

Le peuple : un souverain sous contrôle

Stéphane Caporal

Professeur à l'Université de Saint-Etienne

Doyen honoraire de la faculté de droit

« Il y a deux vérités qu'il ne faut jamais séparer en ce monde : la première est que la souveraineté réside dans le peuple ; la seconde est que le peuple ne doit jamais l'exercer »

Antoine de Rivarol

Journal politique national

Le premier alinéa de l'article 3 de la Constitution de 1958 fait clairement du peuple le titulaire de la souveraineté en disposant que « La souveraineté nationale appartient au peuple français qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

À travers cet article, la Constitution de 1958 opère une conciliation entre la démocratie et le régime représentatif conciliation probablement inévitable si l'on considère avec Georges Vedel et Stéphane Rials « que la Constitution, c'est la représentation »¹. Mais en même temps elle oppose l'exercice direct de la souveraineté par le peuple, dépendant il est vrai de l'initiative du chef de l'Etat, au parlementarisme c'est-à-dire au principe d'un gouvernement issu des assemblées. Dans cette perspective, il convient de repenser la distinction de Georges Burdeau entre pouvoir d'Etat et pouvoir démocratique : le pouvoir d'Etat incarné par le Président de la République implique l'assentiment populaire et donc démocratique concrétisé par le référendum tandis que le pouvoir dit démocratique est en réalité un pouvoir parlementaire et par conséquent un pouvoir partisan. L'unité du pouvoir d'Etat, qui manifeste l'unité conceptuelle du peuple, s'oppose au pouvoir parlementaire qui exprime la diversité des opinions et des partis politiques même si le pouvoir présidentiel n'est évidemment pas exempt d'orientations partisans tandis qu'au contraire la théorie constitutionnelle admet une unité de la représentation parlementaire.

Partageant avec Olivier Beaud la conviction selon laquelle le droit constitutionnel ne saurait se limiter à la conception normative aujourd'hui dominante² on s'attachera ici à examiner la situation du peuple en tant que « souverain sous contrôle » notamment à la lumière de la notion de légitimité « qui revient à se demander pourquoi le pouvoir mérite l'obéissance des gouvernés »³ et ceci d'autant plus que la question de la légitimité est au cœur de la mise en place des institutions de la Ve République⁴. On suivra en particulier la recommandation de

¹ S. Rials, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation », *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica-Puam, 1990, pp. 69 et G. Vedel, débat faisant suite à cette intervention *op. cit.*, p. 76.

² O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 154.

³ *Ibid.* La crise de confiance que connaît aujourd'hui la classe politique française et qui se traduit, entre autres manifestations concrètes, par une participation très faible à la plupart des consultations électorales, pose crûment la question de la légitimité.

⁴ Olivier Beaud note que « les fondateurs [de la Cinquième République] ont constamment invoqué la notion de légitimité pour fonder leur prétention à bâtir des institutions nouvelles pour la France », O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op. cit.*, p. 155. Nous le rejoignons entièrement et d'autant plus volontiers que nous notions, en 1996, que « le régime inauguré en 1958-1962 apporte une dimension

« prendre au sérieux cette prétention à la légitimité des fondateurs de la Ve, prétention qui « rencontre l’assentiment des citoyens »⁵ et c’est pourquoi on se référera à « l’intention des fondateurs » et singulièrement à la conception gaullienne du régime de la Ve République.

La Ve République oppose la démocratie au parlementarisme par le biais de la distinction entre d’un côté le peuple, exerçant sa souveraineté par la voie référendaire, et de l’autre la représentation parlementaire. Avant même la naissance de la Ve République, leur coexistence est conflictuelle tant théoriquement que pratiquement. A partir de 1958, la vision gaullienne du président de la République (et même debréiste selon Olivier Beaud) qui rencontre l’assentiment des Français est « anti-parlementaire car elle fait du Parlement le lieu de la division, du pluralisme destructeur, alors que le chef de l’Etat serait le lieu de cristallisation de l’unité nationale, et la réminiscence monarchique est tout aussi claire »⁶.

Cette vision repose *grosso modo* sur la notion bodinienne de souveraineté qui, par-delà des différences irrécusables, est commune aux conceptions monarchique et démocratique en ce qu’elle est absolue, perpétuelle et inaliénable, et que sans elle il n’y a pas d’Etat. A l’opposé, le parlementarisme a tendance à neutraliser la question de la souveraineté soit en réduisant cette dernière à n’être qu’un mot, comme en Angleterre où le souverain n’en a que l’appellation, soit en la considérant avec hostilité. Sur ce dernier point, il est révélateur que Sieyès, le théoricien français du principe élémentaire du parlementarisme, c’est-à-dire de la représentation par des assemblées, se méfie du caractère absolu de la souveraineté : « même populaire, écrit-il, la souveraineté est une conception royaliste et monacale, une conception destructrice de la liberté et ruineuse de la chose publique comme de la chose privée »⁷.

Cela explique que, comme le rappelle Frédéric Rouillois, « Longtemps, l’effet combiné de la tradition libérale et du principe représentatif a exclu toute participation directe du peuple à la vie publique, ne lui laissant que le pouvoir de choisir des représentants chargés de vouloir à sa place et d’agir en son nom. Cette situation d’exclusion a pris fin avec la Constitution de 1958, soucieuse, au contraire, de « rendre la parole au souverain captif⁸ », et de ménager au moyen du référendum un contact permanent entre la nation et le chef de l’Etat. Pourtant, « quelle qu’ait pu être l’intensité de la pratique référendaire au début de la Ve République, le procédé n’a jamais cessé d’apparaître comme exceptionnel, même lorsqu’il n’était pas affublé du qualificatif infamant de « plébiscitaire »⁹ ». L’exercice direct de la souveraineté par le peuple est perçu comme relevant au mieux d’une aimable rêverie et au pire d’une dangereuse incongruité.

radicalement nouvelle en réintroduisant la question de la légitimité dans les institutions qui se mettent en place au cours de cette période », S. Caporal, « Les institutions de la V^e République et la légitimité », IIIe Congrès français de Droit constitutionnel, Université de Bourgogne, Dijon, mai 1996, rapport dactylographié et distribué, p. 3. Dans cette communication, nous reprenons la formule de Jean-Louis Quermonne et Dominique Chagnollaud : « Le recours au principe de légitimité et sa transposition en régime démocratique est [donc] une innovation de la Ve République », J.-L. Quermonne, D. Chagnollaud, *Le gouvernement de la France sous la Ve République*, Fayard, 1996, p. 148.

⁵ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op.cit.*, pp. 157.

⁶ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op.cit.*, p. 162.

⁷ Cité par S. Rials, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation », in *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Economica PUAM, 1990, p. 49, *op. cit.*, p. 55. La réflexion sur la souveraineté, ne peut évidemment pas laisser à l’écart la question du pouvoir constituant, qu’il soit instituant ou institué pour reprendre les catégories de Sieyès. En effet, c’est au nom de la nation - souveraine mais impuissante à décider par elle-même - que l’Assemblée nationale de 1789 se veut constituante, c’est encore en son nom que les législatures pourront procéder à la révision du texte constitutionnel.

⁸ Suivant le titre d’André Tardieu (*La Révolution à refaire*, I, *Le souverain captif*, Flammarion, 1936).

⁹ F. Rouillois, *Droit constitutionnel. 2. La Ve République*, Flammarion, 2004, p. 81.

Certes, l'article 3 de la Constitution de 1946 disposait déjà que « La souveraineté nationale appartient au peuple français » (al. 1) et précisait : « Le peuple l'exerce, en matière constitutionnelle, par le vote de ses représentants et par le referendum » (al. 3). Cependant, alors que la formulation de 1946 suggérait pour la seule matière constitutionnelle un cumul de des modes d'exercice – le vote des représentants et le referendum -, celle de 1958 apporte une double modification. D'une part, elle étend le champ référendaire à toute matière et, d'autre part, elle suggère une séparation en indiquant l'existence d'une « voie du référendum » qui constitue l'expression directe de la souveraineté et se distingue de l'autre mode d'exercice que sont « les représentants ». En ce qui concerne l'extension du champ du référendum au-delà de la matière constitutionnelle, la chose est certaine : la limitation du référendum à la matière constitutionnelle est évidemment incompatible avec les dispositions de l'article 11. Concernant l'autre modification, le doute peut subsister car les travaux préparatoires témoignent de la complexité du processus d'écriture du texte constitutionnel de 1958¹⁰ qu'il peut être extrêmement hasardeux d'interpréter par rapport à celui qui le précède ; néanmoins, la modification d'un énoncé qui, en apparence, aurait pu demeurer inchangé ne peut manquer d'interroger. Sémantiquement, si les deux modes d'exercice de la souveraineté étaient demeurés sur le même plan, la solution la plus simple aurait été de conserver l'ancienne rédaction : vote des représentants et référendum. Or, non seulement, on l'a modifiée en insistant, en attirant l'attention du lecteur sur le référendum, mais parallèlement, on a supprimé la référence au vote qui est pourtant le moyen d'action unique des assemblées parlementaires et comme les ces assemblées continuent à s'exprimer exclusivement par le vote, cette disparition suggère plutôt qu'elles ont perdu le monopole de la représentation. Si cela est vrai, c'est la notion même de représentation qui se trouve modifiée sous la Ve République. A côté de la notion de mandat, quels que soient les contours qu'on lui définit, il y a place pour une représentation qui s'assimile à une personnification ou à une incarnation et qui est exercée par le chef de l'Etat¹¹. Cependant, dans le cadre de cette étude, on se bornera à envisager classiquement la représentation parlementaire dans la mesure où c'est elle qui menace le pouvoir constituant du peuple.

Ici, il nous faut évoquer la distinction d'Olivier Beaud entre le pouvoir constituant (*i.e.* originaire) qui ne peut être exercé que par le peuple souverain, au moyen d'un référendum constituant, et non pas par ses représentants, et le pouvoir de révision constitutionnelle qui s'exerce dans le cadre procédural fixé par le texte constitutionnel¹². On s'avouera particulièrement convaincu par cette distinction qui conduit à soutenir que « la constitution de la Ve est née de l'exercice d'un véritable pouvoir constituant (et non pas d'une révision constitutionnelle), ce que qui suppose d'admettre que la théorie du pouvoir constituant est indissociable du concept de légitimité¹³ »¹⁴ et que le pouvoir constituant ne peut être exercé que directement par le peuple et pas par la représentation parlementaire¹⁵. Bien évidemment,

¹⁰ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, La Documentation française, 1987, 3 vol

¹¹ S. Caporal, « Souveraineté nationale et représentation », *Nation et République*, PUAM, 1995, pp. 299-311. On ne dira jamais assez combien cette thèse est très largement redevable à la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt (1928), Puf, 1993, et aux travaux qui s'y rapportent, spécialement ceux d'Olivier Beaud et de Pascuale Pasquino.

¹² O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994, 512 p. ; « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites affiches*, 31 mars 1993, n° 39, p. 15 ; « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traite' de Maastricht », *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 1048.

¹³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, (1928), Puf, 1993, ch. 9.

¹⁴ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », », *op.cit.*, p. 157.

¹⁵ O. Beaud, "La souveraineté" de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traite' de Maastricht", *op. cit.*, p. 1048.

cela implique de rompre avec la vision formelle du droit constitutionnel qui domine en doctrine.

