvoirs pour ensuite refuser d'instituer un droit de dissolution. Il est aussi possible que, dans une démarche conséquentialiste, ils n'ont adhéré à la doctrine de la séparation des pouvoirs ou à une conception particulière de cette doctrine que parce qu'elle impliquait l'absence d'un droit de dissolution. Mais, dans ce cas, l'adhésion à la doctrine perd toute valeur explicative. Elle ne peut pas éclairer l'absence du droit de dissolution et c'est au contraire l'absence du droit de dissolution qui explique la présence de la doctrine.

Le rapprochement de ces deux séries d'objections à la thèse traditionnelle conduit à formuler l'hypothèse suivante : les doctrines — les principes — ne sont pas adoptés pour permettre d'en inférer quelques règles ou institutions particulières, mais on choisit au contraire d'adopter certaines règles ou institutions, puis on construit les principes ou les doctrines propres à les justifier.

Cette hypothèse ne se ramène pas à la présentation « conséquentialiste » de la théorie traditionnelle, qui présuppose un rapport logique (du type « la séparation des pouvoirs implique l'absence de dissolution »), car la justification ne repose pas sur un rapport logique entre le principe justificatif et la règle à justifier.

Une telle hypothèse permettrait seule d'expliquer un phénomène, dont la présentation traditionnelle ne peut pas rendre

compte² : que les théories justificatives ne sont pas fixes, mais qu'elles changent au contraire selon les constitutions, que la théorie de la souveraineté ou de la représentation ou de la séparation des pouvoirs que l'on rencontre en 1791, ne se rencontre telle qu'elle chez aucun auteur antérieur et diffère profondément de celle qui sera invoquée en 1848 ou en 1958. Ce phénomène se comprend au contraire très bien eu égard à la diversité des règles particulières qu'il faut justifier.

Il faut cependant se garder de donner à cette hypothèse une portée excessive et il ne faut pas substituer à la simplicité angélique de la vision traditionnelle la brutalité cynique d'une autre vision, selon laquelle les doctrines et les théories seraient de simples décors destinés à masquer la brutalité des volontés politiques. Les volontés politiques aussi, dès lors qu'elles ont un autre objet que la recherche du plus grand pouvoir possible pour soi ou pour son groupe — et elles ne peuvent avoir seulement cet objet dans un travail constituant, car il faut savoir ce qu'est le plus grand pouvoir — les volontés politiques aussi s'inspirent de principes et de théories. Seulement, les théories doivent subir des modifications considérables au cours du processus et cela pour deux raisons essentielles : la première est que dès lors que les volontés politiques s'opposent et qu'un compromis doit se réaliser, aucune des théories dont elles s'inspirent ne peut plus justifier la solution de compromis. La seconde raison est qu'aucune théorie ne va jamais aussi loin dans le détail que les constitutions et qu'il faut au bout du compte que les constituants justifient la totalité des solutions qu'ils ont adoptées.

Mais, dira-t-on, pourquoi justifier? Pourquoi, une fois qu'une règle particulière a été adoptée, soit qu'un groupe ait réussi à l'imposer, soit qu'elle ait été le résultat d'un compromis, pourquoi ne pas en rester là? C'est que, pour faire adopter une

2. De même, seule cette hypothèse permet de rendre compte d'un phénomène surprenant, totalement inexplicable autrement: au commencement du travail constituant, certains principes fondamentaux ne donnent lieu qu'à des discussions rapides ou sont même adoptés tout à fait sans débat. C'est ce qui s'est passé avec l'inscription dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 pour la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs. Si les constituants avaient pensé que ces principes impliquaient des règles précises, ils ne les auraient évidemment pas adoptés sans débat, alors qu'ils étaient en désaccord sur ces règles. Leur attitude devient par contre parfaitement compréhensible si l'on admet que les principes n'avaient pas à leurs yeux d'implication précise.

règle particulière, il a fallu persuader et pour cela invoquer et adapter aux nécessités de l'argumentation les doctrines et des principes. On voudrait tester cette hypothèse sur le cas de la souveraineté sous la Révolution.

