

CHAPITRE 8

Le pouvoir constituant

I — *Le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité¹ sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de*

¹ La suite de cet exposé sur la théorie constitutionnelle ne nécessite pas une distinction plus poussée entre pouvoir (*Macht*) et autorité (*Autorität*) ; néanmoins, en raison de sa grande importance pour la théorie générale de l'Etat, évoquons-la brièvement. Le pouvoir (par définition toujours réel) correspond à des notions comme souveraineté et majesté ; l'autorité au contraire caractérise une considération qui repose pour l'essentiel sur le facteur de la *continuité* et renvoie à l'idée de tradition et de durée. Les deux facteurs, pouvoir et autorité, sont actifs et vivants côte à côte dans tout Etat. L'opposition classique se trouve là encore dans le droit public romain : le Sénat détenait l'*aucltoritas*, mais c'était du peuple que procédaient *potestas* et *imperium*. D'après Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, p. 1033, l'*aucltoritas* est un « mot qui se refuse à toute définition stricte » ; d'après Victor Ehrenberg, « Monumentum Antiochenum », *Klio*, XIX, 1924, p. 202-203, le mot définit une réalité « éthico-sociale », un « mélange déroutant de pouvoir politique et de prestige social » qui repose « sur le nombre des clients et le rayonnement social » ; cf. encore von Premerstein, *Hermes*, 59, 1924, p. 104 ; R. Heinze, *Hermes*, 60, 1925, p. 345 ; et Richard Schmidt, *Verfassungsaufbau und Weltreichsbildung*, Leipzig, 1926, p. 38. Malgré la perte ultérieure de son pouvoir, le Sénat conserva son autorité, et finalement, sous l'Empire, il devint la seule instance qui pût encore conférer une certaine « légitimité » lorsque le pouvoir du peuple romain eut disparu dans l'empire. Le pape romain revendiquait également envers l'empereur une *aucltoritas* d'un genre spécial (et pas une *potestas*) tandis que la *potestas* était le lot de l'empereur. La formule de la lettre de saint Gélase I à l'empereur Anastase en 494 est ici particulièrement forte — et importante comme document sans cesse cité qui domina la grande polémique des X^e et XI^e siècles : « Duo sunt quibus principaliter mundus hic regitur : *aucltoritas sacra pontificum* et *regalis potestas* » (Migne, *Patrologie latine*, 59, col. 42 A ; Carl Mirbt, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 3^e éd., p. 67, 122, 123 (« il y a deux choses qui régissent principalement ce monde : l'autorité sacrée des pontifes et le pouvoir royal »).

Cette distinction peut éventuellement revêtir un intérêt pour éclaircir des problèmes actuels. On pourrait se demander si la Société des nations de Genève détient une *aucltoritas* ou une *potestas* qui seraient distinctes de la *potestas* ou de l'*aucltoritas* des Etats qui la dirigent. Jusqu'à ce jour, la Société des nations ne devrait détenir ni une *potestas* propre ni une *aucltoritas* propre. En revanche, on peut bien dire maintenant que la Cour internationale permanente de La Haye détient une autorité. Elle n'a naturellement pas de *potestas*. Néanmoins, l'autorité d'un tribunal — en raison de l'asservissement du juge au droit en vigueur — est à son tour un cas particulier d'autorité et n'est pas véritablement *politique* : du fait de sa subordination à la norme, un tribunal n'a aucune existence politique propre, et son « pouvoir » est « en quelque façon nul » (en français dans le texte ; le texte de Montesquieu porte en réalité : « Des 3 puissances..., celle de juger est en quelque façon nulle », *NdT*) selon la formule de Montesquieu (cf. p. 323). Quant à savoir dans quelle mesure ces deux notions de pouvoir et d'autorité correspondent aux principes de forme politique élaborés *infra* (p. 342), l'identité et la représentation, ce serait la tâche d'une *théorie générale de l'Etat*.

l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble. C'est des décisions de cette volonté que procède la validité de toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles. Ces décisions en tant que telles sont qualitativement différentes des normations légiconstitutionnelles prises sur son fondement.

1 / Une constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être. Le mot de « volonté » définit la nature essentiellement *existentielle* de ce fondement de la validité, par opposition à toute dépendance envers une justesse normative ou abstraite.

