

ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES

---

LA

---

# SOUVERAINETÉ NATIONALE

---

PAR

**Maurice HAURIUO**

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

(Extrait du *Recueil de Législation* — 1912.)



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU  
**RECUEIL SIREY**

22, rue Soufflot (5<sup>e</sup>)

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs.

TOULOUSE

**ÉDOUARD PRIVAT**  
ÉDITEUR

Librairie de l'Université

14, rue des Arts, 14.

1912

Inscr. A. 11070

548089

ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES

LA

# SOUVERAINETÉ NATIONALE

PAR

Maurice HAURIUO

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

(Extrait du *Recueil de Législation* — 1912.)

42014



DONATIONEA  
EM. PORUMBARU

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU  
RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot (5<sup>e</sup>)

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs.

TOULOUSE

ÉDOUARD PRIVAT  
ÉDITEUR

Librairie de l'Université

14, rue des Arts, 14.

1912

1961

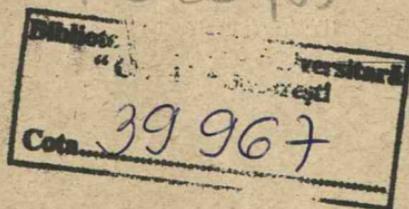
1956

## PRINCIPAUX OUVRAGES DE M. HAURIUO

<b>La Science sociale traditionnelle</b> , 1 volume in-8°, 1896 (LAROSE).....	<b>7 50</b>
<b>Leçons sur le Mouvement social</b> , 1 volume in-8°, 1899 (LAROSE).....	<b>4 »</b>
<b>La Gestion administrative</b> , étude théorique de droit administratif, 1 volume in-8°, 1899 (LAROSE)..	<b>3 50</b>
<b>Précis de Droit administratif</b> , 1 volume in-8°, 7 <sup>e</sup> édi- tion, 1911 (LAROSE).....	<b>12 »</b>
<b>Principes de Droit public</b> , 1 volume in-8°, 1910 (LA- ROSE).....	<b>10 »</b>

**Études constitutionnelles :**

- I. *Les idées de M. Duguit ou le fondement du pouvoir politique*. 1 brochure in-8°, 40 pages, 1911 ;
- II. *La souveraineté nationale*. 1 brochure in-8°, 155 pages, 1912 ;
- III. *La forme du gouvernement* (en préparation).



BCU-Bucuresti



C42014

# LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

---

## SECTION PRÉLIMINAIRE.

### Le problème et les règles de la méthode.

Le problème de la souveraineté nationale est compliqué. Ce n'est pas tout le problème de l'État moderne, mais c'en est une bonne moitié. L'État est à la fois un ensemble d'institutions et un organisme qui dispose d'un pouvoir d'action. Ce pouvoir d'action ou cette puissance d'État est la souveraineté et, quand elle réside d'une certaine façon dans la nation, elle est la souveraineté nationale. Les questions se soulèvent en foule :

Qu'est-ce que la nation par rapport à l'État? Y a-t-il une différence entre la souveraineté nationale et la souveraineté de l'État? Qu'est-ce que le corps électoral, qui fait son apparition dans les régimes de souveraineté nationale? Se confond-il avec la nation et la volonté électorale peut-elle être identifiée avec la volonté nationale? Souveraineté de l'État, souveraineté nationale, souveraineté électorale, ces trois termes désignent-ils une seule et même chose ou des choses différentes?

Quels sont les rapports entre la souveraineté nationale et les pouvoirs de gouvernement? Les pouvoirs de gouver-

nement sont-ils de simples délégués de la nation ou bien ont-ils de l'autonomie? S'ils sont des délégués de la nation, alors celle-ci n'est pas sujette, ou bien elle est sujette d'elle-même et le fait de la sujétion disparaît. Si les pouvoirs de gouvernement sont autonomes et si la nation en est la sujette, alors que devient la souveraineté de la nation?

Questions d'école, dira-t-on, et qui n'ont aucune influence sur la politique pratique. Erreur. Voici le pouvoir électoral, le suffrage universel, croit-on qu'il soit sans importance pratique de savoir de quel côté on doit le ranger, du côté de la nation gouvernée ou du côté des pouvoirs de gouvernement? S'il est une simple expression de la volonté générale et si celle-ci s'identifie avec la nation gouvernée, alors le suffrage doit rester aussi inorganisé que possible; si, au contraire, la volonté électorale étant reconnue distincte de la volonté générale, le suffrage est un pouvoir de gouvernement, alors il doit être organisé, car tous les pouvoirs de gouvernement ont besoin d'être organisés. La question de la représentation proportionnelle, comme celle de la représentation des intérêts, qui sont des questions d'organisation du suffrage, sont suspendues à la solution de ce problème principal : le suffrage est-il ou n'est-il pas un pouvoir de gouvernement?

Voilà plus d'un siècle que la souveraineté nationale est proclamée en France et qu'elle fonctionne tant bien que mal, et sa théorie n'est pas encore faite. Elle l'est si peu qu'un accès de découragement et de nihilisme s'est emparé de la doctrine.

Des auteurs sont venus qui ont dit en substance : « Il n'est pas surprenant qu'on ne puisse pas organiser la théorie de la souveraineté de l'État, il n'y a pas de souveraineté et, d'ailleurs, il n'y a pas d'État au sens personnel ou indi-

viduel du mot; il n'y a que des forces plus ou moins grandes qui se jouent dans la société<sup>1</sup>. »

Ces négations n'ont pas d'autre importance que de révéler le profond désarroi dans lequel sont tombés les théoriciens de la souveraineté nationale, après un siècle de tentatives d'explications jugées insuffisantes<sup>2</sup>.

Mais n'est-ce pas une loi de l'histoire des doctrines, que les théories juridiques d'un système social donné ne s'élaborent que bien longtemps après l'achèvement pratique du système? Boiteuse comme la justice, la théorie suit de loin les faits. D'ailleurs, elle ne peut se construire que lorsque tous les faits ont été produits, tassés et classés. Le système féodal s'est établi aux dixième et onzième siècles et ce n'est qu'au treizième qu'il a trouvé son premier théoricien. A ce compte, le système social et politique de la souveraineté nationale, qui ne date que d'un siècle, devrait attendre encore cent ans son Philippe de Beaumanoir. Et cependant, il ne cesserait pas pour cela d'exister et de fonctionner pratiquement.

1. M. Duguit dans toutes ses œuvres, depuis *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, jusqu'au *Traité de droit constitutionnel*, 1911, *passim*; dans la 2<sup>e</sup> édit. de son *Droit social*, Alcan, 1911, p. 156, il écrit ceci : « L'école collectiviste veut remettre cette fonction à l'État et, par là, elle continue la tradition romaine, régaliennne, jacobine et napoléonienne. Cette école va contre les faits, car son système implique le maintien de l'État personnel et souverain; or, cet État est mort ou sur le point de mourir. » M. E. Berth dit : « Cette chose énorme, cet événement de portée incalculable, la mort de cet être fantastique, prodigieux, qui a tenu dans l'histoire une place si colossale, l'État est mort » (*Mouvement socialiste*, octobre 1907, 3<sup>e</sup> série, I, p. 314); M. Maxime Leroy ajoute : « L'ère politique de Montesquieu et Rousseau est virtuellement close » (*Syndicats et services publics*, 1909, Préface, p. xi).

2. Il est inutile de faire observer que l'État n'est pas mort, ni même le pouvoir politique, et que la liberté doit s'accommoder de la souveraineté de l'État; comme le dit excellemment M. Larnaud, *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 12 : « Laissons les amants de l'irréel et de l'utopie à leurs rêves et faisons des observations plutôt que des prophéties. »

Sans attendre aussi longtemps, et sans espérer réussir aussi complètement, on peut essayer de reprendre le problème. Il est à remarquer que, jusqu'ici, il n'a pas été traité avec une méthode rigoureuse, et on peut toujours tenter d'y en appliquer une. C'est ce que nous allons faire. Nous allons essayer d'appliquer à la solution du problème de la souveraineté nationale une méthode d'observation rigoureuse dont, d'abord, voici les règles essentielles :

PREMIÈRE RÈGLE. — Il convient, avant tout, de dégager le problème de la souveraineté nationale de toute idée préconçue sur le système général du droit. M. Duguit a été incontestablement desservi dans ses études de droit constitutionnel, par ailleurs si vigoureuses et si généreuses, par la hantise d'un certain système général du droit, à base de souveraineté de la règle juridique. C'est la prétendue souveraineté de la règle de droit, qui l'a empêché de reconnaître l'existence de la souveraineté politique de l'État. De leur côté, les juristes allemands, tels que Laband et Jellinek, ont été desservis par la préoccupation de ramener le droit public aux données générales de la personnalité juridique de l'État et de ne voir dans la souveraineté qu'un droit subjectif de domination.

Les systèmes généraux du droit sont à la mode, mais une réflexion bien simple en atténue singulièrement la valeur : la science juridique, comme toutes les sciences d'observation, doit aller du simple au composé; un système général du droit est quelque chose de plus compliqué que le système du droit privé et le système du droit public, et que la théorie de la souveraineté. Or, ni le système du droit privé, ni celui du droit public ne sont construits à l'heure qu'il est; comment veut-on que le système général du droit le soit, lui qui doit être la synthèse des deux autres? On ne sait même pas s'il n'y a qu'un seul système du droit ou s'il

n'y en a pas plusieurs; l'idée de la combinaison pratique de plusieurs couches du droit ou de plusieurs systèmes a été lancée et mériterait d'être examinée sérieusement<sup>1</sup>.

Dans ces conditions, qu'on nous laisse organiser, d'abord, la théorie de la souveraineté de l'État qui est, avec la théorie de l'institution, l'une des pièces maîtresses du système du droit public et que, provisoirement, on nous fasse grâce des théories générales sur le Droit.

DEUXIÈME RÈGLE. — Il ne suffit pas d'étudier la souveraineté nationale comme une matière indépendante, il convient encore de l'étudier dans les faits. C'est, au premier chef, une matière d'observation. Par conséquent, il y a, vis-à-vis des théories existantes sur la souveraineté, une certaine attitude à prendre; nous la résumerons en deux maximes :

a) ~~Aucune~~ théorie, fût-elle de Bodin ou d'Aristote, ne saurait prévaloir contre les faits; c'est ainsi, par exemple, que les théories de Rousseau sur la non-représentation de la souveraineté n'ont pu prévaloir contre le fait du gouvernement représentatif; par suite, la théorie de la souveraineté nationale doit être construite avec le fait du gouvernement représentatif et même avec le fait de l'autonomie des représentants;

b) Il est, au contraire, des théories juridiques qui se sont incorporées aux faits; de celles-là, il convient de tenir compte, dans la mesure toutefois où elles ont reçu la correction des faits. C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation du pouvoir de la nation en une *volonté nationale* a été trop mêlée aux événements, depuis la Révolution française, et a trop réagi sur les faits, pour qu'on ne tienne pas compte de cette interprétation théorique, et c'est pourquoi, parmi

1. Cf. ma brochure *Les idées de M. Duguit*, Recueil de législation de Toulouse, 1911, p. 19 et suiv.; et mes *Principes de droit public*, p. 49.

les éléments de la souveraineté, nous étudierons la volonté nationale, en lui faisant subir les corrections nécessaires.

C'est ainsi encore que la doctrine de la personnalité juridique de l'État est trop mêlée aux faits quotidiens de l'administration, du gouvernement, des relations internationales, pour qu'on n'en tienne pas compte, elle est devenue elle-même un fait qui réclame une place mesurée<sup>1</sup>.

TROISIÈME RÈGLE. — Dans la masse des faits relatifs à la souveraineté nationale, il convient de distinguer soigneusement les uns des autres tous ceux qui ne sont pas identiques; l'analyse des matières politiques et sociales doit être faite avec autant de scrupuleuse attention que l'analyse chimique; une synthèse établie sur les faits n'est solide que si tous les faits pertinents ont été relevés, catalogués et classés, c'est-à-dire distingués.

C'est ainsi, par exemple, qu'à l'analyse, la volonté électorale, qui est majoritaire, nous paraîtra devoir être distinguée de la volonté générale de la nation, laquelle est unanime, et que, par suite, le corps électoral nous paraîtra devoir être distingué de la nation; il en résultera des conséquences graves dans la synthèse de la souveraineté nationale, celle-ci, par exemple, que le corps électoral, avec le pouvoir électif, devra être rangé parmi les pouvoirs de gouvernement, tandis que la volonté générale ou, autrement dit, l'opinion publique unanime, représentera ce qui, dans la nation, peut être sujet du gouvernement; ces conséquences importantes pour la synthèse devront être acceptées, si toutefois le travail analytique qui aura opéré la disjonction de la volonté électorale et de la volonté générale de la nation paraît avoir donné des résultats convaincants.

1. Cf. sur ce point mes *Principes de droit public*, p. 99 et suiv.

QUATRIÈME RÈGLE. — Ce ne sont pas seulement les faits qui doivent être soigneusement distingués les uns des autres, ce sont aussi les synthèses que l'on organise, lorsqu'on en organise plusieurs. Rien n'a embrouillé la question de la souveraineté, et d'ailleurs toute la théorie de l'État, comme de n'avoir pas su démêler plus tôt qu'il y a dans la construction de l'État deux synthèses différentes :

Il y a d'abord dans l'État une institution nationale, qui est une synthèse à la fois corporelle et composite. Elle est corporelle, parce qu'elle peut être construite sans le secours de la personnalité morale, comme un corps peut être construit sans âme, à la façon d'un automate. Elle est composite, parce que le corps de l'institution nationale est fait de pièces et de morceaux, d'organes divers dont les activités convergent.

Il y a aussi dans l'État une personnalité morale et juridique, qui est une synthèse à la fois incorporelle et indivisible, indécomposable en des parties.

Jusqu'ici, on a brassé ensemble les matériaux de ces deux synthèses, sans opérer le triage de ceux qui appartiennent à l'institution nationale et de ceux qui appartiennent à la personnalité juridique, et ç'a été l'origine des pires confusions et des pires difficultés. Il est clair, par exemple, que l'opposition de la nation et du gouvernement, qui est un phénomène compréhensible dans la perspective de l'institution nationale, unité composite et divisible, est tout à fait incompréhensible dans la perspective de l'État personne juridique dont l'unité est indivisible. Il est clair aussi que la volonté du suffrage universel peut être distinguée de la volonté générale de la nation, tout en restant un élément de la souveraineté nationale, si l'on admet que celle-ci soit composite, mais qu'elle ne peut pas en être séparée si l'on pose la question par rapport à la souveraineté de l'État

personne juridique, laquelle est indécomposable en des parties.

La théorie classique de la souveraineté, telle qu'elle est issue de la Révolution, parce qu'elle confond la souveraineté nationale avec la souveraineté de l'État et qu'alors elle est obligée de considérer la souveraineté nationale comme indécomposable, a été conduite à identifier la volonté majoritaire du suffrage universel avec la volonté générale de la nation, et la volonté générale avec la souveraineté nationale. Et toutes ces confusions pèsent sur notre droit public depuis cent ans.

Mais tout n'est pas dit lorsqu'on a pris la résolution de distinguer les deux synthèses, encore faut-il faire l'opération d'une façon convenable. Le critérium doit être cherché dans l'opposition entre l'unité corporelle et composite de la nation, et l'unité incorporelle et indivisible de l'État.

A ce compte, il faut faire attention que toute la matière de l'organisation politique et constitutionnelle appartient à la synthèse de l'institution nationale composite et non pas à celle de la personnalité juridique de l'État. Ce n'est pas la personne morale, en soi, qui est organisée, c'est l'institution nationale à laquelle elle est liée. En effet, si la personne morale était organisée, elle serait une unité composite et divisible, tandis qu'elle est indivisible.

Cela entraîne aussi une certaine façon de concevoir les relations qui existent entre l'institution nationale et la personne morale État.

Il n'y a qu'une solution satisfaisante, qui est d'admettre que ce sont deux synthèses parallèles réagissant l'une sur l'autre, dans leur ensemble, par une sorte d'harmonie préétablie et, finalement, que ce sont deux aspects d'une même réalité, mais deux aspects qui ne doivent pas être confondus. L'État, suivant l'expression de M. Esmein, est

« la personnification juridique de la nation », mais la nation, de son côté, à la condition d'être organisée et notamment à la condition d'être munie d'un gouvernement central, est « l'expression corporelle de l'État », et alors toute l'organisation politique se rattache à cette expression corporelle de l'État.

Cela ne suffit pas encore. Nous sommes en présence d'une sorte d'union de l'âme et du corps. Pour nous, publicistes, quelle sera la réaction de ces deux éléments l'un sur l'autre? Verrons-nous dans l'organisation constitutionnelle de la nation l'effet d'une volonté préformée de la personne morale État, ou bien, au contraire, admettrons-nous que l'organisation constitutionnelle de la nation s'est produite spontanément en vue de la liberté politique et que la personne morale État n'en a été qu'un résultat? En d'autres termes, expliquerons-nous la nation par l'État ou l'État par la nation?

L'hésitation n'est pas permise, pour qui a le sens de la méthode positive. Historiquement, les institutions nationales dues à la centralisation sont antérieures à la personnalité juridique des États, laquelle ne se manifeste qu'à un certain degré de développement de la centralisation et sous la condition de certains détails d'organisation politique; donc, la personne État doit s'expliquer par la nation dont la centralisation et l'organisation sont condition de sa naissance; donc, l'organisation constitutionnelle doit être considérée comme s'étant produite spontanément, en vue de la liberté politique; donc, la personnalité juridique est étrangère à l'organisation constitutionnelle, du moins en ce sens que celle-ci serait l'œuvre d'un décret de sa volonté; tout au plus, peut-on admettre que l'organisation constitutionnelle contribue spontanément à la formation de la personnalité morale et juridique de l'État et qu'elle en réalise les

conditions préalables, qu'ainsi elle constitue une catégorie de phénomènes *prépersonnels*.

Il suit de là une distinction nécessaire, entre la théorie de la souveraineté nationale et celle de la souveraineté de l'État. Cette distinction sera rigoureuse.

La théorie de la souveraineté nationale sera préalable et préparatoire à celle de la souveraineté de l'État. Elle ne fera jamais appel à la notion de la personne juridique ni à celle des droits subjectifs; pour elle, la souveraineté ne sera pas un droit de domination qui s'exerce sur des personnes extérieures, vis-à-vis de sujets ou d'États étrangers. La souveraineté nationale sera la force d'un organisme, étudiée dans sa formation et dans sa répartition à l'intérieur de cet organisme. Elle sera d'ailleurs une force composite, comme l'organisme national lui-même est une unité composite; elle sera la résultante de la composition des forces des divers pouvoirs gouvernementaux avec la force de la volonté générale de la nation<sup>1</sup>. Elle pourra être répartie entre des organes représentatifs sans que l'unité soit rompue, pourvu que la convergence des efforts soit maintenue. Dans cette théorie de la souveraineté nationale, traitée par la méthode de la composition des forces, nation et gouvernement, corps électoral, tous ces éléments trouveront leur place sans embarras ni confusion.

La théorie de la souveraineté de l'État personne juridique sera postérieure. Elle n'aura presque aucun rapport avec la précédente; son rôle sera de déterminer les caractères de la souveraineté considérée comme un droit de domination s'exerçant sur autrui, soit sur les sujets de l'État en tant que leur personnalité est séparée de celle de l'État,

1. Voir l'idée de la « composition des forces » indiquée en passant, par M. J. Barthélemy, dans son excellent ouvrage *le Rôle du Pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, 1907, p. 25.

soit vis-à-vis des États étrangers; elle intéressera surtout le droit international et la matière de la sujétion individuelle. C'est dans cette perspective qu'il sera intéressant de définir la souveraineté « un pouvoir de domination sur les hommes libres appuyé sur la seule contrainte juridique » et qu'il importera de la distinguer du pouvoir féodal, qui portait sur des serfs et qui était lié à la propriété de la terre.

Toutefois, la théorie de la souveraineté *de l'État* ne saurait être sans communication aucune avec la théorie de la souveraineté *nationale* : d'abord, elle ne doit être en contradiction avec elle sur aucun point et, de plus, il doit y avoir une sorte de passage de l'une à l'autre. Nous verrons que l'élément de la volonté générale fournit le passage, mais la suprême difficulté sera de concilier l'indivisibilité de la souveraineté *de l'État* personne morale, avec le maniement de cette souveraineté par les divers pouvoirs qui se partageront la souveraineté *nationale* composite<sup>1</sup>.

1. La distinction de la synthèse de l'institution nationale et de celle de la personne morale de l'État avait été faite par moi dans mes *Principes de Droit public*, chap. II, p. 70 et s. : *Le point de vue de la nation aménagée en régime d'État*; la distinction de la souveraineté nationale et de la souveraineté de l'État, qui en est la conséquence logique, n'avait pas été faite avec la même rigueur dans le chapitre X du même ouvrage consacré aux *équilibres constitutionnels*, p. 415 et s. On voudra bien considérer le présent travail comme étant un développement logique des idées fondamentales de mes *Principes de Droit public* et une mise au point du chapitre X.

Dans des articles très intéressants, parus dans la *Revue générale d'administration*, novembre et décembre 1911, sous ce titre : *La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine*, M. Léon Michoud, mon éminent collègue de Grenoble, affirme à nouveau que le point de vue de la personnalité juridique de l'État peut et doit être étendu à tous les problèmes du droit public, spécialement à ceux du droit constitutionnel (p. 385 et s.).

Je tiens à préciser l'attitude que j'ai prise au chapitre II de mes *Principes de Droit public* et que je crois devoir conserver. Elle consiste à

Les règles de la méthode étant posées, nous n'avons plus qu'à aborder le sujet. Nous le diviserons de la manière suivante :

- Section I. *Les éléments de la souveraineté nationale;*
- Section II. *L'unité de la souveraineté nationale;*
- Section III. *La valeur de la souveraineté nationale;*
- Section IV. *Le passage de la souveraineté nationale à la souveraineté de l'État.*

distinction, dans les théories juridiques, leurs exigences logiques et leur utilité pratique. Je confesse qu'au point de vue des exigences logiques, la théorie de la personnalité juridique de l'État doit s'étendre d'une certaine façon à tout le droit public. Mais il existe, au sujet de l'État, une autre théorie, qui est celle de l'institution politique. Cette autre théorie a également droit à toute son extension logique. Pratiquement, on est bien obligé de les combiner et, pour moi, la combinaison consiste à faire passer au premier plan tantôt l'une tantôt l'autre, suivant les provinces du droit et suivant l'utilité plus ou moins grande que présente l'une ou l'autre théorie dans ces diverses provinces. C'est ainsi que la théorie de la personnalité juridique me paraît plus utile que celle de l'institution politique dans la matière des relations de l'État avec autrui, et qu'au contraire la théorie de l'institution politique me paraît plus utile dans la matière de l'organisation de l'État. D'une part, tout le problème de l'organisation me paraît être dans le plan de l'institution politique et non pas dans celui de la personne morale. D'autre part, dans le plan de l'institution politique on peut le traiter par la méthode de la composition des forces, ce qui est impossible dans le plan de la personnalité juridique. Il faut donc faire passer au premier plan la théorie la plus utile dans chaque matière; cela n'empêche pas, d'ailleurs, que l'autre ne subsiste au second plan. Mais, qu'on ne s'y trompe pas, *laisser au premier plan une théorie pratiquement inutile, c'est se condamner à ne pas voir des choses importantes, qu'une théorie mieux adaptée ferait voir*, car les théories, même reposant sur des faits réels, ne sont que des foyers de lumière que nous projetons sur les choses pour les éclairer à notre commodité.

Je ne dissimulerai point que, dans cette étude de la souveraineté nationale, j'ai cherché à faire l'application de la méthode que je viens d'exposer et que j'ai espéré que celle-ci donnerait des résultats assez satisfaisants pour qu'on trouvât son emploi justifié dans tous les problèmes du droit public et, spécialement, dans la théorie générale des personnes morales.

## SECTION I.

## Les Éléments de la Souveraineté nationale.

Paragraphe préliminaire. — *Généralités sur ces éléments.*

La souveraineté nationale est une volonté armée d'un pouvoir d'exécution ; dans le droit international, tout comme dans le droit constitutionnel, on s'aperçoit que la décision ne suffit pas, qu'il faut que l'exécution suive, ou du moins soit prête à suivre. Nous discernons donc déjà, à l'analyse, dans la souveraineté nationale, des éléments de volonté et des éléments de réalisation ou d'exécution.

Ce n'est pas tout, les éléments de volonté, que l'on appelle en bloc la *volonté nationale*, nous apparaissent multiples : il y a plusieurs aspects de la volonté nationale parce qu'il y a plusieurs états de la nation, comme d'ailleurs il y a plusieurs états du citoyen. Sous l'inspiration de Sieyès, la constitution du 3 septembre 1791 avait distingué deux catégories de citoyens, les uns passifs et les autres actifs. Le citoyen passif était celui qui, avec la qualité de Français, possédait le statut des droits civils ou des droits individuels ; le citoyen actif était celui qui, en outre, avait la jouissance des droits politiques, c'est-à-dire qui, par le droit de vote, participait à la puissance publique, au gouvernement et à l'administration.

Il faut reprendre cette idée de Sieyès, en l'élargissant, de façon à l'appliquer à la nation.

Et d'abord, la distinction des deux catégories de citoyens est bien plutôt celle de deux états différents dans lesquels peut se trouver le même citoyen. En effet, le citoyen actif est aussi un citoyen passif, car la jouissance des droits

politiques ne peut être reconnue qu'à l'individu français jouissant de ses droits civils; la qualité de citoyen actif vient donc se surajouter à celle de citoyen passif dans le même individu. Il est vrai qu'elle ne se surajoute pas dans tous et que, d'après la constitution de 1791, il y avait l'exigence d'un léger cens électoral; mais elle a tendance à se surajouter dans tous les individus, c'est-à-dire que le suffrage a tendance à devenir universel, ce que les événements ont bien prouvé. En réalité, ce sont deux rôles du même citoyen; le citoyen passif est pris en tant que sujet de l'État et le citoyen actif est pris en tant que membre du gouvernement de l'État; mais c'est le même citoyen en qui deux rôles alternent. Et, en effet, nous enseigne Aristote : « la liberté est le principe de l'État démocratique; le premier caractère de la liberté est l'alternative du commandement et de l'obéissance » (*Politique*, l. VI, ch. 1, p. 6). Pour que cette alternative puisse jouer, il faut qu'il y ait dans chaque individu, d'une façon virtuelle, un sujet et un membre du gouvernement.

Étendons jusqu'à la nation ces idées fondamentales, c'est-à-dire transposons-les de l'individuel au collectif. C'est ce que l'on aurait dû faire depuis longtemps et ce qui, semble-t-il, n'a jamais été fait. Il faut, pour la liberté démocratique et pour la souveraineté nationale, que la nation soit alternativement gouvernante et sujette. Il faut qu'elle soit gouvernante, car sans cela il n'y aurait point souveraineté nationale, et il faut qu'elle soit sujette, car sans cela il n'y aurait point de souveraineté du tout, la souveraineté étant un pouvoir de domination, et donc exigeant une sujétion corrélative. La nation ne peut pas être *à la fois* et dans le même moment gouvernante et sujette, ce qui serait une contradiction *in adjecto*; il faut donc qu'elle soit tantôt gouvernante et tantôt sujette, par un mouvement

alternatif, par une sorte de rythme biphasé. Mais pour cela, il faut que la nation, ou plutôt la volonté nationale, soit susceptible de se mettre dans deux états différents : dans l'état de volonté active, gouvernante ou commandante, et dans l'état de volonté passive ou sujette. D'ailleurs, la volonté sujette aura elle aussi un rôle politique à jouer, car, dans le régime d'État qui est essentiellement *institué*, les sujets doivent, d'une façon ou de l'autre, accepter les mesures du gouvernement. La volonté nationale active sera donc gouvernante et commandante, mais la volonté nationale passive sera acceptante ou adhérente.

Dans la réalité des choses, ces deux formes de la volonté nationale existent et alternent sur le même objet, et faisons bien attention que ce sont deux formes de la même volonté.

La volonté nationale passive est ce que l'on appelle la *volonté générale*, elle a une unité simple et homogène; la volonté nationale active ou commandante n'est autre chose que l'ensemble des pouvoirs de gouvernement en tant qu'ils réalisent, sur la base du régime électoral, une *représentation* de la volonté générale; elle n'a qu'une unité organique, c'est-à-dire composite, parce qu'elle fait converger plusieurs pouvoirs de gouvernement, dont chacun a sa représentation propre de la volonté générale<sup>2</sup>.

A la vérité, pour admettre cette distinction des deux formes de la volonté nationale, il faut renoncer à identifier la volonté électorale avec la volonté générale, ce qui a été

1. Sur le phénomène de l'institution et sur le rôle politique de l'adhésion, voir mes *Principes de Droit public*, chap. III, p. 124 et s.

2. Pour parler le langage d'Auguste Comte, la volonté générale de la nation est une forme statique, la volonté nationale commandante est une forme dynamique, que le dynamisme même fractionne en plusieurs pouvoirs de gouvernement; et tous ces pouvoirs de gouvernement travaillent à rapprocher la forme dynamique de la volonté nationale de sa forme statique, en se forgeant des représentations mentales de celle-ci.

la grande erreur de la doctrine classique issue de la Révolution. Toute la suite de ce travail sera consacrée, d'une certaine façon, à combattre cette erreur. Observons tout de suite que la *volonté générale*, ou volonté nationale passive, intéresse en effet la généralité de la nation, c'est-à-dire l'ensemble de tous les individus sujets français, hommes, femmes, enfants, militaires en activité de service, etc..., tandis que la *volonté nationale* commandante n'intéresse qu'une partie de la nation, le corps électoral, le corps parlementaire et le corps administratif, et qu'il n'est pas surprenant, dès lors, que le corps électoral puisse être traité comme un organe de gouvernement, tandis que la nation reste à l'état de sujette.

De l'ensemble de ces observations résulte la liste suivante des éléments de la souveraineté : 1<sup>o</sup> La volonté générale de la nation ; 2<sup>o</sup> La volonté nationale commandante et les pouvoirs de gouvernement ; 3<sup>o</sup> La force publique, destinée à assurer l'exécution.

### § 1<sup>er</sup>. — *La volonté générale de la nation.*

Il y a toujours eu dans les nations une volonté générale, d'autant que les nations, en tant qu'elles se distinguent des autres groupements sociaux, clans, tribus, etc..., reposent sur un élément de volonté de vivre en commun qui vient s'ajouter aux éléments sociaux non volontaires (comme l'unité de races, les nécessités économiques, etc.) La volonté générale porte sur un certain décalogue moral, sur un certain nombre de principes juridiques, sur un certain idéal de culture, sur le désir de vivre ensemble dans un certain

1. Cf. Jellinek, *l'Etat moderne et son droit*, trad. française, 1904, p. 203 et suiv.

pays, en paix et à l'abri des entreprises de l'étranger. La volonté générale est donc inhérente à la nation. ~~X~~ V.

Elle a même toujours eu une certaine importance politique, elle a toujours été appelée à donner son adhésion aux gouvernements établis et même aux lois et aux actes de ces gouvernements; l'adhésion de la volonté générale est la grande force qui a transformé en *institutions* les organisations politiques de fait et qui, par conséquent, a *légitimé* les gouvernements établis par la force. (En même temps, l'adhésion de la volonté générale a transformé, à la longue, en coutumes vénérables ou en lois fondamentales du royaume, des pratiques ou des ordonnances qui, dans les débuts, avaient été des actes arbitraires et imposés.)

Mais cette force *instituyente* ou *légitimante* qu'a toujours eue la volonté générale, ne constituait pas un élément de la souveraineté, parce qu'elle n'avait aucune part *actuelle* au gouvernement. La volonté générale de la nation existait et agissait, mais pas d'une façon actuelle.

C'est quand elle a été mêlée au gouvernement quotidien et que le gouvernement quotidien s'est exécuté, sinon sous sa direction, du moins sous son contrôle actuel, que la volonté générale a pris rang parmi les forces constitutionnelles, et même, cette mobilisation de la volonté générale et cet emploi systématique constituent l'un des caractères du régime constitutionnel.

