

**La souveraineté du/des peuple(s) :
utile/ultime contre-pouvoir face à l'État et à l'Union européenne ?**

Par Cédric Milhat
Docteur en droit

« *La puissance exécutive (...) doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher ; sans quoi elle sera bientôt dépouillée de ses prérogatives. Mais si la puissance législative prend part à l'exécution, la puissance exécutive sera également perdue*¹ ». Par cet aphorisme bien connu, et sans craindre un quelconque anachronisme, d'ailleurs inexistant pour la seule raison que l'on se place sur le terrain des idées et non sur celui de l'Histoire, l'on veut, à titre d'exception préliminaire, borner, pour mieux la résoudre, la question de droit, objet de la présente étude. Cette question de droit, plus précisément de droit constitutionnel² est la suivante : le processus intégratif de la construction européenne autorise-t-il encore à parler (fût-ce en s'en tenant au seul plan théorique) de séparation des pouvoirs en France ? Cette question est assortie d'une question subsidiaire : la notion de séparation des pouvoirs, notion de droit constitutionnel interne, peut-elle s'acclimater au droit de l'Union européenne ? Deux autres aphorismes, extraits de la même source, doivent également être cités : « *Si le monarque prenait part à la législation par la faculté de statuer, il n'y aurait plus de liberté. Mais comme il faut pourtant qu'il ait part à la législation pour se défendre, il faut qu'il y prenne part par la faculté d'empêcher* ». Parlant des trois puissances de l'Etat que sont la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger, Montesquieu constate que « *par le mouvement nécessaires des choses, elles sont contraintes d'aller de concert* ».

Voici donc posés les principes qui gouvernent la notion de séparation des pouvoirs, telle qu'exposée par Montesquieu dans le Livre XI de *l'Esprit des lois* : les trois organes de l'Etat, le jeu de la neutralisation réciproque de ces organes, la nécessité impérative, nonobstant, de fonctionner ensemble. Au début de son propos, le Baron de la Brède induit, implicitement mais nécessairement, que ces trois pouvoirs sont inhérents à l'Etat, et concourent à la formation du troisième élément constitutif de celui-ci : le gouvernement.

Succinctement on définira la séparation (ou distinction) des pouvoirs comme « *un principe d'organisation dont la réalisation doit assurer la possibilité de mesurer et de contrôler tous les pouvoirs étatiques*³ ». Ni plus, ni moins, en somme. Guère plus car la séparation des pouvoirs, bien que présente dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et donc, partie intégrante du bloc de constitutionnalité depuis 1971, revêt une normativité relative, le Conseil constitutionnel n'en retenant finalement qu'une tout aussi fluctuante « *conception française*⁴ ». Ni moins, car contrairement à ce qui a parfois été soutenu, la séparation des pouvoirs ne relève pas uniquement (et ne peut être ravalée à) de la « *philosophie politique, de la théorie du droit, de la praxéologie, du bricolage ou du bon sens*⁵ ». En résumé, la séparation des pouvoirs au sens de Montesquieu ne décrit rien moins que l'agencement hiérarchisé⁶ des trois fonctions juridiques essentielles de l'Etat, celles-ci étant englobées dans « *l'entreprise de gouvernement*⁷ », élément cardinal dans la formation et la reconnaissance (sur le plan du droit international) d'un Etat.

¹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Gallimard, Paris, 1995.

² Dans l'acception défendue par Léon Duguit de « droit politique », ce qui suppose une mise à l'écart des données issues du droit constitutionnel jurisprudentiel normativiste.

³ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993.

⁴ L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2003, p. 712.

⁵ Jean-Marie Danquin, « Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 2007, p. 1.

⁶ M. Troper, « Montesquieu en l'an III », *Revue Montesquieu*, n° 2, 1998, p. 89.

⁷ G. Burdeau, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 1980, p. 158.

En définitive, la séparation des pouvoirs est bel et bien un mythe, à l'instar de bien d'autres (comme les droits de l'homme⁸, la démocratie⁹, *etc.*) qui n'ont eu d'autre utilité que de servir à forger une tout aussi mythique « République » qui ne pouvait évidemment pas se prévaloir (et pour cause) d'une aussi longue tradition politique que la monarchie, sa devancière, debout depuis près d'un millénaire. De plus, rien, dans l'Histoire proprement française des institutions publiques de l'Ancien régime ne vient étayer la thèse de la « concentration des pouvoirs » entre les mains d'un seul¹⁰. Même le resserrement pré-jacobin de l'Etat initié par Louis XIV ne suffit pas à nourrir pareille thèse. Montesquieu, parlementaire de son état, et donc particulièrement jaloux de ses prérogatives se faisait en réalité le chantre d'un Etat plus respectueux encore des « *lex privata* » (littéralement « privilèges »), autant de libertés civiles (à l'instar des libertés professionnelles que les lois et décrets d'Allarde et Le Chapelier tenteront d'étouffer sous la Révolution française¹¹) dont le pays était alors « hérissé » avant 1789.