Le pouvoir constituant est une volonté politique, c'est-à-dire un être politique concret. Le dilemme de philosophie générale du droit — une *loi* est-elle par essence un *ordre* (donc une volonté) ou une *norme* (c'est-à-dire rationalité et justesse) — revêt une importance capitale pour la notion de loi, au sens de l'Etat de droit ; cf. *infra*, chap. 13. Même si la *constitution* doit être conçue comme un *acte de volonté*, cela ne résout pas définitivement cette question générale. Ce problème ne se ramène pas davantage à la vieille querelle métaphysique sans fin qui se répète sous les formes les plus diverses dans les différents domaines de la pensée humaine : quelque chose est-il bon et juste parce que Dieu le veut, ou Dieu le veut-il parce que c'est bon et juste ? cf. quelques exemples dans Gierke, *Althusius*, n. à la p. 14. Sans même savoir si la loi en général est par essence ordre ou rationalité, on peut dire que la constitution est nécessairement une décision et que *tout acte du pouvoir constituant* est nécessairement un *ordre*, un « acte impératif » comme le dit Boutmy, p. 241.

2 / Du point de vue de son contenu, une *loi* constitutionnelle est la concrétisation normative de la volonté constituante. Elle n'existe qu'à la condition préalable et sur le fondement de la décision politique globale contenue dans cette volonté. Si des normes particulières sont ajoutées à la « constitution », cela ne représente qu'une technique juridique : protéger des révisions grâce à une rigidité accrue (cf. *supra*, chap. 2, p. 145).

3 / De même qu'édicter un règlement d'organisation n'épuise pas le pouvoir d'organisation de celui qui a la haute main sur l'organisation et le pouvoir d'organisation, de même édicter une constitution ne peut en aucun cas épuiser, absorber ou consommer le pouvoir constituant. Le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois. La décision politique que représente la constitution ne peut pas agir en retour sur son sujet et supprimer son existence politique. Cette volonté continue à exister à côté de la constitution et au-dessus d'elle.

Tout véritable conflit constitutionnel qui porte sur les fondements mêmes de la décision politique globale ne peut donc être tranché que par la volonté du pouvoir constituant lui-même. Même une éventuelle lacune de la constitution ne peut être comblée que par un acte du pouvoir constituant — à la différence des obscurités et des divergences d'interprétation des *lois* constitutionnelles dans le détail ; tout cas imprévu dont la solution touche à la décision politique fondatrice doit être tranché par le pouvoir constituant.

4 / Le pouvoir constituant est un et indivisible. Ce n'est pas un pouvoir supplémentaire qui coexiste avec d'autres « pouvoirs » distincts (législatif, exécutif et judiciaire ; cf. chap. 14). Il fonde en les englobant tous les autres « pouvoirs » et « séparations des pouvoirs ».

La confusion entre constitution et loi constitutionnelle a produit une confusion entre le pouvoir constituant et la compétence de révision légiconstitutionnelle, ce qui conduit souvent à ranger cette compétence sous le nom de *pouvoir constituant* à côté d'autres *pouvoirs* (en français dans le texte, *NdT*) ; cf. *infra*, chap. 10, IV, p. 236.

II — *Le sujet du pouvoir constituant :*

1 / Pour la conception médiévale, seul *Dieu* a une *potestas constituens* — du moins dans la mesure où l'on parle d'un pouvoir constituant. La phrase « tout pouvoir (ou toute souveraineté) vient de Dieu » (*Non est enim potestas nisi a Deo*, Épître aux Romains 13, 1) signifie le pouvoir constituant (*konstituierende Gewalt*) de Dieu. Même la littérature politique de l'époque de la Réforme s'y tient ferme, surtout la théorie des monarchomaques calvinistes.

Althusius, *Politica*, chap. XVIII, 93 et XIX, 19 ss. Déjà chez Althusius le *peuple* a une *potestas constituta*. La sécularisation de la notion de pouvoir constituant (*konstituieren*) n'apparut que plus tard. Mais on ne peut se permettre en aucun cas d'assimiler — comme le faisait Gierke dans son célèbre ouvrage sur Althusius — les idées d'un calviniste convaincu comme Althusius avec celles d'un déiste romantique comme Rousseau.