Observons, en effet, ce qu'était la volonté générale sous l'ancien régime, à l'époque de la monarchie absolue. Cela se résume en un mot : son adhésion était *postérieure* aux actes du gouvernement et, par là même, elle n'était pas quotidienne. La volonté nationale ne se manifestait qu'après un très long temps et à intervalles irréguliers et il ne lui restait d'autre ressource que d'accepter avec résignation le fait accompli ou de manifester sa désapprobation

par les frondes et les émeutes qui devaient un jour, par l'accumulation des mécontentements, dégénérer en révolution.

Ainsi, nous aurons à expliquer comment l'adhésion de la volonté générale aux actes du gouvernement a été rendue, par le régime constitutionnel, à la fois quotidienne et actuelle. Toutefois, cette explication trouvera place dans la deuxième section, au moment où nous nous préoccupons de reconstituer l'unité de la souveraineté nationale. Pour le moment, nous nous bornons à l'analyse des éléments. A ce point de vue, nos développements sur la volonté générale suivront le plan suivant :

- 1° Étude critique de la volonté générale et de ses caractères, d'après Rousseau qui en a été le grand théoricien ;
- 2° Distinction de la volonté générale et des autres formes de la volonté nationale, avec lesquelles on l'a confondue (volonté législative, volonté électorale) ;
- 3° Véritable nature de la volonté générale.

## I.

*Étude critique de la volonté générale d'après Rousseau.*  
 — La volonté générale joue dans les idées politiques de Rousseau un tel rôle et la notion en a été fixée par lui en traits tellement remarquables, qu'il est juste d'en commencer l'examen avec lui et d'après lui. Au reste, une fois débarrassée de l'hypothèse du contrat social et de quelques erreurs, par exemple, de la confusion entre la volonté générale et la volonté législative ou l'électorale, sa théorie est singulièrement près de la vérité.

I. La volonté générale est, d'après Rousseau, « la volonté constante de tous les membres de l'État appliquée au

bien commun<sup>1</sup> ». Elle présente donc trois grands caractères : elle est commune à tous les membres de l'État ; elle a pour objet le bien commun ; elle est, à la fois, constante et actuelle :

1<sup>o</sup> D'abord, la volonté générale est commune à tous les membres de l'État ou à tous les citoyens et c'est une première façon qu'elle a d'être générale<sup>2</sup>. Notons tout de suite que, comme c'est une volonté actuelle, elle ne sera commune qu'aux citoyens actuellement vivants. Il ne sera point question des générations disparues ni, à plus forte raison, des générations à venir. C'est la génération actuelle des citoyens qui est le support de la volonté générale. Ces citoyens de la même génération constituent une collectivité d'individus, envisagés comme égaux entre eux. La volonté générale se formulera par des manifestations collectives, mais elle existe en chaque individu, en tant que générale, c'est-à-dire en tant que s'appliquant au bien commun. Par conséquent, chaque individu doit se constituer une mentalité de citoyen et faire abstraction des préférences qu'il pourrait avoir comme homme : « chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen ; son intérêt particulier peut lui parler autrement que l'intérêt commun » (*Contrat social*, livre I, chap. vii). Mais il doit faire un effort pour rentrer dans la ligne de la volonté générale.

1. Cette définition est extraite de nombreux passages du *Contrat social* qui seront cités au texte et particulièrement de celui-ci : « La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale, c'est par elle qu'ils sont citoyens libres » (livre IV, chap. ii).

2. Par là elle devient une volonté intérieure à la nation ou à l'État, parce qu'étant intérieure à chacun des individus qui compose l'État, elle est intérieure à l'ensemble ou à la collectivité. Elle pourra donc devenir la pièce maîtresse d'une construction subjective de la souveraineté. (Voir *infra*, section IV, p. 148.)

La volonté générale doit être rigoureusement commune à tous les membres de l'État et, par conséquent, doit être *unanime*; que si, cependant, certains individus se mettent en contradiction avec la volonté générale, on doit estimer qu'ils se retranchent de la nation ou qu'on peut les en retrancher. Déjà certains condamnés de droit commun peuvent être considérés comme retranchés pour indignité. Il y a là un nouvel aspect de la volonté générale, elle doit avoir pour objet des postulats importants au sujet desquels la question de la nationalité ou celle de la jouissance des droits des dissidents puissent se poser.

Il y a, sur cette condition de l'unanimité, dans la pensée de Rousseau, un flottement qui provient de la confusion qu'il fait entre la volonté générale et la loi. Il identifie la volonté générale et la volonté législative, et dès lors, il est obligé de tenir compte de ce fait que les lois sont votées à la majorité; il essaie de concilier le procédé majoritaire usité pour les lois avec l'idée d'unanimité, qu'il sait bien être inhérente à la notion de la volonté générale. De là l'extraordinaire raisonnement qu'il tient dans le célèbre passage du livre IV, chapitre II : « Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande (aux membres de l'État) 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. »

Il suit de là que, dans la pensée de Rousseau, la volonté générale peut être objet de contestation, que les hommes peuvent se tromper à son endroit et que, dans ces occasions, le vote de la majorité révèle à la minorité ce qu'elle aurait dû vouloir pour être dans la direction de la volonté générale... D'ailleurs, pour que la volonté de la majorité révèle ainsi la volonté générale, il est nécessaire que tous les individus soient appelés à se prononcer : « Pour qu'une volonté soit générale, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit unanime, mais il est nécessaire que toutes les voix soient comptées, toute exclusion formelle rompt la généralité » (livre II, chap. II, en note).

Il est clair qu'il y a là une déviation de la théorie de la volonté générale provoquée par l'identification de celle-ci avec la volonté législative.

La loi, en effet, peut être votée même si elle contient des dispositions contestables et à la simple majorité, mais alors elle n'est pas l'expression de la volonté générale. Rousseau est le premier à proclamer que le régime de la volonté générale (qui n'est autre que le régime de la souveraineté nationale) ne peut marcher que si, dans l'État, les fondements de l'ordre social sont incontestables et incontestés. Que si tout est mis en discussion, « si le lien social est rompu dans tous les cœurs », alors, sans doute, la volonté générale n'est pas anéantie, « non, elle est toujours constante, inaltérable et pure, mais *elle est subordonnée à d'autres qui l'emportent sur elle* » (livre IV, chap. 1<sup>er</sup> 1).

Et il continue au chapitre suivant : « On voit, par le chapitre précédent, que la manière dont se traitent les affaires générales peut donner un indice assez sûr de l'état actuel des mœurs et de la santé du corps politique. Plus le con-

1. Ce chapitre trop peu connu est à lire en entier.

cert règne dans les assemblées, c'est-à-dire plus les avis *approchent de l'unanimité*, plus aussi la volonté générale est dominante; mais les longs débats, les dissensions et le tumulte amènent l'ascendant des intérêts particuliers et le déclin de l'État » (livre IV, chap. II).

Ainsi, une première erreur en entraîne une seconde; si Rousseau avait distingué le domaine de la volonté générale, qui est celui des idées unanimes, du domaine de la volonté législative, qui est celui des idées contestables et de la discussion, il n'aurait pas anathématisé le régime de la discussion, il lui aurait fait sa part.

En réalité, la volonté générale, entendue comme une volonté unanime s'appliquant au bloc des idées incontestables, est le lien social en tant que volontaire; elle est tout ce que l'hypothèse du contrat social contient de réel. Il n'y a jamais eu de contrat, parce que les sociétés n'ont jamais été en repos, qu'elles ont toujours été en marche et que le contrat n'aurait pu être conclu que dans un moment de repos. Mais les sociétés en marche peuvent s'établir, au moins en partie, sur les volontés concordantes des hommes, le parallélisme des volontés tendues crée une trame sociale aussi solide que le lien du contrat. A la vérité, ce lien n'existera que pour les éléments incontestés de l'ordre social, il sera tantôt plus compréhensif et tantôt moins, selon la quantité de choses qui seront hors de la discussion. Mais il ne faut pas sacrifier la condition de l'unanimité pour le plaisir de confondre la loi avec la volonté générale. Les lois se font dans la catégorie des choses discutables et à la simple majorité, la volonté générale est dans la catégorie des choses indiscutables et elle requiert l'unanimité<sup>1</sup>.

1. Si Rousseau n'avait pas été aveuglé par la confusion qu'il a commise entre la volonté générale et la loi, il aurait vu clairement la vé-

2<sup>o</sup> Le bloc des idées incontestables, auquel doit s'appliquer la volonté générale, ne saurait être relatif qu'aux objets d'*intérêt commun* ; par conséquent, un second caractère de cette volonté sera d'avoir pour objet l'intérêt commun, et c'est pour cela, d'ailleurs, qu'elle sera adaptée à la vie publique, laquelle se meut dans la sphère des intérêts communs ou intérêts généraux.

Rousseau a fortement insisté sur ce caractère nécessaire de la volonté générale ; il y revient en de nombreux passages du *Contrat social*. Mais, ici encore, la confusion qu'il a créée entre volonté générale et volonté législative nuit à l'exactitude de sa théorie. La loi est, par définition, une règle générale. Il en conclut que l'objet de la volonté générale ne saurait être qu'une règle générale<sup>1</sup>. Mais la confusion est évidente. La volonté générale peut très bien se

rité, car il s'en est approché autant que le lui a permis son erreur initiale.

D'abord, il sent très bien que la volonté générale est, au point de vue dynamique, exactement la même chose que le contrat social au point de vue statique. Elle est le pacte social mis en mouvement : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance *sous la suprême direction de la volonté générale* » (liv. I, chap. VI, du *Pacte social*) : « Par le pacte social nous avons donné *l'existence et la vie* au corps politique (point de vue statique) ; il s'agit maintenant de lui donner *le mouvement et la volonté* par la législation » (point de vue dynamique).

Ensuite, il voit très bien que le pacte social requiert l'unanimité : « Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime : c'est le pacte social ;... si donc, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide par le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris : ce sont des étrangers parmi les citoyens. Quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire c'est se soumettre à la souveraineté » (liv. IV, chapitre II).

Si donc, la volonté générale est la seule réalité consensuelle de l'État institué, elle requiert l'unanimité.

1. Montesquieu, lui aussi, a employé le mot *volonté générale* dans le sens de disposition générale de la loi. (*Esprit des Loix*, livre XI, ch. VI.)

manifester à l'occasion d'un fait particulier, si, par ailleurs, ce fait particulier importe à l'intérêt commun. Or, un fait particulier peut être objet d'intérêt commun. Ainsi, la conclusion d'un traité de paix ou la déclaration d'une guerre ne sont que des faits particuliers; en est-il, cependant, qui soient davantage objets d'intérêt commun et qui sollicitent davantage l'adhésion de la volonté générale?

Il importe donc ici de lire Rousseau avec attention. Il est dans la vérité lorsqu'il dit que « la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le *bien commun* » (livre II, ch. 1); mais il est dans l'erreur lorsqu'il prétend, en de nombreux passages, que la volonté générale ne saurait avoir un objet particulier : « J'ai déjà dit qu'il n'y avait point de volonté générale sur un objet particulier » (livre II, ch. IV).

Assurément, si l'objet particulier n'est pas d'intérêt commun, il n'y a pas volonté générale; mais si l'objet particulier est d'intérêt commun, il peut y avoir volonté générale, c'est-à-dire *consensus* universel à son endroit.

3<sup>o</sup> La volonté générale est à la fois constante et actuelle; ce sont là deux caractères que Rousseau n'a fait qu'indiquer<sup>1</sup>, mais qui sont impliqués par l'ensemble de la conception.

D'abord, la volonté générale est *constante*. Non pas, sans doute, qu'il faille imaginer qu'elle soit toujours présente à la conscience de tous les citoyens. A ce point de vue, au contraire, elle serait plutôt subconsciente que consciente. Mais elle est constante en ce sens que, toutes les fois que certaines questions seront posées par les événements, la réponse de la volonté générale sera la même. Ainsi, supposons que l'Angleterre demande à la France la

1. « La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale » (livre IV, ch. II).

cession du port de Calais, la réponse de la volonté générale de la nation française sera négative, et elle le sera dans dix ans, dans vingt ans, dans cent ans comme aujourd'hui. C'est grâce à ce caractère de constance, d'ailleurs, que la volonté générale, appliquée au bloc des idées incontestables, peut constituer une trame sociale durable et un lien national tant soit peu consistant.

Et cependant, la volonté générale est *actuelle*. Elle l'est, d'abord, en ce sens qu'elle a pour support la génération actuelle des citoyens et non les générations passées (v. *supra*, p. 19); elle l'est encore en ce sens qu'elle se manifeste à l'occasion d'événements actuels, à l'occasion d'une crise qui met en jeu l'existence nationale, comme l'éventualité d'une guerre, ou même à l'occasion d'une réforme sociale importante à effectuer. Elle n'est pas actuelle en ce sens que la volonté générale fournirait elle-même la solution que sollicitent les événements et se résoudrait en des décisions exécutoires. Le rôle de la volonté générale est d'inspirer des actes ou, au contraire, d'en empêcher, d'adhérer à des actes accomplis par les organes de gouvernement; il n'est pas d'accomplir par elle-même des actes. Ce serait alors le gouvernement direct de la volonté générale, mais ce gouvernement direct est une chimère, ainsi que nous le verrons plus loin, parce que la volonté générale n'est pas organisée pour agir et qu'elle ne pourrait, d'ailleurs, être organisée pour l'action sans cesser immédiatement d'être générale. ✕

## II.

Ainsi, l'étude critique des caractères de la volonté générale telle que l'avait entendue Rousseau nous a fait faire quelque chemin, en nous permettant de prendre pied dans

le sujet et de signaler quelques erreurs. Nous ne sommes cependant pas au bout du problème. Pour approfondir davantage la nature de la volonté générale, nous avons besoin, maintenant, d'examiner de plus près ce qu'elle n'est pas :

a) Nous savons déjà que Rousseau a confondu la volonté générale avec la volonté législative; cette erreur a vicié son système et, depuis, tout notre droit public. Il a été entraîné à cette confusion par l'idée de la législation directe du peuple. Ayant imaginé, en souvenir des comices des républiques antiques, que la loi devait nécessairement être votée par l'assemblée générale du peuple, il en concluait que cette volonté de l'assemblée générale était à la fois la volonté générale et la volonté législative.

Nous savons déjà que cette confusion doit être dissipée, mais cela importe tellement à la théorie de la volonté générale que nous devons reprendre la question :

1<sup>o</sup> Les lois ne sont pas nécessairement votées par l'assemblée générale du peuple; dans les États modernes où le gouvernement est représentatif, elles sont votées par un Parlement. Il est vrai que Rousseau a anathématisé le gouvernement représentatif, mais celui-ci s'est établi malgré ses anathèmes. Il est vrai encore que l'on s'est efforcé de ramener la volonté législative du Parlement à n'être que la volonté générale de la nation, par la théorie de la délégation de la souveraineté, mais cette théorie n'est qu'une construction artificielle, une fiction qui ne tient pas devant l'évidence des faits. Le fait politique évident est que la volonté législative du Parlement n'est pas la même chose que la volonté générale de la nation, puisqu'elle n'en est qu'une *représentation*.

2<sup>o</sup> D'ailleurs, abandonnons l'hypothèse du gouvernement représentatif et supposons qu'en effet les lois soient

votées directement par l'assemblée du peuple. Même dans ce cas plus favorable, la volonté législative qui les vote ne peut pas être confondue avec la volonté générale de la nation. D'abord, l'assemblée du peuple n'est jamais que l'assemblée des citoyens jouissant du droit de suffrage, ce n'est pas la nation entière. Ensuite, la volonté législative sera déterminée à la simple majorité, tandis que la volonté générale requiert l'unanimité. La matière des lois sera prise le plus souvent dans la catégorie des choses contestables, tandis que la matière de la volonté générale ne peut être prise que dans la catégorie des choses incontestables. Nous avons déjà signalé que Rousseau avait aperçu la difficulté et le sophisme par lequel il avait essayé de la résoudre (v. *supra*, p. 20); mais il ne l'a point résolue. Il est impossible de ramener la majorité à n'être qu'une manifestation de l'unanimité.

Sans doute, beaucoup de lois qui, au moment de leur vote, n'ont été votées qu'à la simple majorité, sont, plus tard, adoptées par l'unanimité des consciences, parce que celles-ci s'y sont adaptées ou parce que les lois se sont modifiées dans l'application. Ainsi, il y a des lois qui, après avoir été l'objet d'une simple volonté législative majoritaire, deviennent l'objet de la volonté générale. C'est ainsi, par exemple, qu'on peut dire de presque toutes les lois de notre Code civil qu'elles sont entrées dans la volonté générale. Mais il y a là deux phénomènes différents qui ne doivent pas être confondus. La volonté législative majoritaire s'apprécie au moment du vote; l'adaptation progressive, qui entraîne l'adhésion de la volonté générale, se produit après le vote et peut demander un temps très long. Il est vrai que les mécanismes constitutionnels s'efforceront de rendre vraisemblable l'adhésion de la volonté générale au moment même du vote de la loi, en intéressant à ce vote

l'opinion publique. Mais nous verrons qu'il ne résulte de là, quand même, qu'une simple présomption.

Quelquefois même, il est certain d'avance que l'adaptation ne se produira pas; il y a des lois votées, œuvres de volontés législatives majoritaires, dont on peut dire à coup sûr qu'elles ne seront jamais acceptées par la volonté générale de la nation, entendue au sens de volonté unanime. Telle est, par exemple, dans un pays catholique, une loi admettant le divorce avec possibilité de second mariage. La matière de cette loi, bien loin d'être de la catégorie des choses incontestables, sera, au contraire, toujours de la catégorie des choses contestées.

Il suit de là que la définition révolutionnaire : « la loi est l'expression de la volonté générale <sup>1</sup> » est fort sujette à caution. D'abord, elle n'est pas exacte au moment du vote de la loi, ou du moins elle ne l'est que grâce à une présomption que les faits peuvent démentir; ensuite, pour ce qui est de l'adaptation postérieure de la loi à la volonté générale, cette adaptation dépendra du contenu de la loi. Il y a des lois de bien des espèces; elles sont plus ou moins bonnes, selon qu'elles se rapprochent plus ou moins du bloc des idées incontestables.

3<sup>e</sup> La loi est impérative, sanctionnée par une contrainte extérieure et, par suite, la volonté législative est une variété du pouvoir de domination. Il n'en est pas de même de la volonté générale. Celle-ci n'a aucun besoin de pouvoir de domination, puisqu'elle est unanime. A qui l'imposerait-on par la contrainte extérieure, puisqu'elle est déjà admise de tous en vertu d'une évidence intérieure?

On conçoit que la loi ait besoin d'être sanctionnée par

1. Constit., 3 sept. 1791, *Déclaration des Droits*, art. 6; Constit., 24 juin 1793, *Déclaration des Droits*, art. 4.

une contrainte extérieure. Votée comme une règle contestable, par une simple majorité, elle doit être obéie par tous, malgré les résistances d'une minorité récalcitrante. Mais la question ne se pose même pas pour la volonté générale, qui se meut dans la sphère des choses incontestables et incontestées de tous. Pour emprunter le langage de Rousseau : « elle est générale ou elle n'est pas ; si elle est générale et si, par conséquent, elle est, elle n'a pas besoin de sanction ».

b) La volonté générale ne doit pas, non plus, être confondue avec la volonté électorale. Cette erreur est la conséquence de la précédente. On a suivi Rousseau autant qu'on l'a pu. Rousseau n'avait pas distingué la volonté électorale de la volonté législative, parce que, pour lui qui n'admettait pas le régime représentatif, les deux étaient la même chose. Mais, les faits ayant imposé le régime représentatif, il a bien fallu discerner une volonté électorale ; alors, on a reporté sur elle ce que Rousseau avait dit de la volonté législative, et, abondant dans son erreur, on a dit que la volonté électorale, pour le coup, était la volonté générale. Par voie de conséquence, l'ensemble du corps électoral a été confondu avec la nation ; ce « pays légal » a été confondu avec le pays réel ; enfin, le corps électoral, prenant la place de la nation souveraine, est devenu le souverain.

Or, le corps électoral n'est pas le souverain, parce qu'il n'est pas la nation, et il n'est pas la nation parce que la volonté électorale ne peut pas être identifiée avec la volonté générale.

La grande raison, c'est que la volonté électorale, étant organisée, n'est qu'une volonté particulière.

Voilà le point précis sur lequel doivent porter la discussion et les développements. Et cela peut se décomposer en deux propositions : 1<sup>o</sup> la volonté générale doit être inorga-

nisée, sans quoi elle deviendrait une volonté particulière; 2<sup>o</sup> la volonté électorale est nécessairement une volonté particulière, parce qu'elle est nécessairement organisée :

1<sup>o</sup> Que la volonté générale doive être inorganisée, cela a été très clairement vu par Rousseau. Et cela l'a conduit même, par un excès de logique, à demander la suppression de toutes les associations particulières dans l'État; c'est l'objet du chapitre III, livre II, du « Contrat social » : *Si la volonté générale peut errer*, dont la doctrine se résume en cette phrase : « Il importe donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État et que chaque citoyen n'agisse que d'après lui. » A la vérité, ce qui vicierait la volonté générale, c'est une organisation qu'elle aurait *en vue de s'exprimer*; par conséquent, ce qui serait nuisible, ce seraient uniquement les associations politiques ou les organisations politiques qui se constitueraient en vue d'exprimer la volonté générale.

Et maintenant, pourquoi toute organisation en vue d'exprimer la volonté générale aurait-elle pour premier résultat de la transformer en une volonté particulière? La raison en est que toute organisation, si large et si élastique soit-elle, est, par la force des choses, une limite; l'idée de limite est inséparable de l'idée d'organisation. En d'autres termes, toute organisation implique des conditions, et ces conditions sont autant de limites. Déjà, la consistance d'une nation en nationaux est soumise à des limites par le jeu des règles sur l'état civil et sur la naturalisation; que serait-ce, s'il s'agissait de faire exprimer formellement, par des procédures qui supposeraient encore d'autres conditions et qui élimineraient encore d'autres individus, une opinion quelconque à l'ensemble de la nation?

2<sup>o</sup> En second lieu, nous ajoutons que la volonté électorale

est nécessairement une volonté particulière, parce qu'elle est nécessairement organisée.

Les auteurs du droit constitutionnel qui identifient la volonté électorale avec la volonté générale, selon la tradition révolutionnaire, ne voudraient pas que la volonté électorale fût organisée. M. Esmein, par exemple, qui est très représentatif de cette doctrine, proscriit la représentation des intérêts et même la représentation proportionnelle, parce qu'elles seraient des organisations du suffrage et qu'elles rompraient l'homogénéité du corps électoral. Le corps électoral actuel lui paraît homogène et non organisé<sup>1</sup>. Mais c'est une illusion, le suffrage et le corps électoral sont déjà organisés et déjà différenciés de la volonté générale de la nation par des limites faciles à dénoncer.

D'abord, le suffrage n'est pas réellement universel, puisqu'il n'est pas étendu aux femmes : Soutiendra-t-on que la volonté générale ne doit pas s'exprimer par la conscience des femmes aussi bien que par celle des hommes? Admettons que le suffrage soit étendu aux femmes, ce ne sera pas une raison pour qu'il exprime en fait l'opinion de tous les individus. Il y a les incapacités résultant de l'âge, des conditions exigées pour l'inscription sur les listes électorales, de la règle qui écarte les militaires en activité de service ; toutes ces règles d'organisation viennent encore limiter le suffrage.

Les circonscriptions électorales viennent, par surcroît, le particulariser. Sans doute, théoriquement, elles ne constituent que des mesures d'ordre et les électeurs, dans toutes, sont pris « en la même qualité ». Mais on sait combien en fait, surtout avec le scrutin d'arrondissement, l'esprit particulariste s'y est développé (députés agricoles,

1. *Éléments de Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> édit., p. 256 et s.

députés des ports, députés des inscrits maritimes, députés des cheminots, etc.).

Mais là n'est pas le plus grave. La volonté électorale est limitée par une organisation, surtout en tant qu'elle s'exprime par le moyen d'une opération électorale accompagnée d'une procédure et que cette opération et cette procédure sont majoritaires. La volonté de la majorité électorale est d'autant plus une volonté particulière qu'elle est celle d'un parti politique, car le mécanisme électoral ne peut guère marcher en fait que par le jeu des partis politiques. Ainsi l'opération majoritaire, qui déjà empêche la volonté législative de s'identifier avec la volonté générale, empêche aussi la volonté électorale.

Et pourtant, notre régime de suffrage universel majoritaire comporte un minimum d'organisation. Que serait-ce avec des régimes plus compliqués, avec la représentation proportionnelle, par exemple, ou avec la représentation des intérêts? Cette organisation plus complexe éloignerait encore davantage la volonté électorale de la volonté générale. Ce ne serait d'ailleurs pas une objection péremptoire à opposer à ces modifications du suffrage, *parce que la volonté électorale n'a pas pour but de se confondre avec la volonté générale*, mais seulement de s'en faire une « représentation » qui sera combinée avec les représentations des autres organes de gouvernement.

Si l'on avait plus tôt compris cette vérité, on se serait évité bien des discussions oiseuses sur les principes de l'organisation électorale. Ainsi que nous le verrons plus tard, la volonté électorale, tout comme la volonté législative et tout comme la volonté exécutive, est un pouvoir particulier dans l'État. Le corps électoral est un organe électif tout comme le Parlement est un organe législatif, tout comme le chef de l'État et les ministres sont des organes exécutifs.

Le corps électoral est un pouvoir de gouvernement, il est un des pouvoirs publics. Sans doute, il est plus près de la nation que les autres pouvoirs de gouvernement, mais, si l'on oppose nation à gouvernement, il est cependant du côté du gouvernement. Sans doute, il peut interpréter la volonté générale de la nation en s'en faisant une « représentation », mais son interprétation obéit à des mobiles très particuliers, qui sont des mobiles de gouvernement. Dès lors, disjonction et liberté d'organisation pour le pouvoir électif, au mieux des équilibres politiques.

### III.

La confrontation de la volonté générale avec la volonté législative et avec la volonté électorale nous a ainsi confirmés dans la pensée qu'elle doit en être soigneusement séparée, parce qu'elle seule est vraiment générale et que les deux autres ne sont que des volontés particulières. Cette certitude nous permet de reprendre avec plus de confiance l'analyse de la volonté générale, car elle présente des caractères fort importants qui n'ont pas été signalés jusqu'ici. Certains de ces caractères sont relatifs au bloc des idées incontestables qui sont l'objet et le contenu de la volonté générale, d'autres sont relatifs à la nature même de la volonté générale de la nation :

a) Le bloc des idées incontestables ne contient pas seulement des idées explicites, mais aussi des idées implicites et des sentiments, — ces idées et ces sentiments ne sont incontestables que si on les envisage comme des vérités pratiques ; — enfin, ces idées et ces sentiments évoluent et il y a lieu de se préoccuper de cette évolution ; tels sont les points à développer :

1° Le bloc des idées incontestables, dont nous avons plus

haut indiqué sommairement la consistance (décalogue d'idées morales, principes juridiques, idéal de culture intellectuelle, volonté de vivre ensemble dans un certain pays, en paix et à l'abri des entreprises de l'étranger, etc.), ce bloc d'idées, objet de la volonté générale, ne contient pas seulement des idées explicites, c'est-à-dire clairement formulées et toujours présentes à la conscience de tous les membres du groupe, il peut contenir des idées et des sentiments implicites.

Il y a, d'abord, des catégories nombreuses d'idées qui ont été explicites et qui même ont été formulées par écrit, mais qui ne sont pas actuellement présentes à la conscience de tous dans leur détail. Un excellent exemple est la législation existante. Peu de gens connaissent les lois dans leur détail, la masse ne connaît guère que l'existence des codes et, cependant, les lois existantes, sauf exception rare, sont acceptées de tous comme incontestables. La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » est fondée sur cette acceptation unanime.

Il y a aussi des idées et des sentiments qui n'ont pas encore été formulés, mais qui étaient dans la conscience de tous à l'état implicite et qui, brusquement, sous le choc d'un événement, surgissent à l'état d'idée ou de sentiment précis. Telles sont les explosions du patriotisme ou de l'honneur national.

b) La volonté générale de la nation étant une volonté de vivre, une volonté pratique, il s'ensuit que les idées incontestables, sur la base desquelles elle va organiser la vie de la nation, vont être avant tout des vérités pratiques. Elles sont des vérités, surtout parce qu'elles paraissent incontestables à tous les membres du groupe et parce qu'il paraît incontestable qu'elles sont pour le bien commun. C'est un pur pragmatisme.

Si l'on rapproche ces croyances de celles qui ont cours à d'autres époques, elles peuvent paraître des préjugés ou des erreurs. C'est ainsi, par exemple, que la croyance à la nécessité politique de l'esclavage a fait partie du bloc des idées incontestables des démocraties antiques et qu'un Romain ou un Athénien n'eussent pas compris qu'un État pût fonctionner sans avoir à sa base des esclaves chargés des travaux serviles. C'est ainsi encore que la croyance à l'incapacité politique de la femme a fait partie, jusqu'à ces dernières années, du bloc des idées incontestables des démocraties modernes. De ce que ces idées nous paraissent aujourd'hui fausses ou simplement contestables, il ne s'ensuit pas qu'elles n'aient pas été bonnes politiquement pour de certaines périodes de l'évolution historique où elles ont régné. Toutefois, cela pose la question des relations de la volonté générale d'un peuple, à un moment donné, avec la justice absolue et avec la morale absolue ou, si l'on préfère, avec le progrès de la justice et de la moralité. Du point de vue du progrès de la justice, il y a des idées qui sont plus ou moins bonnes. Par suite, la volonté générale d'un peuple peut être jugée par rapport à la justice, et cela revient à dire que la souveraineté de la nation, dont la volonté générale est l'élément essentiel, est subordonnée elle-même à la justice idéale.

c) L'observation précédente appelle l'attention sur l'évolution qui se produit dans le bloc des idées incontestables d'une nation, et ce phénomène demande à être étudié en lui-même.

D'abord, l'évolution est certaine, bien qu'elle ne porte pas nécessairement sur toutes les idées; si le décalogue moral paraît être une conquête définitive, il n'en est pas de même, par exemple, de la conception romaine et quiritaire de la propriété. L'évolution se produit, soit sous l'influence des changements dans les conditions matérielles

de la vie ou dans les mœurs, soit sous l'influence des progrès de l'idée de justice ou des progrès de la science.

Nous avons cité plus haut l'exemple des croyances à la nécessité politique de l'esclavage et à la nécessité politique de l'incapacité de la femme qui, après avoir été unanimes, ont cessé de l'être. On en pourrait ajouter beaucoup d'autres. Par exemple, jusqu'à la Réforme, les États chrétiens de l'Europe moderne étaient établis sur la base de l'unité de foi : « Une foi, une loi, un roi », telle était l'aspiration unanime. Depuis la Réforme, les croyances religieuses ont dû être retranchées du bloc des idées incontestables de la nation et être rangées, au contraire, parmi les idées contestables; ce qui, à leur sujet, est devenu incontestable, c'est la nécessité de la liberté de conscience.

On pourrait se demander s'il y a des limites à cette évolution et s'il y a, par exemple, un minimum d'idées incontestables auxquelles une nation ne saurait renoncer sans se suicider. Et il paraît bien que, sans parler du décalogue moral, l'idée même du patriotisme ou l'idée du militarisme soient de celles-là. S'il existe dans un pays des antimilitaristes ou des antipatriotes militants, cela ne fait point tomber la question du patriotisme ou celle du militarisme parmi les idées contestables; cela fait tout simplement que les antipatriotes ou les antimilitaristes militants se mettent hors de la nation.

