

Au début de cet ouvrage, nous nous sommes défendu de vouloir faire œuvre de discussion critique. Mais, au terme de notre étude, il semble que la critique surgisse et s'impose d'elle-même, tant est manifeste la contradiction qui s'établit entre l'idée première d'où procède la théorie de la loi expression de la volonté générale et les résultats positifs auxquels cette théorie a finalement abouti. Ces résultats peuvent se résumer d'un mot : **l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même.** Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n'est pas résigné à se payer de mots. Comment admettre que, dans notre droit public, les décisions émanées du Parlement aient pu être présentées comme des productions de la volonté populaire, alors que la Constitution tient systématiquement les citoyens à l'écart de leur formation ?

Il n'y a eu, en France, qu'une seule Constitution qui ait échappé à cette contradiction. C'est celle de 1793, qui, ne se contentant pas de poser en principe, dans l'article 4 de sa Déclaration des Droits, que « la loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale », avait organisé un régime législatif dans lequel la confection de la loi dépendait, en dernier lieu, de son adoption par les assemblées primaires comprenant la totalité des citoyens. Sur ce point, les conventionnels de 1793 ont eu, tout au moins, le mérite de mettre leur œuvre constitutionnelle en accord logique avec leurs principes. **On ne saurait en dire autant des constituants de 1789-91.** De même que Louis XIV avait fondé son absolutisme sur sa prétention d'incarner l'État en sa personne royale, de même l'Assemblée nationale de 1789, pour parvenir à son but qui était de commuer la souveraineté de la nation en souveraineté parlementaire, affirme que le collège des députés élus résume en lui l'intégralité du peuple, et elle va même jusqu'à présenter ce collège comme une formation par l'intermédiaire de laquelle tous les citoyens se trouvent mis en état de concourir à l'adoption des décisions souveraines. **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.**

Certes, il ne peut être question de contester ni l'influence que par le choix de ses députés le corps électoral est capable d'exercer indirectement sur l'orientation générale de la politique nationale, ni davantage celle que les électeurs possèdent, d'une façon plus directe, sur la personne et l'activité de leurs élus : cette dernière, en particulier, n'a fait que s'accroître depuis l'introduction du suffrage universel. On est donc fondé politiquement à qualifier le Parlement de représentant, si par là on veut marquer simplement qu'il est, notamment sous la Constitution de 1875, celle des autorités constituées dont les décisions apparaissent normalement comme correspondant le plus sensiblement aux aspirations de la communauté populaire et, par conséquent aussi, comme étant le plus proches de celles que pourrait prendre cette communauté elle-même, à supposer qu'elle fût admise à statuer par ses propres moyens. Et cette sorte de légitimation politique de la notion de représentation est même de nature à engendrer des conséquences d'ordre juridique : on comprend, par exemple, qu'en raison des attaches spéciales qui relient le Parlement au corps populaire, la règle adoptée par les Chambres prenne, sous le nom de loi, une force tout autre que celle édictée par un décret de l'Exécutif. Toutefois, et quelque complaisance que l'on veuille mettre à accepter ou à accentuer l'idée d'interdépendance, de solidarité et d'union, entre les électeurs et les élus, il vient toujours un moment où la thèse de l'identification entre la volonté parlementaire et la volonté générale se heurte à une objection insurmontable : l'objection, c'est que **le régime représentatif a été créé tout exprès** — Sieyès le précisait devant l'Assemblée nationale, dans la séance du 7 septembre 1789, avec une crudité qui dépasse encore celle de Montesquieu — **pour limiter l'influence populaire au pouvoir de choisir les personnes qui statueront représentativement et pour interdire au peuple toute participation effective à la puissance même de statuer.** Dans ces conditions, le mot représentation, appliqué au Parlement, ne possède, même en son sens politique, que la valeur d'une image plus ou moins vague, ou d'une approximation plus ou moins lointaine ; il demeure, en tout cas, impossible de parler de représentation au sens juridique du terme, et surtout au sens

d'une identité entre la volonté du peuple et celle du Parlement, attendu que cette identité, même si elle devait être tenue pour habituelle, n'est point constante et qu'au surplus sa constance n'est nullement assurée par le droit en vigueur.

