

L'apport de la théorie du pouvoir constituant de Condorcet au droit constitutionnel contemporain

Par Stéphane MOUTON

Maître de conférences en droit public

Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse 1 - Capitole

L'Etat de droit constitutionnel se définit à partir d'une caractéristique essentielle, la suprématie de la Constitution. Il s'agit là d'un principe prééminent sur lequel s'appuie l'ensemble de la pensée constitutionnelle moderne. Pourtant, les raisons qui justifient la prééminence constitutionnelle n'ont jamais cessé de faire l'objet de débats. Quelques auteurs éminents se sont penchés récemment encore sur la question de savoir « *ce qui fait la supériorité de la Constitution* » dans l'ordre juridique, et ont ainsi identifié plusieurs approches explicatives possibles, pour en conclure cependant qu'en dépit de leur diversité aucune ne pouvaient indiscutablement emporter l'adhésion. En fin de compte, cette suprématie reposerait peut être sur une croyance, un standard juridique attaché aux valeurs du constitutionnalisme classique¹. Parmi ces approches figurent bien sur celle de la possible justification de la suprématie de la Constitution par le pouvoir constituant. Il s'agit là d'un lien logique puisque ce pouvoir spécifique se définit de manière générale comme la compétence relative à l'élaboration et à la révision des Constitutions². A la lumière de sa définition et de ses fonctions, ce pouvoir est naturellement lié à quelques uns des questionnements les plus fondamentaux du droit constitutionnel moderne. Comment par exemple justifier la suprématie de la Constitution dans le paradigme de l'Etat de droit constitutionnel, si dans le même temps, il est possible d'admettre l'existence d'une faculté de modifier les dispositions constitutionnelles sans, à côté, voire au-delà des procédures prévues par la constitution elle-même³ ? De même, comment assurer la prééminence de la Constitution vis-à-vis de la loi si les organes chargés d'exercer les compétences exécutive et législative surtout, concentrent dans une même main la compétence constituante et l'exercice de la fonction législative. Or il semble bien que se soit la reconnaissance de la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif que se justifie juridiquement la possibilité d'instaurer la suprématie de la norme constitutionnelle sur les autres normes étatiques, et d'abord la loi⁴. Ces deux interrogations démontrent donc que la question du pouvoir constituant reste essentielle dans les problématiques actuelles du constitutionnalisme.

Sur ce sujet, la pensée de Condorcet, qu'il convient de replacer dans son contexte historique, n'a peut-être pas délivrée tous ses secrets. Comme l'ensemble des révolutionnaires, il s'accordait sur le principe de la suprématie de la Constitution, tout en étant attaché à l'autorité de la loi⁵. Entendons ici que tous conciliaient volontiers, suprématie de la Constitution et

¹ M. TROPER : « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel » in E. ZOLLER (dir°), *Marbury v. Madison, 1803-2003, Paris, Dalloz*, 2003, p. 215.

² Telle est la définition classique posée par les ouvrages de droit constitutionnel.

³ C'est pour cette raison qu'il est possible de contester le caractère juridique du « pouvoir constituant originaire » : L. FAVOREU *et alii* : *Droit constitutionnel*, p. 96-97. On sait que la question est également rejetée dans une approche « kelsénienne » du droit : voir G. HERAUD : *L'ordre juridique et le pouvoir originaire, Recueil Sirey*, 1946.

⁴ Voir par ex. E. ZOLLER : *Droit constitutionnel*, PUF, 1998, p. 71.

⁵ F. SAINT-BONNET met bien en lumière ce point en rappelant que pour Sieyès comme pour l'ensemble des révolutionnaires, « la loi est la fin dont la constitution n'est que le moyen ». Il rappelle combien pour les révolutionnaires, entre la Constitution et la loi, la norme la plus importante est bien la loi. C'est elle « la machine politique » dont il convient