Ainsi de deux choses l'une, ou bien les idées incontestables sont vitales pour la nation, ou bien elles ne sont pas vitales. Si elles ne sont pas vitales et que la discussion commence à s'élever à leur sujet, on les laisse tout simplement tomber dans la catégorie des idées discutables, et la cohésion nationale se trouve établie sur les unanimités qui restent. Si les croyances sont vitales et que des contradictions commencent à s'élever, ce sont les contradicteurs

qui se mettent hors de la nation et pour ainsi dire hors la loi. D'ailleurs, on le leur fait bien voir, car les manifestations auxquelles ils se livrent ne tardent pas à être punies comme des délits. En effet, la catégorie des délits correspond à des idées ou à des sentiments dont la nation n'admet pas la contestation. La catégorie des libertés licites, au contraire, correspond à des idées et à des sentiments dont la société nationale admet la discussion.

Non seulement le bloc des idées incontestables évolue, mais le mécanisme constitutionnel peut régler son évolution. La volonté générale est, en principe, une force conservatrice; elle a une tendance naturelle à se reposer sur le bloc préexistant des idées incontestables, sans addition ni modification. De ce point de vue, il est intéressant de constater qu'une démocratie peut-être conservatrice. Elle ne conservera peut-être pas les mêmes éléments sociaux qu'une aristocratie, mais elle en conservera cependant de fondamentaux. Toutefois, cette force conservatrice ne peut pas s'opposer à tout changement, car le changement est condition de la vie. Le gros problème de la souveraineté nationale fondée sur la volonté générale est de savoir comment cette force conservatrice va s'adapter aux nouveautés. Aux époques coutumières, l'adaptation peut se faire d'une façon insensible ou grâce à des fictions, car la coutume est élastique et se prête aux changements imperceptibles. Aux époques de législation écrite, l'adaptation doit être consciente, car une loi écrite ne peut être modifiée que par une autre loi écrite et, à cette occasion, la volonté générale est forcément avertie, car, bien que la loi ne soit pas son œuvre, et précisément parce qu'elle n'est pas son œuvre, la volonté générale doit être mise à même de s'y adapter.

Pour comprendre le *processus* de l'adaptation de la volonté générale aux lois nouvelles, aux époques de législa-

tion écrite, il faut se placer au point de vue de l'opposition entre ce qui est incontestable et ce qui est contestable et au point de vue des procédures qui peuvent faciliter l'élaboration des choses contestables et les amener à un degré d'assimilation suffisant pour qu'elles puissent être acceptées de tous et annexées au bloc des idées communes.

Les éléments essentiels de ces procédures sont la publicité et la discussion. Il faut d'abord donner une large publicité, pour habituer tous les esprits aux idées nouvelles; il faut ensuite organiser méthodiquement une discussion, qui opère le triage de ce qui est essentiel et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est assimilable et de ce qui ne l'est pas.

Ainsi, le mécanisme constitutionnel réglera l'évolution des idées incontestables auxquelles s'applique la volonté générale, en organisant un appareil de discussion publique pour l'assimilation des idées contestables. Et c'est pourquoi les régimes de souveraineté nationale sont en même temps des régimes de discussion. La suprématie du bloc des idées incontestables ne saurait se maintenir longtemps si ce bloc était fermé; il faut qu'il soit ouvert aux idées nouvelles, mais les idées nouvelles paraissent d'abord contestables et elles ne peuvent s'agréger au bloc des idées incontestables qu'après de longues discussions qui les ont assimilées.

b) Si maintenant nous envisageons la volonté générale de la nation dans sa nature de volonté unanime, sans plus nous occuper des idées incontestables sur lesquelles elle porte, nous remarquons qu'elle présente les caractères suivants : c'est une volonté d'adhésion et non pas une volonté d'action; c'est une volonté du bien commun et par conséquent une bonne volonté de vivre ensemble.

1° La volonté générale est une volonté d'adhésion et non pas une volonté d'action. Nous en avons vu la raison à propos de la volonté électorale (*supra*, p. 30). Elle se tire de

ce que la volonté générale ne peut conserver son caractère de généralité ou d'unanimité qu'à la condition de rester dans l'inaction. D'abord, l'action, avec les initiatives qu'il faut prendre, est une cause de division. Une masse, qui est unanime dans l'état d'esprit semi-passif que suppose la simple adhésion, cesserait de l'être dans la surexcitation d'esprit que supposerait l'action. L'action pose immédiatement des questions nouvelles, d'opportunité des initiatives à prendre et de convenance des procédures à suivre, qui rompraient l'entente. Ensuite, l'action suppose l'organisation et l'organisation est une limite, ainsi que nous l'avons vu; toute organisation aurait pour résultat immédiat de particulariser la volonté générale. La volonté électorale recèle un pouvoir d'action et elle en recèlera d'autant plus que le corps électoral sera plus organisé, mais la volonté électorale est particularisée.

Par cela même, la volonté générale n'est pas un pouvoir de direction ni de commandement. Par cela même, enfin, elle n'est pas la source des pouvoirs de gouvernement. La doctrine révolutionnaire est que la volonté générale est *la source de tous les pouvoirs*<sup>1</sup>. Mais cette doctrine est fautive. La volonté générale n'est qu'un pouvoir d'adhésion. A la vérité, elle peut être invitée à donner son adhésion *actuelle* aux mesures de gouvernement et dans cette adhésion *actuelle* sollicitée et présumée, rendue vraisemblable par le jeu des procédures constitutionnelles, il y a sans doute l'exercice d'une souveraineté, mais c'est la souveraineté d'un pouvoir de contrôle et non pas d'un pouvoir d'action.

2° La volonté générale est une volonté du bien commun, une bonne volonté tendue vers la vie en commun. Par là elle constitue le lien social et il est singulièrement intéres-

1. Par la doctrine de la délégation. V. *infra*, section II.

sant de constater que le même élément qui réalise le lien national, en tant du moins qu'il est volontaire, réalise en même temps la souveraineté de la nation. D'une certaine façon, il fallait s'y attendre et Rousseau avait bien essayé, lui aussi, de ramener la souveraineté nationale à n'être qu'un aspect du lien national, qui était pour lui le contrat social. Mais pour transformer le contrat social en un pouvoir souverain il lui fallait tout un raisonnement (le contrat social engendre le souverain qui est le corps de l'État et le souverain engendre la volonté générale dont l'exercice est la souveraineté) [*Contrat social*, livre I, *passim*]. Au contraire, nous n'avons qu'à constater une identité : la volonté générale, appliquée au bloc des idées incontestables en vue de l'intérêt commun, est à la fois le lien social et la volonté souveraine de la nation. Sans doute, elle n'est qu'un pouvoir d'adhésion, mais elle sera souveraine si aucun pouvoir d'action dans l'État ne peut se passer de son adhésion et, en outre, si son adhésion est requise d'une façon actuelle pour chaque mesure de gouvernement; car alors il ne s'agira plus de cette adhésion *a posteriori* de la nation qui a toujours existé plus ou moins; il s'agira de cette adhésion actuelle que seul a organisée le régime constitutionnel (v. *supra*, p. 17). Les explications sur ce point sont renvoyées à la section II.

§ 2. — *La volonté nationale commandante et les pouvoirs de gouvernement.*

Article préliminaire.

La volonté générale correspond à la sujétion et à l'adhésion; la volonté nationale commandante est un autre aspect de la volonté nationale qui correspond à la domination et à l'action.

Elle n'est pas la volonté générale, parce que celle-ci ne pourrait pas se mettre en action sans cesser d'être générale, mais elle tend à se rapprocher de la volonté générale, elle y tend comme vers sa limite. En soi, elle est une organisation de pouvoirs de gouvernement, dont chacun s'efforce de réaliser spontanément sa *représentation* propre de la volonté générale, et en même temps de la faire converger vers les représentations qu'en ont obtenues les autres; le pouvoir de gouvernement qui, dans la représentation de la volonté générale, approche le plus de la réalité est le pouvoir électif, qui, pour cette raison, est le plus important de tous.

Le point de départ est que toute volonté nationale, c'est-à-dire toute volonté collective poursuivant un but d'intérêt national, qui se mettra en action pour commander, par cela même qu'elle se mettra en action, sera obligée de se donner une organisation, et, se donnant une organisation, sera particularisée par cette organisation même, et sera séparée de la volonté générale.

Le commandement et la direction, par une collectivité, exigent une convergence prolongée d'efforts qui ne saurait être obtenue sans un concert organisé, d'autant que l'action, par les possibilités multiples dont elle ouvre les perspectives, provoque des divergences; une organisation seule peut assurer une convergence durable des efforts dans les manifestations de volonté collectives; mais toute organisation implique des limites et, par conséquent, est une cause de particularisation. C'est pour cette raison que la volonté générale unanime ne peut être qu'une volonté d'adhésion et non pas une volonté d'action; dès qu'elle voudrait passer à l'action, elle se fragmenterait en des organisations diverses dont chacune serait particulière.

Cette fragmentation en des organisations particularistes

est le sort de la volonté nationale commandante. Dans la réalité des choses, il n'y a pas une volonté nationale commandante, il y en a plusieurs : elles méritent le nom de « nationales » parce que leur objet est d'intérêt commun ; elles le méritent encore à un autre titre, si elles tendent à s'organiser en des pouvoirs de gouvernement de la nation ; mais elles s'éloignent de la volonté générale de la nation en ce qu'elles sont multiples au lieu d'être une, en ce qu'elles sont particulières au lieu d'être unanime, et en ce que l'unité qu'elles tendent à réaliser, sous le nom de volonté nationale, ne sera jamais qu'une unité composite et ne sera jamais qu'une « représentation » de la volonté générale.

Voyons, d'abord, comment se forment spontanément les volontés nationales commandantes ; nous verrons ensuite comment certaines d'entre elles, sinon toutes, s'agentent en des pouvoirs de gouvernement de la nation et constituent l'unité composite de la volonté nationale commandante.

I. Dans les États modernes, il y a beaucoup de volontés nationales particulières qui commandent ou aspirent à commander. Cela tient au régime de discussion sous lequel nous vivons et à la concurrence qui s'établit entre les idées. Le contenu de la volonté générale unanime, quoique très important, n'est pas très étendu, bien des idées et bien des sentiments relatifs à des intérêts pressants de la nation ne sont pas dans le bloc des idées incontestables et luttent pour se réaliser.

Ce sont, tout particulièrement, les idées nouvelles répondant aux besoins nouveaux, qui ne sont pas encore admises par la volonté générale unanime et, cependant, parmi ces idées, il en est qui doivent se réaliser, si l'on veut que la nation soit gouvernée, car elles sont pour donner satisfaction aux besoins nouveaux et la tâche du gouvernement est de résoudre les questions nouvelles qui se posent quoti-

diennement et intéressent la vie de la nation. C'est ainsi, par exemple, qu'à notre époque, où la maîtrise de la mer redevient une question nationale de première importance, la démocratie française, qui est terrienne et qui comprend bien la nécessité de l'armée de terre, comprend assez mal la nécessité du développement de la flotte. L'armée de terre est affaire de volonté générale, l'armée de mer n'est encore affaire que de volonté nationale particulière.

Cette étroitesse du champ de vision de la volonté générale est l'un des reproches les plus graves que l'on puisse faire au régime démocratique. Dans une démocratie, la souveraineté nationale, qui est essentiellement celle de la volonté générale, est frappée d'une demi-cécité; elle voit bien certaines choses, mais il y en a beaucoup et de très importantes qu'elle ne voit pas.

Au contraire, l'avantage des aristocraties est qu'elles sont assez cultivées et que leur ouverture d'esprit est assez grande pour les rendre sensibles à tous les intérêts nationaux.

Donc, si la volonté générale est un élément de la souveraineté nationale qui soit adapté à la démocratie, les volontés nationales particulières sont des éléments de la souveraineté nationale qui sont adaptés, sinon à une aristocratie possédant des privilèges politiques, du moins à une élite sociale possédant une action gouvernementale.

Et l'un des postulats de l'organisation démocratique est, qu'au sein de la démocratie elle-même, une élite sociale puisse se former qui soit apte à concevoir les volontés nationales particulières, celles qui pour se réaliser ont besoin de devenir commandantes, et qui puisse assumer dans les divers pouvoirs la tâche du gouvernement.

Mais comment cette élite sera-t-elle organisée et comment son action politique sera-t-elle conçue?

Pour ce qui est de l'organisation de l'élite, il est bien évident que, dans une démocratie, elle ne saurait être conçue sur la base du privilège juridique et de l'inégalité des classes; au contraire, elle le sera sur la base de l'égalité et de la liberté. Par son intelligence, par son travail, comme aussi avec l'aide de sa fortune acquise, chacun pourra librement s'élever au niveau de l'élite et y entrer. En somme, il doit y avoir des classes dirigeantes ouvertes. Et même, non seulement il y aura liberté, mais l'État lui-même s'appliquera à favoriser la création de l'élite, par exemple, par la diffusion de l'instruction ou par l'entretien d'institutions destinées à grouper des hommes de valeur (instituts, universités, etc.).

Parmi les libertés qui peuvent servir à la création d'élites, car il y aura des élites variées, spécialisées dans de certaines directions, plutôt qu'une seule et unique élite, citons la liberté d'association et tout spécialement la liberté syndicale dont la pratique a déjà dégagé de la classe ouvrière une élite de militants.

De son côté, la liberté du commerce et de l'industrie a dégagé une élite du patronat.

Toutes ces élites peuvent s'organiser elles-mêmes dans le cadre infiniment souple de l'association.

II. Pour ce qui est de l'action politique de cette élite et, par conséquent, de l'action politique des volontés nationales particulières, le procédé employé par la démocratie a consisté à leur chercher une issue du côté des pouvoirs de gouvernement. Les volontés nationales particulières sont canalisées dans des pouvoirs de gouvernement en lesquels toutes, à peu près, peuvent entrer, et autour desquels celles qui n'entrent pas peuvent se grouper. De cette façon, d'ailleurs, les pouvoirs de gouvernement deviennent doublement nationaux : d'une part, ils sont appliqués au gouver-

nement de la nation ; d'autre part, ils sont alimentés et animés par les volontés nationales particulières. A les prendre dans leur ensemble, ils constituent, dans un certain ordre organisé, une volonté nationale commandante, qui a une sorte d'unité composite et organique, parce que les représentations de la volonté générale que chacun d'eux s'efforce de réaliser sont convergentes.

a) Si les pouvoirs de gouvernement doivent réaliser dans leur ensemble une volonté nationale commandante douée d'unité organique, chacun d'eux doit se présenter comme étant un élément organique de cette volonté. Nous appellerons donc « pouvoir de gouvernement » tout ce qui, dans la nation, est compétence organisée en vue d'une domination politique à exercer sur l'ensemble de la nation par la représentation de la volonté générale, et tout ce qui, en même temps, se présente comme un élément organique d'une volonté nationale commandante douée d'unité. Les éléments organiques d'une volonté nationale commandante douée d'unité seront, d'ailleurs, les suivants :

1<sup>o</sup> Un élément de volonté implicite, correspondant au pouvoir électif ;

2<sup>o</sup> Un élément de volonté explicitée par la délibération, correspondant au pouvoir législatif ;

3<sup>o</sup> Un élément de volonté exécutoire, correspondant au pouvoir exécutif ;

Volonté implicite, volonté délibérée, volonté exécutoire, parée pour passer à l'exécution et à l'opération, sont trois états d'importance fondamentale pour la volonté individuelle, envisagée au point de vue de l'action, et donc doivent être aussi d'importance essentielle pour une volonté collective, qui est nécessairement construite sur le gabarit de la volonté individuelle ; par conséquent, le pouvoir électif, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, sont des voies ou

des canaux par lesquels toutes les volontés de gouvernement, en quelque état qu'elles soient, pourront passer pour réaliser, au nom de la nation, des représentations de la volonté générale qui constitueront une volonté nationale commandante douée d'unité organique.

b) Chacun des pouvoirs de gouvernement organisés pour la domination politique, en qualité d'élément de la volonté nationale commandante, compte lui-même trois éléments, un de pouvoir, un d'organisation, un de fonction. Ainsi, au sujet du pouvoir exécutif, on peut distinguer : le pouvoir qui se cache en lui, l'organe exécutif et la fonction exécutive :

1° L'élément de pouvoir est en soi une compétence ; à ce point de vue, les jurisconsultes allemands, qui cherchent la définition de la souveraineté du côté de la compétence, sont sur le chemin de la vérité ; la compétence existe dans les pouvoirs de gouvernement et, par conséquent, dans les volontés nationales particulières qui les animent.

Chacun des pouvoirs de gouvernement a une compétence spéciale, et c'est une compétence pour réaliser des représentations mentales de la volonté générale par divers procédés techniques de volition ; en effet, chacun d'eux utilise, pour émettre ses commandements, des procédés de volition qui comportent des particularités techniques ; ainsi, les procédés de la « décision exécutoire » employés par le pouvoir exécutif, ne sont pas les mêmes que ceux de la « délibération » employés par le pouvoir législatif, ni que ceux de la « volonté implicite » employés par le pouvoir électif.

Il convient d'ajouter que les compétences de chacun des pouvoirs de gouvernement sont ce qui les rend juridiquement autonomes, et par conséquent que c'est la compétence qui fait le pouvoir autonome au sens constitutionnel ; car il est juste, en principe, que la capacité technique de

faire une chose, lorsqu'elle est authentiquement affirmée aux risques et périls de celui qui l'affirme par son action directe, et sans résistance de la part du public, entraîne la capacité juridique de faire la chose. Or, la capacité technique des pouvoirs publics, d'émettre des volontés nationales commandantes par des procédés divers de volition pour le gouvernement de la nation, est suffisamment affirmée par l'existence et par l'action directe prolongée du gouvernement.

Quand la compétence n'est pas source d'autonomie, c'est, ou bien que le Droit n'a pas encore consacré la réalité des faits, ou bien que, pour des raisons supérieures, une règle positive a créé une incapacité. Ainsi, nous verrons que la force armée, qui recèle une grande compétence technique, n'a pas d'autonomie pour se mettre en mouvement d'elle-même, que, par conséquent, elle n'est pas un *pouvoir*, mais que cette autonomie lui a été enlevée par des règles constitutionnelles positives qui en ont fait une force *essentiellement obéissante*.

2° L'élément d'organisation signifie que la compétence de gouvernement est forcément incluse en certains groupements d'hommes qui sont des organes de la nation, c'est-à-dire qui sont organisés de façon à pouvoir agir efficacement au nom de la nation. De cette façon, le gouvernement de la nation s'exerce par des organes de la nation, et, pour échapper à l'antinomie apparente des mots, il suffit de rappeler que c'est la volonté générale de la nation qui est gouvernée par les volontés nationales particulières organisées en éléments d'une volonté nationale commandante et confiées à certains organes permanents.

3° L'élément de fonction évoque l'idée de l'espèce d'action politique qu'un pouvoir gouvernemental déterminé est appelé à exercer sur l'ensemble de la nation, — par

exemple, l'action législative, ou l'action administrative.

Or, il est bon de savoir que ces trois éléments ne se superposent pas exactement dans le même pouvoir ; prenons pour exemple le pouvoir législatif et décomposons-le en ses trois éléments de compétence, organisation et fonction.

La fonction législative est nettement déterminée ; elle a pour objet la confection des lois, c'est-à-dire des règles de droit pour l'ensemble de la nation. Pour accomplir cette fonction, il y a un organe législatif qui possède une compétence délibérante, mais : 1<sup>o</sup> il y a deux organes législatifs au lieu d'un ; ils possèdent la même compétence, mais il faut qu'ils collaborent dans l'accomplissement de la fonction ; 2<sup>o</sup> les organes législatifs ne suffisent pas à la confection de la loi ; le pouvoir exécutif intervient, soit dans les délibérations, soit dans la promulgation ; 3<sup>o</sup> les organes législatifs, à leur tour, ne se bornent pas à la confection de la loi, ils interviennent dans le domaine de la fonction exécutive, au moins sous le régime parlementaire ; ainsi les organes ne sont pas cantonnés dans l'accomplissement de la fonction correspondante, cette fonction est leur principale, mais non pas leur unique affaire, il y a une certaine indépendance de la fonction et de l'organe.

Y a-t-il la même indépendance entre la compétence et l'organe ? Sans doute, quand un organe intervient dans le champ d'une fonction qui n'est pas la sienne propre, c'est avec sa compétence ordinaire et non pas avec la compétence corrélatrice à la fonction où il intervient ; par exemple, quand l'organe exécutif intervient dans la confection d'une loi, c'est avec sa compétence exécutive et non pas avec une compétence délibérante. Dès lors, à ce point de vue, il n'y a pas indépendance entre la compétence et l'organe, mais une certaine indépendance existe à d'autres points de vue.

Ainsi, nous verrons qu'un même organe peut, à côté de sa compétence principale, avoir des compétences annexes et accessoires. C'est ainsi que l'organe exécutif a de la juridiction. En sens inverse, une même compétence peut être répartie entre plusieurs organes, telle la compétence délibérante entre les deux Chambres.

Sur ce terrain mouvant, la surface solide est que un certain organe ou appareil d'organes est uni à une certaine compétence principale. Tout le reste est secondaire. Ainsi, la fonction est certainement l'élément le moins important. Quand on dit « le pouvoir législatif », cela évoque l'idée du Parlement et de sa compétence délibérante, beaucoup plus que l'idée de la fonction législative : la preuve en est que, dans le régime parlementaire, qui est caractérisé par la prédominance politique du pouvoir législatif, cette prédominance n'est pas due à l'exercice de la fonction législative, mais à l'intervention du Parlement dans la fonction exécutive où il introduit sa compétence délibérante.

Il suit de là que les différents pouvoirs de gouvernement doivent être définis par leurs éléments de compétence principale et d'organisation, beaucoup plus que par leur élément de fonction, et, d'ailleurs, cela est d'accord avec la secrète logique du langage qui s'est attachée à mettre en évidence l'idée de *pouvoir*, c'est-à-dire de compétence<sup>1</sup>.

1. M. Duguit, dans son *Traité de Droit constitutionnel* de 1911, élimine la notion des pouvoirs publics, ou plutôt, dans les pouvoirs publics, il élimine la notion de « pouvoir » pour ne laisser subsister que celle de fonction et d'organe. Sa théorie générale de l'État comporte un chapitre II consacré aux fonctions de l'État et un chapitre III consacré aux organes de l'État, mais rien sur les pouvoirs. D'ailleurs, à la page 292, il dit ceci : « Tous nos efforts tendent à démontrer que la « notion de pouvoir ne répond à rien de réel et qu'il faut par conséquent éliminer et le mot et la chose. » Cette prétention d'éliminer le pouvoir des matières constitutionnelles, qui sont justement le champ d'action du pouvoir politique, paraîtrait surprenante si l'on ne savait que, pour

c) *Principe de la séparation des pouvoirs.* — La discussion précédente va nous aider tout de suite à trancher une question difficile qui se pose à propos de la séparation des pouvoirs. D'après Montesquieu, un pays n'a point de constitution et par conséquent point de liberté politique, si les pouvoirs de gouvernement ne sont pas séparés<sup>1</sup> : il faut donc plusieurs pouvoirs confiés à des organes différents et se partageant le gouvernement.

Mais sur quelle base doit être opéré le partage, est-ce sur la base des compétences ou sur celle des fonctions ? Des esprits trop enclins à la logique, et d'ailleurs interprétant d'une façon inexacte le principe de la division du travail, tel qu'il se manifeste dans l'industrie, ont prétendu que le partage des compétences devait être fait rigoureusement d'après la différenciation des fonctions. Il y a une fonction exécutive, il devrait y avoir un pouvoir exécutif correspondant, mais qui n'interviendrait point dans la législation ni dans la juridiction ; il y a une fonction législative, il devrait y avoir un pouvoir législatif qui légiférerait tout seul et qui n'interviendrait point dans le gouvernement exécutif<sup>2</sup>, etc.

Le malheur est que cette séparation des pouvoirs est trop

M. Duguit, il s'agit simplement d'éliminer la notion de pouvoir *en tant qu'elle serait juridique* et de la reléguer dans la politique pure. Tout de même, il reste singulier que le droit constitutionnel n'ait pas justement pour objet de transformer le pouvoir politique pur en quelque chose de juridique. Nous nous sommes expliqué ailleurs sur ce que cette conception a d'anarchique. (*Recueil de Législation de Toulouse*, 1911, pp. 1 et 5 : « Les Idées de M. Duguit ».)

1. *Esprit des Lois*, livre XI, chap. vi : *De la Constitution d'Angleterre*.

2. Il y a une fonction juridictionnelle, il devrait y avoir une autorité juridictionnelle et une seule qui jugerait tout et ne ferait que juger, car, dit-on, la fonction de juger est partout la même ; donc, pas de séparation entre la juridiction civile et la juridiction administrative. (Cf. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899 ; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1900.)

radicale et se montre impropre à la vie<sup>1</sup> : d'une part, en isolant trop les pouvoirs, elle rompt l'unité organique du gouvernement de l'État; il est bon, pour maintenir cette unité, que les différents pouvoirs soient appelés à collaborer, c'est-à-dire à participer à plusieurs à l'accomplissement d'une même fonction (par exemple, il est bon que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif collaborent à la fonction législative); d'autre part, chacun des pouvoirs, pour se défendre vis-à-vis des autres dans la lutte politique, a besoin de grouper, autour de sa compétence principale, des compétences accessoires qui soient similaires de la compétence des autres pouvoirs; ainsi, on s'étonne qu'il existe une juridiction administrative annexée au pouvoir exécutif, mais c'est que l'autorité administrative, pour se défendre dans la lutte politique, a eu besoin de cette juridiction.

On a tiré argument du principe de la division du travail dans l'industrie, mais on en a mal observé les effets; on n'a pas fait attention à ce phénomène concomitant qui s'appelle l'intégration des industries et qui pousse les industriels à grouper, autour de leur industrie principale, une série d'industries annexes : un fabricant de pâtes alimentaires se verra conduit à fabriquer lui-même sa farine, ses caisses d'emballage, ses imprimés, etc.; ce sont les nécessités de la concurrence économique qui l'y poussent; autour de sa compétence essentielle, il groupera des compétences accessoires.

Ainsi, il faut que les pouvoirs de gouvernement ne soient pas séparés au point de ne plus pouvoir collaborer, il faut que chacun d'eux intervienne dans plusieurs fonctions, de façon à ce qu'ils puissent se rencontrer et s'arrêter les

1. Ce fut celle que voulut réaliser la Constitution de 1791. V. sur ce point les observations de M. Duguit, *op. cit.* t. I, p. 351 et s.

uns les autres ou marcher de concert. Et il faut aussi, pour pouvoir se défendre contre les autres, que chacun d'eux, autour de sa compétence principale, groupe des compétences accessoires. De cette façon, ils sont parés à la fois pour l'action concertée et pour le conflit constitutionnel. C'est ainsi, d'ailleurs, et uniquement ainsi qu'ils peuvent réaliser un équilibre politique favorable à la liberté.

En effet, le principe de la séparation des pouvoirs se ramène au principe plus haut de l'équilibre des forces, considéré comme facteur de l'ordre à l'intérieur d'une institution vivante<sup>1</sup>.

Nous proposons un cadre de la séparation des pouvoirs qui n'est pas le cadre classique des pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel. Nous avons, avant tout, le souci des réalités. Or, il est visible que le pouvoir juridictionnel n'est pas, dans notre organisation actuelle, un pouvoir de gouvernement et qu'il n'a pas d'action politique, du moins en tant qu'on le sépare du pouvoir exécutif; nous verrons, d'ailleurs, quel lien intime rattache la juridiction au pouvoir exécutif. En revanche, il y a un pouvoir politique sans cesse grandissant qui devient un pouvoir de gouvernement, nous voulons parler du pouvoir électif ou électoral. Tout le monde en constate l'existence, mais personne ne lui fait sa place parmi les pouvoirs classiques. Ce qui, jusqu'ici, s'y est opposé, c'est la confusion de la volonté électorale et de la volonté générale de la nation, dans laquelle on s'est obstiné. Nous espérons avoir dissipé cette confusion et, dès lors, rien ne s'oppose plus à ce que l'on fasse passer le pouvoir électif du côté des pouvoirs de gouvernement, puisqu'il n'est pas du côté de la volonté générale de la nation.

1. Cf. mes *Principes de Droit public*, p. 11.

Nous énumérons donc trois pouvoirs de gouvernement : l'électif, le législatif et l'exécutif. Ces trois pouvoirs sont bien des puissances de domination et, par suite, des puissances créatrices de droit ; il n'y a aucun doute pour l'exécutif ni pour le législatif ; il n'y en a pas non plus pour l'électif. Nommer quelqu'un à un poste de l'État, c'est lui conférer un pouvoir juridique et, par conséquent, c'est créer, dans une certaine mesure, ce pouvoir juridique. D'ailleurs, l'élection est une opération *juridique sui generis*, qui ne se ramène pas à la notion ordinaire de la décision exécutoire, ni à celle de la délibération. Mais, de ce que les trois pouvoirs de gouvernement sont des puissances créatrices de droit, il ne s'ensuit pas que leur compétence ne soit pas en même temps technique. Ainsi qu'il a été dit plus haut : le caractère technique de ces compétences se marque justement dans les procédés différents de volition par lesquels le droit est créé. De ce point de vue, le pouvoir électif est un pouvoir de formuler des volontés implicites, le pouvoir législatif un pouvoir de formuler des volontés explicitées par la délibération, et le pouvoir exécutif un pouvoir de formuler des décisions exécutoires.

De plus, nous verrons que le pouvoir exécutif est technique encore en un autre sens, et pourrait-on dire au second degré, en ce qu'il *passé à l'exécution* ou à *l'opération* et que le passage à l'exécution ne peut avoir lieu sans l'emploi de procédés techniques.

#### ARTICLE PREMIER. — Le Pouvoir électif.

A tout seigneur, tout honneur ; si le pouvoir électif est un pouvoir de gouvernement, comme il paraît bien l'être dans les faits, d'après les analyses précédentes, il est le premier de tous. C'est en lui que résident, d'après la littérature politique, la volonté nationale et même la souveraineté

nationale, le corps électoral est appelé couramment « le souverain », et, des électeurs qui composent le corps électoral, on dit que chacun a sa part individuelle de souveraineté.

Cette littérature politique n'a point tort, si l'on entend ici par volonté nationale la volonté de la nation organisée pour l'action; s'il y a de l'exagération à considérer le corps électoral comme étant à lui seul le souverain, du moins doit-on reconnaître que cette exagération n'excède pas les déformations habituelles de l'optique adaptée aux besoins de l'action. Dans la perspective de l'action politique, le corps électoral est incontestablement l'organe essentiel de la souveraineté de l'État, parce qu'il est l'organe essentiel de la représentation de la volonté générale, bien qu'il ne soit pas le seul. Et assurément, un corps électoral qui, sur 40 millions d'âmes, compte, avec le suffrage universel des hommes, 12 millions d'électeurs, qui peut-être en comptera plus du double demain, avec le suffrage universel des femmes, constitue un organe de gouvernement impressionnant.

Vingt-cinq millions d'électeurs se levant pour gouverner 40 millions d'âmes et pour constituer la représentation nationale, c'est véritablement la levée en masse, la mobilisation de la nation en vue du gouvernement, utilisant tout ce qui est politiquement valide, et par suite, pratiquement, c'est toute la nation se gouvernant elle-même, exerçant sur elle-même sa souveraineté.

Mais ces vues politiques, avec la part de lyrisme qu'elles comportent, ne sauraient tenir lieu de l'analyse juridique dont les exigences sont impitoyables. Si le pouvoir électif est un pouvoir de gouvernement, il doit avoir une compétence de gouvernement, une organisation pour le gouvernement et une fonction de gouvernement. Commençons par le plus facile, par la fonction.

I. — Actuellement, la fonction du pouvoir électif est de

constituer, par le suffrage électoral, le personnel de la représentation parlementaire. Ultérieurement, à cette première fonction pourrait s'en ajouter une autre, si l'on instituait le *referendum* législatif, qui consisterait à faire voter par le corps électoral l'acceptation ou le rejet d'une loi élaborée par le corps législatif.