En revanche, et ce n'est pas, là, le moindre des paradoxes, la séparation des pouvoirs, proclamée telle une incantation vertueuse dans les constitutions révolutionnaires¹², a fait la preuve de son innocuité théorique¹³ pendant que sa nocivité pratique (parce que décrétée telle un dogme) éclatait au grand jour¹⁴.

On oublie (ou on ignore, ce qui peut parfois revenir au même) pourtant de revenir à l'essence de ce concept de séparation des pouvoirs qui n'est pas apparue *ex nihilo* dans l'Histoire politique et juridique française et européenne. La séparation des pouvoirs est issue, en effet, d'une représentation mentale qui a toujours structuré les sociétés européennes. En cela, elle est lointaine mais sûre cousine de la trifonctionnalité indo-européenne¹⁵. Celle-ci est donc un schéma *structural* dont celle-là n'est qu'une des multiples modalités d'expression *culturelle*. Voilà pourquoi on peut parler, à juste titre, d'une *conception française* de la séparation des pouvoirs, cette dernière ayant rabaissée la fonction judiciaire (très prégnante sous l'Ancien régime et qui a, en grande partie, causé la perte de la monarchie) au bénéfice, corrélativement, d'une fonction de souveraineté, distribuée de manière non-égalitaire entre l'exécutif (représentant de la nation) et le législatif (composé de représentants de la nation).

On pressent intuitivement à ce stade de l'analyse, la filiation entre séparation des pouvoirs et souveraineté, l'exercice de celle-ci étant, par définition dans un régime démocratique, dévolue au peuple.

Partant, la souveraineté du peuple doit se concevoir comme *la faculté de statuer* par excellence, et ce, quelle que soit ses modalités procédurales (souveraineté nationale ou souveraineté populaire). Mais il convient de reconnaître que depuis le Traité de Maastricht et les traités successifs, cette faculté de statuer s'est considérablement érodée sous l'influence grandissante d'un système juridique européen de plus en plus intégré qui pousse

⁸ Dont Edmund Burke et Joseph de Maistre ont dénoncé le caractère abstrait et artificiel.

⁹ Cf. M. Hécquard, *Les fondements philosophiques de la démocratie*, F.-X. de Guibert, Paris, 2007.

¹⁰ On ne pourra en dire autant, *a contrario*, par exemple, de la Constitution jacobine du 24 juin 1793 qui consacra la confusion des pouvoirs entre les mains du Corps législatif « *un, indivisible et permanent* » (article 39).

¹¹ J. Tulard (dir.), *Le Livre noir de la Révolution française*, Editions du Cerf, Paris 2008.

¹² Constitution de 1791, Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), Constitution du 4 novembre 1848 (article 19), Constitution impériale du 14 janvier 1852 (titre premier, article 1)

¹³ Soit parce qu'elle n'était pas appliquée, soit parce qu'elle l'était trop, au prix, peut-être d'un travestissement ou d'une pâle copie du paradigme originel.

¹⁴ Elle n'a guère empêchée les coups d'Etats du Directoire, conséquences des enrayements institutionnels entre le pouvoir législatif et l'exécutif, et notamment celui du 18 Brumaire.

¹⁵ Il faut prendre garde à ne pas exagérer cette filiation qui, bien que réelle et attestée, n'en constitue pas moins un linéament. Il importe surtout de conserver à l'esprit la trame indo-européenne qui l'irrigue incontestablement. Sur cette nécessaire prudence méthodologique du recours aux paradigmes indo-européens, voir C. Milhat, « L'Indo-Européen et son droit. Pour une réflexion métajuridique des origines », *Politeia*, 2006, p. 497.

inexorablement à la désintégration des Etats et à une mise à l'écart de leurs peuples (I). La souveraineté de ces derniers tend alors progressivement à s'effacer, la faculté de statuer incombant à des organes supranationaux non-démocratiques. Reste alors aux peuples, en théorie, tout au moins, *une faculté d'empêcher* qui les érigerait, *nolens volens*, en contre-pouvoir potentiel (II).