prééminence législative. L'argument politique trouve d'ailleurs sa concrétisation dans les textes juridiques. C'est ce que démontre la déclaration de 1789 elle-même, dès son préambule⁶. Dans ce texte en réalité, Constitution et loi se confondaient dans une conception *métaphysique* du pouvoir tout en reconnaissant la suprématie de la constitution sur la loi⁷. Mais déjà ici perçait la sensible question de la justification concrète de cette suprématie. Située au cœur même de la justification possible de cette nouvelle conception du pouvoir qui tente de concilier deux objectifs antagonistes, à savoir la nécessité de laisser le peuple changer de Constitution d'une part, et la nécessité de pérenniser les principes démocratiques d'autre part, il s'agissait d'une question difficile eu égard à la forte charge politique qu'elle véhiculait. Au plan juridique cette question renvoyait déjà à la théorie du pouvoir constituant et plus précisément de la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Mais au delà des divergences, tous les auteurs semblaient s'accorder sur cette condition pour assurer la suprématie de la Constitution, à commencer par Sieyès bien sur qui fut le premier et le plus emblématique théoricien de cette question dans le droit public français⁸. Cette problématique est au cœur de sa pensée, puisque pour lui, la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués est « *une condition de la liberté chez les modernes* »⁹. Et ne disait-il pas déjà qu' « *une constitution suppose avant tout un pouvoir constituant* » ? Paradoxalement néanmoins, aussi essentielle qu'elle soit, cette notion de pouvoir constituant a toujours été nimbée d'un certain flou. A l'aube du 20^{ème} siècle encore, les publicistes les plus éminents n'hésitaient pas à faire de l'existence de cette distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués la condition même de l'effectivité des plus hauts principes du droit constitutionnel, tel celui, à côté du contrôle de constitutionnalité, de la séparation des pouvoirs¹⁰. A ce titre, on peut toujours souscrire à l'analyse de Cl. Klein selon laquelle il existe un discours du pouvoir constituant plus qu'une vraie théorie du pouvoir constituant¹¹.

Un tel constat rend plus difficile encore la question de savoir comment la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués peut être établie dans une démocratie. Ici, les voies divergent. En cohérence avec sa volonté de se faire « *théoricien de la représentation plus que du pouvoir constituant* »¹², loin de déterminer la nature de ce pouvoir constituant, Sieyès tente plutôt de le faire disparaître en dissolvant le peuple dans la nation. C'est à partir d'une conception purement représentative de la nation et de la démocratie

d'organiser constitutionnellement la bonne mise en œuvre par les pouvoirs constitués, in « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *RD Publ.* n° 3-2007, p.760.

⁶ En énonçant que les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme permettront de comparer les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif avec le but de toute institution politique, les constituants posèrent implicitement mais réellement le principe de la subordination des actes du législateurs aux droits du peuple souverain dès le préambule de la Déclaration de 1789.

⁷ C'est ce que démontre aussi la déclaration des droits dans la Constitution girondine, c'est-à-dire le plan de constitution présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, l'an II de la République. La loi y est la norme cardinale de l'ordre juridique : cf. par exemple les articles 3, 8, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 24, 29, 30 et 32.

⁸ Rappelons qu'il n'est pas forcément considéré comme le concepteur du pouvoir constituant. D'aucuns avancent l'idée que la notion de pouvoir constituant a été inventée par Locke, voire pour d'autres encore par Cromwell

⁹ L. JAUME : « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », in *Revue Cités*, n° 13-2003 « *Les Constitutions possibles de l'Europe* », 101.

¹⁰ O. BEAUD : « (...) Hauriou est l'un des rares auteurs de son époque à avoir pensé la séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués qui est, depuis la Révolution française et l'œuvre de Sieyès, l'un des éléments fondamentaux du patrimoine des idées constitutionnelles », in « M. Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n°37-2003. 169. Voir R. Carré de Malberg : la loi, expression de la volonté générale, *Economica*, rééd. 1984, p. 110-111.

¹¹ Cl. KLEIN : *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF « Les voies du droit » 1996, p. 2.