Les mots «souverain» et «souveraineté» sont employés dans plusieurs sens différents. Carré de Malberg en distingue trois, mais il paraît utile de pousser un peu plus loin l'analyse et de considérer cinq sens des termes «souveraineté» et «souverain». Selon Carré de Malberg,

«dans son sens original, [le mot souveraineté] désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe»³.

Soulignant au passage que la langue allemande possède trois termes correspondant à ces trois notions, *Souveränität*, pour le premier, *Staatsgewalt* pour le second, et *Herrschaft* pour le troisième⁴, Carré de Malberg estime que ces distinctions permettent d'apercevoir la «véritable nature» de la souveraineté. Elles offrent cependant un avantage plus immédiat en ce qu'elles permettent de comprendre pourquoi certaines propositions relatives à la souveraineté, apparemment incompatibles, sont néanmoins également acceptables dans un même discours juridique.

C'est le cas d'abord de celles qui touchent au caractère indivisible de la souveraineté. Si par «indivisibilité» on entend non pas le caractère en vertu duquel il serait interdit ou simplement déconseillé de détruire la souveraineté, mais celui qui rend toute division réellement impossible, alors la souveraineté n'est pas toujours indivisible. Pour ce qui concerne par exemple «l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat», on peut éventuellement soutenir qu'il est préférable de ne pas le diviser, mais on ne peut prétendre que ce serait impossible. La séparation des pouvoirs consiste précisément dans une répartition de cette puissance entre plusieurs autorités distinctes. La souveraineté entendue en ce sens n'est donc nullement indivisible. S'il s'agit de la troisième notion dégagée par Carré de Malberg, les choses sont

3. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, réimpr. CNRS, 1962, t. I, p. 79.

4. *Ibid.*, p. 86.

moins claires et il faut introduire une distinction supplémentaire. La qualité de l'organe suprême peut en effet s'entendre de deux manières très différentes : il peut s'agir du fait de n'avoir pas de supérieur ou de la qualité d'être au-dessus de tous les autres. Dans le premier cas, la souveraineté peut parfaitement se partager, car plusieurs peuvent la posséder simultanément et donc également. Dans le second, par contre, la souveraineté est bien indivisible, car si l'on tentait d'attribuer à plusieurs la qualité d'être au-dessus des autres, aucun ne la posséderait.

De la même manière, les distinctions de Carré de Malberg permettent de comprendre que diverses propositions relatives au titulaire de la souveraineté ont des objets différents et sont parfaitement conciliables. Ainsi, on peut dire à la fois que l'Etat est souverain et que le Parlement est souverain, parce que quand il s'agit de l'Etat, on vise ou bien la position qu'il occupe dans les relations internationales ou bien le rapport de droit qui peut exister avec des pouvoirs non étatiques, ce qu'on exprime en disant qu'il ne peut y avoir d'Etat dans l'Etat, tandis que la souveraineté du Parlement désigne la suprématie d'un organe.

En revanche, il y a une proposition que l'analyse de Carré de Malberg ne permet pas de comprendre. C'est celle qui concerne la souveraineté du peuple. Le peuple n'est en effet ni l'Etat indépendant, ni un organe suprême, ni l'être qui exerce les pouvoirs compris dans la puissance d'Etat. Aussi, pour pouvoir affirmer en même temps que le Parlement est souverain et que le peuple l'est aussi, convient-il d'introduire un nouveau concept de souveraineté : la qualité de l'être, titulaire d'une puissance, qui justifie celle de l'organe qui n'a pas de supérieur. C'est cette qualité que l'on désignait dans le vocabulaire politique et juridique du XVIII^e siècle comme «essence» ou «principe» de la souveraineté, par exemple dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, «le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation»⁵. Cette essence de la souveraineté s'oppose ainsi à son «exercice», qui consiste principalement dans le pouvoir législatif et qui peut être confié à des représentants ou organes.