I – La nouvelle séparation des pouvoirs : les mutations institutionnelles de la faculté de statuer

En tant que donné culturel, voire civilisationnel, la notion de séparation des pouvoirs est soumise à des variations qui la modèlent et la transforment inéluctablement, jusqu'à en modifier sinon son noyau atomique, tout au moins son aspect extérieur. Mais la « conception française » de la séparation des pouvoirs implique une certaine identité de la notion acclimatée à la culture juridique et politique de la France. La séparation des pouvoirs s'enracine loin dans l'Histoire et l'on observe qu'elle a contribué à l'émergence de la notion de souveraineté, au point que celle-ci est consubstantiellement liée à celle-là (A). C'est dire qu'attenter, en France, à la souveraineté a pour conséquence immédiate d'altérer la conception française de la séparation des pouvoirs (B).

A –La consubstantialité historique de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté

La séparation des pouvoirs, construction théorique bâtie *a posteriori*, par les exégètes de Montesquieu correspond, en réalité, à une organisation du pouvoir politique qui a toujours été celle de la France depuis sa formation.

La terminologie du juge constitutionnel français dans sa décision 224 DC du 23 janvier 1987, bien que n'étant pas une norme de référence reflète fidèlement la réalité en se bornant à constater une certaine « conception française » qui signifie que la souveraineté de l'Etat s'est historiquement construite par référence et en s'adossant à un principe plus large de distinction, de dissociation, de division ou de répartition des compétences et pouvoirs au sein de l'Etat.

Si la séparation des pouvoirs en France a partie liée avec la notion de souveraineté à laquelle elle se trouve étroitement associée c'est parce qu'elles sont toutes deux les produits d'une longue tradition historique, l'édification de la seconde n'ayant été rendue possible que parce que la première lui préexistait. Par leur volonté de s'extraire coûte que coûte des puissantes sphères d'influences que représentaient l'Eglise ou l'Empire romain germanique, les premiers capétiens usèrent de tous les moyens juridiques pour asseoir leur autorité et donc affirmer leur souveraineté. Or, qu'est-ce que la souveraineté, si ce n'est « *l'expression de l'autorité de l'Etat* ¹⁶ » qui confère à celui-ci « *sa situation monopolistique, tant de la violence légitime (police et jus bellum) au sens de Max Weber, que de la prérogative de décision politique, au sens de Carl Schmitt* ¹⁷ ».

C'est à Jean Bodin que l'on doit précisément d'avoir tenté de théoriser la souveraineté, entendue comme « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* »¹⁸. La souveraineté est d'abord une « **puissance** » publique c'est-à-dire une autorité ou, si l'on veut, un droit de commandement s'exerçant sur des hommes libres. Cela préfigure la distinction

¹⁶ J. Viguiier, « Des rapports délicats entretenus par la souveraineté, la nation et l'Etat », *La souveraineté aujourd'hui*, CPU, Tunis, 1996, p. 63.

¹⁷ A. Leucate, « monarchie et souveraineté », www.lesmanantsduroi.com/imprimer2/imprim27363.htm.

¹⁸ J. Bodin, *Les six livres de la République*, Fayard, Paris, 1988.

entre le droit privé et le droit public qui nie la dimension patrimoniale du pouvoir en vogue sous la monarchie franque. Cela signifie aussi que le souverain peut « *sous cette même puissance (...) donner et casser la loi* » ; c'est même la première marque de la souveraineté de laquelle découlent toutes les autres : déclarer la guerre ou conclure la paix, rendre justice, nommer ou destituer les fonctionnaires, imposer ou exempter les sujets, octroyer grâces et dispenses, etc.

La souveraineté est ensuite « **absolue** » en ce sens que le détenteur du droit de commandement n'a pas de supérieur et n'a de comptes à rendre à personne, c'est-à-dire, à l'époque, ni à l'empereur ni au pape : « **le roi de France est empereur en son royaume** » (d'après Guillaume de Plaisians, légiste de Philippe le Bel) ou encore, « **le roi de France ne reconnaît aucun supérieur dans les affaires temporelle** » (Décrétale émise par Innocent III et reprise dans la célèbre Décrétale *Per venerabilem* de Grégoire IX en 1234). A l'égard du pape, la monarchie française manifesterait toujours (notamment depuis le conflit entre Philippe le Bel et Boniface VIII et sa Bulle *Unam, sanctam* promulguée en 1302) sa prétention à réglementer la vie interne de l'Eglise de France.