Retenons simplement la fonction électorale, puisque seule elle existe; elle consiste à constituer des représentants parlementaires de la nation, et comme ces représentants sont des organes, à constituer des organes de la nation. Ainsi, la fonction électorale est relative au phénomène de l'organisation; mais observons qu'il ne s'agit pas d'établir les règles qui seront la base de l'organisation; au contraire, ces règles étant établies et les emplois constitutionnels étant créés, il s'agit de nommer des titulaires à ces emplois. La fonction élective ne doit donc pas être confondue avec la fonction constituante, laquelle est de nature législative. La fonction élective est, en définitive, une fonction de nomination, elle consiste à investir l'élu, après l'avoir choisi, d'un certain pouvoir, d'une certaine autorité, d'une certaine situation.

Nous verrons plus tard, à propos du régime représentatif, que la situation des organes représentatifs s'analyse en une investiture; c'est la fonction élective de nomination qui réalise cette investiture en ce qui concerne les membres du Parlement, elle confère à ces organes représentatifs le pouvoir d'agir d'une façon autonome *au nom de la nation*; cette capacité d'agir *au nom de la nation*, et, bien entendu aussi, *dans les vues de la nation* et aussi *d'engager la nation*, toute cette capacité est transmise par l'opération élective de nomination, qui se trouve ainsi être une opération juridique très spéciale<sup>1</sup>.

1. La *nomination* doit-elle son appellation uniquement à ce que le can-

Ce n'est pas une constitution de mandataire, mais bien plutôt une constitution de gérant d'affaires de la nation.

Et cette fonction est gouvernementale, car ces organes représentatifs, nommés à l'élection, seront les gérants d'affaires de la nation, « pour le gouvernement de la nation ».

II. Le pouvoir électif possède lui-même une organisation pour le gouvernement. Non seulement il sert à nommer d'autres organes de gouvernement, mais lui-même en est un et possède une organisation adaptée.

Notons, d'abord, que le pouvoir électif peut être un pouvoir de gouvernement, parce qu'il ne se confond pas avec la volonté générale, que nous avons identifiée avec la nation en tant que gouvernée. Les électeurs sont les premiers représentants de la nation, des représentants qui se sont choisis et nommés eux-mêmes par droit d'autonomie ; c'est en quoi le suffrage est un droit individuel (v. *infra*, sect. II, § 1, art. préliminaire). Notons, ensuite, que le même pouvoir électif exerce une pression sur les autres organes de gouvernement qui émanent de lui, sur le législatif et sur l'exécutif. Enfin, n'oublions pas que le pouvoir électif est majoritaire et que, dans chaque circonscription électorale, la majorité électorale exerce une domination directe sur l'ensemble de la population et surtout sur la minorité politique.

A l'effet d'exercer cette domination politique quotidienne, le pouvoir électif s'est créé une organisation spontanée, celle des partis politiques et des comités électoraux<sup>1</sup>. L'in-

didat choisi est désigné par son nom, ou ne le doit-elle pas aussi à ce que le candidat choisi va agir au nom de l'électeur ? ès noms et qualités, disent les notaires ?

1. Sur l'importance de l'organisation politique des partis, spécialement en Angleterre et aux États-Unis, voir Ostrogorski, *La Démocratie et les Partis politiques*, 1912.

fluence de cette organisation sur le Parlement n'a pas besoin d'être démontrée; elle est d'autant plus forte que l'organisation des partis politiques est commune au monde parlementaire et au monde électoral, et que, si peut-être c'est le premier qui élabore les doctrines du parti, c'est sûrement le second qui fournit l'ardeur des volontés.

L'influence sur le pouvoir exécutif n'est pas niabile non plus, on dirait que celui-ci se considère comme responsable, non seulement devant le Parlement, mais directement devant le pouvoir électif; et le pouvoir exécutif s'est si bien adapté à cette combinaison politico-électorale que, de son côté, il s'est procuré les organes récepteurs nécessaires pour subir l'influence électorale, ce sont les cabinets politiques des ministres et des préfets.

L'action de la politique électorale a tellement envahi l'administration quotidienne, qu'elle l'a complètement faussée; la hiérarchie administrative ne fonctionne plus librement, parce que les hommes politiques et les électeurs influents veulent choisir ou protéger leurs fonctionnaires; l'impartialité de l'administration est fort compromise et le Conseil d'État est obligé d'annuler, pour détournement de pouvoir, une quantité de décisions dont les motifs sont politiques. La tutelle administrative sur les communes est également désorganisée, par suite des préoccupations électorales des préfets : tantôt ils laissent tout passer, tantôt ils arrêtent tout.

Nous ne prétendons pas que ces ingérences du pouvoir électif soient toutes régulières; mais elles se régulariseront parce que la logique démocratique le demande. Il ne faut pas nier, il faut organiser; par suite, le pouvoir électif deviendra de plus en plus un pouvoir de gouvernement, et son organisation gouvernementale ne fera que se perfectionner.



III. Abordons la question de la compétence, c'est-à-dire de l'espèce spéciale de manifestation de volonté que l'on discerne dans le pouvoir électif. Il gouverne, est-il compétent pour gouverner et quelle est donc son espèce de compétence? Elle consiste, pour représenter la volonté générale, c'est-à-dire pour l'interpréter en des représentations mentales, à pouvoir produire des manifestations de volonté *implicites*. Qu'est-ce à dire? Ce qui est implicite est le contraire de ce qui est explicite. Une volonté explicite est une volonté expliquée, éclairée par la réflexion et par un travail d'intelligence. Une volonté implicite est donc une volonté brute, non expliquée, non éclairée par la réflexion, non retravaillée par l'intelligence.

La volonté implicite est affaire d'instinct, de sentiment, de foi créatrice; la volonté explicite est cette même matière première, mais retravaillée par la raison. Le pouvoir législatif et l'exécutif auront des compétences de volonté explicite, car ils seront confiés à des organes mieux adaptés au travail de la réflexion. Le pouvoir électif, étant confié à la masse électorale, aux masses profondes, inhabiles au travail d'une réflexion tant soit peu prolongée, n'aura qu'une compétence de volonté implicite, mais il fournira ainsi une matière première à l'industrie parlementaire.

D'ailleurs, il ne faut pas mépriser la volonté implicite<sup>1</sup>; l'instinct, le sentiment et l'intuition sont souvent des guides aussi sûrs que la raison; la foi, même aveugle, est une force sociale admirable. La volonté nationale commandante eût été une puissance incomplète, si la matière première de la volonté implicite lui eût manqué, d'autant que cette volonté commandante implicite correspond à ce

1. Cf. Schopenhauer, *Le Monde comme volonté et comme représentation*.

qu'il y a d'implicite aussi dans la volonté générale disposée à l'adhésion ; l'une est faite pour interpréter l'autre en des représentations mentales de même ordre. C'est un point où la souveraineté nationale est supérieure à la souveraineté des gouvernements, lesquels, étant composés d'aristocraties sceptiques, sont exposés à n'avoir que de la volonté réfléchie, infiniment moins riche en foi créatrice.

Le sentiment et la passion, qui sont le fond de la volonté élective, se révèlent dans les détails de l'opération électorale.

L'erreur que commettent la plupart des intellectuels, au sujet du suffrage populaire, est de croire qu'il est une force raisonnable et raisonnante, de là le peu de succès qu'ils ont, en général, quand ils posent leur candidature ; ils ne savent pas parler le langage qui convient ; ils développent froidement des idées précises, la psychologie électorale nous enseigne que le vote est affaire de passion et de sentiment, que les idées précises n'y jouent à peu près aucun rôle et qu'il faut développer avec feu des idées extrêmement vagues.

Un candidat plaît ou déplaît aux électeurs par sa tournure physique, par sa physionomie, par ses manières, par son talent de parole, par sa situation sociale. Il est sympathique ou il ne l'est pas, là est le point principal ; la question de programme est tout à fait secondaire. Dans sa profession de foi, comme dans les discours qu'il tiendra pendant la campagne électorale, il s'efforcera de plaire, il promettra beaucoup de réformes irréalisables, il plaidera comme un avocat d'assises devant les jurés, parce qu'il s'agit d'émouvoir ; s'il plaide froidement et raisonnablement comme un avocat d'affaires, il est perdu. Les hommes politiques les plus sérieux savent que, dans les discours les plus réalistes, il faut glisser des couplets sur certaines questions susceptibles de déchaîner les passions,

Car, c'est une autre observation essentielle, un programme politique doit toujours contenir des affirmations relatives à des questions irritantes et passionnantes. La question cléricale a longtemps tenu cet emploi; maintenant, on en cherche.

Sans doute, les campagnes électorales et les programmes du candidat ne sont pas toujours les véritables facteurs des élections; celles-ci sont faites et machinées par des comités et par des partis, mais cela ne change point le caractère de l'opération, car l'esprit de parti est, lui aussi, un esprit de passion, et autour des comités se groupent des intérêts qui sont un élément de passion.

La force de passion qu'il y a dans la manifestation électorale est développée par le caractère majoritaire de l'opération. Nous en avons fait la remarque ailleurs<sup>1</sup>, l'opération électorale est une partie de jeu ou une sorte de petite guerre. Entre les partis politiques, c'est à qui, le jour du scrutin, se trouvera le plus fort, c'est-à-dire le plus nombreux. Par suite, aux passions de sympathie et d'antipathie, d'amour et de haine, aux passions intéressées qui animent déjà la masse électorale, vient s'ajouter la passion du jeu développée par le mécanisme électoral lui-même. Aussi, aux époques d'élection, on dit que le pays est en fièvre électorale, et l'expression n'est pas trop forte.

Cette force de passion est d'autant plus développée que le corps électoral est plus nombreux. Il s'agit ici de la célèbre force du nombre. C'est un sujet dont le véritable intérêt n'est point dans cette constatation mathématique qu'un chiffre de voix plus fort l'emporte sur un chiffre de voix plus faible, mais dans cette constatation sociale que plus on augmente le nombre des électeurs, plus on déchaîne

1. V. mes *Principes de Droit public*, pp. 42, 59, 549.

de passions dans le gouvernement du pays. Cet aspect de la question est le seul qui ait quelque valeur pour caractériser les gouvernements démocratiques. Chaque extension du suffrage est un nouveau débordement de passions. La substitution du suffrage universel masculin au suffrage censitaire a décuplé la somme; l'adoption du suffrage des femmes, qui doublerait le corps électoral, ne pourrait moins faire que de doubler aussi la somme en question. Si on ajoute que les emplois du suffrage ont aussi été multipliés, qu'aux élections générales sont venues s'adjoindre les élections locales, par suite de la décentralisation administrative, on constate une progression inquiétante dans la dépense de passion. Sans doute, c'est une augmentation de la vie publique et un exercice de la liberté, mais c'est aussi une déperdition de forces qui réclame l'attention, et c'est pour l'État un excès de vie intérieure qui détourne son attention des problèmes de la politique extérieure. Par conséquent, c'est un phénomène qui, s'il a des avantages, a aussi des inconvénients.

La compétence du pouvoir électif est en corrélation avec les fonctions dont on le charge. Élire un représentant est une opération à la portée de la volonté implicite, c'est l'acte de foi en un homme, le plus facile des actes de foi. Notons que le plébiscite est du même ordre. Le *referendum*, c'est-à-dire le vote direct sur une proposition de loi, qui peut comprendre des dispositions très détaillées, est déjà plus difficile; sans doute, il s'agit seulement d'accepter ou de rejeter en bloc et non de discuter, mais, pour que ce vote soit sérieusement motivé, il faut une démocratie très éclairée et très pondérée comme l'est la démocratie suisse.

Les autres tâches de gouvernement, par exemple les mesures diplomatiques, les négociations des affaires admi-

nistratives compliquées, le jugement des litiges, paraissent très au-dessus de la compétence du suffrage, et c'est ce qui rend pratiquement impossible ce qu'on appelle le gouvernement direct.

## ARTICLE II. — Le pouvoir législatif.

Ce qu'il y a d'intéressant pour nous dans le pouvoir législatif, ce ne sont pas ses fonctions : il est employé à la confection de la loi, mais nous ne faisons pas une théorie de la loi ; il est employé aussi au contrôle du pouvoir exécutif, mais nous n'étudions pas le mécanisme du régime parlementaire. Nous n'insistons pas non plus sur son organisation qui est suffisamment connue.

Ce qu'il importe de caractériser, c'est sa compétence, c'est-à-dire la forme spéciale de volition par laquelle il est chargé d'exprimer une représentation de la volonté générale.

D'après les développements fournis à l'article précédent sur la volonté implicite et sur la volonté explicite, nous sommes avertis que le pouvoir législatif est chargé d'exprimer des volontés explicites de la nation et même, comme il est immédiatement sous l'action du pouvoir électif, nous augurons qu'il doit être chargé d'explicitier les volontés implicites du suffrage universel, pour en tirer une représentation plus claire de la volonté générale.

Cette compétence d'explicitier se traduit en un caractère essentiel de forme qui fait du pouvoir législatif un pouvoir délibérant ; c'est, en effet, par la procédure de la délibération en assemblée, que le pouvoir en question fonctionne et exerce sa compétence.

De la sorte, la compétence d'explicitier s'identifie avec la compétence de délibérer, et l'on peut dire que la compé-

tence spéciale du Parlement est dans la délibération. Si, d'ailleurs, on avait besoin d'une preuve de l'exactitude de l'analyse, on la trouverait dans ce fait que les administrations locales, qui reproduisent au petit pied l'organisation de l'État, ont elles aussi un organe délibérant.

La délibération, qui a forcément pour organe une assemblée, car « délibérer est le fait de plusieurs », est une forme de la pensée collective très différente de la forme de pensée élective et en soi très supérieure. Elle est le procédé normal par lequel se manifestent, dans les affaires publiques, la réflexion, la raison et la sagesse. Délibérer, c'est instituer à plusieurs une discussion, et, par conséquent, une réflexion; par suite, c'est un moyen de prendre des décisions plus raisonnées que ne le sont les décisions du pouvoir électif qui, n'étant point précédées de cette discussion, sont plus impulsives<sup>1</sup>.

Ajoutons que, dans les États modernes, la délibération sur les affaires de l'État est confiée à un Parlement, c'est-à-dire à une assemblée de notables ou de principaux citoyens désignés par l'élection; c'est donc la sagesse et la raison des principaux citoyens qui, mise en œuvre par le procédé de la délibération, constitue la compétence du pouvoir délibérant ou législatif.

A la vérité, le Parlement ne se tient pas toujours dans les hautes régions de la pensée pure, il descend dans les régions inférieures de la politique; à tout le moins peut-on dire que ce sont des *opinions politiques* que la majorité cherche à faire triompher, et les opinions politiques ce sont encore des idées raisonnées.

Nous avons à examiner trois questions : 1<sup>o</sup> la nature des

1. D'après Aristote, « la loi est la raison dégagée de la passion » (*Politique*, l. III, ch. XI, § 4) et ce qui est vrai de la loi est vrai de la délibération.

opinions législatives des membres du Parlement; 2<sup>o</sup> le procédé de la délibération qui en institue une discussion raisonnée; 3<sup>o</sup> la nature des décisions prises par délibération.

I. *Nature des opinions législatives des membres du Parlement.* — On doit se représenter le Parlement comme étant un de ces organes de discussion destinés à élaborer les idées nouvelles que la vie oblige d'annexer peu à peu au bloc des idées incontestables (v. *supra*, p. 37). Par conséquent, les membres du Parlement possèdent d'abord, comme tous les citoyens, le bagage de la volonté générale; mais, en outre, comme ils font partie de l'élite sociale, ils sont accessibles à toutes les manifestations des volontés nationales particulières, pourvu que celles-ci aient pris la forme d'*opinions législatives*, c'est-à-dire, pourvu qu'elles soient devenues des courants d'opinion, non pas nécessairement dans le grand public, mais tout au moins dans le public spécial qui constitue le milieu parlementaire.

Il y a, en effet, grandement besoin de faire des distinctions analytiques dans l'immense domaine de l'opinion. Dicey a rendu le grand service de traiter la question des rapports de l'opinion avec le pouvoir législatif<sup>1</sup> et sa première constatation est qu'il y a des opinions spécialement législatives, sous l'influence desquelles délibèrent les Parlements. A la vérité, ces opinions spécialement législatives sont elles-mêmes des mélanges d'idées religieuses, philosophiques, politiques, économiques ou sociales; tel fut, par exemple, en Angleterre, le benthamisme, sur lequel il insiste; tel est actuellement, en France, le positivisme radical qui repose sur un *credo* complexe de doctrines scientifiques, laïques et révolutionnaires; mais ces mixtures se fixent en un précipité spécialement politique. Les opinions

1. *Law and opinion in England*, un vol. in-8<sup>o</sup>, 1905.

politiques et législatives constituent le programme des partis politiques et par conséquent sont une de leurs bases; il faut dire « une des bases », car les partis politiques en ont d'autres, par exemple les intérêts et aussi le tempérament individuel des gens. Il y a des conservateurs par tempérament, de même que des réformistes ou des radicaux. Mais, si le programme ne fait pas le parti, et si même, à de certains moments, on voit des partis existants, qui ne représentent plus qu'un syndicat d'intérêts, chercher leur programme, à tout le moins peut-on dire qu'un parti politique ne peut longtemps se passer d'un programme qui est pour lui une condition d'existence.

Par là, nous voyons que la matière des opinions spécialement législatives, considérées comme l'aliment propre du pouvoir délibérant, rejoint la matière de l'opinion publique, et nous nous rendons mieux compte de la force énorme que cette organisation recèle.

Mais, et c'est là le point le plus délicat du sujet, ces opinions que nous appelons législatives, ne sont-elles pas celles du corps électoral avant d'être celles du Parlement et, par suite, le pouvoir délibérant n'est-il pas inféodé au pouvoir électif au point de n'en être pas séparable?

Assurément, les opinions, les doctrines politiques, les programmes, jouent un rôle dans le fonctionnement du pouvoir électif, et, jusqu'à un certain point, on peut dire que les élections se font sur des programmes (jusqu'à un certain point seulement, parce que, dans bien des élections, on vote pour un homme plutôt que pour un programme).

Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est que l'initiative en matière d'opinion politique, bien loin d'émaner des milieux électoraux, émane au contraire des milieux parlementaires, et que les milieux électoraux sont à la remorque.

Un peu d'attention suffira pour se pénétrer de la jus-

tesse de cette observation. D'une part, c'est un fait que les idées et les opinions sont d'abord fabriquées par une élite et se propagent ensuite dans la masse; les idées, dans leur marche sociale, descendent et ne remontent pas. Or, le Parlement est dans la situation d'une élite : si tous ses membres n'ont pas une culture supérieure, il y a toujours dans son sein une minorité qui possède cette culture et qui l'impose aux collègues dans une large mesure; puis les parlementaires sont en contact continu, surtout dans la capitale, avec l'élite pensante de la nation; le Parlement devient donc, par la force des choses et par la seule interférence des courants d'idées qui s'y rencontrent, s'y heurtent et s'y entre-choquent, un foyer d'opinions. D'autre part, c'est encore un fait d'observation que les partis politiques organisés sont avant tout des partis parlementaires; ils peuvent avoir des ramifications électorales dans les provinces, mais la tête est à Paris dans les salles de rédaction des journaux parisiens et aussi dans les couloirs des Chambres; d'ailleurs, la fusion entre le personnel parlementaire et le personnel journalistique s'accroît de jour en jour. De telle sorte que la direction de l'opinion par le personnel parlementaire devient un fait de plus en plus évident.

Si donc il y avait fusion sur le terrain de l'opinion législative entre le pouvoir parlementaire et le pouvoir électoral, cette fusion serait au profit du pouvoir parlementaire, car c'est lui qui dirige la force de l'opinion. Mais l'opinion raisonnée n'est pas le ressort propre du pouvoir électif. Son ressort propre, ainsi que nous l'avons vu, est au contraire le sentiment et la passion.

II. *Le procédé de la délibération.* — Les opinions législatives sont jetées dans le creuset de la délibération pêle-mêle avec les préoccupations urgentes des besoins et, de temps à autre, il en sort une loi. Examinons en lui-

même le procédé de la délibération. Il se compose de deux éléments importants : la discussion en assemblée et le vote à la majorité des voix.

a) Ce qui frappe d'abord dans un Parlement, ce sont les *débats parlementaires* ; c'est le fait que, sur une mesure à prendre, toutes les opinions possibles pourront être produites à la tribune et être discutées publiquement ; c'est le fait qu'un Parlement est un théâtre solennel de réflexion et de pesée des idées. La publicité des débats parlementaires, quand elle a été introduite, a constitué un progrès énorme sur les pratiques de discussion secrète des affaires de gouvernement dans des conseils plus ou moins privés. Notons que ce sont bien des idées et des opinions qui sont confrontées dans les discussions parlementaires, et cela par la vertu même de la discussion qui exige des arguments. De là, le grand mérite de la délibération qui est de soustraire la décision à prendre à l'empire exclusif des instincts et des passions, pour la soumettre à la critique rationnelle des idées.

b) La discussion en assemblée est suivie d'un vote à la majorité des voix, parce qu'il faut bien aboutir et parce que d'ailleurs, en soi, la décision du Parlement, bien que constituant une représentation de la volonté générale, n'est qu'une volonté particulière et que, dès lors, il importe peu qu'elle soit prise à la simple majorité et non pas à l'unanimité. Nous savons seulement que les discussions ayant été publiques, la décision sera immédiatement versée dans l'opinion publique, par l'intermédiaire de laquelle elle pourra émouvoir la volonté générale, et que l'on présumera l'adhésion de celle-ci, si elle ne s'émeut pas.

Toutefois, le fait que la délibération est le résultat d'une opération majoritaire impose certaines conditions au sujet de la composition du Parlement, par exemple l'absence de

mandat impératif et aussi une certaine homogénéité dans l'assemblée et, par suite, dans le corps électoral qui l'a élue :

1<sup>o</sup> Pour que les membres de la minorité se trouvent liés par la décision prise par la majorité, il faut qu'eux-mêmes ne soient pas liés vis-à-vis de leurs commettants par un mandat impératif; s'ils étaient liés vis-à-vis de leurs commettants, ils ne pourraient accepter le vote majoritaire qu'au cas où leurs mandants leur auraient permis de laisser venir la question en discussion. L'assemblée ne serait pas maîtresse de son ordre du jour. Donc, ce qui fait que les assemblées délibérantes sont maîtresses de leur ordre du jour pour prendre des décisions à la majorité des voix, à la différence de ce qui se produit d'ordinaire dans les Congrès diplomatiques ou autres, c'est la non-existence du mandat impératif. Quand on observe que ce mandat serait la négation de l'autonomie des représentants, on doit observer aussi qu'il serait la négation de l'autonomie des Parlements.

2<sup>o</sup> Pour qu'il puisse se former, au sein d'une assemblée délibérante, une majorité et une minorité, l'une votant oui, l'autre votant non, et pour qu'il ne soit pas admis, par conséquent, plus de deux opinions sur une même question mise aux voix, il faut que l'assemblée soit très homogène. Si l'assemblée était très hétérogène, elle ne se plierait pas à cette procédure du vote par oui ou non; quelque simple que fût la question mise aux voix et quelque étendu que fût le droit d'amendement, il se produirait tellement d'opinions intermédiaires entre le non absolu et le oui absolu que, pratiquement, l'assemblée serait impuissante à aboutir.

Ces réflexions sont de nature à faire comprendre pourquoi les Parlements élus émanent presque toujours du suffrage dit universel ou suffrage individuel homogène, et pourquoi des Chambres législatives, élues sur la base de la

représentation des intérêts, sont difficiles à imaginer (v. *infra*, p. 141).

III. *Nature des décisions prises par le procédé de la délibération.* — On remarque, dans les études de droit administratif, que les assemblées délibérantes sont compétentes pour prendre des décisions de principe ou décisions générales, tandis que les organes exécutifs sont compétents pour prendre des décisions particulières (sauf cependant la matière des règlements de police <sup>1</sup>); cette indication est précieuse. Elle le devient encore plus si l'on ajoute que les décisions de principe prises par les assemblées délibérantes ne peuvent pas être ramenées à exécution par celles-ci. Sans doute, elles sont exécutoires, mais il appartient à l'organe exécutif de les exécuter. Ainsi en est-il des délibérations des conseils municipaux et des conseils généraux. Pour ce qui est du Parlement et en ce qui concerne les lois, il ne lui appartient même pas de les rendre exécutoires, car elles le deviennent par la promulgation du chef de l'État qui, à la vérité, est obligatoire. Ainsi, des décisions de principe qui ne peuvent pas être ramenées à exécution et qui même, parfois, ne peuvent pas être rendues exécutoires par l'assemblée délibérante elle-même, tel est le caractère essentiel des délibérations.

Il suit de là que les délibérations d'assemblées sont infiniment moins techniques que les décisions exécutoires de l'organe exécutif, même quand elles portent sur des objets d'administration; elles sont moins techniques, parce qu'elles sont plus près des principes et plus loin de l'exécution. Étant moins techniques, elles sont plus juridiques. D'elles on peut soutenir « qu'elles ne tendent qu'à agir sur des volontés ». Il ne serait pas faux de dire que, dans bien des

1. Cf. mon *Précis de Droit adm.*, 7<sup>e</sup> édit., p. 151.

cas, les assemblées délibérantes se bornent à tracer les règles de conduite que devra suivre l'organe exécutif pour l'exécution de telle ou telle opération. Le vote du budget notamment est, par un certain côté, un programme d'action tracé pour l'organe exécutif, qui sera ensuite exécuteur du budget pendant tout un exercice.

De là à penser que le pouvoir délibérant est spécialement adapté à l'élaboration des règles juridiques pures, il n'y a pas loin, et c'est pour cela que le pouvoir délibérant dans l'État a été chargé de l'élaboration des lois et est devenu le pouvoir législatif; mais n'oublions pas qu'il n'est devenu pouvoir législatif que parce qu'il était délibérant et que, tout ce qu'il donne aux lois, c'est sa compétence propre de délibération qui le lui fournit; par exemple, c'est sa compétence de pouvoir délibérant qui fait que les lois sont plus pénétrées de raison, plus proches aussi de la volonté générale, plus statutaires, que les règlements faits par le pouvoir exécutif.

Dans l'administration locale, quelque décentralisée qu'elle soit, les assemblées délibérantes n'ont pas le pouvoir législatif; si elles l'obtenaient, c'est que les circonscriptions locales seraient devenues des sortes d'États. Néanmoins, il y a lieu de remarquer une évolution récente qui tend à donner aux conseils généraux de départements et aux conseils municipaux la délibération de certains règlements (par exemple, pour l'organisation de l'assistance médicale à domicile ou pour les règlements sanitaires). Assurément, ces règlements-là ne sont pas des lois, mais, cependant, ils sont plus statutaires que des règlements faits uniquement par le pouvoir exécutif.

## ART. III. — Le Pouvoir exécutif.

I. La fonction du pouvoir exécutif consiste à gouverner et administrer en assurant l'exécution des lois.

Gouverner consiste à résoudre les questions nouvelles que pose la conduite d'un pays, soit dans l'ordre de la politique internationale, soit dans l'ordre de la politique intérieure; l'idée essentielle est que l'existence de la nation, considérée comme un tout organisé, est intéressée dans tous les problèmes nouveaux posés par les événements extérieurs ou intérieurs et que le gouvernement doit résoudre; comme, dans toutes ces occasions, le gouvernement prend des décisions dont le but est de sauvegarder l'unité de la nation, le résultat est qu'il aboutit à centraliser celle-ci. C'est à force d'être conduites et sauvées par leurs gouvernements que les nations se centralisent. Les mesures de gouvernement sont extrêmement variées : trouver la solution d'une grève des chemins de fer ou des services postaux, qui menace gravement les intérêts nationaux, est une mesure de gouvernement aussi bien que négocier un traité diplomatique. La fonction gouvernementale se caractérise par son but, qui est de veiller au salut de l'État.

Administrer, c'est assurer la marche des services publics régulièrement organisés, y compris les services de police. Il y a, entre le gouvernement et l'administration, la différence de ce qui est nouveau, imprévu, accidentel, avec ce qui est déjà vu, prévu et habituel. Les services administratifs parent aux besoins habituels du pays, le gouvernement aux besoins accidentels; l'administration représente la routine de la conduite, le gouvernement, les grandes affaires nouvelles.

Le pouvoir exécutif gouverne et administre *en assurant l'exécution des lois*. Cela présente une double signification :

d'abord, cela signifie que le pouvoir exécutif est assujéti à l'observation des lois dans toutes ses démarches, aussi bien quand il gouverne que quand il administre; il ne doit violer aucune loi, sous peine de donner ouverture au recours contentieux pour violation de la loi. Exception est faite seulement par la jurisprudence pour une certaine liste d'actes de gouvernement, très courte, contre lesquels le recours contentieux n'est pas recevable<sup>1</sup>.

Ensuite, cela signifie qu'il y a des lois que le pouvoir exécutif est chargé de faire appliquer en créant les moyens administratifs nécessaires, en faisant des règlements explicatifs et complémentaires, en envoyant des circulaires, en organisant les moyens d'exécution, soit avec les services déjà existants, soit avec des services nouveaux. Les efforts qu'a dû faire le Ministère du travail, pour organiser la mise en application de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes de 1910, sont un excellent exemple de cette tâche du pouvoir exécutif. Elle n'existerait pas si l'on ne faisait que des lois que les citoyens pussent appliquer eux-mêmes ou fussent disposés à appliquer; elle existe parce qu'on fait des lois que les citoyens ne peuvent pas appliquer eux-mêmes, des lois pour lesquelles il faut *un service de l'exploitation* et parce que le Parlement ne connaît pas de l'exécution des lois qu'il a votées.

II. L'organisation du pouvoir exécutif est essentiellement adaptée à la tâche gouvernementale, surtout dans les pays centralisés, où il y a des gouverneurs de province. Il existe dans tous les pays un organisme exécutif central composé du chef de l'État, des ministres et de conseils; mais le gouvernement exécutif s'étend beaucoup moins sur toute la nation et a beaucoup moins de force quand il n'existe pas, dans

1. Cf. mon *Précis de Droit admin.*, 7<sup>e</sup> édit., p. 75 et s.

les diverses régions du territoire, des gouverneurs ou des préfets qui soient sur place les représentants du pouvoir central. En France, c'est la création des intendants de province, au dix-septième siècle, qui a donné l'impulsion au grand développement du pouvoir exécutif. Les adversaires avertis de la centralisation savent qu'il faut s'attaquer aux préfets, qui sont les piliers du régime<sup>1</sup>. Aussi, dans la description de l'organisation du pouvoir exécutif en France, faut-il bien se garder d'omettre les préfets; il y a une organisation du pouvoir central (présidence, ministères, Conseil d'État) et une organisation du pouvoir régional (préfectures), et les préfets sont des organes représentatifs de la nation aussi bien que le chef de l'État ou les ministres, d'autant mieux qu'ils sont des autorités largement autonomes.

III. La compétence du pouvoir exécutif va nous retenir plus longtemps que ses fonctions ou son organisation; c'est une compétence *d'exécution* ou *d'opération*. Nous l'avons déjà annoncée en énumérant la gamme des compétences des trois pouvoirs: la volonté implicite du pouvoir électif, la volonté explicite ou délibérée du pouvoir législatif, enfin la volonté d'exécution ou d'opération du pouvoir exécutif.

Le pouvoir exécutif est donc pour procurer aux deux autres leur achèvement; il est très bien d'exprimer des désirs, très bien d'exprimer des volontés réfléchies, mais il est mieux encore d'arriver par soi-même à la réalisation de ses désirs et de ses volontés. Ce pouvoir de réalisation et d'opération, qui est indispensable à l'individu humain pour réaliser son autonomie, l'est aussi à la nation, du moins si celle-ci doit se conduire à la façon d'un individu autonome. Il ne faut pas se dissimuler, en effet, que le pou-

1. H. Chardon, *Le Pouvoir administratif*, 1911.

voir exécutif, considéré comme un pouvoir de réalisation et d'opération, présuppose la conception d'une nation individualisée, vivant dans une certaine mesure pour son propre compte, ce qui est tout simplement la donnée de la souveraineté. Dans une nation où les citoyens exécuteraient eux-mêmes spontanément toutes les lois, il n'y aurait pas place pour le pouvoir exécutif, parce qu'il n'y aurait pas de centralisation, et le résultat serait que la nation n'apparaîtrait pas comme souveraine. Mais il n'est pas de nation moderne, même la nation anglaise, où il n'apparaisse assez de pouvoir exécutif, au moins dans les relations extérieures et dans l'exécution des services de la défense nationale, pour que la nation soit individualisée et par conséquent souveraine<sup>1</sup>.