Les distinctions de Carré de Malberg doivent donc être complétées de manière à rendre compte de la validité de certaines propositions sur l'indivisibilité de la souveraineté ou la

5. Article 3.

souveraineté du peuple. On parvient ainsi à cinq concepts de souveraineté :

- 1) la qualité de l'Etat qui est indépendant de toute autre puissance extérieure ou intérieure ;
- 2) la puissance d'Etat, c'est-à-dire la somme de tout ce que l'Etat peut faire ;
- 3) la qualité de l'organe qui n'a pas de supérieur, parce qu'il exerce la puissance la plus élevée, c'est-à-dire la puissance législative, ou qu'il participe à cet exercice ;
- 4) la qualité de l'organe, qui est au dessus de tous les autres ;
- 5) la qualité de l'être, au nom duquel l'organe souverain (aux sens 3 ou 4) exerce sa puissance.

C'est de la souveraineté dans ce cinquième sens qu'il sera seulement question ici. En effet la doctrine juridique qui traite de la souveraineté sous la Révolution française porte principalement sur la question du titulaire de la souveraineté dans les différentes constitutions révolutionnaires⁶. La thèse largement dominante est que la première constitution, celle de 1791 aurait consacré le principe de la souveraineté nationale, celle de 1793, le principe de la souveraineté populaire, et celle de l'an III serait revenue au principe de la souveraineté nationale. C'est cette thèse qu'il faut exposer, critiquer et remplacer.

LA THÈSE DOMINANTE, L'OPPOSITION DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE ET DE LA SOUVERAINETÉ POPULAIRE

Représentation traditionnelle

Selon une représentation traditionnelle, le constituant doit choisir entre deux conceptions de la souveraineté, qui ont des implications différentes. Selon la plus simple, la souveraineté, comprise comme le pouvoir suprême et par conséquent, le pouvoir

6. C'est notamment le cas de Carré de Malberg, *op.cit.*, qui a été à l'origine d'une longue tradition. Pour une vision critique, qui s'inscrit néanmoins dans la même problématique, cf. G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985.

de tout faire (la puissance d'Etat, dans le vocabulaire de Carré de Malberg⁷) appartient au peuple. Celui-ci est formé de l'ensemble des citoyens. C'est donc un être réel. Il est capable d'exercer cette souveraineté et il ne délèguera que les pouvoirs qu'il ne peut exercer lui-même⁸. On fait découler de là trois conséquences.

La théorie de l'électorat-droit et le suffrage universel

Tous les citoyens ont un droit de participer à l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire aux différentes votations.

La démocratie directe ou semi-directe

Le peuple exercera lui même le pouvoir législatif, ou au moins une partie de ce pouvoir.

Le mandat impératif

Si le peuple n'exerce pas tout le pouvoir législatif, mais délègue cet exercice, les autorités bénéficiaires de la délégation seront choisies, munies d'instructions et contrôlées par lui, c'est-à-dire par les citoyens.

Selon la conception opposée, la souveraineté appartiendrait à la nation, qu'on se représenterait de différentes manières, continuité des générations, vouloir vivre ensemble ou personnification de l'intérêt général, mais qui, de toute manière transcenderait le groupe des hommes vivant actuellement sur le territoire. Il s'agirait donc d'une entité abstraite. De ce caractère abstrait découleraient trois conséquences, symétriquement inverses de celles qui découlent de la souveraineté populaire.

7. Cf O. BEAUD, «La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg», dans *RDP*, 1994, pp. 1251s.

8. J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, t. II, Paris, LGDJ, 1975, p. 172 et sv.

La théorie de l'électorat-fonction

Les membres du peuple réel n'ont aucun droit propre à participer à l'exercice de la souveraineté ou même aux votations et seul le souverain possède un tel droit. Comme la nation ne peut l'exercer (parce qu'elle n'est pas un être réel), elle délègue cet exercice et elle le délègue, comme pour toutes les autres fonctions, à ceux qui sont les plus capables de l'exercer, les citoyens actifs. La souveraineté nationale légitimerait ainsi le suffrage restreint.