Si l'Etat a pu affirmer et affermir sa souveraineté à l'intérieur comme à l'extérieur c'est parce qu'il a retenu celles des prérogatives publiques qui permettraient, précisément, de ne souffrir aucune concurrence, de quelque nature qu'elle fût, et de détenir ainsi le monopole de l'autorité.

Sur le plan de la théorie du droit, il ne peut, d'ailleurs, en être autrement, ainsi que l'a bien montré Kelsen : un pouvoir, quelle que soit son organisation interne, dès lors qu'il est souverain, ne peut se voir opposer un pouvoir concurrent revendiquant l'équipollence¹⁹.

Cette rapide évocation historique montre ainsi combien la séparation des pouvoirs telle qu'elle est connue depuis Montesquieu n'est alors qu'un des pâles avatars d'un principe bien plus large de distinction ou de division qu'a toujours opéré le génie national français entre ce qui relève de l'Etat et ce qui n'en fait pas partie (droit public-droit privé, spirituel-temporel, théorie des deux glaives). En cela elle est incompréhensible pour quiconque méconnaîtrait les origines historiques de la souveraineté.

Le principe de séparation est donc le corollaire à l'exercice de la souveraineté, laquelle induit un mode particulier d'exercice des trois pouvoirs essentiels de l'Etat (faire la loi, l'exécuter et la faire respecter par voie de justice, notamment). Le principe de séparation concourt à l'expression de la souveraineté de l'Etat, cette dernière reposant tout entière sur celui-là. En somme, les trois fonctions de l'Etat participent de la puissance publique, marque suprême et première de la souveraineté²⁰. Carré de Malberg ne s'y était d'ailleurs pas trompé, lui qui définissait la souveraineté, notamment, comme « *l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance de l'Etat, et est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, [elle] sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* ». Le Titre VI de la Constitution de 1958 relatif aux traités et accords internationaux répartit précisément les conditions d'exercice de la souveraineté de l'Etat entre l'exécutif et le législatif. Il en va de même, s'agissant de la souveraineté dans l'Etat qui s'exprime par l'intermédiaire d'un exécutif et d'un législatif dotés chacun de compétences propres (Titres II à V).

On devine alors très vite que la subtile relation d'équilibre entretenue entre la souveraineté et la séparation des pouvoirs, en France, ne peut être impunément bouleversée, sauf à en déplacer le centre de gravité ou à en altérer la substance.

B – L'altération périlleuse du lien unissant séparation des pouvoirs et souveraineté

¹⁹ Voir, H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Sirey, Paris, 1932, pp. 91 et s.

²⁰ L. Altusser, *Montesquieu, la politique et l'Histoire*, PUF, Paris, 1959.

Depuis la Révolution française, la souveraineté de l'Etat a subi un certain nombre de transformations qui en ont sans doute altéré la nature profonde. Ainsi, l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) dispose-t-il que « **le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément** ». Selon la conception révolutionnaire, la souveraineté devenait médiate à partir du moment où elle se déclarait du principe représentatif, lequel « **se traduit dans une distinction fondamentale entre l'essence et l'exercice de la souveraineté** » (M. Troper), ce que la DDHC exprime très clairement dans l'article précité.

Néanmoins, la souveraineté, même transférée du chef du monarque dans celui d'une personne morale dotée d'une volonté propre, bien que totalement abstraite, demeurait encore malgré tout, ce que Michel Troper appelle « **un principe d'imputation** ²¹ ». Or, c'est ce principe qui a été mis à mal par le droit européen et surtout par le traité de Lisbonne, adopté par l'Assemblée nationale et le sénat réunis en Congrès, les 7-8 février 2008 et modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne et reprenant²² le traité constitutionnel européen, rejeté, lui, *ad referendum* par le peuple français, le 29 mai 2005.

Brièvement, le principe d'imputation se définit de la façon suivante : la souveraineté est imputable au peuple ; celui-ci faisant la loi (lui-même où par l'intermédiaire de ses représentants), celle-ci est souveraine. En conséquence, elle est légitime et commande naturellement qu'on lui obéisse. Dès lors, *in fine*, la souveraineté du peuple implique la légitimité de l'obéissance par lui-même aux règles qui émanent de lui. Or, dans le traité de Lisbonne, c'est l'inverse, puisque la légitimité du droit communautaire implique l'obéissance à des règles juridiques édictées par des institutions non démocratiques, après qu'on ait demandé aux peuples souverains de se dépouiller de leur propre souveraineté. De plus, parce qu'il n'existe pas de peuple européen homogène, ethniquement parlant, le principe d'imputation de la souveraineté ne trouvera guère à s'appliquer. Par surcroît, « **manque la claire conscience d'un intérêt commun à tous les peuples européens, qui transcende les intérêts nationaux** ²³ ».