2 / Pendant la Révolution française Sieyès a élaboré la théorie du *peuple* (ou plus précisément de la *nation*) comme sujet du pouvoir constituant. Au XVIII^e siècle, le monarque absolu n'est pas encore désigné comme sujet du pouvoir constituant, mais uniquement parce que l'idée d'une décision globale libre, prise par des hommes, sur le genre et la forme de l'existence politique ne pouvait encore que

progressivement devenir une réalité politique. Les survivances des idées du pouvoir constituant de Dieu issues de la théologie chrétienne étaient encore trop fortes et vivaces au XVIII^e siècle malgré les Lumières. La Déclaration d'indépendance américaine et la Révolution française de 1789 marquent en ce domaine le début d'une nouvelle époque — peu importe de savoir à quel point les auteurs de ces grands précédents furent conscients de la portée de leur geste. Dans les déclarations d'indépendance américaines de 1776, on ne peut pas encore reconnaître avec une parfaite clarté ce principe tout nouveau parce qu'il s'agissait de la création d'une nouvelle entité politique et que l'acte constituant coïncida avec la fondation politique d'une série de nouveaux *Etats*. Il en alla autrement avec la Révolution française de 1789 : elle ne créa pas de nouvelle entité politique, pas de nouvel Etat. L'Etat français existait auparavant et continua à exister après. La seule nouveauté était donc que des hommes choisissent eux-mêmes le genre et la forme de leur existence politique en vertu d'une décision consciente. Quand on souleva alors consciemment le problème du pouvoir constituant et quand on y répondit, le caractère fondamentalement neuf d'un tel événement apparut avec une clarté bien supérieure. Un peuple prenait lui-même son destin en mains avec une pleine conscience et décidait librement du genre et de la forme de son existence politique.

Cela apparut dès que les Etats Généraux convoqués par le roi se proclamèrent *Assemblée nationale constituante* le 17 juin 1789. Ils se constituèrent (*konstituieren*) ainsi, sans tirer leur légitimité d'un mandat exprès, en mandataires du peuple exerçant son pouvoir constituant et firent découler leurs pouvoirs de ce pouvoir constituant. C'est Sieyès qui a formulé la théorie du *pouvoir constituant* (en français dans le texte, *NdT*) de la nation. C'est à bon droit qu'il a attribué à la Révolution le mérite d'avoir distingué clairement dès ses débuts entre pouvoir constituant et pouvoir constitué. Malgré la grande influence exercée par le modèle américain, c'est l'année 1789 qui marque le début de ce nouveau principe politique.

Les constitutions américaines du XVIII^e siècle manquent d'une véritable théorie constitutionnelle. La source historique la plus importante pour les fondements théoriques de cette constitution, le *Federalist*, ne nous renseigne presque exclusivement que sur des problèmes d'organisation pratique. Le peuple se donne à lui-même une constitution sans que le « Covenant » général qui fonde la communauté et la société soit distingué de tout autre acte de constitution d'une nouvelle unité politique et de l'acte de la décision politique libre sur sa propre forme d'existence ; cf. *supra*, chap. 7, I, p. 195.

D'après cette nouvelle théorie, c'est la *nation* qui est le sujet du pouvoir constituant. Nation et peuple sont souvent employés comme notions interchangeables, mais le mot de « nation » est plus frappant et prête moins aux confusions. Il dési-

gne en effet le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement *politique*. La théorie du pouvoir constituant du peuple présuppose la volonté consciente d'exister politiquement, donc une nation. Historiquement, ce ne fut possible qu'à partir du moment où la monarchie absolue eut fait de la France une unité étatique dont l'existence fut toujours présupposée comme une évidence, malgré toutes les successions de constitutions et de révisions constitutionnelles. Le peuple français trouva sa forme de nation d'abord dans son existence politique. Le choix conscient d'un certain genre et forme de cette existence, l'acte par lequel « le peuple se donne une constitution » présuppose donc l'Etat dont on fixe le genre et la forme. Mais pour l'acte lui-même, pour l'exercice de cette volonté, il ne peut y avoir aucune règle de procédure, pas plus que pour le contenu de la décision politique. « Il suffit que la Nation le veuille » : cette phrase de Sieyès est la définition la plus claire de la nature de ce processus. Le pouvoir constituant n'est pas lié à des formes juridiques et à des procédures ; il est « toujours à l'état de nature » lorsqu'il apparaît dans cette qualité inaliénable.

C'est sur le pouvoir constituant que reposent toutes les attributions et compétences constituées conformément à la constitution (*verfassungsmässig konstituiert*). Mais lui-même ne peut jamais se constituer par des lois constitutionnelles (*verfassungsgesetzlich konstituieren*). Le peuple, la nation reste l'origine de tout événement politique, la source de toutes les énergies qui s'extériorise dans des formes toujours nouvelles, qui produit de son sein des formes et des organisations toujours nouvelles, mais qui ne soumet elle-même jamais son existence politique à une mise en forme définitive.