Le système représentatif

Toute démocratie directe ou indirecte est évidemment impossible, puisque le peuple n'est pas souverain. La nation ne peut exercer sa souveraineté et ne peut qu'en déléguer l'exercice à des représentants, c'est-à-dire à des hommes qui exprimeront une volonté qu'elle ne peut énoncer elle-même.

Le mandat représentatif

Comme les citoyens ne sont pas le souverain, les représentants ne sont pas leurs délégués. Ils ne peuvent donner des instructions aux représentants, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement élus (comme c'est le cas par exemple du roi en 1791) et encore moins exercer sur eux un contrôle. La volonté exprimée par les représentants ne peut être comparée à la volonté réelle du souverain, parce que celui-ci ne peut former une telle volonté. La volonté exprimée par les représentants est donc toujours réputée être la volonté de la nation ou volonté générale.

Cette opposition est traditionnellement illustrée par des exemples tirés des trois constitutions révolutionnaires : en 1791, on aurait choisi la souveraineté nationale avec les trois conséquences qui en découlent ; en 1793, on aurait préféré la conception démocratique de la souveraineté populaire ; enfin, en l'an III, on serait revenu à la souveraineté nationale pour pouvoir en tirer des conséquences analogues aux principes de 91.

Cette thèse ne résiste pas à l'examen

Tout d'abord, l'une des conceptions invoquées, la souveraineté populaire, comporte une faiblesse théorique

considérable, si elle signifie que le souverain pourrait être un être réel, autrement dit un objet empirique. Il est clair en effet qu'on ne saurait apercevoir un tel être dans la nature et qu'il faut bien qu'il soit défini par quelque règle juridique. Toutes les constitutions qui invoquent la souveraineté populaire doivent donc définir le peuple et, même si elles établissent une équivalence peuple/universalité des citoyens, il leur faut définir les citoyens. Le peuple pas plus que la nation n'est donc une réalité naturelle. C'est une catégorie juridique produite par une décision du constituant. Quant à la qualité de citoyen, dès lors qu'elle implique le droit de suffrage et pas seulement la nationalité, elle est nécessairement attribuée en raison de certaines caractéristiques des individus : au moins l'âge, mais aussi, selon les cas, le sexe, le lieu de naissance, les services rendus, etc. Autant dire, que si tout citoyen a le droit de vote, tout homme n'a pas le droit d'être citoyen et que cette qualité n'est reconnue qu'à ceux qui sont aptes à remplir la fonction correspondante. Il n'y a donc aucune différence entre l'électorat-droit et l'électorat-fonction⁹.

En deuxième lieu, elle ne rend pas compte des institutions réellement adoptées. En d'autres termes, cette distinction ne permet pas de classer facilement les constitutions. Les données positives qu'elle invoque sont loin d'être aussi claires qu'on le prétend. Il est certes incontestable que la constitution de 91 affirme le principe de la souveraineté nationale et qu'elle établit les institutions qu'on présente d'habitude comme dérivées de ce principe. Mais il en va différemment pour la constitution de 93 : elle proclame bien le principe de la souveraineté populaire et elle établit le suffrage universel, mais elle n'adopte pas la démocratie directe ; la part de démocratie semi-directe y est très faible et le référendum qu'elle prévoit est probablement impraticable. Surtout, elle n'institue pas le mandat impératif et même elle le prohibe implicitement par de nombreuses dispositions (articles 26 de la Déclaration des droits, 29