Cependant, notre propos n'est pas tant de discuter ici une théorie de la Constitution et du pouvoir constituant que, plus modestement, d'essayer de montrer que si la Ve République place le pouvoir constituant (*i.e.* du peuple) à sa source, son exercice par le peuple souverain dépend de pouvoirs constituées et que la destruction progressive de l'agencement institutionnel qui permettait cet exercice va jusqu'à en priver le peuple purement et simplement. Or, cette destruction est provoquée par le retour en force de la doctrine et de la pratique du parlementarisme lequel est, par son principe même, fondamentalement opposé à l'idée selon laquelle la souveraineté nationale appartient au peuple. Précisons, que, par simple commodité et en contradiction patente avec ce que l'on vient de rappeler, on usera parfois de la terminologie habituelle qui assimile pouvoir de révision constitutionnelle et pouvoir constituant : sans doute est-elle loin d'être satisfaisante mais c'est celle qu'ont utilisée les concepteurs de la Constitution, c'est celle qui figure dans le texte constitutionnel et c'est celle qu'emploient le Conseil constitutionnel et une part importante de la littérature doctrinale. On utilisera donc la distinction ou non selon qu'il s'agira de commenter ou de rendre compte.

Même sous la Ve République, le peuple est toujours un souverain sous contrôle : semblable au roi Arthur qui dort dans une grotte en attendant, selon la légende, qu'on vienne le réveiller pour sauver son royaume, le peuple souverain ne peut exercer le pouvoir constituant qu'à la condition que des organes institués lui permettent de le faire. Le pouvoir constituant est donc un pouvoir en sommeil qui ne demande qu'à s'éveiller (I), mais il est aussi un pouvoir en débat (II) qui se heurte à une incessante contestation émanant des tenants du parlementarisme. Il devient aujourd'hui un pouvoir en danger (III) car la domination d'une conception purement formelle du droit constitutionnel tend à faire du peuple un colosse aux pieds d'argile.

I - UN POUVOIR EN SOMMEIL

Contrairement aux précédentes, la V^e République place le peuple, et non plus les parlementaires au cœur des institutions, conférant ainsi à la légitimité démocratique une dimension nouvelle¹⁶, et cet avènement d'une véritable légitimité démocratique suppose nécessairement de donner effectivement la parole au peuple d'une manière qui interdise de revenir aux errements des régimes précédents¹⁷.

Mais cette révolution, car c'en est une¹⁸, se heurte à une incessante opposition. Opposition de la classe politique d'abord, qui se confond presque entièrement avec le Parlement en dehors duquel elle n'envisage point de véritable légitimité. Opposition d'une partie de la doctrine ensuite, héritière de celle du XIX^e siècle pour laquelle il n'était de démocratie envisageable que parlementaire. Opposition d'une partie de la société civile enfin, qui considère que le référendum comporte des questions trop techniques pour le citoyen ordinaire ce qui revient à

¹⁶ S. Caporal, « Les institutions de la V^e République et la légitimité », p. 1.

¹⁷ S. Caporal, « Les institutions de la V^e République et la légitimité », p. 7. V. dans le même sens O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », », *op.cit.*, p. 164, « Le choix gaulliste est de privilégier le canal plébiscitaire, le lien direct avec le peuple, et ceci en partie pour réagir contre la IV^e qui avait, de manière exagérée, interdit tout lien de communication direct entre le Premier ministre et le peuple »

¹⁸ « Léo Hamon en 1958 : « nous avons vécu une révolution, plus exactement nous y sommes entrés ; parce que rien n'a été 'cassé', d'autres raisonnent comme si le saut n'avait pas été fait, ou s'il pouvait à présent être refait à reculons ; ils se trompent, et il ne faut pas que la continuité des apparences nous dissimule la discontinuité des choses », L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, p. 4, cité in O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », », *op.cit.*, p. 157.

soutenir avec Montesquieu que le peuple n'est apte qu'à élire ses représentants et nullement à décider par lui-même. Mais Montesquieu ne se prétendait pas démocrate.

Comme le résume fort bien Frédéric Rouvillois, « pour les constituants de 1958 et dans la pratique, pour le général de Gaulle, le référendum était à la fois un moyen de rendre la parole au peuple et de la reprendre au Parlement »¹⁹. D'emblée, parlementarisme et démocratie apparaissent donc comme antagonistes, l'affirmation de la seconde se réalisant par une remise en cause radicale de la suprématie du premier. Le combat sera rude et l'issue incertaine.

En 1945, le général de Gaulle doit imposer l'intervention du peuple dans la procédure d'élaboration de la nouvelle constitution à des partis politiques le plus souvent réservés quand ils ne sont pas franchement hostiles²⁰ et en 1946, de manière symptomatique, l'Assemblée constituante qui élabore la future constitution de la IVe République rejette à l'unanimité le référendum d'initiative populaire. En 1958, encore, alors que la IVe République achève de se décomposer, les critiques contre la démocratie directe ne cessent pas : ainsi, lors des travaux préparatoires, Paul Reynaud conteste la reprise de la formule de Lincoln, « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », comme principe de la République française et critique implicitement la notion de démocratie directe. Selon lui, « il n'est pas vrai que le peuple gère lui-même ses affaires ; c'est une impossibilité si visible que la preuve [s'en] trouve à l'article » suivant, l'article 3, qui, après avoir rappelé que « la souveraineté nationale appartient au peuple », « nous dit, et c'est le bon sens même²¹ », que « le peuple l'exerce par ses représentants, et par la voie du référendum ». Il est vrai que le vocabulaire employé peut difficilement concerner l'acte constituant. Car enfin, exercer le pouvoir constituant est-ce simplement « gérer ses affaires » ?

Le principe fondamental de la révision tel que l'ont conçu Charles de Gaulle et Michel Debré est d'une grande simplicité : « Une réforme des institutions que le peuple tout entier a mise sur pied en 1958 ne peut être décidée que par le peuple. Il faut que le peuple se prononce lui-même. Il est le seul à pouvoir transformer ce qu'il a fait »²². C'est cette idée que reprend Frédéric Rouvillois en expliquant que « C'est le peuple qui est *en principe* compétent pour approuver, par référendum, les révisions dont il est originellement le seul *auteur*. Celui qui a fait la Constitution est logiquement susceptible de la refaire, de même qu'il aurait la faculté d'en changer »²³. Par voie de conséquence, « *Normalement*, c'est donc bien le peuple qui dispose de ce pouvoir constituant »²⁴. Mais, comme dans la légende arthurienne, pour qu'il puisse exercer ce pouvoir, il faut qu'on le vienne tirer de son sommeil et ce ne doit pas être pour une cause futile (A). Un seul pourra le faire pour qui c'est en même temps un devoir et un risque (B).

A- Le réveil du peuple²⁵ : une exigence de la Constitution

L'article 89 dispose que la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum et ajoute que « Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le

¹⁹ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. 2. La Ve République*, Flammarion, 2004, pp. 90-91

²⁰ « L'intervention du peuple dans la procédure d'élaboration de la nouvelle constitution en 1945 fut imposée aux partis politiques par le général de Gaulle », J. Bougrab, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Paris, Dalloz, 2002, p. 371.

²¹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, La Documentation française, 1987, 3 vol., t. II, p. 126.

²² Cité in A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, t. II, p. 146.

²³ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. 2.*, *op.cit.*, p. 95

²⁴ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. 2.*, *op.cit.*, p. 96.

²⁵ Que le lecteur veuille bien pardonner ce jeu de mot sur le titre d'un chant de la période révolutionnaire.

Président de la République décide de la soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés ». La révision en Congrès est donc une exception par rapport à la procédure normale du référendum, l'adverbe « toutefois » indiquant toujours une exception dans le texte constitutionnel²⁶. Frédéric Rouvillois le souligne à raison : « celui-ci [le Parlement] n'est appelé à se prononcer que de façon dérogatoire, lorsque « le projet de révision n'est pas présenté au référendum ». La rédaction traduit l'intention des constituants, qui ont voulu distinguer la procédure de droit commun, celle du référendum, d'une procédure exceptionnelle, à laquelle on n'a recours que lorsque la question paraît décidément trop minime pour justifier que l'on dérange le peuple souverain »²⁷.

On pourrait objecter que l'article de révision de la Ve République ne fait que reprendre celui de la IVe République qui faisait déjà du référendum la règle de la révision constitutionnelle, les autres procédures n'étant que dérogatoires. En effet, l'article 90 précisait à propos du projet : « Il est soumis au référendum, sauf s'il a été adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers ou s'il a été voté à la majorité des trois cinquièmes par chacune des deux Assemblées ». Cette objection serait erronée pour plusieurs raisons : en premier lieu, les conditions posées pour la révisions sous la IVe République sont plus favorables à la procédure parlementaire que sous la Ve République, la majorité des deux tiers étant exigée devant la seule Assemblée nationale exception faite du cas où la révision concerne le Conseil de la République et où la majorité des trois cinquième est exigée dans chaque chambre. En second lieu, un texte doit s'interpréter dans une hypothèse de cohérence, dans sa globalité et par rapport à un contexte²⁸. Or, de ce point de vue, il ne fait aucun doute que les deux textes répondent à des orientations différentes, voire divergentes. En 1946, André Philip exprimait l'intention des rédacteurs de ne recourir au référendum que si les parlementaires ne parviennent pas à se mettre d'accord. : « Nous avons voulu qu'il ne soit fait recours au référendum que lorsque la volonté des représentants du peuple ne se serait pas manifestée d'une manière particulièrement forte, soit par une très large majorité des trois cinquièmes dans chacune des deux assemblées »²⁹. En 1958, il s'agit au contraire de ne recourir au Congrès que si la modification est trop insignifiante pour intéresser directement le souverain : le Congrès, comme le dit le général de Gaulle, « c'est bon pour les réformattes »³⁰. La procédure du Congrès n'est que la transposition en droit constitutionnel du vieil adage judiciaire *de minimis non curat praetor*. En pratique, cependant, la situation va changer du tout au tout.

²⁶ Trois autres articles de la Constitution de la Ve République comportent l'adverbe « Toutefois » qui indique chaque fois une exception à une règle qui vient d'être formulée :

- l'article 46 relatif aux lois organiques : « La procédure de l'article 45 est applicable. *Toutefois*, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres ».

- L'article 53 -1 relatif au droit d'asile : La République peut conclure avec les Etats européens qui respectent des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

- L'article 61 alinéa 3 relatif aux décisions de constitutionnalité : « Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. *Toutefois*, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours ».

²⁷ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel*. 2., *op.cit.*, pp. 95-96

²⁸ V. par exemple : M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », *Revue du Droit public*, 1989, pp. 945-956.

²⁹ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 28 septembre 1946, p. 4217 cité in J. Bougrab, *op.cit.*, Paris, Dalloz, 2002.

³⁰ Cité in A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, t. II, p. 146.

La majorité des trois cinquièmes avait été maintenue comme voie secondaire de la procédure de révision dans le texte fondateur de la Ve République et c'est par un formidable tour de passe-passe qu'elle en est devenue en pratique, la procédure ordinaire et finalement presque considérée comme normale. Comme le constate Frédéric Rouvillois, « le peuple, titulaire normal du pouvoir constituant délégué, se trouve en pratique supplanté dans ce rôle par un organe constitué, le Congrès »³¹ ce qui est tout à fait possible dès lors que domine une conception formelle de la notion de pouvoir constituant³². L'accessoire, le contingent, le subsidiaire deviennent ainsi la norme, le modèle et presque le principe de la révision de la loi fondamentale : la voie qui devait seulement servir aux réformettes est utilisée pour introduire des modifications essentielles.

En pratique, le référendum de l'article 89 a été mis en œuvre pour la première fois en 2000, lors de la réduction à cinq ans du mandat présidentiel. La réforme était importante ; sa préparation vit alterner des spéculations peut-être excessivement techniques, des réflexions de sociologie politique et des poncifs tels que « sept ans c'est trop long » sans compter le changement brutal d'opinion du président en exercice. La réponse fut à la mesure de la qualité du débat : la réforme passa certes largement mais avec un taux de participation dérisoire que n'avaient sûrement pas imaginé les concepteurs du régime. Cependant, si le recours au référendum constituant de l'article 89 demeure exceptionnel, un autre référendum est venu s'ajouter, celui de l'article 11.