Plusieurs textes de Sieyès établissent comme une analogie métaphysique entre le « pouvoir constituant » dans son rapport avec tous les « pouvoirs constitués », et la *natura naturans* dans son rapport avec la *natura naturata* d'après la théorie de Spinoza : c'est une source originelle inépuisable de toutes les formes, qui elle-même ne peut être appréhendée par aucune forme, qui tire sans cesse de son sein de nouvelles formes, qui sans forme constitue toutes les formes (cf. C. Schmitt, *Die Diktatur*, p. 142). Il est pourtant nécessaire de distinguer la théorie positive du pouvoir constituant, partie intégrante de toute théorie de la constitution, et celle de cette métaphysique panthéiste : ces deux constructions ne sont absolument pas identiques. La métaphysique de la *potestas constituens* comme analogue de la *natura naturans* relève de la théorie de la théologie politique.

Même tenter d'instaurer d'une manière plus ou moins contraignante un repré-

sentant déterminant (*massgebend*) ou un interprète déterminant de la volonté populaire contredirait ce principe. Du point de vue formel, l'Assemblée nationale française de 1789 n'était pas une assemblée constituante. Elle avait été convoquée par le roi et était issue d'élections à une assemblée des trois ordres — noblesse, clergé et tiers état — avec des instructions précises des électeurs. Mais ce n'est pas un argument contre son droit démocratique à se constituer en assemblée constituante. Elle pouvait pour ce faire se réclamer de la volonté de la nation française, contre le roi.

Sieyès a associé la théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple (qui se dressait contre la monarchie absolue en place) et la théorie antidémocratique de la *représentation* (*Repräsentation*) de la volonté populaire par l'Assemblée nationale constituante. La constitution fut donc formulée par la seule Assemblée nationale — et ni par le peuple, ni par le roi. En démocratie il aurait été plus logique de laisser le peuple décider lui-même : la volonté constituante du peuple ne peut en effet pas être représentée sans transformer la démocratie en aristocratie (cf. *infra*, chap. 16, p. 354). Mais en 1789 il ne s'agissait pas de produire une démocratie, mais une constitution libérale d'Etat de droit bourgeois. La constitution de 1791 était typique d'une monarchie *constitutionnelle* : la « nation » avait *deux* représentants (*Repräsentanten*), le roi et le corps législatif (la représentation populaire). Savoir qui de l'Assemblée nationale et du roi représentait la nation lors de la proclamation de la constitution revenait à demander clairement où était le pouvoir et révélait déjà la position intermédiaire curieuse qui caractérisait la bourgeoisie libérale : face au roi (la monarchie) elle invoquait la « volonté de la nation », et face au peuple (la démocratie) elle invoquait la « représentation » (*Repräsentation*). Naturellement, le roi aurait pu être lui aussi représentant de la nation ; mais on lui contesta cette qualité pour l'exercice du pouvoir constituant du peuple. Les tentatives de ménager au roi une influence sur la rédaction de la constitution en tant que représentant ou interprète de la volonté populaire à l'Assemblée constituante tournèrent court (Redslob, p. 71).

3 / Pendant la Restauration monarchique, 1815-1830, le *roi* est le nouveau sujet du pouvoir constituant. En vertu du « principe monarchique », la plénitude de la puissance publique reste entre ses mains, même s'il se soumet à l'approbation des ordres pour l'exercice de certains droits dans un domaine limité. La théorie d'un pouvoir constituant du roi a été occasionnellement évoquée à l'Assemblée nationale constituante de 1789, sans rencontrer de succès (Redslob, p. 69). Mais lors de la Restauration il devint indispensable pour la théorie d'opposer un pouvoir constituant du roi au pouvoir constituant du peuple — qui avait été clairement affirmé par la Révolution française.

C. Schmitt, *Die Diktatur*, n. à la p. 195 ; Perny, *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, thèse de Paris, 1901, p. 13. Quand E. Zweig dit p. 3 : « la science politique

n'a pas transmis de terme technique comparable (à celui de pouvoir constituant du peuple, *NdA*) pour désigner le pouvoir suprême d'organisation du monarque », il est dans l'erreur.

La position de la monarchie était d'ailleurs particulièrement difficile à ce sujet sur le plan théorique. Transposer sans modification à la monarchie — qui plus est, héréditaire — la théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple, c'était au fond un simple moyen de défense, qui n'était possible que comme antithèse artificielle. Car la nation peut changer de forme d'existence et se donner des formes toujours nouvelles d'existence politique ; elle a une entière liberté d'autodétermination politique, elle peut être l'« informe qui donne une forme » (*formlos Formende*). En revanche, la monarchie héréditaire est une *institution* liée à l'ordre de succession d'une famille, en soi déjà formée. A la différence du peuple et de la nation, une dynastie ne peut pas être considérée comme l'origine de toute la vie politique.