9. On dira qu'aucune faiblesse théorique n'a jamais empêché des hommes de défendre une conception quelconque et qu'une théorie de la souveraineté populaire a bien pu être effectivement soutenue en 93, bien qu'elle fût absurde. Mais si, comme elle le reconnaît expressément, cette conception n'est qu'une reconstruction faite par la doctrine moderne, la mise en évidence d'une faiblesse théorique crée une présomption que cette conception n'a pas été soutenue. C'est à la doctrine qui oppose souveraineté nationale et souveraineté populaire d'apporter la preuve historique qu'une théorie de la souveraineté populaire, avec toutes les conséquences institutionnelles qu'elle lui impute, a bien été soutenue en 93.

et 43 de la constitution). En réalité, elle établit bien un mandat représentatif, en ce sens que chaque député est censé représenter la nation toute entière, et qu'il ne peut être contrôlé pour ses votes. Une première constatation s'impose donc : 93 ne marque pas une rupture aussi grande qu'on le dit avec 91.

En troisième lieu, il peut arriver qu'une constitution ne soit pas «cohérente» au sens où pourrait l'entendre la thèse traditionnelle et qu'elle adopte à la fois certaines des solutions qui sont censées découler de la souveraineté nationale et d'autres que l'on rattache habituellement à la souveraineté populaire. A vrai dire, une telle situation est même la plus fréquente. C'est ainsi que la constitution de 93, réputée fondée sur la souveraineté populaire ne réalise que très imparfaitement la démocratie directe et répudie le mandat impératif. Celle de l'an III, qu'on prétend fondée sur la souveraineté nationale, maintient quoi qu'on en dise le suffrage universel¹⁰. A quoi peuvent bien servir les étiquettes *souveraineté nationale* ou *souveraineté populaire*, si il n'existe aucune cohérence entre les principes et les règles? Et sur quoi pourrait-on se fonder pour affirmer le rattachement d'une constitution à l'une ou l'autre conception? La doctrine traditionnelle procède de deux manières : d'une part, elle retient les formules contenues dans le texte constitutionnel lui-même ; d'autre part, elle prétend déduire l'existence d'un principe de souveraineté de la présence de certaines au moins des règles qui sont présumées s'y rattacher. La première méthode présente le défaut évident de se fier à l'auto-qualification, alors qu'il pourrait arriver, si le principe de la -souveraineté populaire était réellement jugé plus conforme à la démocratie, qu'une constitution se réclame de ce principe par pure démagogie, sans en tirer toutes les conséquences «normalement» attendues. Il peut arriver aussi qu'une constitution n'emploie ni l'une ni l'autre des expressions canoniques «souveraineté nationale» ou «souveraineté populaire» et qu'elle ne contienne aucune référence au principe de souveraineté ou qu'elle emploie une expression différente. Tel est le cas de la constitution de l'an III qui proclame à deux reprises que «le souverain est l'universalité des citoyens français» (Déclaration des droits, article 17 ; constitution, article 2).

La doctrine doit alors soutenir que l'expression «universalité des citoyens français» est synonyme de nation et antonyme de peuple. Mais cette idée est fautive.

10. v. *infra*.

L'expression «universalité des citoyens français» vient de la constitution de 1793, qui l'emploie à plusieurs reprises pour désigner soit le peuple, soit la nation. C'est ainsi que l'article 25 de la Déclaration des droits proclame que «la souveraineté réside dans le peuple», reprenant d'ailleurs la déclaration du projet girondin, (article 27 : «[la souveraineté] réside essentiellement dans le peuple entier»), l'article 23 de la même déclaration affirme quant à lui la souveraineté nationale¹¹ et l'article 7 de l'acte constitutionnel proprement dit définit le peuple : «le peuple souverain est l'universalité des citoyens français».

Les conventionnels continuent ces usages linguistiques en 1795 et emploient indifféremment, aussi bien après qu'avant le vote du 17 messidor an III par lequel sont adoptés les articles relatifs à la souveraineté et notamment l'article 1^{er} «la République française est une et indivisible. L'universalité des citoyens est le souverain»¹².