L'objet de la présente étude étant de s'interroger sur le pouvoir constituant du peuple, on pourrait estimer que le référendum de l'article 11 n'y a point sa place. Au plan théorique, ce serait oublier la thèse selon laquelle le souverain exerce le pouvoir constituant (*i.e.* originaire) par le référendum indépendamment des conditions formelles. Au plan factuel, ce serait oublier que par deux fois le référendum de l'article 11 a été utilisé en matière constitutionnelle, conduisant la première fois à une modification capitale de l'équilibre institutionnel et la seconde à la démission du président de la République qui estimait avoir perdu la confiance du peuple. Sans aller jusqu'à reconnaître avec Georges Vedel - rejoint tardivement par François Mitterrand -, l'existence d'une coutume, il faut concéder que le référendum de 1962 a joué un rôle clef dans l'équilibre institutionnel, que celui de 1969 a fourni l'illustration de la conception gaullienne. A ce titre l'article 11 mériterait d'être étudié même pour qui ne partage pas la thèse du référendum constituant.

On sait que lors de la mise en œuvre de l'article 89, l'existence d'une phase parlementaire obligatoire, le vote par les deux chambres en termes identiques, peut interdire *de facto* au peuple de pouvoir se prononcer et que ce fut d'ailleurs l'une des raisons avancées par le général de Gaulle pour recourir au référendum de l'article 11.

À cette occasion, l'opposition entre le peuple et l'institution parlementaire transparaissait nettement bien qu'elle ait été partiellement occultée par le débat relatif à la violation de la Constitution et à la dénonciation d'une monarchie plébiscitaire. Par-delà la polémique relative à la régularité ou à l'irrégularité de la procédure, le président pose au peuple une question de laquelle l'obstruction des assemblées parlementaires lui aurait interdit de connaître et en contrepartie, il se soumet au jugement de cet arbitre suprême en s'engageant à démissionner en cas de désaveu. Dans sa brutalité, dans sa violence presque, cette votation consacre

³¹ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. 2., op.cit.*, p. 95

³² Cette conception est évidente en matière législative puisque si le Conseil constitutionnel s'estime incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par référendum, la même loi peut en revanche faire l'objet d'une modification, d'une adjonction ou d'une abrogation par une autre loi votée, elle, par le Parlement.

l'existence d'une relation privilégiée entre le président et le peuple, relation qui se dessinait déjà nettement dans l'architecture institutionnelle initiale et que les Français avaient approuvée le 28 septembre 1958 en connaissance de cause puisque c'était l'innovation essentielle de la Ve République. Observant cette architecture Olivier Beaud écrit : « On peut [en effet] soutenir que la Ve République est un régime qui se caractérise par l'écart entre sa qualification juridique formelle, régime parlementaire, et son effectivité politique, le présidentielisme »³³ tandis que pour Anne-Marie Le Pourhiet, « Le général de Gaulle avait conçu un régime dans lequel le couple légal gouvernement-parlement était complété par un couple de fait président-peuple »³⁴. Encore plus récemment, Lucien Jaume estime qu'il existe « un « esprit de la Constitution » qui permet de séparer nettement, selon deux circuits de légitimités distincts, la représentation classique d'une part, l'exercice de la souveraineté du peuple à travers le président de la République, d'autre part »³⁵. Cette articulation dualiste se manifeste nettement dans la mise en œuvre du référendum de l'article 11 par le chef de l'Etat.

Certes, hormis les partisans de la thèse du référendum constituant, la grande majorité de la doctrine estime que cet article concerne l'exercice du seul pouvoir législatif, à l'exclusion du pouvoir constituant, et que c'est par un détournement de procédure qu'il a pu conduire à la révision³⁶. Depuis l'article de Pierre Lampué³⁷, rares sont ceux qui défendent la théorie des voies parallèles et la possibilité légitime de substituer une procédure à l'autre. Il n'en reste pas moins que l'utilisation constituante de l'article 11 est un fait que le juriste ne peut d'autant moins ignorer que l'éventualité qu'il se reproduise ne peut jamais être totalement exclue dans l'hypothèse où les assemblées feraient barrage à un projet de révision et où le président serait prêt à engager sa responsabilité politique devant le peuple³⁸. Car c'est bien là l'essentiel du référendum de 1962 : s'il peut être jugé en délicatesse avec la procédure d'un point de vue formel, le principe qui le justifie est lui en parfait accord avec l'esprit de la Constitution et des arguments existent au soutien de cette thèse.

Comme le rappelle Lucien Jaume, la notion d'esprit de la Constitution se trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès 1962 avant d'être vigoureusement défendue en doctrine³⁹. Si l'on convient avec Olivier Beaud que la souveraineté doit être recherchée « dans les préambules ou dans les formules de promulgation de la Constitution »⁴⁰, c'est-à-dire « là où s'affiche l'auto proclamation de sa souveraineté par le Souverain », c'est dans l'article 3 de la Déclaration de 1789 et l'article 3 de la Constitution de 1958 que se trouvent ces arguments. On ajoutera une autre version de ce principe justificateur dans l'article unique de la loi

³³ L'auteur précise que « C'est ce qu'a démontré à [mon] avis, Philippe Lauvaux, dans son *Destin du présidentielisme* (2002) », O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op.cit.*, p. 157.

³⁴ A.-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Economica, 2007, p. 320.

³⁵ L. Jaume, « La souveraineté sous la Ve République : une certaine idée du gouvernement », *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, sous la direction de B. Mathieu, Association française de droit constitutionnel, Dalloz, 2008, pp. 171-172. Tous mes remerciements vont à Lucien Jaume qui a eu la gentillesse de me communiquer le texte de son article avant la parution de l'ouvrage.

³⁶ V. en particulier les critiques aussi constantes que virulentes de Raymond Janot, *L'écriture de la Constitution*, 1992.

³⁷ P. Lampué, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *RDP* 1962, pp. 931 s.

³⁸ Comme le rappelait Georges Vedel, « malgré la persistance d'opinions juridiques contraires, le recours à l'article 11 en matière de révision reste, en arrière-plan, une sorte de procédure de secours, dont la perspective ou l'usage pourrait à un moment donné permettre une révision constitutionnelle se heurtant à l'obstruction de l'une des deux chambres », G. Vedel, « Le citoyen, ses porte-parole et sa pensée », *Changer la République*, *Le Monde*, 7 mai 1997.

³⁹ L. Jaume, *op. cit.*, pp. 171-172 et note 2 : Conseil constitutionnel, décision du 6 novembre 1962 : « il résulte de l'esprit de la Constitution » que le Conseil n'a pas compétence pour contrôler les lois référendaires qui « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Concernant la littérature doctrinale, la note rappelle aussi les écrits de Francis Hamon, *Le référendum*, 1995 et Frédéric Rouvillois, *op. cit.*

⁴⁰ O. Beaud, *Le Souverain, Pouvoirs*, n° 67, pp. 33-45.

constitutionnelle du 3 juin 1958 qui fonde le régime : « seul le suffrage universel est la source du pouvoir »⁴¹. Cette version du principe fournit une clef de compréhension du référendum : puisque c'est de lui « que dérivent les pouvoirs exécutif et législatif », c'est aussi devant lui qu'ils sont responsables en dernière instance et par lui que se prennent les décisions fondamentales : dire qu'il en dérivent ne signifie pas simplement qu'il *désigne* leurs titulaires, mais qu'il les *institue*. Un élément de preuve de ceci réside dans le discours prononcé par Michel Debré devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958 qui assure que « le Président de la République, comme il se doit, n'a pas d'autre pouvoir que celui de solliciter un autre pouvoir : il sollicite le Parlement, il sollicite le Comité constitutionnel, il sollicite le suffrage universel »⁴². Or, quel suffrage universel sollicite le président sinon celui du référendum ? Ce ne peut être celui de son élection puisque d'une part, celle-ci ayant lieu au suffrage universel indirect, il ne peut solliciter que les voix d'un collège et que d'autre part, lors de l'élection, il ne brigue pas le suffrage en tant que président – qu'il n'est pas encore - mais en tant que candidat. Debré était trop fin connaisseur de la langue française pour se laisser aller à deux approximations sur un sujet aussi sensible.

B - Le réveil du peuple : un devoir du président de la République

La Constitution de la Ve République ne connaissant pas l'initiative populaire, le déclenchement du processus conduisant à sa modification échappe au souverain. L'article 89 dispose que l'initiative de la révision appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement et une lecture *a contrario* révèle que l'approbation d'une proposition ne peut se faire que par référendum puisque la voie du Congrès ne concerne que les projets. L'article 11, quant à lui, dispose que le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal officiel*, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur des matières aux contours finalement assez vagues pour autoriser une conception extensive de leur champ⁴³.

Chacun des deux articles permet donc aux assemblées parlementaires de déclencher une procédure conduisant à un référendum ce qui reviendrait à rendre au peuple, fut-ce temporairement, le pouvoir qu'elles exercent en son nom. La réforme de juillet 2008 introduisant le référendum d'initiative parlementaire à soutien populaire dans l'article 11 renforce le poids des assemblées dans la mise en œuvre de l'institution référendaire. Néanmoins, pour ce qui concerne l'article 11, l'intervention du Parlement demeure hautement improbable s'agissant de la législation ordinaire voire complètement invraisemblable s'agissant d'une disposition relevant de la Constitution.

Pour ce qui concerne l'article 89, l'adoption d'une proposition par les deux assemblées en termes identiques conduit logiquement au référendum, mais cela reste du domaine de la pure spéculation car en pratique, il a fallu attendre le 3 mai 2000 pour que la première proposition atteigne l'étape de la discussion en séance à l'Assemblée nationale⁴⁴. Ce phénomène étant d'ordinaire mis au compte de la maîtrise de l'ordre du jour des assemblées par le gouvernement, la réforme de juillet 2008 pourrait donc y remédier. Toutefois, il n'est pas

⁴¹ *Loi constitutionnelle du 3 juin 1958*, portant dérogation transitoire aux dispositions de l'art. 90 de la Constitution du 27 octobre 1946 (J.O. 4 juin, p. 5326)

⁴² Discours de Michel Debré devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958, Documents d'études n°1.04, *La Documentation française*, 2005, p.18.

⁴³ « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

⁴⁴ En moyenne une quinzaine de proposition sont déposées chaque année.

certain que ce soit le cas dans la mesure où l'expérience montre que ces propositions n'ont pas nécessairement vocation à aboutir en tant que tel : soit elles valent principalement comme des prises de position de leurs signataires, soit elles sont reprises dans des projets de lois constitutionnelles et aboutissent tout en évitant la sanction des urnes.

En fin de compte, le président de la République reste donc le véritable maître du jeu. Il est libre d'organiser, dans le cadre de l'article 11, un référendum qui pourrait, le cas échéant, être constituant ; entièrement libre, dans le cadre de l'article 89, de choisir de faire approuver un projet de révision par le référendum ou par le Congrès ; éventuellement libre enfin d'organiser ou de ne pas organiser le référendum de l'article 89 puisque rien dans le texte ne l'oblige à le faire⁴⁵ comme l'a prouvé l'interruption de la procédure par Georges Pompidou en 1973. Lui seul détient la clef permettant de libérer le souverain captif.