La compétence de réalisation ou d'opération du pouvoir exécutif se dédouble, par suite du dédoublement de la décision exécutoire et de la mesure d'exécution; il y a une compétence de décision exécutoire et une compétence d'exécution. Et, d'ailleurs, ce dédoublement se marque dans l'organisation, car il y a des organes ou des autorités chargés de prendre des décisions exécutoires et des agents d'exécution chargés des mesures d'exécution. Mais il ne faudrait pas croire que la mesure d'exécution ne fit pas partie de la compétence exécutive, au même titre que la décision exécutoire. Le principe est que l'organe exécutif fait exécuter ses décisions *par ses propres moyens*. Quand cette exécution consiste en la gestion d'un service public,

1. Parce que M. Duguit ne veut pas que l'État soit une personne morale, il ne veut pas que la nation soit individualisée et souveraine, et parce que la nation ne doit pas être individualisée et souveraine, il ne doit pas y avoir de pouvoir exécutif ni de fonction exécutive. Toutes ces propositions s'enchaînent très logiquement; malheureusement, c'est de la logique *a priori*, ce n'est pas de l'observation. (*Traité de Droit const.*, 1911, I, p. 288 et s.)

les innombrables agents du service fonctionnent sous l'autorité du ministre qui a pris la décision ; ils sont reliés à lui par la hiérarchie, *il en est responsable*, et les choses se passent comme s'il exécutait lui-même. Quand l'exécution consiste en une mesure de force appliquée par la voie administrative, la situation est la même.

D'ailleurs, le dédoublement de la décision exécutoire et de la mesure d'exécution est en partie artificiel ; si l'administration était organisée par le système des bureaux techniques, la décision et l'exécution y seraient confondues.

Sous le bénéfice de ces observations, nous pouvons concentrer notre attention sur la décision exécutoire, d'autant mieux qu'elle contient en germe les mesures d'exécution :

a) Une première observation s'impose. Le pouvoir exécutif a le monopole de la décision exécutoire ou de l'opération exécutoire, ou de la formule exécutoire. Sans lui, les deux autres pouvoirs ne peuvent rien réaliser. Le Parlement ne connaît pas de l'exécution des lois qu'il vote, c'est le pouvoir exécutif qui en connaît ; c'est lui, d'ailleurs, qui les rend exécutoires par la promulgation du chef de l'État. Le pouvoir électif non plus ne connaît pas de l'exécution de ses propres volontés ; c'est le pouvoir exécutif qui est chargé de faire l'opération de l'élection, laquelle devient ainsi une opération administrative, et d'en rendre exécutoires les résultats. Le pouvoir exécutif n'est donc point subordonné aux deux autres pouvoirs, il est, comme eux et autant qu'eux, un représentant autonome de la volonté générale.

b) La décision exécutoire, qui doit être ramenée à exécution, implique une compétence technique, car ce n'est que par des moyens techniques que les ordres donnés peuvent être exécutés et ces moyens techniques doivent être connus des autorités qui donnent les ordres ; à cet effet,

elles sont entourées de conseils techniques dont elles doivent prendre les avis. Supposons qu'il s'agisse de maintenir la tranquillité dans la rue et d'empêcher des attroupements : il faut, pour l'exécution des ordres donnés à cet effet, un personnel de police expérimenté, disposant de certaines armes, sachant employer une certaine tactique, donc possédant une certaine compétence technique, et les ordres donnés doivent d'avance être adaptés à ces moyens d'action, donc ils supposent aussi une compétence technique.

Donc le pouvoir exécutif, en même temps qu'il représente dans le gouvernement le pouvoir d'opération, par cela même, y représente aussi la compétence technique. Cela n'empêche pas la décision exécutoire d'être un acte juridique, mais c'est un acte à la fois juridique et technique<sup>1</sup>.

1. M. Duguit fait beaucoup d'efforts pour éliminer du pouvoir exécutif, qu'il appelle plutôt le pouvoir administratif, toute compétence technique et pour n'y voir que la compétence de faire des actes juridiques (*Traité de Droit constitutionnel*, 1911, t. I, p. 194 et s.). Cette attitude est liée à sa théorie générale sur la règle du droit et sur les actes juridiques, ou encore à cette vue *a priori* que le droit n'a pas à se préoccuper du but technique des actes, ce qui nous dispense de la discuter. Nous avons, en effet, posé en principe qu'il fallait aller du simple au composé. L'observation des faits constitutionnels est plus simple que l'observation des faits généraux du système juridique ou que l'observation des rapports du droit avec la technique.

Du point de vue des faits constitutionnels, la notion que nous donnons de la compétence du pouvoir exécutif — qui d'ailleurs n'est autre que la notion commune — nous paraît solidement assise.

D'ailleurs, les pouvoirs constitutionnels se résolvent en des attributions réglées par le droit; ouvrons la loi constitutionnelle pour voir si toutes ces attributions sont en elles-mêmes purement juridiques. Prenons dans la loi du 25 février 1875 les attributions du chef de l'État; nous y voyons, art. 3, § 3 : « Il dispose de la force armée. » On entend par là la conduite de la force armée pour laquelle il délègue, bien entendu, un généralissime et des chefs de corps, mais qui est bien, en soi, la conduite technique de l'armée. Même article, § 5 : « Il préside aux solennités nationales; les envoyés et les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités près de lui »; ce sont encore des occupations purement techniques. La loi du 16 juillet 1875, art. 6, dit qu'« il com-

IV. *Les rapports du Pouvoir exécutif avec la juridiction.* — Nous avons annoncé que le pouvoir juridictionnel n'était qu'une modalité ou une forme du pouvoir exécutif, et voici comment :

La grande difficulté du régime juridique, vers lequel tend l'État, est d'assurer la réalisation des droits. On a commencé par subordonner les activités techniques à des conditions juridiques; on a considéré les intérêts comme des droits; mais ensuite, il a fallu redescendre sur terre et réaliser les droits. Cela n'a pas été une tâche des plus commodes, parce que cette réalisation des droits provoque des conflits qui doivent eux-mêmes être résolus juridiquement. L'instrument spécialement adapté à la solution juridique des conflits est le juge; mais à quel moment de la réalisation des droits doit être employé le juge? C'est une grosse question. On peut ne l'employer qu'*a posteriori*, après que le droit aura été réalisé jusqu'au bout par le demandeur, d'une façon extrajudiciaire, pour arbitrer la réparation du dommage causé par cette action juridique directe, dans le cas où elle aurait été injuste. On peut l'employer par mesure préventive, lui demander de vérifier au préalable le droit qui veut se réaliser, et d'en ordonner lui-même la réalisation.

Le premier procédé constitue la voie exécutive proprement dite, ou voie de police, ou voie d'action directe; le

munique avec les Chambres par des messages qui sont lus à la tribune par un ministre ». La pratique constitutionnelle est, en outre, qu'il travaille avec les ministres en Conseil des ministres; autant de démarches qui ne sont pas juridiques, qui sont purement techniques. Là le caractère technique apparaît seul. Dans d'autres attributions, il est mélangé au caractère juridique. Ainsi, quand le président de la République négocie les traités (loi du 16 juillet 1875, art. 8), il participe sans doute à un acte juridique qui se prépare, mais la négociation diplomatique est, en soi, technique.

second, la voie juridictionnelle. Mais on voit que les deux procédés comportent l'emploi du juge, et qu'au fond, le juge n'est qu'un incident de la procédure d'exécution des droits.

Là est l'idée fondamentale. La juridiction n'a pas un rôle original à jouer, elle n'est qu'un moyen au service de l'exécution des droits. La fonction juridictionnelle, si l'on tient à employer ce vocable, n'est pas une fonction originale de l'État; elle est une modalité de la fonction d'assurer l'exécution des droits. Par conséquent, le pouvoir exécutif ne s'oppose pas au pouvoir juridictionnel; au contraire, le pouvoir exécutif contient et implique le pouvoir juridictionnel.

Ce qui fait illusion, c'est que, dans notre droit public français, une séparation constitutionnelle a été établie entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire; mais ce n'est pas autre chose que la séparation entre les deux manières de procéder dont nous parlons plus haut : celle qui consiste à ne saisir le juge qu'*a posteriori* et celle qui consiste à le saisir d'une façon préalable à la réalisation des droits. Les juges qui constituent l'autorité judiciaire sont saisis d'une façon préventive et préalable à la réalisation des droits, et cet état de choses constitue le droit commun de la vie privée. Les juges qui relèvent de l'autorité administrative sont saisis *a posteriori*, lorsque l'administration a déjà réalisé ses droits par la voie d'action directe, et cet état de choses constitue le droit commun de la vie publique. Ce qu'on a voulu séparer constitutionnellement, ce sont donc les procédés de réalisation des droits dans la vie publique et dans la vie privée, et ce pour mieux assurer l'indépendance de la vie publique.

Ce qui prouve bien que le pouvoir exécutif implique le pouvoir juridictionnel ou inversement, c'est que l'autorité

administrative, séparée à la Révolution de l'autorité judiciaire, a enfanté la juridiction administrative; c'est encore que l'action directe administrative a eu la plus grande peine à se distinguer de cette juridiction administrative. La doctrine du ministre-juge, qui a régné pendant les soixante premières années du dix-neuvième siècle, n'était pas autre chose que la confusion de l'action directe administrative et de la juridiction. Et si, depuis 1860, la doctrine de la décision exécutoire a dégagé la notion de l'action directe administrative, et si la juridiction s'est cantonnée dans le Conseil d'État, cela ne présage pas un recul de l'élément de juridiction; cela présage peut-être bien, tout au contraire, la domination future du juge administratif sur l'administration active.

Si donc le pouvoir exécutif se dédouble en un élément d'action juridique directe et un élément de juridiction, rien ne garantit qu'à un moment, quelconque de l'avenir l'élément de la juridiction ne sera pas à la tête du dit pouvoir, à la place de l'autorité administrative. Qu'un tribunal suprême puisse jamais tenir la place du chef de l'État, cela paraîtra surprenant; mais on pourrait faire des suppositions plus invraisemblables, surtout si l'organisation du pays devenait très décentralisée ou très fédérale. Ce ne serait pas la première fois que l'on verrait des groupements sociaux gouvernés par des juges. D'ailleurs, de ces vues d'avenir plus ou moins problématiques, nous ne voulons retenir que ce qu'elles révèlent sur l'état actuel des choses, c'est-à-dire sur le lien indissoluble qui unit, dans le pouvoir exécutif, la forme d'action directe et la forme juridictionnelle <sup>1</sup>.

1. Je n'ai pas besoin de dire que, dans ces propositions relatives aux rapports du pouvoir exécutif et de la juridiction, je ne m'appuie point sur l'autorité de Montesquieu, dont la pensée sur ce point est sujette à

§ 3. — *La force publique et spécialement la force armée.*

La force publique est un élément incontestable de la souveraineté, car c'est elle qui permet la réalisation des décisions par la contrainte, aussi bien dans la vie nationale de l'État que dans sa vie internationale, et, sans ce pouvoir de contrainte, la souveraineté ne serait qu'une puissance théorique, elle ne serait pas une puissance de fait.

« La force publique, considérée d'une manière générale, est la réunion des forces de tous les citoyens. » (D. des 6-12 décembre 1790.) Elle est la réunion de toutes les forces, comme la volonté générale est la réunion de toutes les volontés.

La force armée est une organisation extraite de la force publique, destinée essentiellement à agir contre les ennemis du dehors, mais qui peut, cependant, être employée à assurer la paix à l'intérieur.

Nous n'avons pas à nous étendre longuement sur la force armée, car elle a été mise hors de la vie constitutionnelle par un aménagement du régime d'État qui s'appelle *l'institution du régime civil*. Elle ne compte pas parmi les pouvoirs de gouvernement, tout en étant à leur disposition; elle est une grande force, elle n'est pas un pouvoir, parce qu'elle ne peut pas se mettre en mouvement d'elle-même et qu'elle est *essentiellement obéissante*.

Nous avons raconté l'institution du régime civil dans nos *Principes de Droit public* (ch. ix, pp. 369 et suiv.); c'est une longue histoire, que nous résumerons de la manière suivante : Le premier effort à faire était de consti-

beaucoup de discussions; je m'appuie uniquement sur l'histoire du contentieux.

tuer une société civile dont les membres cesseraient d'être obligés de pourvoir eux-mêmes constamment à leur propre défense, parce qu'un gouvernement se chargerait de ce soin avec une force armée organisée. Dans cette première période, la nation jouit du régime civil, mais le gouvernement et la force armée sont confondus. Autrement dit, le gouvernement est militaire; il y a régime civil pour la nation, il n'y a pas encore régime civil pour le gouvernement.

Un second effort a pour but d'étendre le régime civil au gouvernement lui-même, c'est-à-dire de séparer les pouvoirs de décision et d'exécution technique du pouvoir de contrainte. Le problème est extrêmement délicat. La force armée organisée va être la plus grande force matérielle et le plus grand pouvoir social, d'autant que les simples citoyens, déshabitués du métier des armes, seront incapables de lui résister en cas de conflit. Il s'agit d'user de ruse. D'abord, il ne faut pas que la force armée ait le gouvernement de la société civile, ce gouvernement doit être civil. Ensuite, il faut que la force armée soit à la disposition du gouvernement civil, qu'elle lui soit subordonnée et obéissante, que celui-ci dispose librement de son emploi. Deux procédés ont été employés; ils peuvent, d'ailleurs, dans une certaine mesure, être cumulés.

Il y a le procédé du cantonnement territorial du pouvoir militaire, c'est-à-dire la distinction d'un territoire militaire et d'un territoire civil; ce procédé fut employé par la République romaine. C'est le système de *l'imperium militiæ* et de *l'imperium domi* si bien analysé par Mommsen (*Droit public romain*, t. I); mais c'est aussi bien le système moderne des territoires militaires dans certaines possessions d'outre-mer et du territoire civil dans la métropole et même dans les colonies proprement dites. Dans le terri-

toire militaire, le gouvernement est militaire, le consul a le droit de vie et de mort, les lois sont suspendues et l'on est soumis au régime du décret. Dans le territoire civil, le gouvernement est civil, le consul dépose la hache et ne garde que le faisceau de verges, il n'a plus le droit de vie et de mort, les lois reprennent leur empire.

Il y a aussi le procédé du cantonnement juridique du pouvoir militaire, où les deux pouvoirs coexistent sur le même territoire, mais où les attributions sont soigneusement réglées; c'est celui qu'ont employé les États modernes sur leurs territoires métropolitains. Il semble qu'ils aient pu le faire grâce à une lente éducation des peuples, grâce à la longue expérience des maux qu'entraîna, pendant la période féodale, la confusion des deux pouvoirs aux mains des seigneurs, grâce enfin à ce que la lutte séculaire du gouvernement civil contre le pouvoir militaire et la subordination finale de celui-ci apparaissent comme un aspect de la lutte du pouvoir royal contre la féodalité, de telle sorte que le triomphe de la royauté fut le triomphe du gouvernement civil.

Cependant, au déclin de la féodalité, le pouvoir royal eut beaucoup à faire pour maintenir l'obéissance dans sa propre armée. Sans doute, le principe de la solde est posé, et la solde a cet effet important qu'elle pousse à la paix, parce que le militaire gagne sa vie aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre<sup>1</sup>. Mais, pour que le gouvernement devienne véritablement civil et se débarrasse complètement du militaire, il faut encore un triple effort : il faut que l'armée soit soumise au contrôle du pouvoir civil, représenté par le ministre de la guerre, il faut que les provinces aient des gouverneurs civils, et il faut que le roi, quoique

1. Sauf, cependant, la question du butin.

chef théorique de l'armée, ne paraisse plus à la guerre.

Ce triple effort va être accompli au courant du dix-septième siècle. Louis XIV assiste encore à quelques spectacles militaires, au passage du Rhin, à quelques sièges, mais il ne dirige pas et ne se bat pas; ses successeurs n'iront même plus aux armées. Dans les provinces, les gouverneurs militaires sont supplantés par les intendants qui vont développer la matière de l'administration civile. Enfin Le Tellier, puis Louvois, vont créer le contrôle et l'administration civile de l'armée.

Ainsi, depuis la fin du dix-septième siècle, l'armée monarchique réorganisée réalise le type de la force publique *subordonnée et obéissante*. La Révolution de 1789 trouvera sur ce point l'œuvre accomplie et n'aura qu'à en consacrer le principe dans les lois<sup>1</sup>. Si nous cherchons à analyser les règles de détail par lesquelles le principe se trouve actuellement organisé, nous trouvons les suivantes :

1<sup>o</sup> Le personnel de l'armée est soigneusement séparé du personnel de la vie civile. Tous les membres de l'armée, officiers et soldats, sont recrutés par des procédés organisés par la loi; leur profession est incompatible avec toute fonction civile. Quand ils sont présents au corps, ils sont soustraits à la vie civile par l'obligation du port de l'uniforme, par l'assujettissement à la discipline militaire et à la juridiction du conseil de guerre, par l'interdiction de prendre part aux opérations électorales, par l'inéligibilité à toutes les fonctions électives.

2<sup>o</sup> Le chef de l'État, chef du gouvernement civil, a la direction de la force armée, au point de vue de l'administration et du contrôle, mais il n'exerce pas en personne le

1. C. 3 sept. 1791, Décl., art. 12 et 13; C. 24 juin 1793, art. 112; C. 5 fructidor an III, art. 25.

commandement militaire, le commandement est délégué à un généralissime.

3<sup>o</sup> La force armée est administrée en régie et contrôlée par le pouvoir civil d'une manière constante; le recrutement de l'armée, en ce qui concerne les soldats, est opéré directement par le pouvoir civil, il donne lieu aux opérations annuelles du recrutement et de la revision, qui sont dirigées par le personnel préfectoral; le recrutement des officiers est également opéré directement par le pouvoir civil, et la carrière des officiers est organisée de façon à ce qu'ils aient droit à un grade, mais non pas au commandement des troupes; le principe de la solde est soigneusement maintenu, aussi bien pour les soldats que pour les officiers; l'armée est nourrie et entretenue en régie aux frais directs du trésor public.

4<sup>o</sup> La séparation étant ainsi assurée, la subordination l'est dans des conditions de sécurité pour le pouvoir civil et de dignité pour l'armée, grâce au principe de la réquisition écrite. D'une part, l'armée ne se met jamais en mouvement d'elle-même. D'autre part, si elle est mue par le pouvoir civil, ce n'est que par réquisition écrite d'autorités ayant qualité à cet effet, et que les lois et règlements énumèrent. Notons que, parmi les autorités ayant le droit de réquisition de la force armée, il y a des représentants des trois pouvoirs de gouvernement : des autorités exécutives, comme le chef de l'État et les préfets; des autorités législatives, comme le président de la Chambre des députés et du Sénat; des autorités électorales, comme les présidents des bureaux de vote.

5<sup>o</sup> Enfin, ultime précaution, l'armée est nationale, elle n'est pas composée de soldats mercenaires et de métier, elle est composée de citoyens soumis à la conscription, et le service militaire est obligatoire pour tous. Sans doute,

cette organisation a été imposée par les nécessités de la défense militaire, mais il se trouve qu'elle constitue une sauvegarde constitutionnelle, car une armée nationale ne se prêterait pas aux coups de force contre le gouvernement et la constitution, comme une armée de métier aurait pu s'y prêter.

Observons que l'armée est nationale, mais qu'elle ne constitue pas une « garde nationale », c'est-à-dire qu'elle n'est pas organisée sur les mêmes principes d'autorité consentie que la société civile. Dans l'armée, l'autorité des chefs n'est pas consentie par les soldats, les chefs leur sont imposés, ils ne sont pas électifs; dans la garde nationale, qui est à l'image de la société civile, l'autorité des chefs est consentie par les soldats parce que les chefs sont élus. Ce sont les nécessités de la défense nationale qui exigent, chez nous, le maintien dans l'armée de la discipline imposée; il ne paraît pas, d'ailleurs, que cela présente d'inconvénients pour la liberté politique, et cela aurait bien plutôt l'avantage d'habituer les citoyens à un minimum de discipline.

---

## SECTION II.

## L'unité de la Souveraineté nationale.

§ 1<sup>er</sup>. — *Des difficultés qui naissent, pour la réalisation de l'unité de la souveraineté nationale, du fait du gouvernement représentatif.*

## ARTICLE I. — Le fait du gouvernement représentatif.

L'analyse nous a révélé dans la souveraineté nationale des éléments divers; l'unité de la souveraineté ne peut être retrouvée que par la convergence de ces éléments dans une action commune, c'est-à-dire par le procédé de la composition des forces; mais il faut se rendre compte des conditions pratiques dans lesquelles se présente cette composition des forces et des difficultés qu'elle rencontre.

D'abord, il convient d'éliminer la force armée; étant essentiellement subordonnée et obéissante, elle suivra l'impulsion des autres forces; le problème n'a d'intérêt que pour les éléments de la souveraineté qui possèdent de l'autonomie, savoir la volonté générale de la nation et la volonté nationale commandante composée organiquement de ses trois pouvoirs gouvernementaux : volonté électorale, volonté législative, volonté exécutive.

Le problème serait aisé à résoudre si la volonté nationale commandante n'était pas une unité composite; alors il n'y aurait à combiner, en vue d'une composition des forces, que les deux éléments simples de la volonté générale passive et sujette, et de la volonté nationale active et commandante; la volonté nationale commandante déciderait les mesures de gouvernement et la volonté générale serait invitée à y adhérer.

Malheureusement, les choses ne sont pas aussi simples parce que la volonté nationale commandante n'a qu'une unité composite et organisée qui ne se réalise et ne peut se réaliser elle-même que par une première composition des forces reposant sur le phénomène de la représentation : c'est-à-dire, qu'il faut que, par un procédé quelconque, chacun des pouvoirs organiques dont elle est composée, agissant dans sa sphère, soit constitué représentant de la volonté générale, se fasse une représentation mentale de cette volonté générale et que cette triple représentation converge en vue de réaliser l'unité.

Cela vient compliquer terriblement le problème de l'unité de la souveraineté, car, bien entendu, il s'est produit des opinions erronées.

D'une part, on n'a pas compris tout de suite que les pouvoirs de gouvernement ne pouvaient être que des représentants de la volonté générale; on a cru à la possibilité du gouvernement direct de cette volonté générale par le moyen du suffrage.

D'autre part, là où les pouvoirs de gouvernement ont apparu comme des représentants de la volonté générale, on n'a pas compris tout de suite que l'unité de leur action devait être cherchée, par la méthode de la composition des forces, dans la convergence des représentations qu'ils se feraient de la volonté générale; on a cherché obstinément à expliquer leur unité d'action par une impulsion initiale donnée à chacun d'eux par un pouvoir unique.

a) Dans la réalité des choses, le prétendu gouvernement direct de la volonté nationale par le suffrage, que l'on oppose au gouvernement représentatif, n'a jamais été un gouvernement direct de la volonté générale; il a été une organisation représentative du premier degré à laquelle, avec le temps, est venue se superposer une organisation repré-

sentative du second degré, car les électeurs sont déjà des *représentants de la nation*<sup>1</sup>.

Au dix-huitième siècle, la question du gouvernement représentatif a été posée à propos du pouvoir législatif, quand on s'est avisé de comparer les Parlements des États modernes aux comices populaires des États antiques. Des auteurs, comme Rousseau, établirent entre les deux organisations législatives une opposition qui reposait sur une erreur d'observation. Ils crurent que les comices des États antiques pouvaient être confondus avec la nation; ils négligèrent d'observer qu'il y avait là une organisation politique en vue du vote, que les comices par curies étaient une organisation aristocratique, les comices par tribus, une organisation plébéienne et que, par conséquent, ces assemblées, ne contenant pas tout le peuple, étaient déjà une simple représentation du peuple. Ils s'imaginèrent que la députation aux Parlements modernes introduisait le principe de la représentation, tandis qu'elle ne faisait que superposer une représentation du second degré à une représentation du premier degré. L'assemblée des électeurs, qui ne comprend point toute la nation, n'est qu'un organe représentatif du premier degré qui élit le Parlement, organe représentatif du second degré<sup>2</sup>.

1. C'est l'idée que M. Esmein exprime autrement quand il dit à la page 252 de ses *Élém. de Droit constit.*, 5<sup>e</sup> édit. : « La nation, en qui réside la souveraineté, étant non pas une personne réelle, mais une collectivité d'individus, ne peut avoir par elle-même de volonté », et à la page 300 : « Les citoyens actuellement existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice; *ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la souveraineté nationale.* »

2. Rousseau s'éleva contre le gouvernement représentatif sous le prétexte théorique que la volonté générale ne peut pas être aliénée, que le souverain qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même, que le pouvoir peut bien se transmettre, mais non la volonté

Le même phénomène qui s'est produit dans l'État, s'est produit aussi dans les communes. Au Moyen âge, dans bien des régions, les communes étaient administrées par une assemblée générale des habitants, puis s'est développé le système d'un conseil municipal élu par l'assemblée des habitants. Le second système est représentatif au second degré, mais le premier système était représentatif au premier degré, car l'assemblée générale des habitants, quelque complète qu'on la suppose, ne reproduisait pas la volonté commune de tous les habitants; elle ne pouvait reproduire qu'une volonté organisée, par conséquent faussée et dénaturée par l'organisation, une simple représentation de la volonté commune.

Ainsi, dans le régime de la souveraineté nationale, le gouvernement représentatif est une nécessité, parce que la volonté générale ne peut agir que si elle est organisée pour l'action et que ses organes d'action, la déformant nécessairement, n'en reproduisent fatalement que des représentations.

b) D'autre part, une fois admis que les pouvoirs de gouvernement ne sont que des représentants de la volonté générale de la nation, comment sera expliquée leur unité d'action?

Nous savons déjà, quant à nous, qu'elle ne peut l'être que par la méthode de la composition des forces, qu'il ne

(*Contrat social*, liv. II, chap. i. Cf. Declareuil, *Des critiques touchant les régimes représentatif et parlementaire dans les Œuvres politiques de Rousseau*, Recueil de législation de Toulouse, 1910, p. 1 et suiv.).

Les autres publicistes du dix-huitième siècle l'admirent comme un fait (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. II, ch. 11, liv. XI, ch. v1; de Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, liv. II, ch. v, t. I, p. 241 et suiv; Sieyès, *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 592 : *Réimpression de l'ancien Moniteur*, t. XXV, p. 292. — Cf. Esmein, *Éléments de Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> édit., p. 347 et suiv.

faut point chercher l'explication dans un phénomène d'impulsion initiale, mais bien dans un phénomène de tendance et de convergence. Seulement ce n'est point là l'idée qui s'est présentée d'abord aux esprits. Une première théorie politique s'est organisée qui a prétendu obtenir l'unité de la souveraineté nationale en rangeant les pouvoirs de gouvernement sous la direction d'une volonté nationale commandante qui serait préexistante à ces pouvoirs, elle s'appelle théorie de *la délégation de la souveraineté*.

En regard, une autre théorie s'est organisée qui est celle du *gouvernement représentatif autonome*. Celle-ci, au contraire, tient compte du fait que la volonté nationale commandante n'a pas une réalité propre et préexistante qui lui permette de subsister à côté et au-dessus de ses pouvoirs organiques; elle accepte que les pouvoirs organiques soient autonomes et que, par conséquent, ils ne reçoivent point leur compétence par délégation; ce qu'elle place au-dessus des pouvoirs de gouvernement autonomes, qui s'efforcent de la réaliser par des représentations convergentes et de réaliser en elle leur unité, c'est la volonté générale de la nation conçue uniquement comme une volonté passive, comme un pouvoir d'acceptation et de ratification.

Nous allons examiner successivement les deux théories, la première pour la combattre, la seconde pour la justifier.

#### ART. II. — Théorie de la délégation de la souveraineté<sup>1</sup>.

Cette théorie a été classique en France depuis la Révolution<sup>2</sup>. Chose surprenante, grâce à la donnée élastique

1. Cf. E. Pujol, *Essai critique sur l'idée de délégation de la souveraineté*, Toulouse, 1911.

2. Elle est suffisamment inscrite dans les textes :

Voici d'abord la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, arti-

d'un mandat électif tellement large qu'il ne contient plus aucune transmission de pouvoirs, elle s'est conciliée dans la pratique avec le fait du gouvernement représentatif au-

cles 1<sup>er</sup> à 5 : « Art. 1<sup>er</sup>. La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. *Elle appartient à la nation* ; aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. — 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. — Art. 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. — Art. 4. Le gouvernement est monarchique : le pouvoir exécutif est *délégué* au roi pour être exercé, sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après. — Art. 5. Le pouvoir judiciaire est *délégué* à des juges élus à temps par le peuple. »

La délégation de la souveraineté n'apparaît pas dans les constitutions de 1793 et de l'an III qui admettaient le *referendum*. La Constitution du 24 février 1793, art. 9, dit seulement du peuple souverain que « il délègue à *des électeurs* le choix des administrateurs, des arbitres publics, des juges criminels et de cassation », ce sont des électeurs du second degré ; mais il n'est pas question de délégation pour le Corps législatif qui n'avait que la proposition des lois. Dans la Constitution de l'an III, art. 132, l'idée de délégation reparaît appliquée au pouvoir exécutif : « Le pouvoir exécutif est *délégué* à un Directoire de cinq membres, nommé par le Corps législatif, faisant alors les fonctions d'assemblée électorale au nom de la nation. »

Rien du tout dans la Constitution du 22 frimaire an VIII. Acte additionnel du 22 août 1815, art. 67 : « Le peuple français déclare que dans *la délégation* qu'il a fait et qu'il fait de ses pouvoirs, il n'a pas entendu et n'entend pas donner le droit de proposer le rétablissement des Bourbons, etc. » Projet de constitution voté par la Chambre des représentants, le 5 juillet 1815, art. 1<sup>er</sup> : « Tous les pouvoirs *émanent* du peuple : la souveraineté du peuple se compose de la réunion des droits de tous les citoyens. » La Charte de 1830 aussi bien que celle de 1814 évite l'idée de délégation ; la Constitution du 4 novembre 1848, art. 18, dit : « Tous les pouvoirs publics, quels qu'ils soient, émanent du peuple. — Art. 20. Le peuple français *délègue* le pouvoir législatif à une assemblée unique. — Art. 43. Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de Président de la République. » Résolution du 17 février 1871 : « L'Assemblée nationale *dépositaire* de l'autorité souveraine... M. Thiers est nommé chef du pouvoir exécutif. » La Constitution

tonome, que les nécessités politiques ont fini par imposer. Elle a cependant encore des conséquences fâcheuses qui rendent utile de la réfuter.

La théorie distingue entre la nation et ses organes représentatifs, mais il faut observer tout de suite qu'elle identifie la nation avec le corps électoral, ce qui a été l'erreur initiale de Rousseau. Il ne subsiste donc comme organes représentatifs que l'organe législatif et l'exécutif.

du 31 août 1871 : « L'Assemblée nationale, considérant qu'elle a le droit d'user du pouvoir constituant, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie... — Art. 1<sup>er</sup>. Le chef du pouvoir exécutif prendra le titre de Président de la République française et continuera d'exercer les fonctions qui lui ont été *déléguées* par le décret du 17 février 1871. »

Art. 7, Constitution du 24 juin 1793 : « Chaque député appartient à la nation entière. » — Art. 29, *Id.* « L'universalité des citoyens français est le souverain. » L. 5 fructidor an III, art. 2 : « Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français. »

Et universalité des citoyens signifie universalité des individus contenus dans la nation. Rappelons-nous la salutation révolutionnaire obligatoirement adressée à chaque personne : « Citoyen, citoyenne. » L'identification du peuple et du souverain résulte encore de l'arrêté des consuls du 20 floréal an X, portant que le peuple français sera consulté sur cette question : « Napoléon Bonaparte sera-t-il consul à vie ? » et du sénatus-consulte du 14 thermidor an X, portant, art. 1<sup>er</sup> : « Le peuple français nomme et le Sénat proclame Napoléon Bonaparte, premier consul à vie. » Sénatus-consulte 28 floréal an XII et sénatus-consulte 15 brumaire an XIII : « *Le peuple français* veut l'hérédité de la dignité impériale. »

Identité de la nation, du peuple, de la patrie, dans le décret conservateur du 3 avril 1814 prononçant la déchéance de Napoléon.