4 / L'organisation d'une « minorité » peut aussi être le sujet du pouvoir constituant. L'Etat prend alors la forme d'une *aristocratie* ou d'une *oligarchie*. Néanmoins, l'expression de « minorité » prête à confusion parce qu'elle provient des idées de proportionnalité et de statistique des méthodes démocratiques modernes et pré-suppose une minorité analogue à un parti. Une minorité électorale ne peut naturellement pas être le sujet du pouvoir constituant, pas plus qu'un parti au sens moderne d'une association de personnes reposant sur la « libre adhésion » (*freie Werbung*)². Mais une organisation fixe en tant que telle peut prendre les décisions politiques fondamentales sur le genre et la forme de l'existence politique — *i.e.* donner une constitution — sans se réclamer de la volonté de la majorité des citoyens. Cette organisation peut être un cercle de certaines *familles* — comme les aristocraties de l'Antiquité ou du Moyen Age — ou un *ordre* (*Orden*), ou un autre groupe formé en soi. Le XIX^e siècle ne connaît pas de tels exemples de pouvoir constituant. Au XX^e siècle, la domination des soviets (*Räte*) en Russie, associés à l'organisation communiste, et la domination du *Fascio* en Italie sont des éléments de nouvelles formes aristocratiques. Mais leur construction théorique et pratique n'est pas encore claire et ne renonce pas définitivement à invoquer la volonté du peuple : pour que celui-ci puisse s'exprimer authentiquement et sans falsification, il faut d'abord en créer les conditions. Leur régime est donc là encore une dictature, au sens où ce n'est qu'une phase de transition qui laisse pendante la décision définitive sur le genre

² « Libre adhésion » traduit ici *freie Werbung*, selon l'usage des traductions françaises de Max Weber à qui Schmitt emprunte cette notion, O.B.

et la forme de l'existence politique. Les seules décisions définitives ici sont le refus de la méthode *libérale* de la décision à la majorité après un vote paritaire secret de tous les citoyens, et le refus des principes de l'*Etat de droit bourgeois* (droits fondamentaux et distinction des pouvoirs, cf. chap. 12, p. 264). De ce point de vue, nous nous trouvons ici devant un acte constituant.

III — *Exercice du pouvoir constituant.*

1 / Il ne peut exister de méthode réglementée à laquelle l'exercice du pouvoir constituant serait tenu.

2 / L'exercice du pouvoir constituant du monarque se réglemeute lui-même très simplement du fait que la monarchie absolue est une institution existante. Nous avons donc ici déjà une organisation constituée. Cela présente un avantage en théorie et en pratique : une entité fixe est donnée, dont les manifestations de volonté sont claires. Mais les faiblesses en théorie et en pratique sont peut-être encore plus grandes. Car l'organisation et l'institution de la monarchie reposent sur le principe dynastique, c'est-à-dire la succession héréditaire à l'intérieur d'une famille — donc absolument pas sur des notions spécifiquement politiques, mais sur des notions de droit de la famille.

Le roi exerce son pouvoir constituant en *édicte* une constitution de par la plénitude de ses pouvoirs, en l'*octroyant* par un acte unilatéral. Il peut s'entendre avec des représentants des ordres ou du peuple et se lier à leur collaboration ou approbation. Néanmoins, comme nous l'avons exposé *supra* (chap. 6, II, 7, p. 186), cela n'implique pas nécessairement une renonciation au pouvoir constituant ou une reconnaissance du pouvoir constituant du peuple.

3 / Le *peuple* exerce son pouvoir constituant par n'importe quelle expression discernable de sa volonté globale directe qui porte sur une décision sur le genre et la forme de l'existence de l'unité politique. La spécificité de ce sujet du pouvoir constituant soulève des questions et des difficultés particulières.

a) Le peuple en tant que titulaire du pouvoir constituant n'est pas une instance fixe, organisée. Il perdrait sa nature de peuple s'il s'institutionnalisait pour un fonctionnement quotidien et normal et pour l'exécution régulière des affaires publiques. De par son essence, le peuple n'est *pas* une magistrature, et, même dans une démocratie, jamais non plus une autorité constituée dotée d'une compétence. D'un autre côté, en démocratie le peuple doit être capable de décisions et d'actions politiques.