De fait, en l'absence d'initiative populaire, il faut bien que quelqu'un déclenche le processus dans lequel le peuple va pouvoir occuper la place qui lui revient. Le principal reproche adressé à ce processus, tout au moins en ce qui concerne la V^e République, participe d'une critique de la démocratie plébiscitaire au motif qu'en appeler au peuple renforce la personnalisation du pouvoir. Certes, on ne peut écarter cette hypothèse : la nature des choses aurait dit Montesquieu, veut que tout individu qui exerce le pouvoir tende à en abuser *a fortiori* s'il s'agit de la magistrature suprême et on sait depuis Weber que la démocratie plébiscitaire est une variante de la domination charismatique. Toutefois, on ne peut pas mettre en doute la légitimité du procédé référendaire au seul motif qu'il avantage le titulaire de la magistrature suprême : le chef de l'Etat qui confisque le pouvoir à son profit n'est sans doute pas moins condamnable que les parlementaires de la III^e ou de la IV^e République, mais il n'est certainement pas moins légitime. Ne serait-ce que parce que son statut unitaire n'est pas censé être aussi partisan que celui des parlementaires qui repose largement sur l'appartenance partisane (statut constitutionnel des partis, groupes parlementaires etc...). Il est vrai qu'il peut confisquer le pouvoir mais déjà l'auteur de la confiscation est parfaitement identifiable, et la responsabilité est donc beaucoup plus forte que dans la conception classique parlementariste dans laquelle la responsabilité est diluée. La mise en œuvre de la responsabilité du chef de l'Etat devant le peuple, que défendaient René Capitant et Léo Hamon, dépend du bon vouloir du Président mais elle n'en est pas moins possible comme le fait apparaître la démission du général de Gaulle en 1969⁴⁶.

Seul le président peut, en référer au peuple au sens littéral et doit même en tirer les conséquences, tandis que le pouvoir parlementaire n'a nullement besoin du référendum lequel, au contraire, est susceptible de remettre en cause sa légitimité. Bien sûr, on peut facilement objecter qu'aucune disposition expresse n'oblige le président à démissionner en cas de référendum défavorable. Mais, si l'on replace la légitimité au centre du débat et si l'on admet avec Léo Hamon qu'« il n'y a pas de démocratie sans responsabilité », alors les pouvoirs attribués au président doivent trouver leur contrepartie dans la remise en jeu de son mandat comme l'enseignait René Capitant et comme le général de Gaulle le mit en pratique à plusieurs reprises. C'est pourquoi, Jean-Louis Quermonne soutenait en 1993, à propos du statut du président de la République que « cette charge ne lui confère pas seulement un droit mais un devoir constitutionnel »⁴⁷ et particulièrement celui de permettre au peuple de s'exprimer directement sur les questions essentielles pour son avenir et, le cas échéant, d'en

⁴⁵ Pas plus que de convoquer le Congrès

⁴⁶ S. Caporal, « Les institutions de la V^e République et la légitimité », pp. 7-8 ; « pour René Capitant, un tel comportement constituait la contrepartie démocratique indispensable à l'étendue du pouvoir d'Etat », J.-L. Quermonne, « Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat », *Le pouvoir et l'Etat dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Economica-PUAM, 1993, p. 89.

⁴⁷ J.-L. Quermonne, « Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat ». *op.cit.*, p. 88.

tirer les conséquences. Arracher le souverain à son sommeil pour une mauvaise raison ne se pardonne pas.

II - UN POUVOIR EN DEBAT

Historiquement, le Parlement dispute toujours à quelqu'un le droit de gouverner : il le dispute au monarque, il le dispute au peuple car du point de vue parlementariste, autrement dit du gouvernement par les chambres, il faut que « le peuple règne mais ne gouverne pas » (de même que Thiers assurait en 1830 : « le roi règne mais ne gouverne pas »⁴⁸). En Angleterre, Henry Campbell-Bannerman déclarait même d'une manière définitive que le référendum est « incompatible avec le gouvernement parlementaire et est [à mon avis] la destruction de celui-ci tel que nous le comprenons »⁴⁹. C'est que l'opposition entre représentation parlementaire et votation populaire induit une opposition plus essentielle, entre parlementarisme et démocratie. Depuis Montesquieu, cette opposition transparaît dans les écrits politiques et doctrinaux : ainsi pour Raymond Carré de Malberg, « La nature du gouvernement représentatif est distincte du gouvernement démocratique. Contrairement à ce qui se passe dans une démocratie, la nation ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants[...] Dans le gouvernement représentatif, le citoyen n'est qu'électeur, alors que dans la démocratie, il est législateur »⁵⁰. Carré de Malberg a d'ailleurs des mots très durs à l'encontre du régime représentatif (c'est-à-dire parlementaire) : « Cette fiction, qui a servi originellement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé du mysticisme révolutionnaire : ne serait-il pas plus exact ici de parler de mystification ? Il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté, alors surtout que les soi-disant représentés sont exclus de la possibilité d'opposer une volonté contraire à celle qui passe pour représenter la leur. »⁵¹. En 1923, Carl Schmitt consacre une étude à montrer que le parlementarisme ne s'enracine pas dans la démocratie mais dans le libéralisme et aussi à réfuter la prétention parlementariste à matérialiser la démocratie⁵². Bien qu'il ne détaille guère

⁴⁸ « Le roi règne mais ne gouverne pas », A. Thiers, Texte anonyme, janvier 1830 ; « Le roi n'administre pas, ne gouverne pas, il règne », A. Thiers, *Le national*, 4 février 1830, « Du gouvernement par les chambres ».

⁴⁹ « Il y a, il est vrai, des propositions très vagues et, je crois, très mal informées, en faveur d'une institution appelées référendum et d'après laquelle un bill peut être soumis à un vote spécial des électeurs du pays. Je vois à de telles propositions les objections les plus fortes. L'isolement, alors nécessaire, du sujet donné de tout le champ du sentiment politique est à peu près impossible. Il est incompatible avec le gouvernement parlementaire et est, à mon avis, la destruction de celui-ci tel que nous le comprenons », Campbell-Bannerman le 24 juin 1907 à la Chambre des Communes (*Hansard's parliamentary debates*, 4^e série, t. 176, p. 924 cité in A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Sirey, 6^e éd. 1914, reprint, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 168, note 2.

⁵⁰ A. Laquière, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXe et du XXe siècle », *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005. <http://hc.rediris.es/06/index.html>, p. 251.

⁵¹ 16 R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Editions Sirey, 1931, Paris, Réédition Economica, Collection « Classiques », 1984, p. 216 cité in Thomas Fromentin, « Un nouvel objet du droit : le Parlement. Éléments pour une introduction de la sociologie en droit constitutionnel », VI^eme Congrès français de droit constitutionnel, Atelier 4 – « Quels outils théoriques pour comprendre le droit ? », Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, p. 5.

⁵² C. Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, (1923), trad. fr. de Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, 1988, préface de Pasquale Pasquino. Il est hors de propos de se demander si sa critique du parlementarisme repose ou non sur une défense sincère de la démocratie. En premier lieu, sa conception de la démocratie diffère radicalement de celle qui prévaut depuis le XIXe siècle : elle est autoritaire et antilibérale (v. par exemple R. Baumert, « Carl Schmitt contre le parlementarisme weimarien : quatorze ans de rhétorique réactionnaire », *Revue française de science politique*, 2008/1, vol. 58, pp. 5-37. L'auteur refuse de tomber dans l'attitude consistant à relire Schmitt par rapport à ses positions à partir de 1933 mais note qu'il est dans le camp autoritaire et réactionnaire ce qui est parfaitement exact. Si l'article de Schmitt laisse poindre une réelle hostilité à l'égard du parlementarisme, il peut difficilement encourir le reproche abondamment adressée à l'œuvre schmittienne de dissimuler des thèses favorables au national-socialisme : en effet, la première édition du texte paraît en 1923, à un moment où la position de Schmitt est encore très différente de ce qu'elle sera en 1933. A cette époque, sa sympathie va à des mouvements politiques conservateurs ou réactionnaires - voire partisans d'une révolution

l'usage du référendum dans le cadre d'une démocratie plébiscitaire dont il défend le principe⁵³, cette étude demeure fondamentale. Elle l'est en particulier si l'on veut essayer de répondre à la question posée par Olivier Beaud selon qui « on attend toujours la justification argumentée et prouvée de la supposée supériorité du canal plébiscitaire sur le canal parlementaire »⁵⁴.

On se propose ici d'inverser les termes de la question en se demandant quelle est la justification prouvée et argumentée de la supposée supériorité du canal parlementaire sur le canal plébiscitaire ce qui implique d'examiner les critiques adressées au référendum en tant que procédé démocratique (A) et les justifications du régime parlementaire en tant que régime représentatif (B)

A- La contestation parlementariste du référendum

Les critiques adressées au procédé référendaire telles que les a recensées Anne-Marie Le Pourhiet⁵⁵, apparaissent de manière évidente comme n'ayant pratiquement pas varié depuis le dix-huitième siècle jusqu'à nos jours.

Argument rebattu, la dénonciation de l'usage plébiscitaire du référendum repose sur une distinction artificielle entre référendum et plébiscite élaborée par la doctrine française sous la IIIe République⁵⁶ et Jean-Marie Denquin a montré comment les auteurs avaient adopté cette distinction, à des degrés divers⁵⁷. On retiendra seulement en passant que Maurice Hauriou « estime que le plébiscite est une manifestation de confiance en un homme ou en un régime »⁵⁸. Or, le thème de la confiance concerne également d'autres modes de gouvernement. D'abord, le parlementarisme : pourquoi refuser au peuple de faire confiance à un homme alors qu'on lui enjoint de faire confiance à une assemblée ? Ensuite, l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel direct sous la Ve République qui consiste bien à faire confiance à un homme.

conservatrice -, comme ceux que fréquente Jünger et qui seront généralement anéantis après 1933. En 1932, il suggèrera encore l'interdiction des partis ennemis de la république de Weimar, communistes et nationaux-socialistes, ce qui ne fait pas pour autant de lui un défenseur de cette république du moins dans ce qu'elle a de libéral, C. Schmitt, « Legalität und Legitimität » (1932) ; « Légalité et légitimité », *Du Politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puiseux, Pardès, 1990, p. 39-79). En second lieu, c'est moins la sincérité de l'auteur qui importe, que la pertinence de sa démonstration et, de ce point de vue, le texte comporte une analyse très éclairante de la nature et de la justification conceptuelle du parlementarisme.

⁵³ Même dans des études postérieures, comme *Le gardien de la Constitution*, il consacre peu de développements à cette question et encore, ceux-ci en restent-ils généralement au stade des principes sans vraiment approfondir les aspects concrets de la pratique référendaire nécessaires pour dégager une volonté véritablement démocratique.

⁵⁴ O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op. cit.*, 2006, p. 164.

⁵⁵ Présentation de cette recension in v. A.-M. Le Pourhiet, *op. cit.*, pp. 94-97.

⁵⁶ Il s'agissait alors de discréditer les plébiscites napoléoniens tout en rendant compte des pratiques suisse et américaine que l'on ne pouvait pas présenter comme antidémocratiques et pour désigner celles-ci on emprunta le terme referendum aux Suisses, qui l'utilisaient parfois.

⁵⁷ Ainsi, « Pour Duguit, il y a plébiscite quand le peuple délègue sa souveraineté à un homme et, parfois, le charge de faire une Constitution, alors que le référendum est une part faite au gouvernement direct. Carré de Malberg voit dans le plébiscite une abdication du peuple et insiste sur le caractère de vote bloqué d'une telle consultation : quand une Constitution est soumise au peuple, celui-ci ne peut amender le texte ni choisir entre des projets alternatifs [...] A la fin de sa vie, il affirmera en revanche la légitimité d'une combinaison entre le référendum et le parlementarisme » distinguant lui aussi entre référendum et plébiscite⁵⁷. Joseph Barthélemy voit dans le plébiscite un vote truqué, « matériellement ou psychologiquement », entre autres parce qu'il « joue sur la peur du chaos ou qu'il place le citoyen, comme en 1851, devant un fait accompli », J.-M. Denquin, « Référendum et plébiscite », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy, Puf, 2003, pp. 1310-1311.

⁵⁸ J.-M. Denquin, *op. cit.*, pp. 1310-1311.