Deux conclusions peuvent dès maintenant être énoncées :

Les révolutionnaires n'ont à aucun moment usé de la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire et celle-ci a été imaginée beaucoup plus tard par la doctrine juridique.

11. «La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale».

12. On pourrait multiplier les exemples d'emplois du mot «nation» comme synonyme de peuple et de référence à la souveraineté du peuple. Ainsi, le 23 germinal, à propos des lois organiques, Cambacères dit qu'il faut les diviser en quelques parties : «territoire, état des citoyens, exercice de la souveraineté du peuple». On pourrait croire qu'à ce stade du processus constituant, Cambacères n'ose pas encore rompre avec l'idéologie de 93. Mais voici que le 26 messidor, Debry parle d'une «nation de 25 millions d'hommes, ne pouvant agir, délibérer, exécuter elle-même, [de sorte que] il faut qu'elle se donne des organes». Pour lui, par conséquent, la nation n'est nullement une entité abstraite, c'est bien l'universalité des citoyens ; c'est le peuple et ce peuple ne doit pas exercer lui-même sa souveraineté. Ce qu'on rattache ainsi à la souveraineté nationale-populaire, c'est le principe représentatif. De même, le 29 messidor, Lakanal, plaidant pour la division du corps législatif en deux branches, déclare que ce système est «le plus propre tout à la fois à garantir les législateurs de l'enthousiasme et le peuple français de l'invasion de sa souveraineté». Lakanal estimait donc que le souverain était le peuple et que le principe de la souveraineté populaire n'impliquait ni la démocratie directe, ni même l'unité du législatif. De même encore, Sieyès soutient le 2 thermidor que la souveraineté du peuple n'est pas illimitée.

Cette distinction ne permet pas de rendre compte des règles qui figurent dans les trois grandes constitutions révolutionnaires.

Il n'en reste pas moins vrai qu'il existe entre ces constitutions des différences terminologiques. La constitution de 1791 parle bien de souveraineté nationale, tandis que les deux textes suivants parlent de souveraineté populaire. Puisque ces différences ne s'expliquent pas par la volonté de déduire de deux principes opposés des règles distinctes sur l'étendue du suffrage, le rôle du référendum ou la nature du mandat, il faut tenter d'en rendre compte autrement.

LA CONSTRUCTION DE LA THÉORIE DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

Il faut partir d'une constatation simple. Jusqu'en 1789, les mots *peuple* et *nation* désignent respectivement un ensemble d'hommes vivant sur un territoire donné et ces hommes en tant qu'ils forment un corps organisé, notamment parce qu'ils vivent sous des lois communes. Les deux termes sont souvent employés comme synonymes. Pour prendre un exemple entre mille, Sieyès à la veille de la Révolution dit de la noblesse que sa représentation «est étrangère à la nation, d'abord par son principe, puisque sa mission ne vient pas du peuple...»¹³.

En revanche, on les distingue dans certains contextes. D'abord s'il s'agit de la classification des formes de gouvernement : on dira que si l'aristocratie est un système dans lequel ce sont les meilleurs ou les nobles qui gouvernent, la démocratie est celui dans lequel le peuple — et non la nation — gouverne. Cela s'explique à la fois par la tradition de l'usage du latin et par le fait que la théorie des formes de gouvernement est une théorie prescriptive. Elle se place au moment où l'on cherche à adopter la meilleure forme politique, c'est-à-dire avant que le peuple soit organisé en corps, qu'il soit une nation. De la même manière les théories de la souveraineté envisagent le peuple avant qu'il n'ait des lois.

Au contraire, lorsqu'on est en présence d'une société organisée, on parlera de nation. Ainsi, la société française organisée en ordres est «la nation». D'où cette définition de la noblesse,

13. *Qu'est ce que le Tiers Etat?*, Paris, Flammarion, 1988, p. 41.

critiquée par Sieyes : «le Tiers Etat est la nation, moins le clergé et la noblesse». C'est encore en ce sens que Louis XV pourra soutenir qu'il n'y a pas de nation en dehors de lui, car c'est en lui que la nation s'organise : «la nation ne fait pas corps en France, elle réside tout entière dans la personne du roi».