Il est un fait avéré depuis longtemps que la construction européenne a considérablement transformé les paradigmes constitutionnels classiques. Aussi, si la séparation des pouvoirs dans son acception technique et juridique (à savoir le rôle et la place des organes constitutionnels chargés de gouverner par voie législative ou décrétole, ainsi que l'aménagement des relations entre eux) a pu perdurer et prendre des formes diverses et contrastées (la séparation des pouvoirs sous la IV^e République renouait, *mutatis mutandis* avec une tradition révolutionnaire issue de la Constitution de l'an I où l'hégémonie des chambres était la négation même de cette séparation ; à l'inverse la séparation des pouvoirs sous l'empire de la Constitution de 1958 semble plus constamment rechercher un rééquilibrage de l'exécutif et du législatif, au point de se rapprocher du modèle américain, notamment depuis la dernière révision constitutionnelle du 23 juillet 2008), il convient de reconnaître que la primauté et l'effet direct du droit européen, initialement imposés par voie prétorienne par la Cour de justice des communautés européennes pour être ensuite gravés

²¹ M. Troper, « La souveraineté comme principe d'imputation », *La nouvelle Union européenne*, O. Gohin et A. Pécheul (dir.), F.-X. de Guibert, Paris, 2005, p. 31.

²² Il ne s'agit nullement d'une pétition de principe de la part de l'auteur de ces lignes mais bien un aveu de la part de Valéry Giscard d'Estaing, dans le quotidien *Le Monde* du 26 octobre 2007 : « *Si l'on en vient maintenant au contenu, le résultat est que les propositions institutionnelles du traité constitutionnel - les seules qui comptaient pour les conventionnels - se retrouvent intégralement dans le traité de Lisbonne, mais dans un ordre différent* ».

²³ M. Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, Flammarion, Paris, 2006.

dans le marbre du traité constitutionnel européen (sans que le traité de Lisbonne ait touché quoi que ce soit sur ce chapitre²⁴), en ont singulièrement altéré les traits principaux et, partant, ont réduit la souveraineté nationale à une peau de chagrin.

C'est ainsi qu'on assiste finalement, non seulement à une évaporation des pouvoirs législatifs et exécutifs de l'Etat, mais encore à une translation de ces derniers vers des organes supranationaux, conventionnellement légaux (par la voie des traités institutifs) mais politiquement illégitimes. On constate, dès lors, un glissement du bloc traditionnel Législatif/Exécutif de la sphère constitutionnelle interne vers la sphère communautaire, l'Etat et le système juridique communautaire endossant désormais ensemble la faculté de statuer, l'un (l'Union européenne), assumant une réelle fonction de législation l'autre (l'Etat membre), une fonction d'exécution simple qui n'a plus rien à voir avec la fonction proprement « exécutive », inhérente à la fonction gouvernementale.

L'innovation du traité de Lisbonne consistant à associer les parlements nationaux au fonctionnement de l'Union européenne est plus symbolique que réellement efficient (article 12 du traité sur l'Union européenne modifié), tant la procédure est lourde autant que complexe²⁵. Quant à l'affectation par le droit communautaire « *des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », notion floue inventée par le Conseil constitutionnel²⁶, on sait qu'elle est avérée depuis longtemps et que les « transferts » de compétences au bénéfice de l'Union ont entraîné corrélativement des abandons notables de souveraineté par la France. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 a subordonné la ratification du traité de Lisbonne à une révision préalable de la Constitution, notamment parce que « *la mise en œuvre [du] principe [de subsidiarité] pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétence autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » (seizième considérant). On est, ici, au summum de l'hypocrisie juridique (pour ne pas dire plus) puisque le Conseil, tout en reconnaissant que le principe de subsidiarité pourrait être une passerelle favorisant des transferts de compétences non expressément prévues dans les traités, se borne uniquement à conclure à une révision de la Constitution dont l'unique effet est bien de subsumer celle-ci sous le droit communautaire.

Il ne reste alors plus qu'au peuple à se grandir en majesté en dressant un lit de justice pour surmonter la décision du juge constitutionnel, et donc, ne pas ratifier le traité.

II – Un contre-pouvoir potentiel : le peuple comme titulaire de la faculté d'empêcher ?