Projet de constitution du 6 avril 1814, art. 2 : « Le peuple français appelle librement au trône, etc. »

Constitution du 4 novembre 1848, art. 1<sup>er</sup> : « La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français. »

Constitution du 14 janvier 1852 : « Considérant que le peuple français a été appelé à se prononcer sur la résolution suivante : « *Le peuple veut* le maintien de l'autorité de Louis-Napoléon Bonaparte, etc. »

Décret impérial du 2 décembre 1852 : « Le peuple *veut* le rétablissement de la dignité impériale, etc. »

Constitution sénatus-consulte du 21 mai 1870 : « L'empereur est responsable devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel. »

Étant donné ce point de départ, elle se résume dans les propositions suivantes :

1<sup>o</sup> La volonté nationale commandante réside dans la nation identifiée avec le corps électoral; elle contient en puissance le pouvoir législatif et l'exécutif;

2<sup>o</sup> La nation est obligée de déléguer l'exercice de ces pouvoirs à des représentants qu'elle nomme;

3<sup>o</sup> Cette délégation s'analyse en un mandat avec transmission de pouvoirs, de telle sorte que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne sont pas autonomes, ils sont commis et ainsi ils réalisent leur unité d'action par l'unité d'impulsion.

En regard de ces propositions et pour les contredire, nous affirmons les propositions suivantes :

1<sup>o</sup> La volonté nationale commandante réside dans l'ensemble des organes de la nation, non pas seulement dans le corps électoral, qui ne se confond pas avec la nation et qui n'est lui-même qu'un représentant au premier degré de la nation<sup>1</sup>;

2<sup>o</sup> Ce n'est pas la nation qui nomme les représentants qui vont constituer l'organe législatif et l'organe exécutif, c'est le corps électoral, qui n'est lui-même qu'un représentant de la nation;

3<sup>o</sup> En nommant les représentants destinés à constituer l'organe législatif et l'exécutif, le corps électoral ne leur transmet pas de pouvoirs; par conséquent, ces représentants sont autonomes, et leur unité d'action n'est réalisée que par la convergence volontaire des représentations qu'ils se font de la volonté générale.

1. Les textes constitutionnels sont très contraires à l'idée de faire résider la souveraineté dans le corps électoral, ils la font résider très correctement dans l'ensemble du peuple.

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de revenir sur les deux premières propositions. Tous nos développements antérieurs ont tendu à démontrer que le corps électoral ne se confond pas avec la nation, qu'il n'est qu'un représentant de celle-ci et un organe de gouvernement. Nous ne pourrions que nous répéter et la répétition n'ajouterait aucune force à nos démonstrations. Elles s'imposent par l'exactitude de l'analyse.

Au reste, pratiquement, la troisième proposition présente seule de l'importance. Il est incontestable que le corps électoral nomme les représentants qui vont constituer l'organe législatif, lesquels nomment à leur tour ceux qui vont constituer l'organe exécutif. Il les nomme *au nom de la nation*. La question est de savoir s'il leur transmet ou non des pouvoirs et, par conséquent, si l'unité d'action est obtenue par impulsion initiale.

Notons que la question de la transmission des pouvoirs n'est pas la même que celle de l'action politique que le corps électoral peut exercer sur le Parlement; il n'est pas douteux que cette action politique ou cette pression du corps électoral n'existe; mais exercer une pression sur le Parlement, ce n'est pas la même chose que transmettre des pouvoirs au Parlement.

D'après la doctrine classique, la délégation s'analyserait en un mandat avec transmission de pouvoirs : mais quel mandat?

Laissons de côté la question de la délégation *législative* que nous retrouverons à l'article suivant : la plupart des attributions des organes constitutionnels sont établies à l'avance par la loi, nous verrons plus loin que ces règles statutaires ne cachent pas le moins du monde un mandat, mais simplement un phénomène de consécration d'institutions. Ne nous occupons que de la délégation *actuelle* qui

serait censée donnée aux représentants élus dans l'opération des élections, par conséquent, ne nous occupons que du prétendu mandat électif. Quels sont les caractères de ce mandat ?

Ici, flottement et bifurcation parmi les partisans de la théorie, provenant de la contradiction qu'il y a entre la donnée de la délégation de la souveraineté et le fait du gouvernement représentatif.

Ceux qui n'admettent que la logique de la délégation voient dans le mandat électif un mandat impératif sur un programme déterminé et, par conséquent, une transmission de pouvoirs. Ceux-là sont conséquents avec eux-mêmes ; malheureusement, ils se heurtent à des impossibilités pratiques. Ce n'est pas, comme on l'a dit, que le mandat impératif soit incompatible avec l'idée de la délégation conférée au nom de la nation entière, et nous ferait rétrograder vers la procuration donnée par un collège électoral particulier ; après tout, de même que le collège électoral aurait conféré le mandat au nom de la nation entière, il pourrait le retirer au nom de la nation entière. La véritable impossibilité est qu'on ne peut concilier le mandat impératif des députés avec l'autonomie du Parlement, et notamment avec cette règle fondamentale que les Chambres sont maîtresses de leur ordre du jour ; c'est que le mandat impératif ne peut être concilié qu'avec le régime des congrès (*v. supra*, p. 68).

Ceux qui veulent tenir compte des faits, de l'autonomie du Parlement et de celle du pouvoir exécutif, sont plus sages, mais, en conservant l'idée de la délégation, ils sont inconséquents, car ils ne savent plus quoi mettre dans le mandat électif. Ils en font un mandat tellement général, tellement sans responsabilité et tellement sans transmission de pouvoirs, que ce mandat n'est plus qu'une forme vide

et que la figure juridique de la délégation reste impossible à déterminer<sup>1</sup>.

Et malgré tout, même sous cette forme atténuée, la doctrine de la délégation de la souveraineté produit des effets fâcheux, parce qu'elle constitue une mauvaise orientation politique.

Dans les réalités de la politique, il est certain que la volonté de la majorité du corps électoral a été trop souvent prise pour la volonté de la nation et que, sous ce prétexte, des mesures ont été décidées contre lesquelles la volonté générale a protesté sans s'y être ralliée jamais ; à tel point que l'opinion publique a fini par se soulever contre le corps électoral, tel qu'il est organisé, et par demander une nouvelle organisation du suffrage. C'est la meilleure preuve que la volonté électorale ne se confond pas avec la volonté générale ; si elle se confondait avec elle, jamais l'organisation du suffrage ne serait changée sous la pression de l'opinion publique ; l'opinion publique ne déborderait pas l'opinion électorale, tandis que visiblement elle la déborde.

D'autre part, il est certain que la doctrine de la délégation est responsable de la lente désorganisation du gouvernement et de l'affaiblissement graduel du principe d'autorité ; ce n'est pas impunément que, pendant un siècle, on vit sur ces idées que le gouvernement n'est rien par lui-même, qu'il n'est qu'un commis, que la volonté nationale est tout, une volonté nationale qui, cependant, ne se montre jamais en personne, qui se confond pratiquement avec la majorité électorale. Le gouvernement a beau conserver la compétence technique qui fait sa force, il n'ose plus s'en servir, il perd le sentiment de son autonomie.

D'ailleurs, si l'on combine les deux idées de la toute-

1. Cf. Pujol, *op. cit.*, p. 75 et s.

puissance de la volonté électorale et de la subordination du gouvernement, on aboutit logiquement au régime de la Convention : une chambre unique, cumulant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, et marchant sur l'injonction des clubs, des comités électoraux ou des sections du peuple. Ce régime, qui s'est réalisé une fois, est resté le rêve secret des partisans conscients de la doctrine de la délégation de la souveraineté.

ART. III. — **Le gouvernement représentatif autonome.**

I. — *De l'autonomie fondamentale des représentants et, par conséquent, de l'autonomie fondamentale des pouvoirs de gouvernement.*

Lorsqu'à la section précédente nous avons défini les pouvoirs de gouvernement, le pouvoir électif, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, nous les avons définis comme autonomes, nous avons dit : ce sont des compétences pour la domination qui ont le droit de se mettre en mouvement d'elles-mêmes, et d'ailleurs, depuis, nous avons eu l'occasion de remarquer qu'il n'en était pas de même de la force publique; elle est bien, elle aussi, une compétence pour la domination, mais elle n'a pas le droit de se mettre en mouvement d'elle-même.

Ce n'est pas parce que les pouvoirs de gouvernement sont confiés à des représentants qu'ils doivent perdre de leur autonomie; mais alors, il faut que les représentants eux-mêmes soient autonomes. Il y a à construire une théorie du gouvernement représentatif autonome dans laquelle les représentants auront l'initiative des mesures, et où la volonté générale, n'aura qu'un pouvoir d'assentiment ou d'adhésion; l'unité de la souveraineté nationale sera quand même recomposée, parce que l'assentiment de la volonté

générale sera demandé d'une façon actuelle pour chaque mesure de gouvernement, et parce que, d'ailleurs, chaque mesure de gouvernement sera déjà une *représentation* de cette même volonté générale. Surtout, observons que c'est en représentant la volonté générale que les représentants deviennent des *organes* de la nation. Dans un langage exact, il faudrait dire représentants de la volonté générale et non pas représentants de la nation; mais cette rigueur de langage est difficile, parce que les représentants de la volonté générale deviennent les organes de la nation<sup>1</sup>.

1. Cette théorie du gouvernement représentatif autonome va être construite avec des matériaux entièrement français, avec la donnée française des représentants et avec la donnée française de la volonté générale. A première vue, elle semble se confondre avec la théorie allemande de l'organe et nous avons cru nous-même à cette similitude (*Principes de Droit public*, p. 436 et p. 661, en faisant toutefois subir quelques retouches à la théorie de l'organe.) Un examen plus attentif nous a révélé une différence essentielle. La théorie de l'organe a pour base uniquement la solidarité des différentes parties d'un tout organique, elle dit : « Ma main, qui est un organe de mon corps, engage mon corps, parce qu'elle est organiquement solidaire de mon corps. » Cette théorie ne fait pas intervenir la volonté générale de l'organisme et, par suite, ne fait pas ressortir le caractère essentiel des organes représentatifs qui est que ce sont des volontés particulières susceptibles de produire des « représentations » de la volonté générale, sauf adhésion ultérieure de celle-ci. En d'autres termes, la théorie allemande de l'organe ne pose pas la question sur le terrain de la manifestation de volonté, mais sur celui de la solidarité. Or, ce n'est pas la même chose. Si nous nous plaçons sur le terrain de la solidarité, nous remarquons que la responsabilité du corps est engagée par des actes des agents qui ne sont pas des manifestations de volonté, qui ne sont que des actes matériels; la conséquence serait que tous les agents d'une administration publique seraient des organes et qu'on ne pourrait plus faire la distinction, pourtant classique, entre les organes représentatifs qui, produisant des manifestations de volonté, ont l'exercice des droits et les simples agents qui n'ont pas l'exercice des droits. (Cf. mon *Précis de Droit admin.*, 7<sup>e</sup> édit., p. 114 et s.; p. 491.)

Il convient donc de laisser de côté la théorie allemande de l'organe pour construire une théorie française de la représentation avec ces trois éléments : 1<sup>o</sup> *représentations mentales* de la volonté générale produites

Le présent numéro sera consacré à développer l'idée de l'autonomie du représentant dans les représentations qu'il se fait de la volonté générale de la nation, et ce, malgré ce que l'on appelle improprement la « délégation législative ». Dans les numéros suivants, nous développerons l'idée de l'investiture que la nation établit sur ses représentants, afin qu'ils agissent réellement en son nom, et celle de l'assentiment actuel qui est sollicité de la volonté générale pour chaque mesure de gouvernement, grâce à l'organisation du régime de la publicité et de l'opinion.

I. Sur l'autonomie fondamentale des représentants de la nation, M. Esmein, dont l'orthodoxie en matière de droit constitutionnel classique n'est pas discutable, s'exprime de la manière suivante (*Élém. de Droit constit.*, 5<sup>e</sup> édit., p. 540) :

« Ce qui caractérise les représentants du peuple souverain, c'est que, dans la limite des attributions qui leur sont conférées, ils sont appelés à décider librement, *arbitrairement*, au nom du peuple, qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche. Le délégué du souverain qui n'aurait en aucun cas un pouvoir de décision propre, dont tous les actes seraient déterminés d'avance par

par les représentants et adaptées par eux aux besoins de l'action; 2<sup>o</sup> autonomie des représentants dans la tâche qu'il se donnent de représenter en action la volonté générale; 3<sup>o</sup> ratification de la volonté générale. Ainsi, il sera entendu que la représentation politique ne concerne que la catégorie des représentations mentales, c'est-à-dire des manifestations de volonté souveraines, et laisse en dehors tout ce qui n'est pas manifestation de volonté.

On ne pourra, d'ailleurs, pas reprocher à cette théorie d'introduire une dualité d'éléments à l'intérieur de la personne juridique, car elle ne concerne pas la personne juridique; nous avons averti que la théorie de la souveraineté nationale ne concernait que l'institution nationale et ne visait que des phénomènes prépersonnels d'organisation. (Sur la théorie allemande de l'organe, cf. Michoud, *La Théorie de la personne morale*, I, p. 131; Duguît, *Traité de Droit constitutionnel*, I, p. 307.)

des règles légales ou par des instructions obligatoires ou qui ne pourrait rien décider sans la ratification (formelle) du souverain, celui-là ne serait pas un vrai représentant. « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue, disait Barnave, le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de *vouloir pour la nation*, tandis que le simple fonctionnaire n'est jamais chargé que d'agir pour elle <sup>1</sup>. » Et dans le même débat, Rœderer distinguait soigneusement les *pouvoirs représentatifs* et les *pouvoirs commis* <sup>2</sup>. »

D'ailleurs, bien que le gouvernement représentatif s'exprime essentiellement par le régime électoral, la qualité de représentant autonome de la nation se retrouve aussi bien dans les organes de la nation qui ne sont pas électifs; écoutons encore M. Esmein (*eod. loco*) :

« Cette qualité de représentant, ainsi entendue, apparaît déjà chez les magistrats qui ont l'exercice du pouvoir judiciaire, bien qu'ils ne soient chargés, en principe, que d'appliquer la loi. Non seulement, en effet, c'est par un acte libre de leur intelligence uniquement déterminé par les règles scientifiques de l'interprétation juridique qu'ils appliquent les textes généraux aux espèces particulières, mais aussi et surtout, là où règne le système des preuves morales et non légales, ils décident les points de fait d'après leur conscience et leur clairvoyance personnelle.

« Ce caractère représentatif est plus nettement marqué,

1. Assemblée constituante; séance du 10 août 1791.

2. « Les députés au Corps législatif sont non seulement représentants du peuple, mais encore représentants du peuple pour exercer un *pouvoir représentatif*, par conséquent égal à celui du peuple, indépendant comme le sien, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un *pouvoir commis*, un pouvoir subdélégué et subordonné. »

plus largement ouvert, chez le titulaire du pouvoir exécutif, partout où la constitution admet un pouvoir exécutif plus ou moins indépendant. A côté des cas où il intervient simplement comme administrateur et pour faire exécuter la loi, il est des actes de gouvernement nombreux et importants qu'il détermine librement dans la mesure de son indépendance constitutionnelle.

« Enfin, la plénitude du caractère représentatif apparaît dans les assemblées législatives; leur rôle est uniquement de vouloir et de décider *arbitrairement*, sauf sur les points que la constitution leur interdit.

Ainsi les organes représentatifs de la nation sont autonomes, ils se forment à eux-mêmes et spontanément les représentations de la volonté générale de la nation qui leur sont nécessaires pour agir; ils ont le pouvoir propre de décision, ils veulent *pour la nation*, mais par eux-mêmes.

Quelle est la source de leur pouvoir? M. Esmein répond : La nation, qui est « la source constante de toute autorité » (*op. cit.*, p. 349). Mais alors nous retombons dans la théorie de la délégation et la contradiction est flagrante. Si les représentants puisent leur pouvoir dans la nation, c'est-à-dire dans la volonté générale, ils sont des délégués et ils ne sont pas autonomes; s'ils sont autonomes, ils ne sont pas des délégués, et alors ils ne puisent pas leurs pouvoirs dans la volonté générale. On espère sortir de la difficulté en invoquant l'idée d'une délégation avec un mandat tellement indéterminé qu'il laisserait toute liberté d'action au représentant; c'est l'expédient dont se sert M. Esmein, mais ce n'est pas une solution, car cela ne résout pas l'antinomie du pouvoir propre de décision et de la délégation.

Si l'on veut être logique, il faut admettre que les représentants de la nation ont un pouvoir propre qui ne leur est pas transmis par la volonté générale de la nation. Nous

avons vu plus haut en quoi consistent les compétences du pouvoir électif, du pouvoir législatif ou délibérant et du pouvoir exécutif (v. *supra*, p. 53 et s.). Ces compétences ne sont pas transmises par la volonté générale et, d'ailleurs, la nation ne constitue pas elle-même ses représentants, *ils se constituent* et la volonté générale accepte le fait accompli.

Elle ne constitue pas ses représentants et elle ne constitue pas davantage leurs attributions et leurs compétences, tout cela *se constitue* à la façon d'événements qui s'accomplissent historiquement et non pas à la façon de volontés qui s'exécutent.

Prenons pour exemple la constitution de nos organes représentatifs actuels : les ministres sont nommés par le chef de l'État, lequel est nommé par le Parlement, lequel est nommé par le corps électoral. Tout repose donc sur le corps électoral et toute la question est de savoir si le corps électoral est constitué par un acte de volonté de la nation ou s'il se constitue tout seul.

Il est impossible de soutenir que le corps électoral soit constitué par un acte de volonté de la nation. M. Esmein, qui est le plus classique de nos auteurs, prétend seulement que le corps électoral est chargé d'une fonction au nom de la nation (*Élém. Dr. constit.*, 1, 5<sup>me</sup> édit., p. 306).

Mais qui l'a chargé de cette fonction ?

Ce ne peut pas être la nation par un acte de sa volonté : 1<sup>o</sup> parce que la nation, en tant que volonté agissante et commandante, n'a pas une réalité qui soit pratiquement séparable de celle du corps électoral ; sans doute, elle ne peut pas être identifiée avec celui-ci, mais elle ne peut pas non plus en être séparée pour l'action ; 2<sup>o</sup> parce que l'on ne perçoit pas l'opération par laquelle la nation constituerait son corps électoral. Là, cependant, on nous arrête et l'on objecte que cette opération existe et que c'est tout simple-

ment le vote des lois organiques électorales ; le corps électoral serait donc constitué par la loi, au nom de la volonté générale de la nation.

Nous allons traiter dans un instant cette question de la consécration des institutions politiques par la loi, à propos de la question de la délégation législative. Mais, auparavant, demandons-nous ce qui se produira si nous n'admettons pas que la nation constitue le corps électoral par la loi organique, comme par un acte créateur.

Il faudra convenir que le corps électoral se constitue de lui-même, à la façon d'un fait qui devient une institution par l'adhésion de la volonté générale. Et le corps électoral se constitue spontanément, à la façon d'un fait, par suite de l'autonomie avec laquelle les individus s'affirment électeurs et représentants de la nation, et parce que le droit de suffrage se dégage dans les individus comme un droit individuel. C'est cette force spontanée d'affirmation du droit individuel qui a amené le suffrage universel des hommes et qui amènera, d'une façon tout aussi irrésistible, le suffrage universel des femmes.

Sans doute, M. Esmein prétend que le suffrage individuel n'est qu'une fonction sociale nécessairement conférée aux individus par la loi au nom de la nation (*op. cit.*, p. 306 et suiv.). Mais cette explication, outre qu'elle fait intervenir l'idée de nécessité qui n'est guère juridique, a l'inconvénient de ne pas expliquer la force propre d'expansion du principe du suffrage universel, laquelle, au contraire, s'explique parfaitement par le droit autonome de l'individu de se porter représentant de la nation.

Voilà donc le mécanisme de la constitution spontanée et autonome du pouvoir électif. Les individus, à un certain degré de civilisation, estiment avoir la capacité suffisante pour formuler leur sentiment au sujet du gouvernement

de la nation ; la conscience de cette capacité les conduit à l'affirmation de leur droit d'électeur, c'est-à-dire de représentant, car ils sont eux-mêmes les premiers représentants de la nation<sup>1</sup>. Quand les individus pénétrés de ce sentiment sont en majorité, le suffrage universel est reconnu par la loi, l'ensemble des électeurs constitue le corps électoral, lequel se produit ainsi à la façon d'un fait majoritaire et ce fait est reconnu par la loi. Il est accepté ensuite par la volonté générale de la nation, mais il n'en provient pas par un acte de création ; ici, comme partout, la volonté générale ne fait que des actes d'adhésion.

*La consécration des institutions politiques par la loi doit être substituée à « la délégation législative ».* — Toute l'organisation constitutionnelle étant consacrée par des lois organiques, il faut choisir entre deux interprétations de ces lois : ou bien elles sont des actes de volonté de la nation par lesquels celle-ci crée et délègue des pouvoirs, ou bien elles ne sont que la consécration d'institutions spontanées.

Soit cette disposition de la loi du 25 février 1875, art. 3 : « Le président de la République dispose de la force armée. » Délégation législative, cela voudrait dire que, par la loi du 25 février 1875, la nation, représentée d'ailleurs par le corps électoral de 1871 et aussi par l'Assemblée nationale issue des élections de 1871, aurait délégué au chef de l'État le pouvoir de disposer de la force armée.

Institution consacrée par la loi, cela veut dire que, par la loi du 25 février 1875, il a été reconnu que le chef de l'État, qui d'ailleurs avait toujours eu dans le passé la disposition de la force armée, et qui, par la force des choses, l'aura tou-

1. V. *supra*, p. 87, le passage où M. Esmein lui-même admet cette proposition.

jours, devait être reconnu officiellement comme chef de la force armée.

Du rapprochement de ces deux définitions jaillissent des différences :

1° Dans la doctrine de la délégation législative, il y aurait transmission d'un pouvoir par l'intermédiaire du mécanisme législatif et électoral, tandis que dans la doctrine de l'institution légale, il n'y aurait pas transmission d'un pouvoir, mais consécration d'un pouvoir résultant des faits. Or, il est facile de montrer que la nation, c'est-à-dire la volonté générale, n'a pas en soi les pouvoirs que l'on suppose qu'elle pourrait ainsi transmettre.

Ainsi, par exemple, la nation n'a pas en soi le pouvoir de disposer de la force armée ; avec le régime actuel de la nation armée, cela signifierait que la nation armée a le pouvoir de se mettre en mouvement d'elle-même, sans chef. Ce serait la négation d'un fait évident, la nécessité dans une armée du commandement militaire imposé ; ce serait la transformation de l'armée en une garde nationale.

Et, sans doute, l'exemple de la « disposition de la force armée » est spécialement choisi pour montrer l'absurdité de l'hypothèse de la transmission d'un pouvoir que la nation n'a pas et ne peut pas avoir ; mais cette absurdité, qui est ici plus évidente, n'en existe pas moins dans les autres cas. Ainsi, le président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres (l. 25 février 1875, art. 3). Cette initiative des lois est-elle également déléguée par la nation ? La nation peut-elle être considérée comme ayant l'initiative des lois ? Cela est contraire à tout le développement historique, et, même dans les pays où existe le vote direct des lois par le peuple assemblé en ses comices, le peuple n'a pas l'initiative des lois. En Suisse, le peuple, par un pétitionne-

ment, peut demander le *referendum* sur une loi, mais ce n'est pas lui qui formulera la proposition de la seconde loi, si la première est rejetée.

Ainsi, la doctrine de la délégation législative n'est pas conforme aux faits dans l'idée de transmission des pouvoirs qu'elle implique.

2° Elle ne l'est pas davantage dans l'idée qu'elle se fait de la force créatrice des lois. En somme, elle imagine que les institutions consacrées par les lois ne subsistent que par la volonté créatrice toujours tendue du législateur. De la sorte, les institutions politiques seraient perpétuellement l'œuvre d'une volonté législative en action; créées par un acte de volonté législative, elles persisteraient par le renouvellement continu de cet acte de volonté.

Au contraire, la doctrine de l'institution légale prétend que les lois une fois votées cessent d'être des actes de volonté législative, elles deviennent des faits; si elles se maintiennent, c'est par leur adaptation à l'ensemble des faits, et si l'on veut ramener l'ensemble des faits à un consentement de la nation, c'est par leur adaptation au consentement diffus de la volonté générale de la nation, d'ailleurs implicite, et non pas par leur adaptation au consentement précis et déterminé du corps électoral ou de l'appareil législatif.

La doctrine de la délégation législative conduirait logiquement à l'emploi exclusif, en matière d'interprétation des lois, de la méthode qui consiste à invoquer la *volonté du législateur* considérée comme toujours persistante et comme accompagnant la loi à travers les âges, et l'on sait combien est désuète cette méthode d'interprétation.

3° Enfin, pour juger définitivement la doctrine de la délégation législative, il suffit de déplacer la question et de la poser à propos d'institutions qui ne soient pas constitu-

tionnelles. Après tout, si la nation est capable de créer par un acte de volonté législative l'institution de la présidence de la République ou bien celle des deux Chambres législatives, et si cette institution ne subsiste ensuite que par le maintien de cette volonté créatrice, pourquoi ne serait-elle pas capable aussi bien de créer et de maintenir, par sa seule volonté législative, l'institution du mariage ou celle du divorce? On voit de quoi il retourne. La doctrine de la délégation législative n'est pas autre chose, sous couleur de souveraineté nationale, que la doctrine de la toute-puissance créatrice de la loi, doctrine condamnée sur le terrain spécial de la technologie de la loi, mais qui s'est réfugiée sur le terrain constitutionnel, et même uniquement sur celui des lois organiques; car, si l'on disait à ceux qui soutiennent la délégation législative pour les lois organiques, que les lois constitutionnelles, prises dans leur ensemble, sont créatrices de la constitution et que les constitutions écrites n'ont que la valeur d'une création légale, ils seraient les premiers à protester. Or, on ne voit pas en quoi les lois organiques mériteraient d'être mises à part, elles n'organisent pas, elles constatent des organisations.

Au contraire, la doctrine de l'*institution légale*, en matière organique, se ramène à la doctrine générale de la spontanéité des institutions consacrées par les lois et du simple pouvoir déclaratif et réognitif de la loi, qui est incontestablement la plus sage et la plus conforme aux données de l'évolution historique des sociétés.

Ainsi, les organes représentatifs sont autonomes, malgré que leurs attributions soient déterminées par la loi. Ce sont des institutions sociales reposant sur des faits, sur la nature des choses, et non pas sur des délégations de pouvoirs<sup>1</sup>. Ils sont autonomes vis-à-vis de la volonté générale

1. Rien ne démontre mieux la vérité de cette doctrine que l'histoire

de la nation, radicalement autonomes. Celle-ci ne leur transmet aucun pouvoir, pas plus qu'elle n'en transmet au mari dans son ménage, au propriétaire dans son domaine,

de la justice retenue et de la justice déléguée en matière administrative, histoire qui a la valeur d'une leçon de choses.

On sait qu'en France, à la suite de la Révolution qui a été pour notre organisation administrative un *novus rerum ordo*, une juridiction administrative s'est organisée, mais tout d'abord elle n'a pas été séparée de l'administration active; du moins elle se confondait avec l'administration active en la personne du chef de l'État, sans doute en vertu de cet ancien adage : *Toute justice émane du roi*. En fait, les décisions contentieuses étaient délibérées par le Conseil d'État, mais elles n'étaient censées prises qu'après avoir été revêtues de la signature du chef de l'État, et elles se présentaient sous la forme de décrets en conseil d'État. On appelait cela la *justice retenue* du chef de l'État. Les choses marchèrent ainsi jusqu'à la loi du 24 mai 1872, dont l'article 9 dispose : « Le Conseil d'État statue souverainement en matière contentieuse administrative. » Désormais, le Conseil d'État rendit ses décisions contentieuses sous la seule signature de son vice-président ou de son président de section, et sous la forme d'arrêts. On traduisit ce changement par l'expression de *justice déléguée* et on opposa justice déléguée à justice retenue. De plus, il convient de noter que le Conseil d'État, depuis 1872, décide, en effet, « au nom du peuple français », tandis qu'auparavant il délibérait « au nom du chef de l'État ».

Est-ce à dire qu'en 1872, par la loi du 24 mai, le peuple français ait délégué au Conseil d'État le pouvoir de rendre la justice administrative à sa place? Non. S'il est une mission dont le peuple soit incapable de s'acquitter, c'est bien de rendre la justice administrative. On a pu encore constituer un jury criminel, parce que les questions de culpabilité ne mettent en jeu que l'instinct du bien et du mal; on a pu constituer un jury d'expropriation, parce que la question d'évaluation des immeubles est éminemment simple. Et encore ces deux jurys sont-ils l'objet de beaucoup de critiques. Mais qui donc oserait soumettre à un jury les questions de fond du droit administratif? La compétence prétendue de la nation serait la négation du principe de la division du travail, du principe des spécialités et des compétences techniques qui sont devenus des réalités incontestables de nos civilisations modernes.

Alors, que s'était-il donc passé en 1872? Simplement ceci, qu'on s'était aperçu qu'une évolution historique était accomplie et que le Conseil d'État était devenu *en fait* une institution autonome. D'une part, vis-à-vis du chef de l'État, il avait conquis son autonomie, celui-ci contre-signait toujours ses décisions. D'autre part, vis-à-vis du public, il avait conquis, grâce à la valeur de sa jurisprudence, une autorité propre. Il

au patron dans son usine. Les pouvoirs publics sont autonomes, au même titre que les pouvoirs privés.

Ils le seraient dans un État qui se créerait de toutes pièces et d'une façon artificielle de nos jours; ils le sont *a fortiori* dans les États dont la formation a été historique et où la souveraineté a appartenu au gouvernement avant d'appartenir à la nation.

En effet, historiquement, le gouvernement est antérieur à la nation et il a contribué à la créer; il lui a été pendant longtemps extérieur. Le jour où il s'est incorporé à la nation, il n'a pas perdu pour cela son autonomie; seulement, cette autonomie s'est trouvée subordonnée d'une certaine façon, en ce sens qu'elle est devenue une sorte de droit de décision provisoire, sauf assentiment de la nation.

## II. — *De l'investiture établie par la nation sur ses représentants.*

Sans doute, les représentants sont autonomes dans les représentations qu'ils se font de la volonté générale, cependant leur autonomie n'est pas absolue, elle est surveillée et contrôlée. Il y a d'autres exemples d'autonomie contrôlée, celle des départements et des communes, par exemple, dans l'État décentralisé administrativement; celle des États particuliers dans l'État fédéral. L'autonomie con-

était entré dans l'ordre des choses accepté de tous comme une des autorités de l'État et ainsi la loi de 1872 n'avait qu'à consacrer le fait. Il n'y a dans l'expression « justice déléguée » qu'une faute de langage, on devrait dire « justice instituée », voilà tout.

Et c'est ainsi qu'au cours de l'évolution historique, bien d'autres organisations se sont *instituées*. C'est ainsi, par exemple, que le système des deux Chambres s'est institué, c'est-à-dire est entré dans l'ordre des choses accepté de tous, à cause des services qu'il a rendus, et que le système de la Chambre unique aurait aujourd'hui bien de la peine à s'établir.

trôlée des représentants de la nation dans le gouvernement représentatif est du type que nous avons appelé l'investiture<sup>1</sup>.