Même s'il n'a une volonté décidée et exprimée clairement que dans des cas peu nombreux et décisifs, il est néanmoins capable d'une telle volonté, et en mesure de répondre oui ou non aux questions fondamentales de son existence politique. La force autant que la faiblesse du peuple tiennent au fait qu'il n'est pas une instance formée, dotée de compétences délimitées et exécutant les affaires publiques selon une procédure réglementée. Tant qu'un peuple a la volonté d'exister politiquement, il est au-dessus de toute institutionnalisation et de toute normation. En tant que puissance non organisée, il ne peut pas non plus être dissous. Tant qu'il existe simplement et veut continuer à exister, sa force vitale et son énergie sont inépuisables et toujours capables de trouver de nouvelles formes d'existence politique. Sa faiblesse tient à ce que le peuple doit décider des questions fondamentales de sa forme et de son organisation politiques sans être lui-même formé ou organisé. C'est pour cette raison que les manifestations de sa volonté peuvent être aisément méconnues, prises à contresens ou falsifiées. L'immédiateté de cette volonté populaire implique qu'elle puisse s'exprimer en dehors de toute procédure prescrite à l'avance. Aujourd'hui, dans la pratique politique de la plupart des pays, la volonté populaire est constatée par une procédure de vote individuel secret dans une votation ou une élection (cf. *infra*, 4). Mais ce serait une erreur — et même une erreur antidémocratique — que de tenir ces méthodes du XIX^e siècle sans autre forme de procès comme la norme définitive et absolue de la démocratie. La volonté populaire de se donner une constitution ne peut se prouver que par l'action et non par l'observation d'une procédure réglementée normativement. Elle ne peut naturellement pas non plus être jugée en fonction de lois constitutionnelles qui avaient cours précédemment ou jusqu'alors.

b) La forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple est le cri d'approbation ou de refus de la foule rassemblée, l'*acclamation*. Dans les grands Etats modernes, l'acclamation, la seule manifestation naturelle et nécessaire de tout peuple, a changé de forme. Elle s'exprime désormais en tant qu'« opinion publique » (cf. *infra*, chap. 18, p. 385). Mais le peuple ne peut en général jamais dire que oui ou non, approuver ou refuser, et son oui ou son non deviennent d'autant plus simples et élémentaires qu'il s'agit davantage d'une décision fondamentale sur l'ensemble de sa propre existence. Dans des temps de calme et de paix, des prises de position de ce genre sont rares et non nécessaires. Dans ce cas, l'absence d'expression discernable signifie justement la continuation de l'adhésion à la constitution en place. En période critique, seul le non qui se dresse *contre* une constitution en place peut être clair et décidé en tant que négation, tandis que la volonté positive n'est pas aussi assurée. Pourtant, le plus souvent ce non implique directement l'affirmation d'une autre forme d'existence (politique) qui se présente aussitôt, contraire

de la précédente. En novembre 1918, le peuple allemand a renié le principe monarchique qui avait cours jusqu'alors. Cela seul signifiait la république. Mais cela ne suffisait pas encore à trancher entre les différentes formes possibles de cette république — démocratie libérale bourgeoise (*bürgerlich-rechtsstaatlich*) constitutionnelle ou république socialiste des soviets. Le non adressé à une république libérale pouvait à son tour prendre des sens différents selon les circonstances : retour à la monarchie, dictature, système soviétique ou toute autre forme politique. La volonté constituante du peuple ne s'exprime jamais que par un oui ou un non fondamental, et prend ainsi la décision politique qui forme le contenu de la constitution.

c) La volonté constituante du peuple est une volonté directe. Elle se place avant et au-dessus de toute procédure fixée par des lois constitutionnelles. Aucune loi constitutionnelle et même aucune constitution ne peuvent conférer un pouvoir constituant et prescrire les formes de son exercice. La suite de la concrétisation et de la mise en forme de la décision politique prise par le peuple dans son immédiateté a besoin d'une certaine organisation, d'une procédure pour laquelle la pratique de la démocratie moderne a élaboré certaines pratiques et coutumes, que nous allons aborder maintenant.