Tout ceci aurait pu conduire à parler en 1789 de la souveraineté populaire et non de la souveraineté de la nation, puisqu'il s'agissait d'établir une nouvelle forme de gouvernement. Cependant, la problématique constitutionnalise interdit l'emploi de cette formule pour deux raisons essentielles.

La première est que l'on refuse d'envisager un seul instant l'établissement d'une démocratie. On invoque des arguments de toutes sortes, d'abord le peuple est trop nombreux, dispersé sur un territoire trop vaste, de plus, il est ignorant, sujet aux passions et donc inapte à gouverner et d'ailleurs, comme c'est un être collectif, il n'a aucune réalité, il ne peut ni vouloir ni agir par lui-même, mais il doit nécessairement être représenté. Le système sera donc non une démocratie, mais un système représentatif¹⁴. Le peuple peut bien être souverain, mais il ne peut exercer lui-même sa souveraineté. Il ne peut que la déléguer à des représentants. Ceux qui exprimeront une volonté exprimeront sa volonté, la volonté générale¹⁵.

Le principe représentatif se traduit ainsi dans une distinction fondamentale entre l'essence et l'exercice de la souveraineté, ce que la Déclaration des droits exprime clairement à l'article 3 : «le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation». Du point de vue des gouvernants, le principe de souveraineté populaire a une signification seulement négative : ceux qui exercent la souveraineté n'exercent pas, contrairement au roi d'Ancien Régime, un pouvoir qui leur appartiendrait en propre, mais celui d'un autre, dont ils sont les représentants.

Mais de qui sont-ils les représentants? Ne pourrait-on pas dire qu'ils sont les représentants du peuple? On touche ici à la seconde raison qui interdit de parler de souveraineté populaire. Il faut à ce propos souligner une donnée essentielle : quelle que soit la forme de gouvernement, ceux qui exercent le pouvoir, c'est-à-

14. Les constituants américains distinguent eux aussi soigneusement entre démocratie et gouvernement représentatif, cf. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

15. Déclaration des droits, article 6 : «la loi est l'expression de la volonté générale».

dire ceux qui expriment la volonté générale, peuvent être dits représentants du peuple, sauf s'il s'agit d'un gouvernement mixte.

La thèse que le souverain est le peuple est en effet facilement conciliable avec chacune des formes simples de gouvernement : la monarchie, l'aristocratie ou la démocratie. Dans la démocratie, le peuple exerce lui-même la souveraineté, dans l'aristocratie ou la monarchie, il en conserve l'essence et en délègue l'exercice soit à un roi, soit à une élite.

Par contre, L'idée de souveraineté du peuple ne peut pas servir à justifier le gouvernement mixte, un système, comme le système anglais, dans lequel le pouvoir législatif est exercé conjointement par un roi, une aristocratie et le peuple lui-même ou ses élus. Dans un tel système, en effet, on ne peut prétendre que le peuple a délégué le pouvoir, puisqu'il participe à son exercice, ni qu'il l'exerce lui-même puisqu'il en a délégué une partie. On ne peut pas davantage admettre qu'il partage l'exercice du pouvoir avec le roi et l'aristocratie, car cela signifie qu'il n'est pas souverain. On se trouve donc contraint, en présence d'une telle structure du pouvoir législatif, ou bien de renoncer, comme dans l'Angleterre du XVIII^e siècle, à l'idée que le législateur est le représentant du peuple souverain, ou bien de renoncer à caractériser le gouvernement comme mixte, comme aux Etats-Unis, ou bien de chercher un autre titulaire de la souveraineté, comme en France.