¹² Cl. KLEIN : *ibid.*, p. 15

« *médiate* »¹³, où finalement il n'existe de pouvoir que dans la représentation, et où donc conséquemment les pouvoir constituant et pouvoir législatif sont concentrés, qu'il tente néanmoins de construire une distinction de nature et de fonction entre eux, en les enserrant dans un réseau de compétences constitutionnelles clairement identifiées et séparées¹⁴. En ce sens, Sieyès se fait le premier théoricien français des libertés anglaises, celle du régime représentatif dans le modèle français, comme disait Cochin à propos du règlement du 24 janvier 1789¹⁵. Ainsi note Lucien Jaume, pour Sieyès, le pouvoir constituant se définissait comme « *le pouvoir pour la nation de se prescrire des règles pour son avenir, pouvoir souverain, suprême, qui en cela ne pouvait être qu'imprescriptible* »¹⁶. Mais il s'agit donc d'un pouvoir pour la nation, et non par la nation. C'est dans cette conception que se situe le droit constitutionnel français, conformément à une conception du régime démocratique construit sur le principe représentatif. Pourtant celui-ci évolue. Hier la notion quelque peu artificielle de « *compromis démo-libéral* » démontrait néanmoins qu'il existait une nécessité : pallier le déficit démocratique auquel menait le principe de la « *souveraineté nationale* » et la démocratie « *ultra représentative* » en acceptant une intervention du peuple dans les affaires politiques. Aujourd'hui cette exigence connaît une revalorisation certaine. L'impact de l'avènement de nouveaux précédés de démocratie semi-directes comme le référendum d'initiative minoritaire¹⁷, ainsi que la question prioritaire de constitutionnalité¹⁸, sont les nouvelles manifestations, certes relatives, mais réelles, d'une volonté de rapprochement de l'exercice du pouvoir du peuple, une volonté de permettre aux citoyens de participer au pouvoir et de se saisir de leur Constitution, et de faire d'elle un instrument de contrôle de l'exercice du pouvoir par les représentants. De telles évolutions contestent assurément l'idée selon laquelle l'exercice du pouvoir relève d'un phénomène purement représentatif d'où les citoyens sont physiquement exclus. Cette évolution milite pour la recherche d'autres voies car d'autres conceptions sont possibles comme le démontre Rousseau. Justifiant la démocratie « *immédiate* », il rejetait quant à lui le principe d'une délégation du pouvoir du peuple à des autorités représentatives. Pourtant, comme on le verra, sa conception de la construction du pouvoir démocratique n'empêcha pas la confusion politique entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, en dépit d'une volonté de laisser le peuple détenir la source de tous les pouvoirs.

¹³ *Assemblée constituante*, 1789, Archives parlementaires, 1^o série, t. VIII, p. 592. Chez Sieyès en effet, la nation n'est pas le peuple des citoyens présents. Elle est constituée plutôt « des énergies créatrices d'une nouvelle société dominée par le travail productif et la recherche du bien être » : S. RIALS, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation: continuité ou nécessité ?) ». in *La continuité constitutionnelle française de 1789 à 1989*, Economica, 1990, p.55. La nation se confond alors avec un corps divisé en quatre classes qui supporte toutes les charges de la société formant à lui seul une nation complète et écartée des bénéfices levés par 1/10ème de privilégiés, une caste tenant cette nation sous tutelle : E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état*, Champs Flammarion, 1988. Elle ne fait qu'une avec ces « nouvelles classes qui ont fait la preuve de leur utilité sociale », C. CLAVEUL, « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », *Revue Droits*, n°6, p.48. Et du même auteur : *L'influence de la théorie d'Emmanuel Sieyès sur les origines de la représentation en droit public*, Thèse, Paris 1, 1982. Voir aussi : S. PIERRE-CAPS : « Le constitutionnalisme et la nation », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de G. CONAC*, Economica, 2001, p. 69-70.

¹⁴ P. PASQUINO : « (...) Le concept de pouvoir constituant, distinct des pouvoirs constitués et renvoyant à un sujet qui préexiste concrètement à l'acte par lequel une communauté politique se donne une Constitution, se trouve au centre même de l'œuvre politique et constitutionnelle de Sieyès », in *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Ed° O. Jacob, 1998, p. 64.

¹⁵ A. COCHIN : *Les sociétés de pensées et la démocratie moderne*, 1912..

¹⁶ L. JAUME : « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », in *Revue Cités*, n° 13-2003 « *Les Constitutions possibles de l'Europe* », 101.

¹⁷ Art. 11 C.58

¹⁸ Art. 61-1 C. 58

Sur toutes ces questions, la position de Condorcet est très intéressante¹⁹. «*Philosophe universel*» dira Voltaire, Condorcet, libéral ayant une ascendance scientifique, était un humaniste optimiste dont la pensée était rigoureusement attachée à l'intelligence mathématique²⁰. Il fut scientifique avant d'être philosophe politique, et mathématicien avant d'être politique²¹. Dernier représentant et peut être le plus parfait de l'Encyclopédie, il se dira admirateur de Rousseau dont il n'hésita pas à affirmer qu'il posa avec Voltaire «*les fondements de cet édifice de la liberté*» que les révolutionnaires voulaient achever après eux²². Mais il n'en demeure pas moins que sa pensée se différencie de celle du penseur de Genève, comme celle de Sieyès et d'abord sur celle du pouvoir constituant. Vis-à-vis d'eux, il développe une pensée beaucoup plus américaine, comme le fit sur ce point aussi La Fayette qui n'hésitait d'ailleurs pas à disputer à Sieyès l'origine de cette notion²³.