4 / La démocratie moderne a vu naître l'usage d'une assemblée nationale dite constituante, démocratique — c'est-à-dire élue d'après les principes du suffrage universel et égalitaire — reconnue comme procédure « démocratique ». Cet usage est en effet suivi lorsqu'une constitution est abrogée et qu'il faut en donner une autre. La convocation d'une « assemblée nationale constituante » n'est pourtant pas la seule procédure démocratique concevable. Les démocraties modernes ont d'ailleurs engendré encore d'autres façons de concrétiser et de mettre en forme la volonté populaire constituante.

a) *L'assemblée nationale qui arrête et décrète* des normes légiconstitutionnelles : une assemblée élue selon des principes démocratiques, spécialement chargée de formuler et normer les dispositions des lois constitutionnelles arrête le texte des lois constitutionnelles et les promulgue. Une réglementation légiconstitutionnelle produite ainsi entre en vigueur en vertu de votes à la majorité simple de l'assemblée sans qu'ait lieu une votation populaire (référendum) sur le projet arrêté — donc sans ratification par les citoyens ayant le droit de vote.

Exemple : la constitution de Weimar du 11 août 1919, art. 181 : « Le peuple allemand a arrêté et promulgué cette constitution par l'intermédiaire de son Assemblée nationale. Elle entre en vigueur le jour de sa proclamation. » Il conviendrait de remarquer ici que l'Assemblée nationale n'a arrêté que la formulation des lois constitutionnelles et que naturellement

le peuple allemand en tant que titulaire du pouvoir constituant ne peut procéder à un acte formel comme la promulgation d'une loi. Cet article de la constitution de Weimar ne signifie donc rien de plus que ceci : les normations légiconstitutionnelles doivent entrer en vigueur en vertu des votes à la majorité de l'Assemblée nationale sans qu'il y ait besoin d'un autre acte d'approbation du peuple allemand constatée formellement, cette approbation étant déjà contenue dans l'élection des représentants à l'Assemblée nationale.

La constitution française de 1791 est elle aussi entrée en vigueur en vertu d'un vote à la majorité de l'Assemblée nationale constituante sans qu'il y ait eu de plébiscite. Pour les autres particularités de la naissance de cette première constitution moderne d'Europe, cf. *infra* en e).

b) L'assemblée constituante (convention) qui *rédige* des normations légiconstitutionnelles, suivie d'une votation populaire (référendum) ou d'une autre ratification directe ou indirecte mais explicite, du texte par les citoyens électeurs.

Le mot de convention (*Konvent*) est le terme technique pour un corps élu chargé spécifiquement de *rédiger* les normations légiconstitutionnelles. L'expression vient de la Révolution anglaise ; les « conventions » de 1660 et 1689 furent des gouvernements provisoires destinés à établir un état de choses conforme à une constitution (E. Zweig, p. 49). La pratique des Etats américains et le célèbre exemple de la Convention nationale française de 1792 ont donné à ce mot le sens d'une assemblée qui rédige les normations légiconstitutionnelles.

Par un décret du 21 septembre 1792 (« qu'il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple ») la Convention nationale française a posé en principe que toute édicition de lois constitutionnelles doit être expressément ratifiée par le peuple. La constitution du 24 juin 1793 rédigée par cette Convention fut donc soumise au peuple, c'est-à-dire aux collèges d'électeurs primaires. Elle fut adoptée presque à l'unanimité (Duguit-Monnier, p. XXXXI). Elle n'est pourtant pas entrée en vigueur parce que la Convention nationale a suspendu la constitution et établi la dictature des Jacobins, *le gouvernement révolutionnaire* (en français dans le texte, *NdI*) pendant lequel on gouverna par des *mesures* (*Massnahmen*) et non par des actes formels de la législation, etc. La même Convention nationale rédigea par la suite une autre constitution, celle de l'an III ou du 22 août 1795 (dite constitution du Directoire). Elle fut également soumise à l'approbation des électeurs et remporta également une large majorité (Duguit-Monnier, p. LXII).

c) Particularités d'une convention (*Konvent*) constituante pour une constitution d'Etat fédéral. La constitution peut dans ce cas être soumise à l'approbation du peuple de chacun des Etats membres.

La constitution fédérale de 1787 des Etats-Unis d'Amérique fut rédigée par une *convention* constituante, puis soumise aux *Etats réunis en Congrès*, puis recommandée par ce Congrès à l'acceptation du peuple de chacun des Etats, et enfin acceptée dans chacun des treize Etats par des Conventions de ratification spéciales, c'est-à-dire des assemblées élues

précisément dans ce but. Sur les grandes difficultés engendrées par cette procédure et les majorités d'approbation souvent très faibles et fortuites, se reporter au récit de James Beck, *La constitution des Etats-Unis*, Paris, 1923, chap. XV, éd. allemande A. Friedmann, 1926, p. 207 ss.