La donnée de l'investiture diffère de celle de la délégation en ce qu'elle n'implique pas une transmission de pouvoirs; déléguer quelqu'un, c'est l'envoyer en lui conférant un pouvoir; investir quelqu'un, c'est lui dire : Vous exercerez votre pouvoir propre, mais vous l'exercerez en mon nom. Ainsi l'investiture respecte, chez l'agent investi, le caractère autonome de son pouvoir et lui impose simplement l'obligation d'exercer ce pouvoir avec une certaine orientation, au nom de l'investissant. Trois éléments caractérisent l'investiture : 1<sup>o</sup> l'agent n'agit pas pour son propre compte ni en son propre nom, mais pour le compte et au nom d'un maître; 2<sup>o</sup> il est obligé d'agir ainsi par une certaine situation qui lui est faite et par certaines sûretés qui sont prises contre lui; 3<sup>o</sup> néanmoins, il est autonome en ce que son pouvoir d'action lui est propre et qu'en outre il a l'initiative de ses actes.

Telle est bien la condition des pouvoirs de gouvernement ou des organes représentatifs vis-à-vis de la volonté générale de la nation : 1<sup>o</sup> ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir législatif, ni le pouvoir électif n'agissent en leur propre nom ni pour leur propre compte; tous agissent pour le compte et au nom de la nation, c'est-à-dire de la volonté générale qui est leur maître; 2<sup>o</sup> les pouvoirs de gouvernement sont tenus d'agir ainsi, soit par la façon même dont ils sont constitués, soit par la domination qu'ils exercent les uns sur les autres, soit par les règles de la procédure constitutionnelle; 3<sup>o</sup> néanmoins, ils sont autonomes, leur pouvoir d'action ne provient point de la volonté générale,

1. V. mes *Principes de Droit public*, ch. x, p. 434.

laquelle n'est pas un pouvoir d'action ; il prend sa source dans leur propre compétence (v. *supra*, p. 40 et s.).

Leur compétence est de se faire des représentations de la volonté générale qui soient adaptées à l'action ; les représentants représentent parce qu'ils marchent d'après des représentations mentales qu'ils se font de la volonté du représenté. Là est l'essence du régime représentatif<sup>1</sup>.

Cette marche est autonome, mais elle est contrôlée par un régime d'investiture.

A son tour, le régime de l'investiture, qui caractérise la situation des représentants de la nation, est un régime de *gestion d'affaire contrôlée*. Les représentants sont des gérants d'affaires, d'abord parce qu'ils se nomment eux-mêmes (les électeurs qui nomment les députés, lesquels nomment le chef de l'État, etc., ont commencé par se nommer eux-mêmes, c'est-à-dire par se constituer eux-mêmes électeurs, le droit de suffrage étant un droit individuel) ; ensuite, parce qu'ils ont l'initiative de leurs actes ; mais ce sont des gérants d'affaires contrôlés et contre lesquels des précautions sont prises par le régime constitutionnel. Il n'y a pas jusqu'à l'adhésion de la volonté générale, sollicitée par le régime de la publicité, qui ne rappelle la ratification du maître et qui ne complète ainsi la physionomie de la gestion d'affaire contrôlée.

Le contrôle de la nation sur ses représentants gérants

1. On remarquera combien il est naturel que le régime représentatif repose sur des représentations mentales de ce que veut le représenté. Que le représentant soit un mandataire ou un gérant d'affaire, il marche toujours d'après des représentations mentales. Seulement, dans le cas du mandataire, ces représentations mentales ont été préparées et arrêtées par le mandant et transmises dans une procuration dont elles constituent les instructions ; au contraire, dans le cas du gérant d'affaire, ces représentations mentales sont imaginées par le représentant lui-même, qui, spontanément, se met à la place du maître de la chose.

d'affaires est le point sur lequel il convient d'insister; il comporte trois séries de mesures : l'incorporation à la nation des différents pouvoirs de gouvernement; l'assujettissement de ces pouvoirs à l'observation de procédures constitutionnelles; la ratification de la volonté générale obtenue par le régime de la publicité.

*Incorporation des organes de gouvernement à la nation.* — Pour cela, trois procédés ont été employés : des règles statutaires ont été élaborées qui définissent les attributions des différents organes, qui transforment leurs pouvoirs en des fonctions publiques permanentes, séparables du titulaire actuel, et qui déterminent par avance la ligne de conduite qui doit être suivie; en outre, les pouvoirs et les organes de gouvernement ont été conçus et distribués de façon à ce qu'ils soient subordonnés les uns aux autres et à ce que celui qui domine les autres soit, par son organisation même, le plus près possible de la nation; enfin, les hommes qui constituent ces organes de gouvernement sont considérés comme étant éminemment renouvelables et interchangeables, de façon à ce qu'ils ne se séparent de la nation que dans la mesure strictement exigée par la fonction.

1° *Règles statutaires qui déterminent les attributions des organes.* — Ces règles, qui peuvent être coutumières ou légales, mais qui, dans les États modernes, par surcroît de précaution, sont en principe légales et écrites, sont en somme les règles du droit public et particulièrement du droit constitutionnel. Leur importance est extrême en ce qu'elles opèrent la séparation de la compétence et de l'organe. Et cette séparation a pour résultat de permettre d'établir d'avance, avec l'assentiment de la volonté générale, le programme abstrait de chacune des compétences. C'est ce que le droit constitutionnel et le droit administratif appellent déterminer les attributions et les procédures; les attribu-

tions, ce sont les compétences; les procédures, ce sont les manières de faire, les formes à observer.

Une fois le programme d'une compétence ainsi déterminé par les règles statutaires, la compétence devient une chose séparable de l'organe : il y a une présidence de la République séparable de la personne actuelle du président, un ministère séparable de la personne actuelle du ministre, une compétence législative et délibérante qui peut être confiée soit à une Chambre unique, soit à deux Chambres, etc. Ce qui peut sortir de l'activité de cette présidence de la République ou de l'activité de ces Chambres législatives, dont les compétences sont réglées et orientées vers le bien de l'État, est, dans une large mesure, facile à prévoir et adapté d'avance à la volonté générale, car toutes ces règles statutaires sont acceptées par la volonté générale. Ainsi que nous l'avons observé dans nos *Principes de Droit public*, il est de l'essence de la législation de déterminer l'avenir et de l'annexer au présent<sup>1</sup>.

2° *Distribution des pouvoirs et des organes de gouvernement conçue de façon à assurer la suprématie de la nation.* — Les pouvoirs de gouvernement ne sont pas des productions artificielles de la volonté humaine, il y a en eux quelque chose de nécessaire; néanmoins, la volonté peut influencer sur leur répartition et sur leur arrangement, et l'organisation de la souveraineté nationale n'a pu se réaliser sans quelques-uns de ces arrangements volontaires.

Rappelons que l'analyse nous a révélé, dans les pays modernes à souveraineté nationale, trois pouvoirs réels de gouvernement : le pouvoir électif dont la compétence est d'émettre des volontés implicites; le pouvoir législatif dont la compétence est de délibérer des manifestations de volonté

1. *Principes de Droit public*, chap. XIII, p. 621.

raisonnées; le pouvoir exécutif dont la compétence est de passer à l'exécution et à l'opération.

Or, voyons comment, dans notre démocratie française, est conçue la distribution de ces pouvoirs. Le pouvoir exécutif, qui est le plus agissant de tous, dont l'activité juridico-technique est quotidienne et multiforme, ayant à parer aux besoins incessants des services publics, à pourvoir à la sûreté extérieure et intérieure de l'État, le pouvoir exécutif, qui déjà est astreint à l'observation rigoureuse des lois existantes, est en outre placé sous le contrôle du pouvoir législatif. C'est le Parlement qui a la nomination du chef de l'État, c'est lui aussi qui fait et défait les ministres, lesquels sont responsables devant lui. Le Parlement, organe du pouvoir législatif, est déjà plus près de la nation que le personnel administratif, par la raison qu'il est composé de huit à neuf cents membres qui ne sont pas enfermés dans l'atmosphère spéciale d'une activité technique et qui, par suite, sont mêlés à la vie réelle de la nation.

Néanmoins, si le Parlement était composé de membres dont la charge serait héréditaire, comme par exemple la Chambre des lords en Angleterre, ne participant à la vie de la nation que par la gestion de la fortune personnelle que représente leur pairie, il ne tarderait pas à s'émanciper et à s'ériger en une aristocratie égoïste. Le danger a été conjuré par la constitution d'un troisième pouvoir, le pouvoir électif, qui tient le pouvoir législatif sous sa dépendance parce qu'il est chargé d'en nommer les membres à l'élection et dont l'organe, qui est le corps électoral, se confond en fait à peu près avec la nation.

Nous avons insisté plus haut (*supra*, p. 29) sur ce que le corps électoral n'est pas la même chose que la nation, parce qu'il est toujours plus restreint, parce qu'il a son organisation spéciale qui l'en sépare. Toutes ces observations

restent vraies, mais il est vrai aussi que le corps électoral, dans un régime de suffrage universel, par sa composition matérielle, se rapproche de la nation autant qu'il est possible de s'en rapprocher. Ils sont tellement mêlés l'un à l'autre que le corps électoral ne peut pas s'ériger en une aristocratie qui serait placée au-dessus de la nation. Par suite, la volonté électorale, quoique distincte de la volonté générale, en subit cependant l'influence d'une façon directe. Elle en est la représentation la plus rapprochée.

Ainsi, le pouvoir exécutif est maîtrisé par le pouvoir législatif, lequel est maîtrisé par le pouvoir électif, lequel, sans être tout à fait la nation, ne peut cependant pas s'insurger contre elle. Sans doute, il y a l'inconvénient, dans le corps électoral lui-même, de l'oppression de la minorité par la majorité; mais c'est à quoi tendent à remédier des réformes comme la représentation proportionnelle, etc...

*3° Les hommes qui constituent les organes de gouvernement sont éminemment interchangeables et renouvelables.*

— Pour que le régime électif fonctionne avec aisance et, aussi, pour que les pouvoirs publics ne soient pas accaparés à la longue par de certaines familles ou de certaines coteries qui pourraient s'insurger contre la nation, il importe que les fonctions gouvernementales soient largement ouvertes à tous les citoyens et aussi qu'elles ne soient confiées à un même individu que pour un laps de temps très court. C'est à quoi pourvoient le principe de l'égalité d'admission aux places et aux emplois, et le principe du renouvellement fréquent des fonctions électives. De la sorte, le pouvoir électif reste le maître de renouveler largement le personnel gouvernemental, en puisant dans le réservoir inépuisable de la nation, et le personnel gouvernemental ne peut pas se créer des intérêts de classe distincts de ceux de la nation. Il ne se met en opposition avec celle-ci que dans la mesure

strictement nécessaire à l'accomplissement de la fonction gouvernementale. Il commande à la nation sujette, mais c'est uniquement la fonction qui commande par l'intermédiaire des compétences légales et tout cet arrangement est accepté d'avance par la volonté générale.

### III. — *De la gestion d'affaires spontanée des représentants et de la ratification par la volonté générale.*

Il est temps de nous demander comment, avec l'autonomie des représentants et l'adhésion de la volonté générale, peut être reconstituée l'unité d'action de la souveraineté nationale. Elle le sera par la donnée de la gestion d'affaires des représentants, suivie de la ratification de la volonté générale; cette solution sera pratiquement aussi efficace qu'aurait pu l'être celle du mandat impératif conféré par la volonté générale aux représentants; elle sera beaucoup plus conforme aux réalités du gouvernement représentatif et beaucoup plus favorable à la liberté.

#### I. *De la gestion d'affaires spontanée des représentants.*

— Les organes représentatifs agissent au nom et pour le compte de la nation; ils font les affaires de la nation au nom de celle-ci et pour son compte; par conséquent, ce sont des gérants d'affaires. Ce ne sont pas des mandataires parce qu'ils n'ont pas été choisis et nommés par la nation, ils se sont nommés eux-mêmes; tout le vaste appareil électif d'où ils sortent est une organisation spontanée qui ne se confond pas avec la nation et qui n'a pas été constituée par la nation (v. *supra*, p. 103); n'étant pas des mandataires, ce sont des gérants d'affaires.

A la vérité, ils se sont organisés de façon à bien servir la nation, parce qu'ils ont à redouter des révoltes de celle-ci. Il s'est établi des règles et des procédures qui dirigent leur

action dans des voies qu'ils savent devoir plaire à la nation ; il s'est établi entre eux une hiérarchie qui les met sous la dépendance du corps électoral, l'organe représentatif qui, de par sa complexion, est le plus proche de la nation ; ils ont divisé entre eux les pouvoirs de façon à se surveiller et à se contrôler les uns les autres (v. *supra*, p. 114).

Mais toutes ces précautions d'organisation sont préalables et lointaines ; il faut encore que, dans l'accomplissement de chacun de ses actes, chacun des organes représentatifs ait la préoccupation actuelle d'agir dans le sens de la volonté générale de la nation, de façon à rendre aussi aisée que possible la ratification de celle-ci.

Pour ce faire, il faut, d'une part, que chacun des pouvoirs de gouvernement sache que ses moindres actes seront portés à la connaissance du public par des mesures de publicité ; d'autre part, qu'il soit en mesure de se former *une représentation* des dispositions probables de la volonté générale, représentation qu'il ne peut guère se formuler à lui-même que s'il existe un régime d'opinion publique largement établi et largement alimenté.

Ainsi, la bonne volonté de l'organe représentatif, tendue spontanément vers le bien public tel que la volonté générale de la nation peut le désirer et vers la représentation de cette volonté générale, suppose le régime de l'opinion publique et de la publicité. Sans doute, ce régime d'opinion et de publicité ne donnera pas toujours des indications bien claires sur la volonté générale de la nation ; l'opinion, selon le mot de Pascal, est « maîtresse d'erreur autant que de vérité » ; il faut être un praticien expérimenté pour démêler la véritable direction de la volonté nationale, au milieu des courants et des contre-courants ; il faut savoir regarder au delà du monde parlementaire, au delà même

du monde électoral ; il faut monter assez haut pour n'entendre plus, au-dessus du tumulte des voix particulières et contradictoires, que la grande voix unanime du pays, mais c'est le don de l'homme d'État d'entendre cette voix-là. Et, d'ailleurs, il y a des occasions où elle parle plus fort ; si elle ne parle pas, on peut lancer des appels qui la font parler. L'homme d'État ne saura pas quelle est la volonté générale d'une façon absolue, mais il s'en fera une idée approximative, il s'en fera une image d'après laquelle il marchera.

C'est le cas de rappeler le beau mythe platonicien de la caverne. Notre régime de publicité et d'opinion publique, quelque intense qu'il soit, est encore une caverne obscure dans laquelle nous ne voyons pas, d'une façon directe, la lumière divine de la volonté générale de la nation. Mais nous en voyons le reflet sur le mur, et c'est vers ce reflet que nous nous orientons et que nous gouvernons.

II. *De la ratification par la volonté générale.* — A cette bonne volonté des organes représentatifs qui s'efforcent de l'interpréter d'avance, la volonté générale va répondre par une bonne volonté égale. Elle aussi va s'efforcer de s'adapter. Sans doute, ses mouvements seront lents parce qu'elle ne peut marcher que d'un mouvement unanime, mais nous savons qu'elle évolue et que, grâce au régime de la publicité et de la discussion, le bloc des idées incontestables se renouvelle. La volonté générale va s'efforcer de ratifier la mesure de gouvernement nouvelle dont l'organe représentatif a pris l'initiative.

Il y a là, dans notre régime constitutionnel, une véritable procédure de ratification dont les principaux éléments doivent être indiqués :

1° Il faut que chaque mesure de gouvernement soit soumise à l'adhésion actuelle et immédiate de la volonté géné-

rale; sans quoi celle-ci ne serait pas associée au gouvernement et, comme elle est un élément indispensable de la souveraineté, le gouvernement ne serait pas l'œuvre de la souveraineté.

Mais il ne faut pas croire qu'il soit demandé à la volonté générale une adhésion formelle et explicite, sa nature diffuse, rebelle à toute organisation, ne s'y prêterait pas, car une ratification formelle ne saurait être recueillie sans une organisation. Il s'agit donc, au contraire, d'une ratification implicite et tacite. Les procédures de discussion et de publicité qui sont imposées aux mesures de gouvernement ont seulement pour but, en saisissant l'opinion publique et en imposant des délais de délibération, de provoquer, s'il y a lieu, des protestations du public, qui, si elles atteignent un certain degré d'intensité, prouveront que la volonté générale n'est pas dans le sens de la mesure projetée. C'est donc plutôt une sorte de *veto* que sont destinées à provoquer les procédures de publicité et de discussion, et si ce *veto* de l'opinion publique ne se produit pas, on est autorisé à appliquer à la volonté générale le dicton : « qui ne dit mot consent. » Il y a acceptation tacite ou présomption d'acceptation.

Pour remédier à ce que cette procédure a d'un peu imprécis, certaines constitutions ont organisé le *referendum*. Il faut voir, en effet, dans le *referendum* beaucoup moins un procédé de législation directe qu'un procédé de consultation de la volonté générale à fins de ratification. Ce procédé constitue certainement une garantie de plus qu'il ne sera rien décidé qui soit contraire à la volonté générale du peuple. Cependant, il convient de remarquer que l'assemblée du peuple consultée dans le *referendum* n'est encore pas la nation entière, bien qu'elle puisse être plus étendue que le corps électoral ordinaire et, de plus, que c'est encore une

volonté organisée, une volonté majoritaire, et non pas la volonté unanime qui seule est vraiment générale.

2° Le contrôle actuel de la volonté générale ne s'exerce pas d'une façon directe sur tous les actes du gouvernement, car si tous sont soumis à une publicité, tous ne sont pas soumis à délibération préalable et à discussion. La plupart des actes du pouvoir exécutif ne sont pas délibérés et ne reçoivent une publicité, restreinte le plus souvent, que lorsqu'ils ont été accomplis. Mais, ici, il faut se souvenir que les pouvoirs de gouvernement sont déjà contrôlés les uns par les autres, que les actes du pouvoir exécutif peuvent être l'objet de questions et interpellations au Parlement, et qu'à l'occasion de ce contrôle parlementaire, l'opinion publique peut être saisie.

D'ailleurs, il est bien évident que le contrôle actuel de la volonté générale sera d'autant plus efficace que l'éducation politique des citoyens sera plus avancée et qu'il sauront mieux se servir eux-mêmes des libertés de discussion qui sont destinées à compléter la discussion parlementaire, liberté de la presse, liberté de réunion, liberté d'association.

3° Enfin, un point auquel on n'accorde généralement pas l'importance qu'il mérite, c'est que le régime d'État, d'une façon générale, et le régime constitutionnel en particulier, organisent, pour toutes les décisions prises par les organes de gouvernement, des *procédures de revision*. Toutes les lois peuvent être revisées, les lois constitutionnelles comme les autres, et une procédure spéciale est prévue à cet effet. Les décisions administratives peuvent être revisées par les supérieurs hiérarchiques ou rapportées par leurs auteurs, sans compter la revision contentieuse, si des recours sont formés. Toutes les décisions du suffrage universel sont sujettes à revision, vu la brièveté des fonctions électives, et

c'est même l'espoir que cette perpétuelle revision laisse au cœur des minorités vaincues, qui permet le jeu de la machine électorale, car sans cet espoir les minorités déserteraient les scrutins.

Ces procédures de revision sont pour faciliter l'œuvre que la volonté générale doit accomplir *a posteriori*. Sans doute, elle est présumée avoir accepté telle ou telle loi *au moment du vote*, mais ce n'est après tout qu'une présomption, et, pour le cas où elle serait fautive, il faut que la volonté générale ait ouverture à se prononcer et il suffit pour cela qu'une proposition de modification de la loi puisse à tout moment être mise en discussion.

Sans doute, la perpétuelle possibilité de revision des lois et des diverses mesures de gouvernement donne aux situations juridiques une apparence d'instabilité et au principe d'autorité une apparence de fragilité, mais cette impression doit être combattue. D'abord, en ce qui concerne les situations juridiques, la théorie des droits acquis et de la non-rétroactivité des lois vient protéger les particuliers contre l'instabilité des volontés gouvernementales; la modification des lois n'intéresse que des situations extrêmement générales. Ensuite, en ce qui concerne le principe d'autorité, il est bon de savoir qu'il n'a jamais eu d'autre valeur que celle que lui reconnaît le régime constitutionnel, à savoir de rendre juridiquement exécutoires des mesures provisoires, la véritable stabilité et la véritable conformité à l'ordre juridique ne pouvant être obtenues que par l'adhésion *a posteriori* de la volonté générale et même par une adhésion *longi temporis*<sup>1</sup>.

### III. De l'importance donnée par la théorie précédente

1. Voir mon article *Les Idées de M. Duguit* dans le *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, p. 1 et suiv.

*au régime de la publicité et de l'opinion.* — Il est à remarquer combien la théorie de la gestion d'affaires des organes représentatifs et de la ratification par la volonté générale donne d'importance au régime de la publicité et de l'opinion; il devient une pièce maîtresse de l'organisation constitutionnelle, puisque c'est par lui que les organes de gouvernement sont avertis des désirs de la volonté générale et peuvent d'avance se former une représentation des mesures à prendre pour lui plaire ou des mesures à éviter pour ne pas lui déplaire; puisque c'est par lui aussi que la volonté générale, au moment où les mesures de gouvernement sont prises, est avertie d'avoir à les ratifier ou à les rejeter.

¶ Nous n'avons pas ici à faire l'analyse du régime de publicité et d'opinion, chacun sait qu'il repose, soit sur des procédures de discussion ou sur des mesures de publicité imposées aux délibérations et aux démarches variées des pouvoirs publics, soit sur l'organisation privée de *l'information*, qui s'établit elle-même sur les libertés combinées de la presse, de la réunion publique, de l'association, de l'enseignement. ¶

Ce sur quoi nous voulons appeler l'attention, c'est que la théorie de la délégation de la souveraineté, que nous avons combattue, n'utilise pas d'une façon spéciale, pour expliquer l'unité de la souveraineté, le régime de la publicité et de l'opinion, tandis que notre théorie l'utilise. La théorie de la délégation n'utilise pas le régime de la publication et de l'opinion, parce qu'elle n'en a pas besoin. Sans doute, l'opération électorale ne s'accomplit pas sans une certaine publicité, mais cette publicité n'est pas théoriquement nécessaire, un mandat impératif pourrait parfaitement être conféré à un représentant d'une façon relativement secrète; les délégations aux congrès socialistes nous

fournissent des exemples de cette façon de procéder. Sans doute aussi, l'opération électorale ne s'accomplit point sans un certain mouvement d'opinion, mais ce mouvement d'opinion n'est pas théoriquement nécessaire et bien des élections municipales ont lieu sans qu'il se produise; un certain nombre d'élections législatives également, au scrutin d'arrondissement, lorsque le candidat a une grande situation dans le pays. Le gouvernement de la Convention, qui a été la réalisation la plus poussée du gouvernement par délégation de la volonté nationale, ne s'est pas signalé par un emploi particulièrement systématique de la publicité et les comités de la Convention agissaient souvent dans le secret.

Au contraire, dans notre système de la représentation autonome et de la gestion d'affaires, l'utilisation du régime de publicité et d'opinion est théoriquement nécessaire. Le lien logique entre la souveraineté nationale et la souveraineté de l'opinion se trouve établi.

Or, en fait, le régime de publicité et d'opinion se développe à pas de géant dans les démocraties; il se développe pour lui-même, comme une pièce du système qui a son rôle propre, et, chose bien remarquable, le journalisme se développe du côté de l'information pure et simple, comme si, en effet, le premier besoin pour la volonté générale était d'être informée. C'est un fait frappant et il est inacceptable que la théorie constitutionnelle n'en définisse pas la signification.

Non seulement le régime de publicité et d'opinion existe et se développe, mais il est de plus en plus visible qu'au lieu de se rattacher uniquement au mécanisme électoral, ce qui pourrait être la thèse des partisans de la doctrine de la délégation, il dépasse le mécanisme électoral pour se rattacher directement à la volonté générale, *car il s'emploie*

à imposer des réformes de l'organisation électorale, et ces réformes, il les impose au nom de la volonté supérieure de la nation.

§ 2. — *Comment l'unité de la souveraineté nationale se réalise malgré la séparation des pouvoirs.*

Dans le paragraphe précédent, il s'agissait de réaliser l'unité de la souveraineté malgré le dualisme de la volonté générale et des pouvoirs de gouvernement résultant du fait du gouvernement représentatif. Des difficultés de même ordre proviennent de la multiplicité des pouvoirs de gouvernement mise en évidence par le principe de la séparation des pouvoirs; comment les manifestations de volonté émanées de ces pouvoirs divers arrivent-elles à se combiner avec la même volonté générale?

La méthode de solution reste la même, c'est toujours le procédé de la composition des forces : se contenter d'une unité composite de la souveraineté résultant d'une composition des forces en présence, mais aussi exiger, dans toutes les manifestations de la souveraineté nationale, l'intervention de toutes ces forces.

Il existe, avons-nous vu, dans l'appareil du gouvernement représentatif trois pouvoirs relativement séparés, le pouvoir électif, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; de quelle façon ces trois pouvoirs vont ils combiner leur force d'initiative et d'action avec la force d'adhésion de la volonté générale pour réaliser une force souveraine unique?

Bien évidemment, il faut que, d'une façon ou d'une autre, on retrouve dans la moindre manifestation de la souveraineté, non seulement l'adhésion de la volonté générale, mais l'action *de tous les pouvoirs de gouvernement*, sans quoi la souveraineté totale ne serait pas manifestée.

Le difficile est de retrouver dans toutes les manifestations de la souveraineté l'action simultanée de tous les pouvoirs de gouvernement, puisque ceux-ci sont séparés. Il faut donc que, malgré leur séparation, d'une certaine façon, ils agissent toujours de concert.

Ce résultat peut être obtenu par deux procédés : ou bien les trois pouvoirs interviendront d'une façon à la fois actuelle, formelle et positive, dans la procédure d'une même opération de la souveraineté, ou bien ils n'interviendront pas tous d'une façon actuelle et positive dans une même opération, mais ceux qui n'interviendront pas agiront cependant de concert, en vertu d'une solidarité préalablement établie.

PREMIER PROCÉDÉ. — *L'intervention actuelle et positive des trois pouvoirs dans une même opération de la souveraineté.* Notre régime constitutionnel français ne présente pas d'exemple achevé de ce procédé. Il en présenterait si nos lois, après avoir été votées, comme elles le sont actuellement, avec le concours du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, étaient ensuite soumises au *referendum* du peuple et promulguées par le chef de l'État, parce qu'alors les trois pouvoirs seraient intervenus dans leur confection. Il y a un acheminement, puisque les lois requièrent déjà le concours du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, et l'on peut dire qu'il est dans la logique de la démocratie, que le *referendum* apparaisse nécessaire, à mesure que le pouvoir électif prendra davantage la figure d'un pouvoir de gouvernement. Nous sommes donc ici en présence du procédé de l'avenir, au moins en ce qui concerne la confection des lois, qui constitue la manifestation essentielle de la souveraineté.

DEUXIÈME PROCÉDÉ. — *La solidarité préalable établie entre les trois pouvoirs de gouvernement et le contrôle réciproque des uns sur les autres.* Il est clair que si une soli-

darité étroite est préétablie par la constitution entre les trois pouvoirs et s'ils se contrôlent les uns les autres assez pour marcher habituellement de concert, un seul d'entre eux pourra prendre une décision déterminée; s'il n'est pas arrêté par les autres, il sera présumé agir en leur nom comme au sien et, d'une façon implicite, il y aura encore une action combinée des trois pouvoirs venant solliciter l'adhésion de la volonté générale.

Or, dans notre régime parlementaire, cette solidarité étroite et ce contrôle réciproque des trois pouvoirs existent à un degré remarquable, et c'est peut-être la secrète raison pour laquelle ce régime, qui n'est pas d'essence démocratique, a subsisté jusqu'ici dans notre démocratie; c'est qu'il répond au besoin d'établir une collaboration habituelle de tous les pouvoirs de gouvernement qui rende vraisemblable la présomption que chacun d'eux agit de concert avec les autres.

D'abord, pour ce qui est des décisions du pouvoir exécutif, elles sont contrôlées continuellement par le Parlement et, d'ailleurs, les ministres, responsables politiquement de ces décisions, sont dans la main du Parlement. Celui-ci est en contact continu avec le pouvoir électif dont il procède; le pouvoir exécutif, de son côté, par l'intermédiaire de ses préfets, garde continuellement le contact avec le corps électoral.

Pour ce qui est des lois, elles sont l'œuvre combinée du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et, de plus, la solidarité qui unit le corps électoral au Parlement, par l'intermédiaire des partis politiques, des groupes, des comités électoraux, joue activement à leur égard. Des démarches faites au bon moment arrêtent la discussion de certaines lois ou, au contraire, déterminent la discussion de certaines autres.

Enfin, les manifestations du corps électoral ou élections qui, prises dans leur ensemble, sont, au premier chef, des manifestations de la souveraineté, constituent, en la forme, des opérations administratives dans lesquelles le pouvoir exécutif intervient officiellement ; il y intervient officieusement au fond par la pression de ses préfets, et quant au Parlement, il s'en mêle aussi, bien qu'il puisse être momentanément dissous ou séparé (au moment des élections générales de la Chambre des députés), par l'organisation des partis politiques, qui est parlementaire autant qu'électorale.

Il y a même quelque chose de mieux ; si les électeurs avaient envoyé à la Chambre des députés une majorité qui ne plairait pas au pouvoir exécutif, celui-ci, appuyé sur le Sénat, pourrait par une dissolution, provoquer de nouvelles élections, de telle sorte que, dans cette hypothèse, le pouvoir électif serait arrêté dans sa marche par une coalition du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif.

On saisit, par la description de cet enchevêtrement, la solidarité qui unit toutes les pièces de l'appareil gouvernemental, le retentissement que la moindre décision prise par l'un des pouvoirs a sur les autres, les émotions qui se produisent, soit dans les sphères du pouvoir exécutif, soit au Parlement, soit dans les milieux électoraux, les moyens d'action qui peuvent être mis en mouvement pour arrêter ou pour faire retirer une mesure qui n'a pas l'assentiment des autres pouvoirs, et, dès lors, on conçoit qu'une mesure qui ne suscite ni émotion, ni intervention, ni opposition, puisse être raisonnablement attribuée au concert implicite des trois pouvoirs.

Qu'elle soit ensuite versée dans le mécanisme de la publicité et de l'opinion, destiné à assurer la ratification de la volonté générale, et ce sera une manifestation complète de la souveraineté.

En attendant, on se rend compte de la nécessité qu'il y a à ce que les pouvoirs de gouvernement, malgré le principe de la séparation, ne soient pas séparés au point de ne pas pouvoir collaborer; il faut que leur collaboration soit au moins présumée, pour que les manifestations de la souveraineté soient complètes, et pour que l'unité de la souveraineté puisse être reconstituée.

---

## SECTION III.

## La valeur de la souveraineté nationale.

Que vaut la souveraineté nationale telle que nous venons d'en construire la théorie? C'est une question à laquelle nous pourrions répondre quand nous aurons examiné le fondement juridique qu'elle donne au pouvoir et, aussi, les garanties de limitation du pouvoir qu'elle fournit. Fondement raisonnable du pouvoir, garanties de limitation du pouvoir, ce sont, en effet, les deux conditions que l'on demande à une bonne théorie juridique de la souveraineté de réaliser<sup>1</sup>.