Les autres critiques du référendum et la justification corrélative du régime représentatif se fondent sur le passage de l'*Esprit des Loix* dans lequel Montesquieu affirme que « Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre [. . .] »⁵⁹ avant d'ajouter « [Le peuple] ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée »⁶⁰. Sieyès reprendra ces thèmes en distinguant nettement le régime représentatif qu'il prône et la « véritable démocratie » présentée implicitement comme irréaliste : « Les citoyens peuvent donner leur confiance à quelques-uns d'entre eux ; sans aliéner leurs droits, ils en commettent l'exercice ; c'est pour l'utilité commune qu'ils nomment des représentants bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général et d'interpréter à cet égard leur propre volonté. L'autre manière d'exercer son droit à la formation de la loi est de concourir soi-même immédiatement à la faire. Ce concours immédiat est ce qui caractérise la véritable démocratie ; le concours médiat désigne le gouvernement représentatif ; la différence entre les deux est énorme »⁶¹. On ne saurait mieux dire que le parlementarisme n'est pas la démocratie

⁵⁹ Montesquieu, *Esprit des lois*, II, 2.

⁶⁰ Montesquieu, *Esprit des lois*, II, 2. A sa suite, les théoriciens du régime représentatif autrement dit du régime parlementaire, prennent le contre-pied de Rousseau qui affirmait dans le *Contrat social* : « les députés du peuple ne sont (donc) ni ne peuvent être des représentants, ils ne sont que des commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle : ce n'est point une loi. Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort ; il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement : sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde », J.-J. Rousseau, *Contrat Social.*, liv. III, ch. XV. Toutefois, on remarquera que Rousseau reprend les idées des classiques en dénonçant la dégénérescence de la démocratie lorsqu'il critique le fait de ne laisser aux magistrats qu'une autorité précaire, « un des vices qui perdirent la République d'Athènes », *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Union gén. d'Édition, coll. 10/18, 1973, p. 280, on est donc bien loin d'une participation des citoyens au quotidien du gouvernement de l'État que l'on confond souvent avec la démocratie directe. On peut dire qu'au sens strict, la démocratie rousseauiste n'est pas une démocratie gouvernante mais une démocratie légiférante. Dès 1771, Jean-Louis de Lolme défend résolument le système représentatif contre la démocratie directe, *Constitution de l'Angleterre ou Etat du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, Amsterdam, 1771, E. Van Harreveld, B.N., t. 2, p. 18 ; v. S. Caporal, « L'opposition de deux Genevois au cœur de la pensée politique moderne : Jean-Jacques Rousseau et Jean-Louis de Lolme », *Genève et la Suisse dans la pensée politique*, Puam, 2007, pp. 117-136. Pour lui, l'approbation populaire des lois ne prouve pas la liberté politique car l'électeur n'est qu'un votant parmi d'autres sans aucun moyen de modifier le texte qui lui est soumis : « Celui qui a voté dans une assemblée législative populaire n'a pas fait la loi [...] il ne lui a été permis ni d'objecter ni de discuter ni de proposer de tempérament ; et il n'a pu dire que oui ou non. Lorsqu'une loi passe conformément à son suffrage, ce n'est point à ce suffrage qu'il doit de voir sa volonté réussir, c'est parce que d'autres ont occasionnellement voulu comme lui. Pour tout dire en un mot : une constitution représentative met le remède entre les mains de ceux qui sentent le mal ; mais une constitution populaire met le remède entre les mains de ceux qui causes le mal et elle mène nécessairement au malheur, à la calamité politique de confier les moyens et le soin de réprimer le pouvoir à ceux qui ont le pouvoir », *Constitution de l'Angleterre*, t.I, p. 237. De Lolme juge la majorité du peuple incapable d'une « résolution réfléchie » et qu'« il n'est pas d'ineptie » qu'elle ne puisse approuver ; la majorité doit donc s'en remettre à la minorité formée des députés qui seule possède les capacités intellectuelles indispensables : « La nature, d'ailleurs avare de ses dons, n'a donné qu'à une petite portion d'hommes une tête capable des calculs compliqués d'une législation ; et comme le malade se confie à un médecin, le plaideur à un avocat, de même le très grand nombre des citoyens doit se confier à ceux qui sont plus habiles qu'eux », *Constitution de l'Angleterre*, t.I, p. 241. Le droit de suffrage n'est qu'un moyen d'établir la liberté laquelle « n'est pas le droit de faire semblant de gouverner mais bien plutôt celui de jouir d'un bon gouvernement qui assure l'exécution de lois égales pour tous », J.-P. Machelon, *Les idées politiques de J. L. de Lolme (1741-1806)*, Paris, Puf, 1969, p. 51. De Lolme soutient même qu'en Angleterre, paradoxalement : « on a diminué le pouvoir du peuple que pour en augmenter la liberté », *Constitution de l'Angleterre*, t. 1, p. 197. Au demeurant, dans les gouvernements républicains « le peuple est nécessairement trahi par ceux en qui il se confie » qui le grugent en lui faisant croire qu'ils adoptent pour son bonheur des lois qui ne profitent qu'au puissants, *Constitution de l'Angleterre*, t. 2, p. 21. Il en résulte que « Le pouvoir du peuple (n'est) jamais que le pouvoir de quelques chefs de parti ».

⁶¹ *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 592 cité in A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Sirey, 6^e éd. 1914, reprint, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 398.

et *a contrario*, de l'aveu même de Sieyès, la votation populaire a toute sa place dans une République telle que la Ve qui se présente comme démocratique⁶².

Sous la IIIe République, Adhémar Esmein, promu en quelque sorte juriste officiel du régime⁶³ critique systématiquement le référendum pour mieux faire l'apologie du gouvernement représentatif. Reprenant les arguments de Montesquieu et de Sieyès⁶⁴ il ajoute que le référendum écarte « toute discussion sérieuse devant le Corps qui doit donner à la loi sa sanction définitive ». De plus, le peuple est mal informé malgré la presse et se prononce sur un texte indivisible qu'il ne peut amender. Même combiné avec la préparation des textes dans les assemblées, le référendum est encore trop pernicieux⁶⁵ : il peut entraîner, bien plus que l'institution des deux Chambres, « l'obstruction contre des réformes rationnelles et la stagnation législative. De très bonnes lois ont échoué en Suisse devant le *référendum* »⁶⁶ ! Plus grave, le peuple pourrait en un instant ruiner les efforts et les espoirs des assemblées ce qui paraît inadmissible à Esmein⁶⁷.

Adhémar Esmein se fait le défenseur acharné de l'« autorité » des parlementaires, appliquant le programme sur lequel ils ont été élus, face à des électeurs capricieux ou ignorants⁶⁸. Selon lui, « il n'est pas vrai que sous le gouvernement représentatif, la loi soit simplement l'expression de la volonté nationale. Le système repose, au contraire, sur cette idée que la nation souveraine est et se reconnaît incapable de formuler elle-même sa volonté en forme de lois. Pour avoir des lois sages, sérieusement préparées et scientifiquement rédigées, elle délègue à des représentants, qu'elle élit, le droit de légiférer en toute liberté, pour elle et en son nom »⁶⁹. Autrement dit, le régime parlementaire en tant que régime représentatif dépossède totalement la nation de sa volonté souveraine au motif qu'elle ne pourrait l'exercer elle-même directement dans de bonnes conditions : de ce qu'en pratique la nation ne peut décider fréquemment par elle-même, Esmein conclut qu'elle ne doit *jamais* décider par elle-même⁷⁰.

⁶² Et du même : « Si les citoyens dictoient les volontés, ce ne seroit plus cet Etat représentatif, ce serait un Etat démocratique », E.-J. Sieyès, *Dire sur la question du veto royal, in Ecrits politiques*, choix et présentation de Roberto Zapperi, éditions des archives contemporaines, 1994, p. 237, cité in J. Bougrab, *op. cit.*, p. 375

⁶³ V. par exemple S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel français : le cas Adhémar Esmein », *Revue du droit public*, 2007-1, pp. 193-230.

⁶⁴ A. Esmein, *op. cit.* p. 398 : « la très grande majorité des citoyens, très capable de choisir des représentants d'après leurs opinions connues et d'orienter ainsi la législation et le gouvernement, est incapable d'apprécier les lois et les projets de lois qui lui seraient soumis. Il lui manque pour cela, comme le disait Sieyès, deux choses nécessaire : l'instruction pour comprendre ces projets et le loisir pour les étudier ».

⁶⁵ « qu'on ne s'y trompe pas : sous cette apparence débonnaire, le gouvernement direct présente des dangers réels », A. Esmein, *op. cit.*, p. 401.

⁶⁶ A. Esmein, *op. cit.*, p. 401. Bien entendu, Esmein n'indique pas sur quels critères il se fonde pour juger que ces lois écartées par les Suisses étaient très bonnes.

⁶⁷ A. Esmein, *op. cit.*, p. 401-402 : « ce système a pour effet de diminuer fatalement la valeur et l'activité utile, le pouvoir éclairant des assemblées représentatives. N'étant point sûres de ne pas voir le résultat de leurs travaux, la loi qu'elles auront élaborée après de long débats, échouer devant un préjugé populaire, elles tendront forcément à raccourcir les débats législatifs et à restreindre les travaux préparatoires ».

⁶⁸ « Quelle autorité peuvent avoir les assemblées lorsque, les lois discutées et votées par elles peuvent avoir à chaque instant, être repoussées, par caprice ou ignorance, par la majorité même qui a élu leurs membres sur un programme déterminé ? Quels sont les hommes qui voudront, dans un pareil milieu, briguer le mandat de député », A. Esmein, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁹ Esmein présente le bicamérisme comme une conséquence, ou plutôt comme un correctif de cette délégation de la volition au parlement : « Mais comme l'exercice de ce droit considérable par les représentants peut entraîner des erreurs et des abus, la nation confie le pouvoir législatif, non pas à une Assemblée unique mais à deux assemblées dont la volonté concordante sera nécessaire pour faire la loi et qui par suite se contrôleront l'une l'autre », A. Esmein, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁷⁰ Il se réclame d'ailleurs de Sieyès qui prétendait dénoncer, en l'an III, « une erreur grandement préjudiciable : c'est que le peuple ne doit déléguer de pouvoirs que ceux qu'il ne peut exercer lui-même ». Certes, Montesquieu avait écrit que : « Le peuple qui a la souveraine puissance doit faire par lui-même tout ce qu'il peut bien faire, et

A l'évidence, la critique la plus sérieuse à l'encontre du référendum concerne l'impossibilité d'amender le texte soumis au vote des électeurs. Jean-Marie Denquin note que « Si une démocratie directe était possible, elle fonctionnerait à la manière d'une assemblée [...] Un peuple appelé à voter ne jouit pas des mêmes possibilités. Il peut *répondre* à des questions, mais non les *poser*. Les procédures telles que le référendum ou l'initiative (dans laquelle le peuple ne fait que répondre à la question formulée par un comité, qu'il ne maîtrise pas) ne mettent donc en œuvre qu'une démocratie *semi-directe* »⁷¹. La démonstration est forte mais elle ne prétend pas être décisive puisqu'elle reconnaît l'existence d'une démocratie certes semi-directe mais d'une démocratie tout de même.

B – La supposée supériorité du régime parlementaire

Constatant qu'il s'est produit une identification du parlementarisme et de la démocratie à partir du XIXe siècle⁷², Schmitt s'emploie à en suivre le fil et à rechercher les fondements intellectuels du régime parlementaire. Il estime que le Parlement se justifie d'abord par défaut : ne pouvant réunir le peuple pour voter, on lui demande d'accorder sa confiance et ses suffrages à des représentants élus censés décider à sa place et en son nom⁷³. On pense ici au célèbre passage de *l'Esprit des lois* dans lequel Montesquieu précise, que « dans un Etat libre, tout homme devrait participer aux affaires publiques ; car le peuple en corps y a la puissance législative, mais cela est impossible dans les grands Etats et sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits », c'est pourquoi « il importe que le peuple fasse par un représentant tout ce qu'il ne peut pas faire par lui-même »⁷⁴. Ainsi, l'affirmation du parlementarisme est-elle co-substantielle à celle du régime représentatif.