²⁴ Sans reprendre littéralement la formulation de l'article I-6 du traité constitutionnel européen, aux termes duquel, « le droit adopté par les institutions de l'Union (...) prime le droit des Etats membres », il ressort de la lecture de l'article 176 D (article 197 du traité sur le fonctionnement de l'Union) du traité de Lisbonne, que la mise en œuvre du droit de l'Union par les Etats membres est une « question d'intérêt commun » constitutive d'une obligation leur incombant, faute de quoi une procédure en manquement d'Etat est mise en œuvre à l'initiative de la commission.

²⁵ Cf. le protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui prévoit en son article 7-2 qu'il faut au moins un tiers de l'ensemble des voix attribuées aux parlements nationaux pour qu'un projet d'acte législatif soit simplement réexaminé, étant entendu qu'à l'issue de ce réexamen, la Commission peut décider *souverainement*, soit de maintenir le projet, soit de le modifier, soit de le retirer. La circonstance que cette décision doit être motivée ne lui confère aucunement une onction démocratique. En termes clairs, la commission fait ce qu'elle veut.

²⁶ M. Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, op. cit.

Les représentants du peuple souverain ayant abdiqué leur faculté de statuer, il revient au peuple lui-même, foin de ses représentants, d'exercer sa faculté d'empêcher, rappelant, par là-même qu'il est le souverain par excellence. Mais se pose alors, la question de l'identité du titulaire de la faculté d'empêcher. Si c'est le peuple, de quel peuple s'agit-il, lorsqu'on sait qu'une multitude de « groupes » ethniques ou identitaires revendique cette appellation, dans l'ignorance absolue de l'acception que revêt cette notion ? (A). Pourtant, il demeure le seul recours (B).

A – Quel peuple ?

La question se pose avec d'autant plus d'acuité que lors de la ratification du Traité de Lisbonne, le peuple français a été tenu à l'écart de tout processus de consultation, le président de la République, comme le lui permet d'ailleurs légalement l'alinéa 3 de l'article 89 de la Constitution, ayant préféré convoquer le Parlement réuni en Congrès.

Le peuple existe-t-il encore ?

S'interroger ainsi revient à douter de la forme du régime, le plus communément répandu et qui est l'objet quasi-exclusif du droit constitutionnel : la démocratie. Ce régime qu'on définit traditionnellement comme le pouvoir venant du peuple et exercé par le peuple, ne serait-il pas devenu ce pouvoir issu d'une poignée de votants et effectivement exercé par une petite élite resserrée et endogame ? Le phénomène de l'abstention fait clairement ressortir le désintéressement du peuple pour la chose publique, ce, avec la complicité tacite des dirigeants dont l'élection, si elle devait être soumise à la règle du quorum, serait loin d'être acquise. Car, comme le rappelle Frédéric Rouillois, le peuple n'a pas seulement à consentir (ce qui serait un non-sens puisqu'il n'a pas, par définition, à consentir à sa propre volonté), il doit également participer. « *C'est pourquoi, écrit-il, l'abstention doit être envisagée comme un problème majeur, en ce qu'il sape le fondement même du système démocratique* ».

Dès lors, quel est le souverain ? Les représentants du peuple ? Oui, si l'on considère, avec le réalisme le plus froid, que c'est bien un petit nombre d'individus qui exerce les attributions constitutionnelles les plus hautes. Néanmoins, une telle assertion est juridiquement frappée de nullité si l'on observe qu' « *aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* », parce que, nous dit l'article 2 de la Constitution de 1958, « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ».

La fiction juridique vient donc au secours d'une notion, la démocratie, que l'on croirait en perdition, tant la pratique s'éloigne de son principe.

Pour autant il faut se rendre à l'évidence. Par l'effet conjugué de la construction européenne qui aspire l'Etat par le haut et des revendications identitaires et régionales forçant le processus de décentralisation qui dilue ce même Etat vers le bas, le peuple, de un et indivisible est devenu multiple et hétérogène. S'en tenir à la conception retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 91-290 DC, à savoir que le peuple est composé de tous les citoyens d'une nation sans distinction d'origine, de race ou de religion est devenu inopérant.