La conception du pouvoir constituant chez Condorcet peut être approchée par la contestation du principe de la «*liaison constitutionnelle entre les générations*». Comme le rappelle Cl. Klein, il défend le principe selon lequel une génération ne peut assujettir à ses lois une génération future. Or un tel principe implique l'acceptation de l'idée selon laquelle le peuple est le premier titulaire du pouvoir en république. Certes, il faut bien considérer ici que les théoriciens de la révolution n'opposaient pas de manière distincte une souveraineté nationale et une souveraineté populaire dont la théorisation fut posée bien plus tard par Carré de Malberg surtout²⁴. Tous avaient une conception de la souveraineté qui mêlait en réalité peuple et nation²⁵. Condorcet était ici très proche de Rousseau et de Sieyès aussi dont il fut le compagnon politique dans les premières heures de la Révolution²⁶. Mais en réalité, Condorcet développe bien une théorie du pouvoir constituant qui repose sur une reformulation du lien entre le peuple et la représentation en s'appuyant sur deux arguments. En république, le pouvoir appartient toujours au peuple qui en délègue l'exercice à des représentants soumis aux principes de l'élection et de la responsabilité, ce qui différencie irréductiblement ce régime politique de la Monarchie²⁷. A la différence de Sieyès, Condorcet considère qu'en République le peuple est toujours le titulaire du pouvoir constituant en dépit du nécessaire processus de représentation qui relie les gouvernants et les gouvernés. Mais en sens inverse, Condorcet ne rejette pas le principe représentatif. La représentation n'est pas pour lui un «*mal nécessaire*» comme chez Rousseau, mais bien au contraire un «*bien utile*» dans la construction républicaine du pouvoir. Si Condorcet reconnaît le principe d'un souverain composé de citoyens, il admet aussi que le pouvoir ne peut s'exercer que dans une dimension

¹⁹ A.C. MERCIER : « Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *RFD Const.* n° 55, 2003, p. 483.

²⁰ E. et R. BADINTER : *Condorcet ; Ed. le livre de poche ;* Voir aussi K. BAKER : *Condorcet Raison et politique*, Hermann, Editeurs des sciences et des arts, 1988.

²¹ CONDORCET, girondin et brissotin, se suicidera (?) en prison après à Bourg-la-Reine, avoir été dénoncé par Chabot à la séance du 8 juillet 1793 et condamné à mort par contumace le 3 octobre. Il est arrêté le 29 mars 1794, au motif d'avoir critiqué la nouvelle constitution montagnarde, finalement très différente de son projet de Constitution girondine .

²¹ VOLTAIRE qui dès 1771 militait pour l'entrée de CONDORCET à l'Académie. arrêté le 29 mars 1794, au motif d'avoir critiqué la nouvelle constitution montagnarde, finalement très différente de son projet de Constitution girondine .

²² VOLTAIRE qui dès 1771 militait pour l'entrée de CONDORCET à l'Académie.

²³ LAFAYETTE : Mémoires, Correspondances et Manuscrits, 1837, vol. IV, p. 36 cité par Cl. Klein : p. 8. Voir aussi E. ZWEIG, cité par Cl. KLEIN : p. 16.

²⁴ Comme le rappelle G. BACOT, in *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale ; CNRS*, 1985..

²⁵ MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France, Montchrestien*, p. 90

²⁶ C'est lui qui fonde avec Sieyès la *Société de 1789*.

²⁷ CONDORCET : *République et monarchie.1791 ;* Voir L. CAHEN : *Condorcet et la Révolution française (1904), Paris, reprint Slatkine*, 1970.

représentative où les conditions matérielles et concrètes de l'exercice du pouvoir sont créées dans l'Etat. Par voie de conséquence, il met en place un système de relations réciproques entre les gouvernants et les gouvernés qui assurent non seulement la légitimité de l'exercice du pouvoir par les gouvernants mais aussi une réelle distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. C'est ainsi qu'il dégage la théorie du « *pouvoir constituant distinct* »²⁸. D'un point de vue matériel, cette notion suppose la pérennisation d'une source démocratique du pouvoir située dans les citoyens et en dehors des sphères de la représentation. D'un point de vue formel, cette distinction suppose la création d'organes représentatifs dont les compétences doivent être distinguées à l'aune de cette source démocratique du pouvoir. Ainsi, la conception de Condorcet ne conduit pas à l'absorption du peuple dans la nation comme chez Sieyès dont la conséquence inéluctable demeure la confusion entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif²⁹. Ce n'est pas non plus la volonté de protéger la volonté du peuple en érigeant une volonté générale qui se détache dans ses modes d'exercice de l'expression de la volonté réelle des citoyens, comme chez Rousseau. En réalité, cette théorie du pouvoir constituant distinct lui permet de distinguer nettement le lieu d'exercice du pouvoir constituant de celui des pouvoirs constitués. Finalement Condorcet aboutit donc à la démocratie constitutionnelle, entendons une démocratie qui assure la prééminence de la Constitution sur la loi et au sein de laquelle les pouvoirs s'exercent dans la représentation, mais sur un fondement populaire.