C'est ce qui explique la formule inventée par la première assemblée constituante de la Révolution française en 1791 : après avoir proclamé (dans la Déclaration des droits de 1789) que la loi était l'expression de la volonté générale¹⁶, elle traduisait cette idée dans le texte constitutionnel en affirmant que «la constitution française est représentative». Par conséquent tous ceux qui exerçaient le pouvoir législatif, l'assemblée et le roi, étaient représentants. Il fallait donc concevoir un être, sujet de la volonté générale, dont une assemblée élue et un roi pouvaient tous deux être déclarés représentants. D'où la construction d'une entité, «la nation», composée de deux éléments, le peuple et le roi¹⁷. Cette

16. Article 25.

17. L'ensemble de cette doctrine est résumée dans les trois premiers articles du titre III de la constitution :

Article Premier. La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation...

structure, isomorphe de celle de l'autorité législative, justifie ainsi la participation du roi au pouvoir législatif, tout en permettant de soutenir que chacun des deux pouvoirs représente non pas l'élément auquel il correspond, mais la souveraineté indivisible de la nation.

Peuple et nation ne sont donc plus synonymes ; le peuple, l'ancien Tiers Etat, est une partie de la nation. Il a des attributions propres. Il élit les membres du corps législatif ou les juges¹⁸, mais il n'est pas souverain.

La contre-épreuve est fournie par la constitution de 1793, qui attribue le pouvoir législatif à une assemblée unique, tout en maintenant l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale. Comme il n'y a plus de roi, la nation ne comprend plus qu'un seul élément et il n'y a cette fois aucune difficulté à affirmer que le titulaire de la souveraineté est le peuple. Les mots «peuple» et «nation» peuvent redevenir synonymes et le sont effectivement dans le corps de la constitution, qui peut proclamer que «la souveraineté réside dans le peuple»¹⁹.

Mais cela n'implique pas, comme on le croit généralement, que le peuple soit ici un être réel. Ce peuple, il faut bien le définir par la constitution et les attributions qu'exerceront les électeurs, ils les tiendront de la constitution. Le système de l'électorat-fonction persiste dans la constitution de 93, même avec le suffrage universel. C'est l'électorat-fonction qui seul peut justifier qu'aucune section du peuple ne peut prétendre qu'elle est le peuple entier (Déclaration des droits, article 26). De la même façon : prohibition du mandat impératif. En effet, la constitution de 93 ne prévoit ni instructions, ni révocation en cours de mandat et précise que «chaque député appartient à la nation entière» (et non à sa circonscription) (article 29).

Article 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.

Article 3. Le pouvoir législatif est délégué à une assemblée nationale, composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après.

18. Constitution de 1791, tit. III, chap. V, article 2 : «La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple».

19. Article 25 de la Déclaration des droits de 1793.

Tout cela signifie que le système de 93 repose bien, comme celui de 91, sur la distinction de l'essence et de l'exercice de la souveraineté. Le souverain est bien le peuple, mais ce souverain ne possède que l'essence de la souveraineté et il n'exerce que les compétences que lui confère la constitution.

Finalement la constitution de 95, pour conservatrice qu'elle soit, n'a aucun besoin de renoncer à la souveraineté populaire, qui n'implique aucune conséquence qu'on voudrait éviter : ni mandat impératif, ni démocratie directe, ni même suffrage universel au sens que nous accordons aujourd'hui à ce mot. On peut même dire que, grâce à l'idée de souveraineté populaire, 95 restreint le nombre des électeurs sans toucher au principe du suffrage universel. Le suffrage universel est en effet un système dans lequel tous les citoyens ont le droit de vote. Tel est exactement le cas en l'an III. La constitution définit le souverain «l'universalité des citoyens», autrement dit «le peuple», et si les conditions pour être citoyen sont strictes, tous les citoyens ont néanmoins le droit de vote. La théorie de la souveraineté populaire remplit donc parfaitement sa fonction.