Il existe bien aujourd'hui une obsolescence de la notion de peuple, et partant, de son corollaire indispensable, la souveraineté. Tant que la République a su conserver son intégrité territoriale, souvent, d'ailleurs, au prix d'une certaine récupération-adaptation des principes, règles et institutions de l'Ancien régime²⁷, la souveraineté du peuple possédait encore un sens. A partir du moment où elle a pris le parti d'adhérer à un processus supranational d'intégration

²⁷ Cf. sur ce point l'ouvrage classique d'A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution française*.

forcé, à l'instar du système communautaire, et que la confusion entre délégation de souveraineté et transfert de souveraineté était volontairement entretenue, au détriment des nécessaires limitations de souveraineté, le principe d'imputation, tel qu'on la vu plus haut, ne pouvait que se déliter. A qui imputer l'exercice du pouvoir (fût-il le fait de « représentants »), lorsque ce pouvoir n'a plus lieu d'être exercé directement par celui qui en est le titulaire initial ?

A vrai dire, est c'est là une aporie fondamentale, si le peuple se trouve écarté du pouvoir, c'est parce que depuis 1789, on ne lui en a jamais véritablement confié l'exercice, d'où la distinction entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale, cette dernière postulant la démocratie représentative, au détriment de la démocratie directe, même s'il ne faut pas exagérer la portée d'une telle partition.

En 1789, parce qu'il fallait refonder la souveraineté que l'on devait absolument dissocier de l'institution royale autant que de la personne même du roi, on eu recours à une nouvelle catégorie juridique : la nation. Il convient, en outre, de se rappeler, que les constituants de 1791, 1793 et 1795 (An III de la République) ont refusé d'envisager un seul instant l'établissement d'une démocratie²⁸ Dès lors, ne souhaitant pas confier la souveraineté à un peuple abstrait, après l'avoir ôté à un roi concret, on la transféra à une entité théorique composée... du peuple et du roi. La première constitution écrite issue de l'assemblée constituante de 1791 ne s'y trompa guère, qui, après avoir affirmé, en son article 1er que « **la souveraineté (...) appartient à la Nation** », en tira logiquement la conséquence (article 2) que « **la Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La constitution française est représentative** ». En d'autres termes, en refusant de reconnaître un titulaire de la souveraineté, les révolutionnaires laissèrent celle-ci en totale déshérence. La théorie de la représentation imaginée par les révolutionnaires est une théorie juridique qui a eu pour effet de déconnecter totalement la souveraineté du souverain. Comme le disait Adhémar Esmein, « **L'Etat, sujet et titulaire de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, une fiction juridique, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques, une ou plusieurs qui veuillent et agissent pour lui**²⁹ ». En d'autres termes, la souveraineté doit prendre physiquement attache dans le corps d'individus reconnaissables et donc politiquement responsables.

On remarque que la crise actuelle de la souveraineté démocratique a des causes anciennes. Parler de séparation des pouvoirs est donc vain quand le principal moteur de ceux-ci est en plein déliquescence. Distinguer les fonctions essentielles d'un Etat est inutile lorsque le rôle de ce dernier est cantonné à être le vulgaire relai d'une action publique dont il n'est plus maître, qui plus est par sa faute. Néanmoins, ainsi que l'affirmait un adage du droit romain : *salus populi, suprema lex esto*.

B – le peuple seul ?

Le salut de la souveraineté du peuple passera-t-il par lui ou par une intervention extérieure ?

Si l'on a coutume d'entendre, par médias interposés, de la bouche de nos élites dirigeantes, qu'elles soient politiques, littéraires ou autres, que la souveraineté est une vieilleries constitutionnelle qui n'a plus cours parce que l'Europe fait tout simplement litière de celle-ci, est-ce un motif suffisant pour tenir une telle notion à l'écart ? A l'évidence, non, dans la mesure où l'Histoire démontre que tous les Etats européens se sont constitués par référence implicite ou expresse à cette notion. D'autre part, avant que d'être un objet juridique, l'Etat est une entité politique. Ce faisant il constitue l'espace privilégié d'expression du politique.

²⁸ M. Troper, « La souveraineté sous la Révolution », *La souveraineté aujourd'hui*, CPU, Tunis, 1996, p. 29.

²⁹ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1921.

Or, seul le concept de souveraineté offre les conditions nécessaires à l'épanouissement du politique.

La dimension statutaire de l'Etat (et non contractuelle ainsi que les révolutionnaires portaient à le faire accroire, notamment sous l'influence de Rousseau) et des lois constitutives qui régissent son gouvernement est inférée directement de l'essence même de la souveraineté. A ce stade, on pénètre dans l'essence pure du politique. Car la souveraineté est un concept purement politique « **qui peut tout au plus prendre une signification métajuridique, au sens où toute souveraineté essaie de se donner une assise juridique dans le but très intéressé de consolider sa puissance**³⁰ ».