Une telle conception ne relève pas de la pensée chimérique. Si elle fut consacrée avec la « *girondine* », projet constitutionnel certes repoussé mais qui demeure le plus démocratique qu'ait connue la France³⁰, elle inspire aussi les constitutions révolutionnaires, ce qui fit de la France une république plus démocratique que les Etats-Unis de ce point de vue³¹. C'est donc ce principe du pouvoir constituant distinct que l'on se propose de découvrir en analysant sa construction en premier lieu (I), avant de mettre en lumière les fonctions qu'il est amené à remplir en second lieu (II).

1- La construction du « pouvoir constituant distinct »

Ce pouvoir distinct repose sur une volonté politique qui appartient au peuple, entendu comme l'ensemble des « *individus-citoyens* » (A). Il s'agit d'une compétence qu'il exerce toujours en collaboration avec des organes représentatifs (B).

A/ Le fondement populaire du pouvoir constituant distinct

Il est possible d'identifier la nature populaire du pouvoir constituant en s'appuyant sur l'idée d'une contestation de la liaison constitutionnelle chez Condorcet, et ce, pour deux raisons. Contester la liaison constitutionnelle, en premier lieu, cela veut dire que le titulaire du pouvoir démocratique est identifié dans les citoyens présents, vivants, historiquement situés. Par là même, Condorcet se distingue de Rousseau et de Sieyès. De Rousseau d'abord dont il ne partage pas l'optimisme mélancolique quant à la conception de l'homme qui le poussait à incliner sa pensée vers une volonté générale qui se détache de sa source populaire, même si, comme lui, le philosophe de Genève militait pour la reconnaissance d'une souveraineté

²⁸ F. ALENGRY, *Condorcet, guide de la Révolution française ; théoricien du droit constitutionnel et précurseur de la science sociale*, Thèse Toulouse, 1903., p. 588.

²⁹ E. LABOULAYE écrivait d'ailleurs qu'en confondant le pouvoir constituant et le pouvoir législatif, Sieyès « a tout brouillé et tout perdu » : « Du pouvoir constituant », in *Questions constitutionnelles*, 1872. p. 397.

³⁰ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op.cit. p. 99

³¹ R.R. PALMER : *The Age of the democratic Revolution ; Princeton*, 2 vol. 1954. p. 234.

démocratique construite sur une citoyenneté concrète. Refuser la liaison, c'est assurer aux citoyens la possibilité de réformer leur Constitution dans le sens d'une amélioration démocratique. On trouve dans ce principe juridique toute la force d'espérance philosophique que l'auteur justifie par son optimisme ardent en l'homme. Ce trait philosophique, qui caractérise Condorcet par rapport aux autres penseurs de son temps, le pousse à croire à la perfectibilité et au progrès infini de l'homme fondé sur un principe d'égalité primitive entre les êtres³². Mais cette conception optimiste ne l'empêche pas d'être raisonnée. C'est en ce sens qu'il manifeste d'abord un intérêt pour l'éducation, mais aussi, et tout en contestant le « *marc d'argent* », pour le suffrage à deux degrés dont il justifie la nécessité dans les premières heures de la Révolution par la nécessité d'éduquer le peuple à la « *chose publique* »³³. En second lieu, cela veut dire que cette citoyenneté ne peut être absorbée par une entité abstraite. C'est bien le point qui sépare cette fois-ci Condorcet de Sieyès. Pour ce dernier, le pouvoir peut émaner du peuple, mais d'un peuple qui se fond et s'absorbe dans un corps social dont l'identité transcende les générations. Rien de tel pour Condorcet. Il adopte une conception temporelle de la citoyenneté. Pour lui, le pouvoir émane des « *individus citoyens* », ce qui implique qu'il ne peut être légitime que s'il est consenti par chaque génération, tous les vingt ans précisément³⁴. Condorcet adopte donc une conception du peuple existante aux Etats-Unis et sur la base de laquelle les américains définissent un vrai pouvoir constituant du peuple. D'ailleurs, Condorcet est très influencé par la conception du pouvoir constituant développés par plusieurs auteurs dont Jefferson qui préconisait une révision tous les dix-neuf ans, et Paine, tous deux « défendant une théorie des vivants – *the consent of living-* par opposition au droit des morts que la rigidité constitutionnelle est censée incarner »³⁵.