Cette affirmation repose sur une sorte de syllogisme qui affiche une légitimité démocratique : « C'est ainsi que naît la progression bien connue : le Parlement est une commission du peuple, le gouvernement est une commission du Parlement. Dans l'idée, le parlementarisme apparaît ainsi comme une réalité fondamentalement démocratique »⁷⁵. Le Parlement prétend parler au nom du peuple tout entier⁷⁶ ce qui correspond à la pétition de principe de Sieyès selon

ce qu'il ne peut pas bien faire, il faut qu'il le fasse par ses ministres », Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. II, ch. II. Néanmoins comme l'affirmation est gênante, et même ruineuse pour sa théorie, Esmein l'écarte aussitôt : « Mais il [Montesquieu] n'entendait point exprimer là une vérité absolue et condamner le gouvernement représentatif, plaide-t-il. Dans ce chapitre intitulé Du gouvernement républicain et des lois relatives à la démocratie, il voulait simplement exposer le système des démocraties antiques qui ne connaissaient point le gouvernement représentatif en matière législative », A. Esmein, *op. cit.*, p. 399. Curieuse remarque venant d'un auteur qui à la page précédente, affirme avec Sieyès que « Tout est représentation dans l'ordre social », A. Esmein, *op. cit.*, p. 398. Si tout est représentation, comment expliquer que les démocraties antiques n'aient point connu le gouvernement représentatif « en matière législative » ?

⁷¹ J.-M. Denquin, « Référendum et plébiscite », *op. cit.*, p. 1311.

⁷² C. Schmitt, *op. cit.*, p. 38.

⁷³ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 41 : « La plus ancienne justification du Parlement, reprise sans interruption durant des siècles, réside apparemment dans une considération d'« opportunité » : à proprement parler, le peuple dans sa totalité effective devrait décider, comme c'était le cas autrefois, quand tous les membres de la commune pouvaient encore se rassembler sur la place du village ; mais pour des raisons pratiques, il est devenu impossible aujourd'hui que tous se rassemblent au même moment sur la même place ; il est impossible de surcroît, d'interroger tous et chacun sur son opinion particulière ; c'est pourquoi l'on recourt avec raison à une commission élue de personnes de confiance, et c'est précisément le Parlement ».

⁷⁴ Montesquieu, *Esprit des lois*, II, 2.

⁷⁵ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁶ Schmitt note que « Dans la lutte du parlement contre la monarchie absolue, le parlement devint le représentant du peuple (conçu comme une unité globale) », *op. cit.*, p. 43. En 1929, Kelsen utilisera des termes assez proches : « la lutte qui fut menée à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle contre l'autocratie fut pour l'essentiel une lutte pour le parlementarisme », H. Kelsen, *La démocratie ; sa nature, sa valeur*, (1929), tr. fr. Paris, Economica, p. 37. Deux exemples le montrent aisément : en 1689, le Parlement britannique prétend parler au nom de tout le

laquelle : « Le but de l'assemblée représentative [...] ne peut pas être différent de celui que se proposerait la nation elle-même, si elle pouvait se réunir et conférer dans le même lieu »⁷⁷. Mais cette assertion se heurte à la réalité du référendum : celui de 1962 voit le peuple désavouer la position des parlementaires alors que celui du 29 mai 2005 qui rejette le traité établissant une constitution pour l'Europe est nié deux ans plus tard par la ratification parlementaire d'un texte similaire. Assurément, Sieyès aurait rétorqué que la nation n'avait pu se réunir pour conférer aussi précisément que les parlementaires et c'est d'ailleurs ce que l'on a pu avancer en 2005 et 2007. Ce serait faire fi des innombrables débats qui ont agité la société, lors des deux référendums, le second illustrant d'ailleurs l'importance du développement des moyens de communication. Bien sûr, on peut toujours répondre que cela n'a rien à voir avec le travail des assemblées parlementaires, mais dans ce cas il faut prouver en quoi les conditions de la délibération sont assez différentes pour faire diverger l'opinion du peuple et de ses représentants. D'ailleurs, au XVIIIe siècle, ce sont les discussions dans les cafés et les cercles de pensée qui ont permis de développer le modèle (bourgeois) de gouvernement fondé sur le caractère public de l'information ; Thomas Fromentin rappelait lors du Congrès français de droit constitutionnel de 2005⁷⁸ ce constat de Jürgen Habermas⁷⁹ et Hannah Arendt. Pourquoi ce modèle ne fonctionnerait-il pas sur une plus grande échelle alors que de nouveaux moyens d'information et de communication le permettent ?

Partisans et adversaires du régime parlementaire reconnaissent la place centrale de la délibération dans la théorie de la représentation parlementaire. Schmitt souligne que le parlementarisme repose entièrement sur ce dogme de la libre discussion : « Toutes les dispositions et normes spécifiques du parlementarisme n'acquièrent leur sens qu'à travers la discussion et l'entrée dans l'espace public, écrit-il. C'est vrai notamment de la proposition fondamentale encore officiellement reconnue aujourd'hui dans la Constitution bien qu'on ait pratiquement cessé d'y croire : le député est indépendant de ses électeurs et de son parti ; c'est vrai des articles concernant la liberté d'expression et l'immunité des élus, de la publicité des débats parlementaires etc. ces dispositions deviennent incompréhensibles si le principe de la discussion publique cesse de trouver le moindre crédit »⁸⁰. Esmein affirme que « le régime représentatif est essentiellement un régime de débat et de libre discussion »⁸¹ et Harold Joseph Laski soutient que dans un système représentatif, l'hypothèse fondamentale du gouvernement est qu'il s'agit d'un gouvernement par la discussion⁸².

La doctrine austro-allemande a tenté maintes fois de fournir au parlementarisme des assises nouvelles et plus solides, en particulier dans l'entre-deux guerres. Pour Hermann Heller, le parlementarisme repose sur « la croyance en l'existence d'un fondement commun pour la

royaume, pour imposer à Guillaume d'Orange le Bill of Rights qui met fin au concept de royauté de droit divin en subordonnant désormais l'autorité royale à la loi votée par les « représentants », V. notamment S. Caporal, « Droits de l'homme, droit fondamentaux : histoire et concepts », *Protection des libertés et droits fondamentaux* (dir. Th. S. Renoux), Les notices de La Documentation française, 2007, pp. 7-12 ; en 1789, les Etats généraux français se transforment en Assemblée nationale constituante composée de « représentants du peuple français » selon les mots de la Déclaration des droits.

⁷⁷ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Société d'histoire de la Révolution française, 1888, p. 85. On songe aussi à la célèbre définition de Walter Bagehot à propos du gouvernement, - « Un comité du corps législatif choisi pour être le corps exécutif ».

⁷⁸ Th. Fromentin, « Un nouvel objet du droit : le Parlement. Eléments pour une introduction de la sociologie en droit constitutionnel », communication au VIe Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, juin 2005, pp. 3-4, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/FROMENTIN>.

⁷⁹ Habermas (J), *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1993.

⁸⁰ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 99.

⁸¹ . Esmein, *op. cit.*, p. 274.

⁸² « The fundamental hypothesis of government in a representative system is that it is government by discussion », J. H. Laski, *The foundation of Sovereignty*, New York, 1921, p. 36.

discussion et, ainsi, en la possibilité d'un fair-play à l'égard de l'adversaire politique intérieur, avec lequel on pense pouvoir trouver un accord sans recourir à la violence pure »⁸³. Cela implique une communauté de valeurs permettant d'intégrer la diversité des opinions, intégration qui se réalise au sein du Parlement. Mais précisément, rien ne prouve que la communauté de valeurs existe et lorsque est engagée la question de la souveraineté et du pouvoir constituant, il arrive un moment où il ne s'agit plus de débattre mais de faire un choix décisif. De même, chez Rudolf Smend la légitimité du régime parlementaire provient d'une capacité à intégrer les individus dans une communauté de valeurs qui se forme par « une confrontation dialectique »⁸⁴. Ces perspectives que l'on retrouvera chez Habermas⁸⁵ n'envisagent pas le cas de la confrontation de valeurs inconciliables et elles postulent une rationalité dialogique dont les contours demeurent passablement flous⁸⁶. Là encore, l'exercice du pouvoir constituant ne peut s'accommoder de ce qui relève davantage d'une théorie de l'intersubjectivité que de la théorie de la souveraineté.

Hans Kelsen est probablement celui qui va le plus loin puisqu'il retourne l'idée même de démocratie qu'il assoit non plus seulement sur la discussion, mais sur la négociation et le compromis permanents entre les intérêts de la majorité et de la minorité dont le Parlement est le lieu par excellence. Dès lors, les défauts du parlementarisme deviennent des qualités et vice-versa tandis que la démocratie plébiscitaire, terme qu'il préfère évidemment à référendaire, est assurément contraire à la nouvelle conception de la démocratie⁸⁷.

Pour Kelsen, le Parlement est « un compromis entre la revendication démocratique de la liberté et le principe [...] de la division du travail »⁸⁸. Fondée sur l'inégalité des compétences, cette division du travail – entre représentants et représentés – « participe de la transition de l'idéal démocratique à la démocratie réelle, comme d'ailleurs le principe majoritaire, qui marque le renoncement à l'exigence de l'unanimité », note Sandrine Baume⁸⁹. Cependant, la question du vote et celle de la « division du travail » sont de nature différente : la majorité est un succédané d'une unanimité qui reste un idéal⁹⁰. Au contraire, la « division du travail » n'est pas une limite de la démocratie mais sa négation puisqu'elle reconnaît aux représentants un pouvoir de décision et aux représentés le seul droit d'élire les premiers. On peut tout à fait estimer que cette inégalité participe d'une réalité insurmontable mais dans ce cas, on ne peut se réclamer de la démocratie.

⁸³ H. Heller, « Démocratie politique et homogénéité sociale » (1928), *Cités*, 2001, n°6, p. 204

⁸⁴ Cette expression revient souvent chez Rudolf Smend, notamment dans *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928 ou « Integrationslehre » [1956], *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

⁸⁵ J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité. Douze conférences*, 1985 ; trad. fr., Gallimard, 1988, ch. I.

⁸⁶ S. Caporal, « L'Europe et le citoyen », *Sujet et citoyen*, PUAM, 2004, pp. 441-463.

⁸⁷ La principale critique de Kelsen – la seule d'ailleurs – à l'égard de la démocratie plébiscitaire est que le fascisme s'y réfère. Il assure : « Le fascisme lui aussi commença par une lutte passionnée contre la démocratie et le parlementarisme. Aujourd'hui, il invoque son caractère plébiscitaire, c'est-à-dire immédiatement et radicalement démocratique, et il n'a jusqu'ici nullement supprimé le Parlement, mais seulement modifié le droit électoral pour [...] assurer au parti fasciste la majorité », H. Kelsen, *op. cit.*, p. 45. on remarquera qu'en prenant l'exemple du fascisme pour disqualifier les arguments plébiscitaires et antiparlementaires, il tire une norme d'un fait, ce qui est contraire à ses présupposés théoriques habituels mais il se trouve néanmoins contraint de reconnaître que le plébiscite est « immédiatement et radicalement démocratique » ce qui ruine en grande partie sa défense du parlementarisme comme instrument de la démocratie.

⁸⁸ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ S. Baume, « Le Parlement face à ses adversaires. La réplique allemande au désenchantement démocratique dans l'entre-deux-guerres », *Revue française de science politique*, 2006-6, vol. 56, pp. 985-998, *loc. cit.* pp. 989-994.

⁹⁰ Si l'on utilisait le langage des mathématiques, on pourrait dire que la majorité correspond à une fonction asymptotique qui tend vers l'unanimité.