On voit par là quelle doit être la conclusion de cette étude. De deux choses l'une :

Ou bien l'on entend maintenir le concept, venu de Rousseau et transmis par la Révolution, suivant lequel la loi a pour fondement la volonté générale et pour objet la manifestation de cette volonté. En ce cas, il n'est plus possible de se contenter de l'argument qui consiste à prétendre que tous les citoyens sont présents dans le Parlement à l'instant de la création de la loi : car un tel argument est emprunté à un genre de vision mystique qui manque manifestement de toute base réelle. **Si donc on veut que la loi soit vraiment une expression de volonté générale, et si c'est aussi à sa qualité de volonté générale que l'on fait remonter sa vertu obligatoire, il faut inévitablement en venir à conférer au corps populaire un certain rôle actif dans l'œuvre de la législation. L'on est ainsi conduit à revendiquer, comme minimum de facultés législatives populaires, le droit pour les citoyens d'élever une réclamation contre la loi adoptée par les Chambres et, au cas où cette réclamation réunit un nombre suffisant d'opposants, le droit pour ceux-ci de provoquer, sur la loi ainsi frappée d'opposition, une votation populaire qui en prononcera définitivement l'adoption ou le rejet. De même, il est pleinement logique, dans un concept qui fonde la notion de loi sur la suprématie de la volonté générale, que L'INITIATIVE LÉGISLATIVE, au sens démocratique du terme, soit reconnue au peuple : car la suprématie de la volonté générale demeurerait incomplète, si le peuple ne possédait pas, de son côté et en dehors de la Législature, le moyen d'introduire dans la législation les réformes ou les nouveautés à l'adoption desquelles le Parlement se refuse et qui sont voulues cependant par la majorité des citoyens.**

Ce n'est pas tout encore : le concept démocratique de la loi expression de la volonté générale implique que cette volonté est la plus haute dans l'État et qu'elle possède de ce chef le caractère souverain ; cette souveraineté de la puissance populaire ne produira pas seulement ses effets dans le domaine de la législation; les mêmes raisons qui font du peuple l'organe législatif suprême, appellent sa suprématie dans l'ordre de l'action GOUVERNEMENTALE. **Une Constitution démocratique qui ne réunit pas le gouvernement et la législation dans les attributions du Parlement et qui institue, en face de celui-ci, un Exécutif pourvu de quelque indépendance, sera donc amenée, pour la réglementation des rapports entre les deux autorités, à placer au-dessus d'elles, comme supérieur commun, le souverain populaire** : de là, des institutions démocratiques telles que l'élection du chef de l'Exécutif par le peuple et le pouvoir pour chacune des deux autorités, parlementaire et gouvernementale, de faire appel au peuple en cas de désaccord entre elles.

Tout ceci fait, il sera superflu, du moins en ce qui concerne les satisfactions à donner à la souveraineté de la volonté générale, de maintenir une distinction rigide entre la Constitution et les lois ordinaires : car, en tant que cette distinction ne viserait qu'à sauvegarder les droits inhérents à la suprématie populaire, son inutilité ressortirait du fait que les droits supérieurs du peuple se trouvent déjà assurés par les pouvoirs dont il dispose à titre législatif. Sans doute, il est particulièrement utile et désirable, dans une démocratie, que le statut juridique individuel des citoyens soit garanti par des dispositions constitutionnelles contre la toute puissance législative propre à la volonté générale. Mais il est à remarquer que la distinction entre règles constitutionnelles et règles législatives, ainsi motivée, ne se fonde plus sur une exigence découlant de la souveraineté de la volonté générale : elle répond uniquement à la préoccupation de protéger la liberté individuelle.

Telles seraient les conséquences que devrait nécessairement produire le concept qui définit la puissance de l'État, et notamment sa puissance législative, par les droits appartenant à la volonté générale. Que si ces conséquences démocratiques sont répudiées par la Constitution en vigueur, soit parce que celle-ci ne se fie pas suffisamment à l'éducation politique du peuple, soit par des raisons de sécurité nationale tirées de la position plus ou moins difficile dans laquelle le pays peut se trouver placé au regard de l'étranger, soit pour tout autre motif

quelconque, en ce cas **il n'est plus permis de parler d'expression ni de représentation de la volonté générale à l'effet de fonder la maîtrise du Parlement. Car il serait incompréhensible qu'après avoir dénié au peuple le droit de faire entendre la volonté générale, l'on prétende invoquer la suprématie de cette volonté populaire pour accroître les pouvoirs du Parlement, sous prétexte qu'il la représente.**