De cette conception concrète du souverain découle logiquement un principe de rétention du pouvoir par les citoyens qui ne délèguent pas tous leurs pouvoirs. Dans l' *Adresse de l'Assemblée nationale aux Français*³⁶, Condorcet énonce que dans toute constitution populaire, « *le peuple délègue bien ses pouvoirs, mais ne délègue pas sa raison* ». Il est possible ici de noter à la fois la proximité de formulation avec Rousseau qui écrivait dans le contrat social que le peuple peut déléguer son pouvoir mais non sa volonté, mais aussi toute la différence de signification qui découle de la substitution du mot raison à celui de volonté. En 1793, Condorcet précise encore : « *autant, il serait dangereux que le peuple ne déléguât point la direction de ses intérêts, autant il le serait aussi s'il abandonnât à d'autres mains la conservation de ses droits* ». Fidèle aux théories contractualistes, Condorcet adhère à l'idée que la République repose d'abord sur un pacte politique entre les citoyens³⁷. Mais en

³² Voir ici *L'Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* où il pose son acte de foi dans la perfectibilité de l'espèce humaine. On précisera aussi la proximité de la pensée de CONDORCET avec TOCQUEVILLE notamment sur l'idée que l'égalité est au fondement du principe démocratique. Comme lui, il en trouve l'intuition dans l'étude des mœurs américaines : *Voir De l'influence de la Révolution d'Amérique sur l'Europe*, 1786 : « l'amour de l'égalité est un sentiment dominant et général dans toutes les républiques » écrit-il in *De la nature des pouvoirs politiques dans une nation libre, Œuvres de CONDORCET, op. cit.* p. 602. On ajoutera que cet optimisme justifie son positionnement contre la peine de mort. Rappelons que CONDORCET ne vote pas la mort du roi Louis XVI ;

³³ Voir ici H. ARCHAMBAULT DE MONTFORT : *Les idées de Condorcet sur le suffrage, Slatkine Reprints*, Genève, 1970. p. 32 et suiv.

³⁴ CONDORCET : *Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens, et sur la formation des communautés de campagne*, III.

³⁵ Cl. KLEIN : *Théorie et pratique du pouvoir constituant, op. cit.* p. 138

³⁶ 16 février 1792

³⁷ Cet attachement aux théories du contrat social est rappelé dès le préambule de la déclaration des droits qui précède le plan de constitution présenté à la convention nationale les 15 et 16 février 1793, l'an II de la république : « Le but de toute réunion d'hommes en société étant le maintien de leurs droits naturels, civils et

opposition totale avec une quelconque adhésion au pacte d'autorisation hobbien, Condorcet considère donc que le peuple « *retient* » son pouvoir au nom de la préservation de ses droits naturels, car l'objet du pacte social est « *la jouissance égale et entière des droits qui appartiennent à l'homme* »³⁸. De la sorte, au nom de leurs droits naturels, les citoyens retiennent deux sortes de pouvoirs, à côté des pouvoirs de gouvernement qu'ils délèguent naturellement aux représentants. Ces deux types de pouvoirs appartiennent à un « *droit de cité* » que les citoyens sont justifiés à mettre en œuvre par eux-mêmes, sur le fondement d'un « *droit naturel de l'homme de contribuer (...) immédiatement à la confection des lois* »³⁹. En leur qualité de souverains, les citoyens détiennent le pouvoir constituant, c'est-à-dire la faculté de se doter d'une Constitution, « *parce qu'elle est le principe unique de tous les autres pouvoirs* »⁴⁰. Il s'agit là d'une exigence issue du principe même de la démocratie, et que les citoyens manifestent de deux façons différentes: soit en prenant l'initiative de la révision, soit en utilisant leur pouvoir de censure, qui se manifeste par le biais du référendum constitutionnel. Mais à côté de ce pouvoir, les citoyens possèdent aussi des pouvoirs retenus de nature législative, voire exécutive. Il s'agit de l'initiative des lois et du référendum législatif, du droit de pétition, du pouvoir de censure qui se manifeste aussi bien vis-à-vis du pouvoir législatif que du pouvoir gouvernemental⁴¹. Par voie de conséquence, les individus interviennent dans la fonction constituante et dans la fonction législative, et plus globalement dans l'exercice des pouvoirs constitués.