L'écart entre la conception traditionnelle de la démocratie et sa relecture par Kelsen devient abyssal lorsqu'il aborde la question du contrôle des élus : il juge que le système représentatif n'implique pas la représentation d'une nation, concept qui demeure pour lui une fiction, mais la représentation d'intérêts multiples et divergents. Dès lors, l'idée du mandat impératif ne s'oppose pas au régime représentatif et l'on se dit qu'elle devrait permettre aux électeurs de révoquer l'élus qui a trahi ses engagements. Mais parvenu à ce point, entre les électeurs et les élus, Kelsen intercale les partis politiques : c'est à eux, et non aux électeurs, qu'il confie le contrôle des élus ; un contrôle qui ne s'exerce pas par rapport à des engagements pris envers les électeurs mais par rapport au programme élaboré par ces partis.

Ces thèses se heurtent en pratique à plusieurs objections.

D'abord, la discussion n'est pas libre : elle est conditionnée par l'appartenance partisane, par les promesses électorales et le désir d'être réélu, par les stratégies de carrière et une multitude d'arrière-pensées, par les tractations entre les partis, les groupes de pression et d'intérêt, par la publicité des débats. Entre discipline de vote⁹¹ d'un côté et retournements suspects de l'autre, quelle confiance le citoyen peut-il avoir dans le vote de ses élus ? La thèse de Kelsen d'un compromis entre les intérêts de la majorité et de la minorité ne tient pas parce que rien ne démontre que d'un compromis sort nécessairement une décision optimale pour l'ensemble du corps politique. De plus, le compromis n'est possible que dans un système sinon bipartisan du moins bipolaire, ce qui renvoie à une conception pour le moins restrictive du pluralisme. Enfin, on sait que dans le normativisme kelsenien l'exercice du pouvoir constituant se trouve réduit à n'être qu'une simple législation constitutionnelle puisque aussi bien la Constitution elle-même n'est qu'un ensemble de lois constitutionnelles.

Ensuite, ces auteurs attribuent implicitement aux partis politiques des qualités démocratiques qui ne se vérifient pas en pratique : Christophe Boutin relève par exemple un « quasi-monopole des partis politiques déjà en place sur la présentation de candidats »⁹² en constatant avec Claude Emeri que : « l'agencement constitutionnel de la Ve République confère aux partis un rôle devenu primordial voire exclusif de *cooptation de la classe politique*⁹³ ». Ce phénomène lui paraît résulter, en partie au moins, du mode de financement de la vie politique⁹⁴ qui place le candidat potentiel sous la totale dépendance des partis⁹⁵ qui fait du parti politique à la fois un sésame par l'investiture qu'il accorde, un prêteur et une caution. Christophe Boutin ajoute que le *cursus honorum* est en réalité une *cooptatio honorum* : « un parti est actuellement capable de prendre le pouvoir et de s'y maintenir en ne demandant plus qu'un vote de pure forme, au résultat en grande partie prévisible... et donc [que] le renouvellement des hommes ou des programmes n'est plus que théoriques »⁹⁶. Au demeurant, « il n'y a pas vraiment de place pour les formes démocratiques dans les partis politiques »⁹⁷ lesquels « ne sont pas faits pour le pluralisme ».

Enfin, les thèses parlementaristes reposent sur une étrange pétition de principe selon laquelle il faut faire confiance aux élus de la représentation parlementaire. Or, on ne voit pas du tout

⁹¹ F. Rouvillois, « Heurs et malheurs d'un principe : le vote personnel des députés », *Revue du Droit public*, 1998.

⁹² Chr. Boutin, « La démocratie confisquée », *Partis politiques et démocraties*, dir. Chr. Boutin et Fr. Rouvillois, Paris, F.-X. de Guibert, 2005, p. 332.

⁹³ C. Emeri, « Les partis politiques et les institutions constitutionnelles en France », *Les Petites Affiches*, 19 avril 1996, n°48, p. 10 cité in Chr. Boutin, « La démocratie confisquée », *op. cit.*, p. 333.

⁹⁴ J.-P. Camby, *Le financement de la vie politique en France*, Paris, Montchrestien, 1999.

⁹⁵ Et ce pour la quasi-totalité des élections à l'exception des municipales dans les petites communes.

⁹⁶ Chr. Boutin, « La démocratie confisquée », *op. cit.*, p. 332.

⁹⁷ S. Caporal, « Robert Michels : actualité de l'oligarchie dans les partis », *Partis politiques et démocraties*, dir. Chr. Boutin et Fr. Rouvillois, Paris, F.-X. de Guibert, 2005, p. 202.

pourquoi les citoyens devraient accorder cette confiance aux députés lors des élections législatives alors qu'il serait mauvais de l'accorder à un homme à l'occasion d'une élection présidentielle, d'un référendum ou d'un plébiscite quel que soit le nom qu'on lui donne. Poussant le raisonnement jusqu'à son terme, Schmitt observe que « Si, pour des raisons pratiques et techniques, des personnes de confiance décident en lieu et place du peuple, une personne de confiance unique peut après tout aussi bien décider au nom de ce même peuple et sans cesser d'être démocratique, l'argumentation pourrait justifier un césarisme antiparlementaire. C'est pourquoi elle ne saurait être spécifique de l'idée du parlementarisme, et que le parlement soit une commission du peuple, un collège de personnes de confiance n'est pas l'essentiel »⁹⁸. De deux choses l'une : soit on accorde la confiance à un homme sur ses qualités supposées mais les techniques de propagande et de communication politique font que l'on peut se faire gruger facilement, soit on accorde sa confiance au candidat d'un parti. Mais dans cette dernière éventualité, on n'a rien résolu car si un électeur est incompetent pour décider par lui-même, comment pourrait-il juger de la pertinence d'un programme qui n'est jamais qu'une suite de décisions à prendre ?

III - UN POUVOIR EN DANGER

Cinquante ans après l'adoption de la Constitution de 1958, le peuple qui devait en être la pierre angulaire apparaît impuissant à empêcher le retour de balancier au profit du parlementarisme. Parce qu'il est admis qu'une révision peut s'effectuer indifféremment par la voie du référendum ou par celle du Parlement réuni en Congrès, et ce quel qu'en soit l'objet, le peuple court le risque de se faire désarmer par son concurrent et de se trouver réduit à l'impuissance. Le pouvoir constituant exercé directement par le peuple souverain est en danger : il est en danger parce qu'il se trouve menacé par ce que l'on peut analyser comme une avancée du parlementarisme (A), il est en danger parce qu'il apparaît de plus en plus fragile (B)

A - Un pouvoir menacé par l'avancée du parlementarisme

L'hypothèse d'une « parlementarisation » du régime de la Ve République se heurte évidemment à celle d'une présidentialisation avancée par une partie de la doctrine⁹⁹ et apparemment confortée par la réforme constitutionnelle de juillet 2008. Cette réforme accentue les ressemblances entre le statut du président de la République française et celui du président des Etats-Unis : confirmation de son rôle effectif de chef des armées par la suppression de la disposition qui confiait au Premier ministre la responsabilité de la défense nationale ; instauration de la possibilité de s'adresser au Parlement réuni en Congrès empruntée au discours sur l'état de l'Union ; établissement d'un contrôle parlementaire sur les nominations prononcées par celui qui apparaît comme le seul véritable chef de l'exécutif. Cette réforme irait dans le sens d'une pratique marquée depuis l'élection présidentielle de 2007 par l'hyperprésidentialisation du régime et l'effacement concomitant du Premier ministre, la doctrine se divisant sur le point de savoir si cette pratique renoue avec celle des années 1960 ou si elle est inédite.

⁹⁸ « Il y a même une contradiction : alors que le parlement, en tant que commission du premier degré, doit demeurer indépendant du peuple pour la durée de la législation et n'est pas révocable à volonté, le gouvernement issu du parlement, commission au second degré, reste à tout instant dépendant de la confiance du premier degré et peut donc être révoqué à tout moment », C. Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, (1923), trad. fr. de Jean-Louis Schlegel, Paris, Seuil, 1988, préface de Pasquale Pasquino, p. 41.

⁹⁹ V. par exemple dans ce sens l'entretien accordé par Dominique Rousseau, « Un pouvoir supplémentaire pour le parti du Président », *Libération*, 15 juillet 2008, p. 11.

Pourtant, d'après les propres termes du Premier ministre dans l'exposé des motifs¹⁰⁰, la loi constitutionnelle du 21 juillet 2008 dite « de modernisation des institutions de la Ve République » s'inscrit dans une perspective de revalorisation du rôle du Parlement ce qui peut être entendu autant comme une réalité que comme un argument destiné à convaincre les parlementaires réticents. Revalorisation du Parlement donc, et non de la démocratie, car les dispositions que le texte qualifie d'avancées démocratiques relèvent plutôt de la protection des droits et libertés de l'individu. Les droits présentés comme des droits du citoyen ne sont pas des droits politiques mais sont en réalité des droits du justiciable ou de l'administré (saisine du Conseil constitutionnel ; défenseur des droits des citoyens). Ici, le constitutionnalisme et le parlementarisme se conjuguent pour se substituer au principe démocratique.

Du point de vue démocratique, le plus intéressant est l'article 4 de la loi constitutionnelle instaurant ce qui fut présenté un temps comme un référendum d'initiative populaire et qui se révèle finalement n'être qu'un référendum d'initiative parlementaire à soutien populaire¹⁰¹ : un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Trouver 195 parlementaires désireux d'organiser un référendum risque déjà de relever de l'exploit, mais faire soutenir leur initiative par près de quatre millions et demi de Français - lorsqu'on connaît les difficultés qu'il y a à rassembler et à décompter quelques centaines de milliers de signatures en Italie ou en Suisse -, paraît assez improbable. On peut nourrir de sérieux doutes quant à cette procédure qui, à en juger par l'exemple suisse, ne devrait guère déboucher sur autre chose que sur une instrumentalisation du corps électoral par les partis politiques. En outre, la présentation du Parlement comme défenseur et protecteur de l'institution référendaire ne manque pas de saveur : la réforme revient à donner la clef du référendum à son adversaire naturel.

Cette évolution en laisse voir une autre : à savoir que, si l'on reprend la féconde distinction opérée par Anne-Marie Le Pourhiet, les deux couples complémentaires président-peuple et gouvernement-parlement tendent à céder la place à un trio président-gouvernement-parlement, le président se rapprochant du parlement en s'éloignant du peuple. Plusieurs facteurs favorisent une telle mutation.

D'abord, la présidentialisation que Michel Clapie décrit comme mêlant deux circuits, « celui du *principe représentatif* et celui du *principe incarnatif*, autrement dit, les logiques de *majorité* et *d'unanimité* » et qui favorise « la concentration du pouvoir entre les mains du chef de l'Etat et élargit son « pouvoir d'évocation », mais en contrepartie, l'expose à la critique dans la conduite quotidienne des affaires »¹⁰². Paradoxalement, l'élection au suffrage

¹⁰⁰ Exposé des motifs, 23 avril 2008, Assemblée nationale, Document n°820, Projet de loi constitutionnelle mis en distribution le 25 avril.

¹⁰¹ 2° Après le deuxième alinéa, sont insérés quatre alinéas ainsi rédigés :

« Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.

« Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.

« Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum.

« Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin. »

¹⁰² M. Clapie, « Le rassemblement dans la pensée gaulliste », *Partis politiques et démocraties*, dir. Chr. Boutin et Fr. Rouvillois, Paris, F.-X. de Guibert, 2005, pp. 122-123.

universel elle-même divise l'opinion entre une majorité et une l'opposition alors qu'elle avait pour but de mettre fin à la domination des partis¹⁰³.

Ensuite, l'hypertrophie de la fonction présidentielle s'accompagne d'un renforcement de son caractère partisan en raison de la coïncidence des élections présidentielle et parlementaires et de l'importance du parti d'abord pour la campagne électorale et ensuite pour le soutien au président élu. L'actuel président gouverne à l'américaine, entouré de ses conseillers, mais eu égard au maintien de la responsabilité gouvernementale et de la dissolution, la Ve République tient à la fois du régime américain et d'un régime dans lequel le chef de l'Etat s'accapare la fonction primo-ministérielle en s'affirmant comme le leader effectif de la majorité parlementaire. Il doit alors se rapprocher des parlementaires et le souhait de s'adresser directement à eux évoque au moins autant la déclaration de politique générale que le discours sur l'Etat de l'Union.