La constitution de Weimar n'a pas reçu de ratification spéciale des citoyens ayant droit de vote des différents Länder, ni par des Assemblées nationales de ces Länder. Mais lors des délibérations sur la constitution de Weimar, le mandataire (*Gesandte*) de la Bavière, von Preger, et le député Beyerle jugèrent indispensable une ratification par les Assemblées nationales de chaque Land (*Procès-verbaux*, p. 24-26). La thèse contraire a été soutenue avec beaucoup de vigueur par H. Preuss qui (comme Poetzsch, *Kommentar*, p. 11, le remarque à juste titre) avait la logique démocratique de son côté ; cf. *supra*, chap. 7, p. 199, et *infra*, chap. 30, p. 538.

d) Votation populaire générale (plébiscite) sur une proposition de n'importe quelle origine ou sur un nouvel ordre produit de telle ou telle manière.

Voici l'usage pratique que Napoléon I^{er} et Napoléon III firent des plébiscites : constitution consulaire de l'an VIII, 1799 (trois consuls dont Napoléon Bonaparte) ; l'art. 95 prévoyait le plébiscite, mais la constitution fut considérée comme loi constitutionnelle déjà en vigueur avant même l'acceptation ; Senatus-consulte de l'an X (1802) : Napoléon Premier consul à vie ; Senatus-consulte de l'an XII (1804) : Napoléon empereur des Français, l'Empire héréditaire dans la famille Bonaparte ; 1815 pendant les Cent Jours : plébiscite sur l'« Acte additionnel » ; plébiscite du 14 décembre 1851 : le président de la République, Louis-Napoléon, reçoit des pleins pouvoirs étendus pour la rédaction de la constitution et le gouvernement ; 21-22 novembre 1852 : Napoléon III empereur des Français.

Tous ces plébiscites obtinrent des majorités écrasantes de « oui ». Les pressions électorales exercées par le gouvernement étaient assez fortes et sans nuance ; elles ont nui à la réputation du plébiscite et l'ont rendu suspect aux yeux des démocrates. En théorie, cette méthode répond parfaitement au principe démocratique et à l'idée du pouvoir constituant du peuple. Mais si le peuple a approuvé chaque réorganisation de l'Etat par ces votes, ce n'est pas uniquement à cause de ces pressions électorales, mais aussi parce que le peuple français n'avait alors pas d'autre volonté que le désir de la tranquillité et de l'ordre bourgeois. La majorité des citoyens tend en général à laisser la décision politique à d'autres et à donner aux questions posées les réponses qui impliquent un minimum de décision. Elle approuvera donc facilement un fait accompli. Lors de ces plébiscites napoléoniens, un « non » aurait signifié l'insécurité et le désordre, tandis que le « oui » n'était que l'approbation après coup d'un fait accompli, donc le minimum de décision (cf. à ce propos *infra* la critique de la maxime « la majorité décide », chap. 21, IV, p. 421-425).

e) Exceptions et cas particuliers dans cette pratique démocratique.

Comme nous l'avons déjà noté (p. 214), la *constitution française de 1791* a été procla-

mée par une Assemblée nationale qui n'avait pas été élue selon les principes démocratiques du suffrage universel, mais se constitua lorsque parmi les représentants des trois ordres (noblesse, clergé et tiers état) ceux du tiers se proclamèrent Assemblée nationale constituante le 17 juin 1789. Ce serait faire preuve d'un formalisme particulièrement absurde dans ces questions de la théorie constitutionnelle démocratique que de refuser à cette première Assemblée nationale le caractère de corps investi du pouvoir constituant du peuple. La volonté de la nation française s'est fait sans aucun doute entendre alors ; la procédure d'une élection spéciale ou d'un référendum n'a par comparaison qu'une valeur relative.

La constitution de la *Tchécoslovaquie* du 29 février 1920 n'est pas le produit d'une assemblée nationale élue selon les principes du suffrage universel, mais d'une assemblée qui ne comprenait que des délégués du parti tchèque et du parti slovaque. Sur les 13,6 millions d'habitants de cet Etat, presque 5 millions — tous les non-Slaves, en particulier les minorités allemandes — n'étaient pas représentés. Il n'y a pas eu de ratification par une votation populaire. Sur cette constitution « octroyée », cf. Franz Adler, *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassung, Quellen und Studien*, édité par l'Osteuropa-Institut de Breslau, section droit, n.s., t. III, 1927, p. 10-11 ; F. Weyr, *JöR* 11 (1922), p. 352.