1. *La souveraineté nationale est-elle susceptible de fournir un fondement juridique du pouvoir?* — La souveraineté réside dans la nation, c'est entendu; mais si elle résidait dans la nation de telle sorte qu'elle éliminât toute sujétion, la théorie de la souveraineté nationale serait fautive, car le fait primordial du gouvernement nous impose d'admettre qu'il existe un pouvoir de gouvernement dont la nation soit sujette. C'est ce pouvoir de gouvernement et c'est cette sujétion de la nation qui ont fait dire, pendant si

1. On remarquera que nous posons la question de la valeur de la souveraineté nationale au point de vue de la théorie juridique et non pas au point de vue plus large des diverses disciplines sociales. Notamment, nous ne cherchons à la juger ni dans ses rapports avec les mœurs, ni dans ses rapports avec les concepts philosophiques. Sur ces divers points, nous renvoyons à un certain nombre d'œuvres récentes bien connues : Ostrogorski : *La Démocratie et l'organisation des partis politiques*; Bouglé : *Les Idées égalitaires*, 2<sup>e</sup> édit., 1908; *La Démocratie devant la Science*, 2<sup>e</sup> édit., 1910; Parodi : *Traditionnalisme et Démocratie*, 1907; Georges Guy-Grand : *Le Procès de la Démocratie*, 1911, avec les références, notamment à la p. 44.

longtemps, que le pouvoir vient de Dieu ou que la souveraineté est de droit divin; cela signifie que la sujétion de la nation vis-à-vis d'un pouvoir de gouvernement est conforme à l'ordre des choses, éternel et immuable.

Il faut donc que la souveraineté de la nation s'accommode d'une sujétion de la nation.

a) La conciliation est facile, si l'on veut bien admettre avec nous que, d'après la construction que nous venons d'en faire, la souveraineté réside dans la nation *organisée*, c'est-à-dire dans la nation *munie d'organes de gouvernement* et d'organes de gouvernement *autonomes*. La grande erreur de la Révolution, qu'a perpétuée la doctrine de la délégation des pouvoirs, a été de faire résider la souveraineté dans une nation démunie d'organes de gouvernement autonomes, n'ayant pour organes que des commis. Alors, en effet, non seulement la nation était plus forte que son gouvernement, ce qui est nécessaire, mais les pouvoirs exercés par ce gouvernement à l'encontre de la nation étaient délégués par la nation elle-même, situation absurde qui excluait toute sujétion de la nation.

Si, au contraire, les organes de gouvernement sont autonomes, ce qui est conforme au génie du gouvernement représentatif, et si la doctrine de la délégation et du mandat doit être remplacée par celle de la gestion d'affaires, ce que nous avons amplement démontré, alors il y a place pour le pouvoir de domination du gouvernement et pour la sujétion de la nation.

Les pouvoirs de gouvernement commandent au nom de la nation, la nation obéit, c'est-à-dire que même les minorités opposantes sont tenues d'obéir. Il est vrai que les commandements des pouvoirs de gouvernement ne sont des manifestations de la souveraineté que s'ils sont acceptés par la volonté générale de la nation, et c'est en quoi la

volonté nationale est plus forte que son gouvernement, car elle peut refuser son acceptation. Mais, *d'une façon provisoire et en attendant cette acceptation, le pouvoir de gouvernement s'exerce et la nation est sujette*<sup>1</sup>, de telle sorte que la solution définitive, quand elle se produit, est un compromis entre le pouvoir de domination du gouvernement et le pouvoir d'acceptation de la volonté générale de la nation, qui vient transformer la sujétion imposée en une sujétion acceptée.

Ainsi, la souveraineté, pouvoir composite, une fois recomposée, réside dans la nation organisée, c'est-à-dire dans la nation considérée, elle aussi, comme une unité composite, ensemble d'organes de gouvernement autonomes et de volonté générale autonome. En tant que la souveraineté est recomposée sur une question donnée, la sujétion de la nation est volontaire ; en tant qu'elle n'est pas actuellement recomposée, la sujétion de la nation est imposée. Et il y a ainsi, dans la vie de la nation, un rythme alternatif de situations où la sujétion est imposée et de situations où la sujétion est volontaire, rythme alternatif qu'Aristote dénonçait déjà comme inhérent au régime démocratique (v. *supra*, p. 14).

Sous le bénéfice de ces observations, on peut dire : « tout pouvoir émane de la nation », ou bien : « tout pouvoir émane du peuple ». Cela est exact, si l'on entend parler de la nation *organisée* ou du peuple *organisé*. Cela n'est pas exact, si l'on entend par là la nation ou le peuple inorganisés, séparés du gouvernement, opposés au gouvernement... Ce qui est tout à fait inexact, c'est de dire comme la C. du 5 fructidor an III, article 2 : « L'universalité des citoyens

1. Sur le caractère provisoire des commandements du gouvernement, même des lois, voir mon article : *Les Idées de M. Duguit*, Recueil de Législation de Toulouse, 1911, p. 1 et s.

français est le souverain », car c'est faire résider la souveraineté dans la foule inorganisée des citoyens, c'est-à-dire tout simplement dans la foule.

b) L'affirmation que la souveraineté réside dans la nation organisée prend surtout un sens intéressant quand on l'oppose à l'ancienne maxime, d'après laquelle la souveraineté résidait dans le gouvernement seul et, pratiquement, dans la personne du roi. Il est clair que cette doctrine n'était pas complète : ce qui résidait dans la personne du roi, c'était l'élément du pouvoir de domination, mais ce qui n'y résidait pas, c'était l'élément d'acceptation de la volonté générale de la nation, sans lequel nous ne concevons plus aujourd'hui la souveraineté qui doit être un pouvoir de domination *accepté*. Et il est tellement vrai que l'élément pouvoir de domination du roi avait besoin d'être complété par autre chose, que le roi se faisait sacrer par les évêques. La cérémonie du sacre avait une double signification : elle signifiait d'abord que le pouvoir du roi était accepté par l'Église qui, d'une certaine façon, acceptait pour le compte de la nation ; elle signifiait ensuite que le roi recevait un caractère sacré qui motivait le serment de fidélité, qui était généralement demandé aux sujets et qui était encore une forme d'acceptation. Ainsi, à bien analyser les choses, la doctrine de la souveraineté nationale n'a été qu'une laïcisation du fait de l'acceptation nationale. Désormais, ce n'est plus l'Église qui accepte pour la nation le pouvoir du gouvernement, c'est la nation elle-même qui l'accepte ou qui ne l'accepte pas. Et il convient d'observer que, par le régime de la souveraineté nationale, le système d'acceptation par la volonté générale de la nation a été singulièrement perfectionné. En effet, l'acceptation a été rendue *actuelle* pour chacune des mesures de gouvernement, par le moyen des mesures de publicité et de toutes les

procédures qui saisissent l'opinion toute-puissante. Ainsi, l'acceptation est détaillée et actuelle. Jadis, au contraire, il fallait accepter en bloc et *a posteriori* toutes les mesures de gouvernement d'un règne au moment où l'on prêtait le serment de fidélité à l'héritier du trône, à moins qu'au contraire on n'acceptât en bloc et d'avance tous les actes du roi qui commençait de régner<sup>1</sup>.

c) Si le système de l'acceptation par la volonté générale a été modifié et amélioré par le régime de la souveraineté nationale, en est-il de même du système des pouvoirs de gouvernement?

N'oublions pas que la pratique du régime a fait passer du côté des pouvoirs de gouvernement le pouvoir législatif et le pouvoir électif; c'est-à-dire que, dans le personnel gouvernemental, il n'y a plus seulement le personnel administratif, comme sous la monarchie, qu'il y a le personnel parlementaire et tout le personnel électoral, l'immense, l'énorme corps électoral, composé, en France, de douze millions d'hommes, et qui, si le suffrage était étendu aux femmes, compterait vingt-cinq millions d'individus. Il y aurait donc vingt-cinq millions d'individus pour en gouverner quarante millions.

Et notons qu'avec les progrès de la démocratie, les rapports réciproques du personnel administratif, du personnel

1. Bien entendu, nous ne considérons comme un perfectionnement du système d'acceptation des mesures de gouvernement par la volonté générale de la nation, ni le régime électoral, ni le régime parlementaire. Il ne faut pas oublier que nous avons fait passer du côté des pouvoirs de gouvernement et l'organisation électorale et l'organisation parlementaire. Ce sont des pouvoirs de gouvernement plus aptes à pressentir la volonté générale de la nation et à s'en faire une représentation que ne l'était Louis XIV, mais, pas plus que lui, ils ne sont qualifiés pour accepter quoi que ce soit au nom de la volonté générale. L'acceptation de celle-ci s'interprète uniquement d'après les mouvements de l'opinion.

parlementaire et du personnel électoral se modifient rapidement; la prépondérance passe d'une manière évidente au personnel électoral.

Que faut-il penser de cette situation?

D'abord, elle présente un avantage en ce qui concerne les relations entre les pouvoirs de gouvernement et la volonté générale du pays. Ces relations sont facilitées. Sans doute, le corps électoral ne se confond pas avec la nation; sans doute, la volonté électorale n'est pas la volonté générale de la nation, et c'est pour cela, d'ailleurs, qu'ils ont pu être rangés dans la catégorie des pouvoirs de gouvernement. Mais le corps électoral est plus près de la nation que le personnel parlementaire, et surtout il en est plus près que le personnel administratif; il vit dans la même atmosphère que la nation; il se pénètre par les mêmes moyens qu'elle de l'opinion publique et de la volonté générale. Un pareil pouvoir de gouvernement est donc infiniment apte à pressentir et à se représenter la volonté générale de la nation, et les mesures de gouvernement qui seront proposées sous son influence auront toutes les chances d'être approuvées et acceptées par la volonté générale.

Mais, par là même, la situation ne présente-t-elle pas un danger? Le pouvoir électoral ne sera-t-il pas justement trop voisin de la volonté générale et, par conséquent, ne sera-t-il pas aussi simpliste et aussi incompetent qu'elle? Est-ce que les intérêts nationaux, pour peu qu'ils soient complexes et techniques, ne lui échapperont pas? En outre, le corps électoral ne sera-t-il pas un organe de gouvernement trop peu organisé et trop peu discipliné? N'allons-nous pas retomber dans le gouvernement de la foule? Incompétence et désordre, tels sont les deux écueils sur lesquels le gouvernement de la démocratie va se briser; et d'ailleurs, dira-t-on, ces deux écueils prouvent que le pou-

voir de gouvernement ne peut pas être situé dans le corps électoral, car un pareil pouvoir ne va pas sans compétence et sans puissance d'ordre. Et puis, nous objectera-t-on encore, vous avez posé en principe que les pouvoirs de gouvernement ne résidaient pas dans la masse de la nation, et maintenant vous les faites résider dans le corps électoral; est-ce que le corps électoral n'est pas pratiquement la masse de la nation?

Assurément, nous touchons ici au problème capital de la démocratie : à mesure que le pouvoir de gouvernement descend dans le corps électoral, à mesure aussi il faut que celui-ci devienne un organe plus capable de l'exercer, et plus distinct de la nation.

Mais ce n'est qu'une question d'organisation, et un problème d'organisation peut toujours être résolu.

D'abord, constatons qu'en effet, dans notre théorie de la souveraineté nationale, le corps électoral peut être organisé. Dans la doctrine révolutionnaire, il ne devait pas l'être, parce qu'il était censé devoir exprimer directement la volonté générale de la nation, laquelle est inorganisée (v. *supra*, p. 30). Mais nous avons rompu le charme de cette confusion, et désormais, il est acquis que le corps électoral pourra être organisé autant que cela sera nécessaire, car il ne doit exprimer qu'une représentation de la volonté générale adaptée à l'action et qui, d'ailleurs, devra se combiner avec d'autres représentations émanées d'autres pouvoirs.

Ensuite, constatons que si le corps électoral est organisé, il se séparera de la nation par son organisation même; plus il sera organisé, plus il s'en séparera, plus il pourra acquérir de compétence et plus il s'éloignera du désordre de la foule.

Reste à déterminer le plan général de cette organisation

du corps électoral. Ce n'est pas précisément notre affaire. Dans cette étude, nous ne faisons que poser des principes, sans avoir la prétention de fournir aucune solution concrète. Nous nous bornons à établir que la solution est possible. Et, par exemple, puisque la question de la *représentation proportionnelle* et celle de la *représentation des intérêts* sont à l'ordre du jour, nous sommes autorisé à dire que voilà des réformes qui vont dans le sens véritable de l'évolution démocratique, parce qu'elles tendent à organiser le suffrage. La représentation proportionnelle tend à fortifier l'organisation des partis politiques et, en même temps, à introduire plus régulièrement, dans les canalisations du pouvoir législatif, les volontés nationales des minorités ; elle est donc un principe d'ordre et de discipline. La représentation des intérêts tend à l'organisation des compétences spéciales dans le suffrage, elle est donc un principe de compétence.

Nous nous garderons bien d'adopter l'attitude de M. Charles Benoist, qui se résume ainsi : « La représentation proportionnelle est la négation de la souveraineté nationale, mais cela n'a pas d'importance, parce qu'il n'y a pas de souveraineté nationale<sup>1</sup>. »

Il y a une souveraineté nationale, et la représentation proportionnelle n'en est pas la négation, car, dans la véritable doctrine de la souveraineté nationale organique, le corps électoral n'est qu'un organe de gouvernement, et un organe de gouvernement non seulement peut, mais encore doit être organisé.

Nous donnerons quelques développements à l'idée de la *représentation des intérêts*.

1. *La Crise de l'État moderne*, Paris, 1897, pp. 30 et 31. — Sur la représentation proportionnelle, voir l'excellent ouvrage de M. Saripolos, *La Démocratie et l'Élection proportionnelle*, 1899.

Il s'agit de savoir si l'on doit créer une organisation politique spécialement adaptée à la représentation des volontés nationales à compétences particulières. Le suffrage universel que nous possédons, avec corps électoral homogène, constitue une organisation adaptée à la représentation des intérêts généraux de la nation ; ne conviendrait-il pas d'organiser un corps électoral plus particularisé, morcelé en des syndicats ou en des institutions corporatives, qui fût spécialement sensible à l'influence des volontés nationales particulières relatives aux intérêts spéciaux ?

La question vaut d'être examinée théoriquement et pratiquement :

1<sup>o</sup> En théorie, c'est-à-dire en partant des principes mêmes de la souveraineté nationale, certains auteurs nient la possibilité de la représentation des intérêts. Pour eux, la souveraineté nationale n'existerait plus si la représentation avait une autre base que celle du suffrage individuel avec corps électoral homogène. Sans doute, par mesure d'ordre, il faut bien des circonscriptions électorales, mais elles doivent être toutes pareilles les unes aux autres et, dans chacune d'elles, c'est la représentation des mêmes intérêts généraux qui doit être l'objet de l'élection. Écoutons M. Esmein, qui traduit ici la pure doctrine classique : « C'est le corps entier des électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et c'est le vote, dans un certain sens, de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté générale... Les divers collèges électoraux ne doivent être que des fractions du corps électoral entier. Ils doivent, par conséquent, être composés d'électeurs de même qualité, choisis tous au même titre. C'est ainsi, seulement, que le sectionnement peut fractionner l'exercice de la souveraineté nationale sans la dénaturer. Les fractions ne restent telles qu'autant qu'elles possèdent toutes les qualités de l'entier. »

(*Élém. de Droit constitut.*, 5<sup>e</sup> éd., pp. 254 et 256.) Si donc l'on organise un suffrage dans lequel les circonscriptions électorales seront des syndicats ayant des intérêts corporatifs différents à défendre, « on fractionne l'exercice de la souveraineté en la dénaturant ».

Ce raisonnement, qui paraît très en forme, a un grand défaut : il repose sur la confusion, que nous avons signalée dès le début, entre la volonté générale et la volonté électorale ; pour M. Esmein, le suffrage ne peut fonctionner qu'au sujet des intérêts généraux parce qu'il a pour fonction d'exprimer, non pas la représentation de la volonté générale, mais la volonté générale elle-même.

Mais nous n'admettons pas, quant à nous, ces identifications. La volonté générale de la nation ne se confond pas avec la volonté du suffrage universel, quoique celle-ci s'efforce de la représenter. D'ailleurs, ce n'est pas une raison pour que la volonté du suffrage ne soit pas un élément de la souveraineté nationale, à côté de la volonté générale, *car la souveraineté nationale est un pouvoir composite*.

Et justement parce qu'elle est un pouvoir composite, la souveraineté nationale peut admettre encore d'autres éléments que la volonté du suffrage universel homogène et rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'elle admette la volonté d'un suffrage organisé pour la représentation des intérêts. Le tout est que ces éléments divers puissent entrer en composition les uns avec les autres, de façon à fournir une résultante unique. Et cette résultante sera la souveraineté nationale, à la seule condition que la volonté générale de la nation soit, par la nécessité de son adhésion aux initiatives de tous les autres pouvoirs, l'élément dominant.

2<sup>o</sup> Mais si, au point de vue théorique, la représentation des intérêts est parfaitement compatible avec la conception

de la souveraineté nationale que nous prétendons être la véritable, au point de vue pratique l'opportunité de ce mode de représentation est chose discutable :

a) D'abord, il faut se demander si la représentation des intérêts et des volontés nationales particulières n'est pas déjà réalisée dans une très large et quelques-uns même diraient dans une trop large mesure, soit par le suffrage universel lui-même, soit par le pouvoir exécutif.

Il est clair qu'au sujet du suffrage universel, on vit sur une fiction, sur la fiction classique de la représentation exclusivement homogène. Dans la réalité des faits, le suffrage universel est devenu bien autre chose; on en accuse le scrutin d'arrondissement, mais quelle que soit l'organisation, au bout d'un certain temps le résultat serait le même, car il est dû au fait même de l'organisation. Quels que soient les collèges électoraux, au bout d'un certain temps d'organisation, ils se différencient et se spécialisent et des intérêts spéciaux, qui d'ailleurs peuvent être nationaux, s'y cantonnent. Il y a des députés des ports, des députés des cheminots, sans compter les députés des marchands de vin. Au Parlement, il se constitue des groupes pour la défense des intérêts de toute espèce. Le suffrage universel ne représente plus depuis longtemps les seuls intérêts généraux, il représente aussi d'innombrables intérêts particuliers.

Quant à l'organe exécutif et administratif, dans les nombreuses branches de son administration, il centralise une quantité de volontés nationales particulières et d'intérêts spéciaux. Ainsi, tous les intérêts de la défense nationale, dont quelques-uns sont très spéciaux, sont centralisés dans les ministères de la guerre et de la marine. Ceux qui ne sont pas centralisés dans les services sont tout au moins groupés autour de ces services en des corps consultatifs,

en des établissements publics ou d'utilité publique, plus ou moins agréés et subventionnés par l'administration. Il est des industries qui ne vivent que de certains services publics et qui savent très bien faire entendre leur voix dans les conseils du gouvernement.

En fait donc, soit autour du suffrage universel, soit autour du gouvernement exécutif, le syndicat des grands intérêts nationaux particuliers s'est constitué et réussit à faire passer beaucoup de ses volontés, soit à travers les défilés de la procédure parlementaire, soit à travers les formalités de l'administration. On peut se demander si cela n'est pas suffisant et si, même, cela ne vaut pas mieux qu'une organisation séparée de la représentation des intérêts.

D'une part, de cette façon, la suprématie nécessaire de la volonté générale et des intérêts généraux reste assurée, car, malgré tout, le suffrage universel reste dominé par les préoccupations de la politique générale. D'autre part, on a évité les conflits constitutionnels qui ne manqueraient pas de s'élever entre deux organisations représentatives parallèles.

b) Les considérations qui précèdent auront de la valeur tant que les faits n'imposeront pas une organisation séparée de la représentation des intérêts, mais il se peut qu'ils l'imposent. Nous assistons à l'essor d'un mouvement syndicaliste et corporatif, dont nul ne peut prévoir l'amplitude de développement. Il est possible que le mouvement syndicaliste ne dépasse pas la portée d'une sorte d'organisation administrative de l'industrie, comme il est possible aussi qu'il devienne un principe de transformation politique du pays, auquel cas il toucherait forcément à l'organisation de la souveraineté<sup>1</sup>.

1. Cf. Paul Boncour, *La Souveraineté économique*.

En prévision de cette seconde hypothèse, il est bon de se demander quel serait le meilleur mode d'une représentation séparée des intérêts.

A notre avis, il faudrait poser en principe que cette organisation devrait réaliser, avec celle du suffrage universel, le maximum d'écart. Si l'on prend le parti de les séparer, il convient de les séparer le plus possible, afin qu'elles puissent subsister l'une à côté de l'autre.

Pour cela, il ne suffirait pas de décider que les électeurs ne seraient pas les mêmes, que ce seraient d'un côté des individus et de l'autre des organisations syndicales; il faudrait établir aussi que les deux suffrages n'auraient pas la même fonction, qu'ils n'exerceraient pas leur action sur les mêmes corps constitués.

Dans cette direction, l'idée qui vient la première à l'esprit est d'utiliser le fait de l'existence de deux Chambres et de faire, par exemple, nommer le Sénat par le suffrage syndical, tandis que la Chambre des députés continuerait d'être nommée par le suffrage universel des citoyens<sup>1</sup>. Mais, à la réflexion, on s'aperçoit que cette combinaison ne réaliserait pas du tout le maximum d'écart. D'une part, les deux organisations du suffrage fonctionneraient toutes les deux en vue de la domination sur le pouvoir législatif, et les deux Chambres qui en seraient issues, quoique différentes, seraient appelées à faire partie du même Parlement. D'autre part, on peut se demander si les collèges électoraux du suffrage syndical, qui seraient en somme des organisations très différenciées, seraient bien qualifiés pour travailler à la constitution d'un organe délibérant, étant donné qu'une assemblée ne peut délibérer que si ses divers membres ont

1. Cf. Léon Duguit, *la Représentation syndicale au Parlement*, 1911. Extrait de la *Revue politique et parlementaire*, juillet 1911.

suffisamment d'idées communes et d'intérêts communs qui puissent servir de base à la discussion (v. *supra*, p. 69).

Enfin, un suffrage basé sur la représentation des intérêts n'aurait peut-être pas qualité pour représenter la volonté générale de la nation dans cette traduction très directe qu'est l'œuvre législative.

Aussi faut-il donner la préférence à une idée beaucoup plus hardie, qui assignerait pour fonction au suffrage syndical la nomination des organes du pouvoir exécutif, tandis que le suffrage universel resterait chargé de la nomination des organes du pouvoir législatif. Faire nommer par les syndidats et les corporations, soit le chef de l'État tout seul, lequel exercerait ensuite un droit de nomination pour les autorités exécutives subordonnées, soit, à la fois, le chef de l'État et quelques autres autorités subordonnées plus ou moins importantes, telle paraît être la solution logique. Observons tout de suite que cette solution ne serait pas incompatible avec le régime parlementaire, puisque celui-ci est compatible même avec une monarchie héréditaire. Assurément, elle serait de nature à donner au chef de l'État un rôle moins effacé que celui qui est le sien dans notre constitution actuelle, mais bien des gens sont d'avis que ce ne serait pas un mal. En tout cas, la question du régime parlementaire et celle de l'élection du chef de l'État par le suffrage syndical peuvent être disjointes. Notre rôle n'est pas ici d'établir une constitution, mais de dégager les éléments d'après lesquels elle peut être établie.

Ce qu'il faut remarquer, c'est la convenance parfaite qu'il y aurait ici entre le collège électoral et le genre d'élection qu'on lui demanderait. Ce serait un collège électoral représentant des intérêts divergents, et on lui demanderait simplement de désigner un homme qui servirait d'arbitre entre

ces intérêts divergents; ce serait un collège électoral de techniciens et on lui demanderait de nommer le chef du pouvoir exécutif, c'est-à-dire de la grande organisation technique de l'État; ce serait un collège électoral représentant les grands intérêts nationaux spéciaux et on lui donnerait action directe sur les chefs des services publics correspondant à ces grands intérêts nationaux<sup>1</sup>.

Si cette combinaison réalise assurément le maximum d'écart entre le suffrage universel, cantonné dans la ligne du pouvoir législatif, et le suffrage syndical cantonné dans celle du pouvoir exécutif, assure-t-elle aussi bien la suprématie nécessaire du suffrage universel représentant plus direct de la volonté générale de la nation?

Ce suffrage syndical, déjà fort de l'énergie syndicaliste qui aspire par elle-même à la souveraineté, ainsi que l'a montré M. Paul Boncour<sup>2</sup>, appuyé par surcroît sûr toute la force gouvernementale et administrative inhérente à la machine exécutive, ne sera-t-il pas plus fort que le suffrage universel?

A cette question, il faut répondre, d'abord, que les combinaisons constitutionnelles sont susceptibles de neutraliser bien des forces; que, par exemple, le régime parlementaire, mettant toute la réalité du pouvoir exécutif aux mains des ministres et subordonnant ceux-ci au Parlement, suffirait à neutraliser la force syndicale et à maintenir la suprématie du suffrage universel. Mais il n'est même pas dit que le maintien du gouvernement de cabinet soit nécessaire. Il y

1. Ce qui est certain, c'est que, soit dans les pays monarchiques, soit dans les républiques où le chef de l'État a une responsabilité personnelle, les grands intérêts nationaux se groupent autour du chef de l'État, il est leur représentant naturel. Dès, lors pourquoi ne pas faire élire le représentant naturel des intérêts nationaux par un suffrage à base de représentation des intérêts?

2. *Op. cit.*

a dans le suffrage universel une force qui lui est propre et qui, par elle-même, tend à le mettre au-dessus du suffrage syndical, à tel point que c'est pour l'autonomie de celui-ci que l'on devrait plutôt trembler. Cette force propre du suffrage universel est celle du nombre, en ce sens que le nombre des électeurs donne aux passions que développe le jeu électoral leur maximum d'intensité.

L'opération électorale est une partie de jeu, c'est le jeu majoritaire, on joue à savoir, de deux ou trois partis, quel sera le plus nombreux le jour du scrutin; — bien entendu, il y a un enjeu, ce sont les bénéfices du pouvoir; — mais, outre l'enjeu, il y a l'attraction du jeu en elle-même. Dans ces conditions, il faut convenir que le suffrage universel offre le spectacle de parties de jeu émouvantes et que le suffrage syndical n'offrira jamais que le spectacle de parties de jeu médiocres et très peu passionnantes. Qui se passionne aujourd'hui pour les élections aux Chambres de commerce? Cela n'intéresse pas le grand public et n'intéresse même que très peu le public spécial des commerçants.

Les partis politiques, notamment, seront toujours organisés sur le terrain des grandes élections du suffrage universel et non pas sur celui des petites élections syndicales, et le vrai danger est que ces partis politiques, conçus en vue de l'action législative, ne tendent à s'introduire dans l'organisation syndicale pour devenir aussi les maîtres de l'élection du chef du pouvoir exécutif.

Nous sommes persuadé que l'organisation du suffrage syndical résisterait à cette invasion assez pour conserver son action politique propre, mais que cette invasion se produirait cependant assez pour assurer la domination du suffrage universel.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, nous n'avons développé cette question de la représentation des intérêts que pour

montrer avec quelle liberté d'esprit elle peut être traitée dans notre conception de la souveraineté nationale.

II. *La souveraineté nationale est-elle susceptible de fournir des garanties de limitation du pouvoir?* — La doctrine de la souveraineté nationale exclut, désormais, toute limitation de la souveraineté qui pourrait provenir de l'existence d'un pouvoir étranger ou supérieur; elle exclut notamment le contrôle de l'Église qui pouvait être lié à la théorie du droit divin et à la cérémonie du sacre, et que d'ailleurs nos rois avaient déjà répudié. Le pouvoir est maintenant tout entier intériorisé dans la nation, et si la façon dont il y est distribué peut encore être confrontée avec le droit divin, c'est uniquement en tant qu'elle peut l'être avec l'ordre des choses.

Dès lors, il apparaît que le pouvoir ne peut être limité que grâce à des équilibres constitutionnels internes. C'est à quoi le régime de la souveraineté nationale se montre admirablement propre, surtout avec le système du gouvernement représentatif et avec la séparation des pouvoirs. Les organes représentatifs ont du pouvoir d'action, la volonté générale de la nation a du pouvoir d'adhésion et par conséquent de résistance; le pouvoir d'action n'est pas concentré dans un seul et même organe représentatif, il est divisé en plusieurs compétences qui sont confiées à des organes séparés; ces organes sont des corps politiques qui luttent entre eux pour la prééminence, qui donc ont intérêt à se surveiller, à se contrôler réciproquement et qui en ont les moyens. Résultat : des conflits, des temps d'arrêts, des négociations, des transactions entre tous ces éléments, qui diminuent la tension générale du pouvoir.

Il y a, au sens constitutionnel du mot, autolimitation de l'État, en ce que, à l'intérieur de l'institution nationale, une répartition équilibrée des pouvoirs et une certaine élas-

ticité du système qui en résulte ont limité la tension totale du pouvoir.

D'ordinaire, l'idée de l'autolimitation de l'État n'est émise qu'à propos de l'État personne morale et elle éveille l'image d'une personne qui s'arrête dans l'exercice de son pouvoir, par un décret de sa propre volonté. Sous cette forme, l'image ne satisfait pas, parce qu'à l'intérieur de la personne morale les opérations psychologiques nous sont inconnues; mais si nous réfléchissons que, sous la personne morale État, il y a l'institution nationale dont nous connaissons les mécanismes constitutionnels, nous constatons que le jeu automatique de ces mécanismes assure dans la nation une autolimitation du pouvoir qui, ensuite, dans la perspective de la personnalité morale, peut être attribuée sans inconvénient à la volonté de la personne État.

Ceci, d'ailleurs, sera éclairé par les développements qui seront donnés dans la section suivante.



# TABLE DES MATIÈRES

Pages.

## SECTION PRÉLIMINAIRE.

### Le problème et les règles de la méthode.

Distinction de la souveraineté nationale et de la souveraineté de l'État; la méthode de la composition des forces en ce qui concerne la souveraineté nationale.....	1
---	---

## SECTION I.

### Les éléments de la souveraineté nationale.

Paragraphe préliminaire. — Généralités sur ces éléments.....	13
§ 1 <sup>er</sup> . La volonté générale de la nation .....	16
I. Étude critique de la volonté générale d'après Rousseau.	18
II. Distinction de la volonté générale et de la volonté législative ou de l'électorale.....	25
III. Caractères importants de la volonté générale; le bloc des idées incontestables; la volonté d'adhésion.....	33
§ 2. La volonté nationale commandante et les pouvoirs de gouvernement.....	40
Article préliminaire. Généralités sur les pouvoirs de gouvernement et sur la séparation des pouvoirs.....	40
Article I. Le pouvoir électif.....	53
— II. Le pouvoir législatif ou délibérant.....	62
— III. Le pouvoir exécutif.....	71
Ses rapports avec la juridiction.....	77
§ 3. La force publique et spécialement la force armée.....	80

## SECTION II.

### L'unité de la souveraineté nationale.

§ 1 <sup>er</sup> . Des difficultés qui naissent, pour la réalisation de l'unité de la souveraineté nationale, du fait du gouvernement représentatif.....	86
---	----

Article I. Le fait du gouvernement représentatif, principe de la représentation de la volonté générale par les divers pouvoirs de gouvernement et de la convergence de ces représentations, en vue de reconstituer l'unité composite d'une volonté nationale commandante.....	86
Article II. Théorie de la délégation de la souveraineté; sa réfutation.....	90
Article III. Le gouvernement représentatif autonome :	
I. De l'autonomie fondamentale des représentants et, par conséquent, de l'autonomie fondamentale des pouvoirs de gouvernement.....	97
II. De l'investiture établie par la nation sur ses représentants.....	109
III. De la gestion d'affaires spontanée des représentants et de la ratification par la volonté générale.....	116
§ 2. Comment l'unité de la souveraineté nationale se réalise malgré la séparation des pouvoirs.....	124

## SECTION III.

## La valeur de la souveraineté nationale.

I. La souveraineté nationale est-elle susceptible de fournir un fondement juridique du pouvoir?.....	129
Développements sur le pouvoir électif considéré comme pouvoir de gouvernement et sur son organisation, question de la représentation des intérêts.....	136
II. La souveraineté nationale est-elle susceptible de fournir des garanties de limitation du pouvoir?.....	145

## SECTION IV.

## De la souveraineté nationale à la souveraineté de l'État.

I. Le changement de point de vue.....	147
II. Théorie de l'indivision de la souveraineté de l'État.....	151
III. Les pouvoirs de gouvernement conçus comme puissances de volonté de la personne morale État.....	151
CONCLUSION.....	153