Au demeurant, régime parlementaire et régime présidentiel sont des constructions de la doctrine laquelle n'a d'ailleurs jamais pu s'accorder entièrement sur leurs critères de distinction. A la fin du XVIIIe siècle, les Américains n'ont pas pu instaurer un régime « présidentiel » par opposition à un régime britannique « parlementaire » parce que celui-ci n'était pas encore fixé et que ni la dissolution, ni même la responsabilité politique n'étaient alors considérées comme des éléments déterminants. Approximativement à la même époque, *La constitution de l'Angleterre* de Jean-Louis de Lolme décrit simplement un monarque qui choisit le Premier ministre et promulgue les lois et un Parlement bicaméral qui les vote. Aussi, les institutions américaines s'inspirent d'un exécutif qui semble distinct du Parlement : dans l'exécutif, les Américains ont voulu supprimer le roi, or c'était lui, et non les assemblées, qui désignait le Premier ministre. Mais ils ont gardé les *checks and balances*, la collaboration des pouvoirs et des assemblées puissantes au point que le régime « présidentiel » soit qualifié de « congressionnel »¹⁰⁴. Aujourd'hui d'ailleurs, s'il n'y a pas de responsabilité politique des ministres *stricto sensu*, le Congrès pèse sur le choix des secrétaires et du secrétaire d'Etat comme en témoigne la démission du secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld en décembre 2006 après la victoire des démocrates aux élections au Congrès. D'une certaine manière, il existe des éléments de parlementarisme dans le système constitutionnel des Etats-Unis.

Au fond, le point capital pour détecter la tendance d'un régime au parlementarisme – et les Etats-Unis n'en sont finalement qu'une variante - c'est le rôle que jouent les partis politiques dans ses institutions parce que la République des députés commence toujours et finit toujours comme une République des partis¹⁰⁵. De Gaulle a souvent manifesté de l'agacement, de l'hostilité et même du mépris à l'égard des assemblées parlementaires qui lui apparaissaient simultanément comme le lieu de prédilection des *combinazione* des partis politiques et de la division de la Nation. Aux antipodes de cette conception qui, faute de pouvoir soustraire le Parlement à l'influence délétère des partis politiques, interdit aux ministres de cumuler leur fonction avec un mandat parlementaire¹⁰⁶, les derniers présidents entendent, eux, conserver un

¹⁰³ Philippe de Saint-Robert considère même qu'« Après 1965, l'idéal et l'apparence concrète divergent et la vocation de rassembler les Français n'a plus tout à fait le même sens. La démocratie formelle reprend le pas, et le système des partis va réparaître peu à peu : l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel est récupérée » comme on dit, dès la réélection du général de Gaulle en 1965 », Ph. de Saint-Robert, *Le secret des jours. Une chronique sous la Ve République*, J.-C. Lattès, 1995, p. 61 cité in . M. Clapie, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁴ Stéphane Rials : « Régime « congressionnel » ou régime « présidentiel » ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs*, 29, 194, pp. 150-156.

¹⁰⁵ Pour paraphraser les titres des deux essais de Roger Priouret, *La République des partis*, Paris, Grasset, 1947 et *La République des députés*, Paris, Grasset, 1959.

¹⁰⁶ V. sur ce point O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la Ve République », *op.cit.*, p. 163 : « Une seconde traduction institutionnelle figure dans l'article 23 Const. Qui fait la règle de l'incompatibilité entre la

lien étroit avec leur parti d'origine. Ainsi, Jacques Chirac et Nicolas Sarkozy après leur élection à la présidence de la République en mai 1995 et mai 2007 sont restés respectivement conseiller de Paris jusqu'à juin et conseiller général des Hauts-de-Seine jusqu'au 5 juillet pour s'assurer de l'élection de Jean Tiberi comme maire, pour le premier, et de Patrick Devedjian, comme président du Conseil général pour le second¹⁰⁷. Au début de l'été 2008, le député Pierre Lellouche n'a pas craint d'affirmer que le président de la République était le véritable chef de l'UMP et a regretté qu'il ne le soit pas resté en titre. Relativement au renforcement du caractère partisan, on remarquera d'ailleurs que la réforme de juillet 2008 dispose qu'une loi organique fixera le « remplacement temporaire » d'un parlementaire ayant accepté des fonctions gouvernementales : à terme, un ministre démissionnaire pourrait retrouver son siège parlementaire sans avoir à se représenter ce qui est absolument contraire à l'intention des rédacteurs de la Constitution qui souhaitent rompre le lien entre les ministres et le parlement. Au lieu de trouver un moyen de mettre fin au dévoiement que constitue la démission du suppléant pour permettre la réélection de l'ancien titulaire, on s'oriente vers une solution qui permettra à l'ancien ministre de ne même pas avoir à se représenter devant les électeurs. S'il continue à se tourner de plus en plus vers les partis politiques, le président sera inévitablement conduit à délaissier le peuple au profit du Parlement dans la confrontation entre parlementarisme et démocratie. L'opposition entre démocratie et parlementarisme, qui était une des clefs de la Ve République, s'affaiblit tandis que s'opère corrélativement une remise en cause de l'institution référendaire dans sa dimension constituante comme dans sa dimension législative.

B- Un pouvoir à la fragilité grandissante

Comme le relèvent Michel Clapie¹⁰⁸ et Frédéric Rouvillois¹⁰⁹ la révision constitutionnelle du 4 août 1995 relative à l'article 11 alinéa 2 est venue remettre en cause la relation exclusive entre le président et l'ensemble des Français : les parlementaires sont parvenus à rendre obligatoire le déroulement d'un débat entre la décision de recourir au référendum et la tenue de celui-ci lorsqu'il est organisé sur proposition du Gouvernement. Ce faisant, elle a fait fortement reculer la probabilité de l'utilisation de cet article en vue surmonter l'obstruction parlementaire dans la perspective d'une révision constitutionnelle¹¹⁰.

Au demeurant, le ver était dans le fruit. L'élection du président au suffrage universel direct instaurée pour renforcer sa légitimité en en faisant l'élu du peuple, « l'homme de la nation tout entière »¹¹¹, a vite été rattrapée par la logique partisane que met en évidence le duel du second tour qui divise le corps politique. A son tour, entraîné comme dans un maelstrom, le référendum parce qu'il est initiative institutionnelle et singulièrement présidentielle ne peut échapper à cette logique et Michel Clapie estime que « le fait d'assortir la consultation d'une question de confiance posée par le chef de l'Etat reproduit la situation rencontrée au second

fonction de parlementaire et celle de ministre. On dit de cet article qu'il exprime la conception gaullienne de la séparation des pouvoirs – entre l'organe parlementaire et l'organe exécutif – mais il doit surtout être interprété comme la volonté de séparer le pouvoir du parti politique. « Comme le militaire ou le religieux doivent quitter la maison familiale pour mieux appartenir à leur service ou à leur sacerdoce, les membres de l'Exécutif quitteront la maison des partis pour n'habiter que la demeure de l'Etat » « L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, pp. 115-116)

¹⁰⁷ La raison officielle étant que les suppléants n'étant pas encore en place dans les conseils généraux en 2007, il aurait fallu procéder à une élection partielle pour remplacer le démissionnaire avant de pouvoir élire le chef de l'exécutif local.

¹⁰⁸ M. Clapie, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁹ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. 2. op. cit.*, p. 92

¹¹⁰ Frédéric Rouvillois indique que si en principe, ce débat ne devrait pas être suivi d'un vote sur le texte, l'Assemblée nationale pourrait toujours décider d'adopter une motion de censure contre le gouvernement comme ce fut le cas en octobre 1968.

¹¹¹ Ch. de Gaulle, Allocution radiodiffusée et télévisée du 30 novembre 1965.

tour de l'élection présidentielle »¹¹². En cas de personnalisation du référendum, laquelle est peut-être surévaluée, la question de confiance imaginée par de Gaulle risque de céder la place à une motion de censure ce qui n'incite pas les titulaires de la fonction présidentielle à en faire usage. Nicolas Sarkozy lorsqu'il était encore candidat à la magistrature suprême s'était expressément réclamé de la doctrine de la question de confiance mais c'était pour expliquer son refus de mettre en œuvre la procédure référendaire, celle-ci engageant le « destin politique » du président en exercice¹¹³. C'est toute la différence : de Gaulle s'estimait tenu de recourir au référendum et d'en tirer les conséquences, François Mitterrand et Jacques Chirac l'organisaient mais ne se sentaient pas tenus d'y engager leur mandat et Nicolas Sarkozy en admet les conséquences mais ne se sent pas tenu de l'organiser.

Un autre institution est venu ajouter à la fragilité du pouvoir constituant reconnu au peuple : il s'agit du Conseil constitutionnel. Dans les premières années de la Ve République, il avait pourtant accepté de contrôler le règlement du Congrès, ce que ni le texte constitutionnel ni les lois organiques ne prévoyaient expressément¹¹⁴, mais ce n'était pas là l'indice d'un contrôle du fond. Dans la décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, il a montré son refus de poser des limites matérielles au pouvoir de révision¹¹⁵ en se cantonnant aux interdictions explicitement posées par le texte¹¹⁶ en dépit des interrogations soulevées en doctrine par la référence au dernier alinéa de l'article 89 et à l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement.

Dans la décision 03-469 DC du 26 mars 2003¹¹⁷, le Conseil a considéré, qu'il « n'a pas le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »¹¹⁸, en se fondant sur une conception formelle de la notion de constitution, et par conséquent de révision. Ce faisant, il a choisi de placer sur pied d'égalité la révision approuvée directement par le peuple et la révision approuvée par le Congrès. De fait, il n'était pas possible d'établir une hiérarchie entre les organes de révision et entre les révisions elles-mêmes sans reconnaître des compétences respectives en fonction de ce qui ne pouvait être qu'une hiérarchie matérielle. Cependant, même en se cantonnant à une approche formelle, il aurait pu s'appuyer sur sa propre jurisprudence selon laquelle la loi référendaire constitue « l'expression directe de la souveraineté nationale » pour distinguer entre cette expression directe et l'expression indirecte qu'est le vote par le Parlement. Il ne l'a pas fait et, par conséquent, le peuple demeure impuissant entre les mains des parlementaires puisque, à la limite, rien n'empêche une loi constitutionnelle approuvée par le Congrès de modifier l'article 89 ou l'article 11 pour supprimer la voie du référendum. L'hypothèse n'est pas si aberrante comme le montre la mésaventure de l'article 88-5 : trois ans après avoir donné la parole au peuple en instaurant un référendum obligatoire, on la lui a reprise au motif d'aligner la procédure sur celle de la révision. Ce que le Congrès du Parlement donne au peuple, le Congrès du Parlement peut le

¹¹² M. Clapie, *op. cit.*, p. 125.

¹¹³ « Le référendum voulu par le général de Gaulle n'est pas le référendum cantonal suisse » ; un président qui lance un référendum « doit engager son destin politique », entretien télévisé du jeudi 26 avril 2007 sur France 2.

¹¹⁴ 63-24 DC du 20 décembre 1963, *Recueil*, p. 16.

¹¹⁵ « Le pouvoir constituant est souverain [...]. Il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée [...]. Ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui [...] dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ».

¹¹⁶ « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4 du texte constitutionnel, et, d'autre part, du respect des prescriptions du 5^e alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

¹¹⁷ 03-469 DC du 26 mars 2003, *Recueil*, p. 293.

¹¹⁸ V. par exemple M. Canedo-Paris, « L'histoire d'une double occasion manquée » Commentaire de la décision 2003-469 DC, *Revue du droit public* 2003, 3, pp. 767-791.

lui reprendre et cela sans aucune limite. Dès lors, le souverain risque fort de n'être plus seulement endormi ni même captif, mais purement et simplement anéanti.