La vérité est donc que, dans une Constitution qui n'admet point les institutions d'intervention directe populaire, les pouvoirs reconnus au Parlement ne sont susceptibles d'être justifiés que par un concept d'AUTORITARISME, c'est-à-dire par L'IDÉE QUE LE PARLEMENT EST INVESTI D'UNE PUISSANCE QUI NE CONSISTE PLUS SEULEMENT À ÉNONCER LA VOLONTÉ DU PEUPLE, MAIS QUI LUI PERMET D'IMPOSER AU PEUPLE SA PROPRE VOLONTÉ : en sorte que, pour les lois en particulier, on ne peut plus dire qu'elles sont simplement délibérées par le Parlement, mais il faut dire qu'elles sont **décrétées par lui**. Ce concept autoritaire est, il est vrai, tempéré par le régime des élections et réélections périodiques, qui conditionne le recrutement du personnel parlementaire : toutefois, sous les Constitutions qui n'accordent aux citoyens QUE LE DROIT D'ÉLIRE, l'élection ne peut posséder que la signification d'un procédé de désignation, et la volonté générale ne garde la possibilité de faire sentir sa puissance que dans la mesure partielle où ce procédé de désignation lui permet d'influer médiatement sur les directions politiques que prendra l'activité des élus.

Dès lors, et par cela seul que le Parlement ne tire plus ses pouvoirs d'une représentation effective du souverain, il apparaît que ceux-ci ne peuvent avoir d'autre source que l'octroi qui lui en a été fait par la Constitution : ils ne s'analysent plus en une puissance de souveraineté, mais seulement en une compétence constitutionnelle. Et par suite, la puissance parlementaire perd instantanément l'aptitude à s'ériger en une maîtrise absolue : car, même si le Parlement est, d'après la Constitution, la plus haute des autorités constituées, la puissance dont il dispose, comme autorité de cette sorte, ne peut être, à la différence de celle du souverain, qu'une puissance DÉRIVÉE et, par conséquent, essentiellement SUJETTE À LIMITATION.

On en arrive ainsi à une série de conséquences inverses de celles qu'a engendrées la théorie de la représentation par le Parlement de la volonté générale. Une première limitation fondamentale découle de ce que **la puissance parlementaire, étant une création de la Constitution, ne saurait être maîtresse, à elle seule, du sort de la loi constitutionnelle en vigueur**. Déjà, il est difficile d'admettre que l'ouverture de la révision dépende exclusivement de la permission de l'une quelconque des autorités constituées, fût-ce le Parlement : **car l'établissement d'un tel monopole revient à rendre la Constitution incommutable au regard de cette autorité, qui cependant n'existe que par elle**; et notamment, il équivaut, en faveur de cette autorité, à **une intangibilité de ses pouvoirs**, qui ne peut se concevoir que chez le souverain et qui est **inconciliable avec la notion de pouvoir constitué**. Mais surtout, on n'aperçoit pas comment l'accomplissement de la révision et sa perfection même pourraient être laissés à la libre puissance du Parlement; celui-ci, procédant de la Constitution, ne peut pas posséder sur elle des pouvoirs qui impliqueraient que c'est elle qui procède de lui. Ainsi, dès que la Constitution ne consacre pas effectivement les droits souverains de la volonté générale, en faisant du peuple lui-même l'organe suprême, aussi bien dans l'ordre constituant que dans l'ordre législatif, la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, ainsi que la séparation organique des deux pouvoirs constituant et législatif, s'impose en vertu d'une nécessité qui provient de l'impossibilité de concilier dans le même organe les qualités antinomiques de fondateur de la Constitution et d'autorité fondée par elle. En ce qui concerne le Parlement, ces principes ont pour effet, en le maintenant au rang d'autorité constituée, d'exclure, entre sa puissance et celle des autres autorités établies par la Constitution, la différence radicale qui est née chez nous de l'idée qu'en lui seul réside le droit d'émettre la volonté générale. Parlement, Exécutif et autorité juridictionnelle, sont de même essence, en ce sens tout au moins que ces trois autorités sont égales devant la Constitution qui est la source commune de leurs pouvoirs. De cette égale subordination à la Constitution découlent alors deux nouvelles sortes de limitations susceptibles d'être apportées à la puissance parlementaire.