Ce pouvoir de rétention est important à mettre en évidence, car c'est lui qui assure la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Car à la lumière du raisonnement présenté par Condorcet, un doute peut apparaître. Comment peut-il justifier la distinction entre ces deux catégories de pouvoirs et empêcher une confusion, non plus à l'avantage des représentants comme Sieyès, mais à l'inverse au profit des citoyens? En effet, ce pouvoir de rétention permet de distinguer la différence de nature qui existe naturellement entre le pouvoir constituant et les fonctions de souveraineté auxquelles appartiennent les compétences d'exercice du pouvoir, à savoir le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif surtout. Pour Condorcet, le pouvoir constituant est un pouvoir irréductiblement différent des pouvoirs de souveraineté. Il est un pouvoir de « *fabrique de la Constitution* » qui se caractérise par ... son absence de pouvoirs. Force nulle, il est un pouvoir d'institution des fonctions souveraines, législative et exécutive. Pour lui en effet, « *le législateur constituant qui organise les pouvoirs et distribue les fonctions, ne doit avoir ni fonctions, ni pouvoirs* »⁴². De la sorte, « *il tracera les limites de chaque autorité plus impartialement dès lors qu'il sera désintéressé sur chacune* »⁴³. C'est sur la base de ce principe que Condorcet consacre le « *principe du pouvoir constituant distinct de tous les autres est source de tous les pouvoirs* »⁴⁴. Ainsi, ces différentes compétences ne peuvent se confondre dans la pensée de

politiques, ces droits sont à la base du *Pacte social : leur reconnaissance et leur déclaration doivent précéder la Constitution qui en assure la garantie* » ; Voir aussi *Réflexions sur la Révolution de 1688, et sur celle du 10 août 1792*, in *Œuvres de Condorcet*, publiées par A. CONDORCET O'CONNOR et M. F. ARAGO, T. XII, 1847, p.204 et s.

³⁸ CONDORCET : *Sur le sens du mot révolutionnaire*, in *Œuvres de CONDORCET*, p. 620.

³⁹ CONDORCET : *De l'influence de la révolution américaine sur l'Europe* », in *Œuvres de CONDORCET*, T. 8, p. 6.

⁴⁰ CONDORCET : *Sur l'étendue des pouvoirs*.

⁴¹ Voir les pouvoirs de censure définis au Titre VIII de la Constitution girondine.

⁴² F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, *op. cit.* p 601

⁴³ F. ALENGRY : *ibid.* p. 601

⁴⁴ CONDORCET écrit qu' : « un premier pouvoir constituant, chargé par le peuple d'établir une Constitution, est le principe unique de tous les pouvoirs ; il ne peut en exister aucun que parce qu'il a voulu ou le conserver ou le créer », in *Sur l'étendue des pouvoirs...*, X.25 ; Cité par F. ALENGRY ; *ibid.* p.595.

Condorcet. C'est pour cela d'ailleurs qu'au plan organique, ce pouvoir constituant ne peut pas être mise ne œuvre par les organes chargés d'exercer les fonctions de souveraineté.