C'est dire, en conséquence, que la séparation des pouvoirs est accessoire, en tant que modalité d'exercice du pouvoir, quel que soit le régime, alors, qu'au contraire, la souveraineté est primordiale en ce qu'elle représente la voie d'action du politique.

Carl Schmitt et bien plus tard, Julien Freund, ont eu le mérite de rendre compte de cette consanguinité entre l'Etat et le politique. « **Le concept d'Etat présuppose le concept de politique** » écrit Schmitt dans *La Notion de politique*³¹. Est politique celui qui est le souverain, le souverain est celui qui décide de la situation d'exception, la situation d'exception révèle donc le souverain³².

Il s'agira, en recouvrant la souveraineté, de réinvestir, du même coup, l'espace politique.

Est-ce se livrer à une apologie du coup de force que d'affirmer cela ? Assurément non, sauf à supposer que le peuple où une section émanant de lui, parvienne à créer les conditions *exceptionnelles* qui feront de lui le souverain, à savoir... ce qu'il a toujours été. Le traité de Lisbonne ayant été qualifié, à juste titre, de « coup d'Etat » par Anne-Marie Le Pourhiet,³³ il reviendrait pourtant d'y répondre, à défaut de voies de droits platoniques, par un geste équivalent.

Le peuple serait sollicité et appelé à se reprendre en main et d'affirmer sa présence politique face à la puissance hégémonique et non démocratique du Béhémoth européen.

Mais, en dehors de cette voie radicale, comment le pourrait-il, cependant, dès lors que les pouvoirs publics ne lui permettent pas l'accès au débat public ?

Geneviève Koubi propose de réactiver le droit de résistance à l'oppression, sous la forme, non-violente, de la désobéissance civile. « **La résistance à l'oppression renvoie à un 'droit d'action'. La désobéissance civile répond à la logique d'une 'action de droit'**³⁴ ». Toutefois, elle fonde la légitimité d'une telle résistance à l'impérieuse sauvegarde des droits de l'homme : « **toute confusion entre la résistance de l'article 2 de la Déclaration avec l'idée de résistance émise dans l'article 7 de cette même Déclaration est donc un leurre : la résistance à l'oppression ne se modélise pas dans une résistance à la loi, elle exprime un refus de considération d'un système juridique qui s'engage dans une voie problématique : la méconnaissance, l'oubli, l'ignorance des droits de l'homme, voire l'incompétence ou l'inaptitude à penser et organiser le respect de ces droits** ». Et de rajouter que « **la notion d'oppression est un des éléments clefs de la définition d'un droit de résistance ; l'oppression se détermine à partir de la violation des droits de l'homme et, dans une certaine mesure, à partir de la violation des droits du peuple** ».

Une telle notion, *ultima ratio* d'un peuple qui n'est plus lui-même dans la mesure où ses représentants lui dénie sa souveraineté, c'est-à-dire, sa capacité à délibérer des affaires de la Cité, est-elle franchement opérationnelle ? Assurément, la confiscation de la parole

³⁰ J. Freund, *L'essence du politique*, Sirey, Paris, 1986.

³¹ C. Schmitt, *La Notion de politique*, Calmann-Lévy, Paris, 1972.

³² C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, Paris, 1988.

³³ A.-M. Le Pourhiet, « Traité de Lisbonne. Est-ce un coup d'Etat ? Oui », www.gaullisme.fr/lepourhiet021207.

³⁴ G. Koubi, « Droit et droit de résistance à l'oppression », www.koubi.fr/spip.php?article 17.

démocratique constitue une forfaiture, infraction gravissime dans le champ constitutionnel. Les voies juridictionnelles semblent inexistantes et les mécanismes de la responsabilité politique paraissent bien inefficaces.

Face à la nouvelle distribution des pouvoirs entre l'Union européenne et les Etats membres, le peuple constitue-t-il ce troisième nouveau pouvoir doté de la faculté d'empêcher ? Certainement. En théorie, tout au moins. Car si l'on sait quoi empêcher, comment le faire ?

Beaucoup de freins, juridiques, politiques et sociologiques empêchent d'envisager l'insurrection comme moyen ultime de rétablir ce droit de l'homme qu'est la souveraineté nationale, consacrée dans le préambule de la Constitution de 1958 et son principe rappelé à l'article 2 : le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. Au nombre des ces obstacles, la démocratie d'opinion, antithèse de la démocratie tout court, où malheureusement « **le civisme à fait place au mercantilisme** ³⁵ ».

³⁵ A.-M. Le Pourhiet, *Droit constitutionnel*, Economica, paris, 2007, p. 134.