D'une part, lorsque la Constitution s'est affranchie du dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale, il lui devient possible d'atténuer les supériorités qui

appartiennent aux assemblées parlementaires vis-à-vis de l'Exécutif. Assurément, il y a pour le Parlement une cause de primauté qui subsistera toujours : c'est celle qu'il tire de son pouvoir de faire les lois et, par là, de créer l'ordre juridique à l'observation duquel l'Exécutif est soumis. D'ailleurs, il demeure inévitable que, parmi les autorités constituées, il y en ait une qui soit pourvue d'une prépondérance grâce à laquelle puisse se trouver assurée, d'une façon constante, l'unité de puissance et d'action nécessaire à l'État ; or, il a déjà été noté (p. 202), comme une chose évidente, qu'une Constitution telle que celle de 1875 ne pouvait pas songer à placer cette prépondérance ailleurs que dans le Parlement. Mais la légitimité de la primauté parlementaire ne signifie pas que l'Exécutif doive être réduit à une condition de vassalité complète envers les Chambres. Dans un régime organique qui ne serait plus fondé sur la confusion du Parlement avec le souverain, il serait fort concevable que, tout en maintenant la supériorité du Parlement, la Constitution ait réservé à l'Exécutif une certaine part d'indépendance, celle-là même dont il a besoin pour remplir utilement ses fonctions agissantes. Et par exemple, on comprendrait que la Constitution ait pris soin de dicter elle-même au Parlement, par des dispositions formelles, ces restrictions et ces ménagements envers l'autorité gouvernementale que maints auteurs ou hommes politiques exhortent présentement nos Chambres à s'imposer volontairement dans leurs rapports avec cette autorité.

D'autre part, une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un **contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution** ; mais il y a, au contraire, de fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à empêcher la toute puissance législative du Parlement. Parmi ces raisons, la première de toutes, c'est la subordination du Parlement à l'ordre constitutionnel en vigueur, subordination qui, comme on vient de le voir, entraîne à sa suite la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, ou plus exactement qui réclame l'introduction dans la Constitution des moyens propres à assurer cette distinction. **Or, le moyen par excellence de maintenir le législateur dans le respect par lui dû aux règles contenues dans la Constitution, c'est l'ouverture d'une voie de recours contre les lois inconstitutionnelles.** On peut hésiter sur les conditions dans lesquelles ce recours doit être organisé. Nous ne serions guère porté, pour notre part, à souhaiter l'adoption du système qui irait jusqu'à permettre à tout tribunal saisi d'un litige de commencer par discuter la validité de la loi applicable à l'espèce avant que d'en faire application. La gravité d'une question contentieuse de cette sorte exige que l'examen en soit réservé à une instance d'une qualité très haute, et surtout à une instance unique qui statuerait *erga omnes* [à l'égard de tous]. Du moins, si les lois cessaient d'être couvertes du masque de la volonté générale, il deviendrait indispensable que la question de leur constitutionnalité trouvât, lorsqu'elle est soulevée par une partie intéressée, une instance juridictionnelle devant laquelle elle pût être portée.

Toutes ces réflexions se résument dans l'alternative qui a été posée plus haut. Ou bien la puissance parlementaire se réclame de la souveraineté de la volonté générale : et alors, celle-ci devrait être admise à exercer démocratiquement ses droits souverains au-dessus de toutes autorités, Parlement y compris. Ou, au contraire, les conditions dans lesquelles la Constitution a conféré au Parlement le pouvoir de créer par lui-même et sous sa libre appréciation la volonté nationale, excluent l'idée démocratique d'une souveraineté de la volonté générale et d'une représentation parlementaire de cette volonté : mais alors, le Parlement ne peut plus se réclamer des droits de la volonté générale pour prétendre à une puissance absolue. **D'une façon comme de l'autre, on constate qu'il est de l'essence de la puissance parlementaire de comporter des limitations.** Cette puissance est nécessairement limitée par celle du peuple, si elle est fondée sur la représentation de la volonté populaire. Elle est essentiellement susceptible d'être limitée, si le Parlement la détient comme puissance propre, qui lui vient de l'organisation constitutionnelle : car **la Constitution doit indubitablement être maîtresse de régler originairement, et aussi de modifier éventuellement, l'étendue des pouvoirs de toute autorité qui, constituée par elle, ne tient que d'elle ses compétences.**

Source :

Bertrand Carré de Malberg :

LA LOI, expression de la volonté générale (1931) (Conclusion du livre).