Là encore, la conception du pouvoir constituant de Condorcet ne semble pas être éloignée de celle de Sieyès. Pourtant à la différence de celui-ci, Condorcet fait de ce lieu politique, non pas un lieu vide mais un lieu vivant que les citoyens peuvent investir. Si ce pouvoir de fabrique est un non pouvoir, c'est parce qu'il repose sur le souverain, qui est tout à la fois la source de tous les pouvoirs tout en étant dépendant des représentants pour les mettre en œuvre. En invoquant les citoyens à la source du pouvoir, en effet, Condorcet s'appuie sur un principe que S. Rials qualifie de mouvement d' « *affirmation-dépossession* » du pouvoir démocratique, par le biais duquel un peuple d'individus peut retenir l'existence d'un pouvoir antérieur et extérieur au pouvoir émanant des représentants⁴⁵. Parce que le peuple composé de l'ensemble des citoyens est le titulaire de tous les pouvoirs, il neutralise la possible confusion des pouvoirs constituant et législatif au plan représentatif. En revanche, parce que le peuple ne peut mettre en œuvre le pouvoir exclusivement par lui-même, l'exercice des pouvoirs constituant et législatif s'effectue en collaboration avec les organes représentatifs qui ne peuvent confondre les compétences constituantes et constitué sans porter atteinte à la souveraineté du peuple. Ainsi si les citoyens doivent nécessairement participer à ces différentes fonctions en collaboration avec les représentants, ces derniers participent toujours à ces deux fonctions selon des modalités juridiques différentes afin de ne pas confondre les deux dimensions. Par voie de conséquence, il ne verse pas comme Sieyès dans le rejet d'un pouvoir constituant du peuple d'une part et l'absorption du pouvoir constituant dérivé dans la représentation. Sa pensée est finalement beaucoup plus subtile. En faisant reposer tous les pouvoirs sur les « *individus citoyens* », Condorcet établit d'abord une distinction entre pouvoir constituant et souveraineté à laquelle Sieyès ne peut aboutir dans son projet purement représentatif. En effet, la confusion de ces notions ne peut se comprendre que comme une perversion du régime représentatif qui finit toujours par concentrer ces deux compétences dans des organes logiquement déterminés à mettre en œuvre ces différentes compétences selon des procédures constitutionnelles distinctes. Or dans le système de Condorcet, le peuple peut participer au pouvoir législatif, comme les assemblées législatives peuvent participer au pouvoir constituant. Toutefois en démocratie, tous les pouvoirs émanent nécessairement d'un peuple qui doit déléguer les compétences régaliennes à des représentants, qui ne peuvent en retour exercer ces dites compétences souveraines que dans le respect du pouvoir originaire appartenant aux citoyens. C'est ainsi qu'en établissant une distinction entre pouvoir constituant et souveraineté, Condorcet peut justifier la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, et par la même une distinction de la Constitution vis-à-vis de la loi qui se matérialise par l'invocation d'organes représentatifs distincts pour la mission constituante et les fonctions d'exercice de la souveraineté.

B/ La mise en œuvre représentative du pouvoir constituant distinct

Ce postulat théorique établi, comment cependant assurer une articulation intellectuelle cohérente entre cette rétention du pouvoir par le peuple et le principe représentatif, nécessaire à la bonne marche du gouvernement républicain ? Pour le comprendre, il convient là encore de souligner la différence d'approche que Condorcet développe au sujet de la représentation par rapport aux conceptions distinctes l'une de l'autre encore de Sieyès et Rousseau. Pour Condorcet, la rétention du pouvoir par le peuple ne s'accompagne pas d'une réticence vis-à-vis du principe représentatif. En réalité, Condorcet adopte une autre approche des relations

⁴⁵ « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation: continuité ou nécessité ?) ». in « *La continuité constitutionnelle française de 1789 à 1989* ». Economica. 1990, p. 55.

entre pouvoir constituant, souveraineté démocratique et représentation. On sait que Rousseau se montrait suspicieux à l'endroit de la représentation qu'il tente de combattre en établissant un lien politique entre les citoyens et les représentants. Mais un tel système est naturellement dissout par la conception métaphysique que Rousseau se fait de la volonté générale. Dans son système, le principe de la représentation de la volonté du peuple dans une assemblée représentative aboutit inéluctablement au système représentatif, comme le souligne avec force l'analyse critique de Carré de Malberg. Celle-ci en réalité se distingue par nature des volontés individuelles et forme une « *autre volonté* » qui n'est plus celle des citoyens. La preuve réside dans la conception de la majorité dégagée chez Rousseau. Pour lui, la volonté générale brise les volontés particulières dissidentes, démontrant par nature que la décision politique naît et s'exerce dans des sphères détachées du peuple souverain. Condorcet lui adopte une autre conception de la volonté générale qui n'aboutit pas comme chez Rousseau à l'absorption des volontés individuelles par une volonté représentative. Non pas qu'il justifie le principe d'une démocratie directe, car loin de repousser la représentation, il l'invoque, s'en accapare. A l'inverse de Rousseau il ne pense pas que la délégation transforme la nature du pouvoir⁴⁶. Ainsi Condorcet invente une expression de la volonté générale qui reste reliée en permanence avec le corps des citoyens. La représentation participe à l'affirmation de l'union entre les citoyens et permet ainsi un peuple de contrôler l'exercice du pouvoir⁴⁷. Comme il le dit lui-même, dans un vrai système démocratique, « *ni la volonté des représentants du peuple, ni celle d'une partie des citoyens, ne peut se soustraire à l'empire de la volonté générale* »⁴⁸. Pour lui, « *le pouvoir de la majorité ne peut aller jusqu'à la soumission lorsqu'il contredit la raison* »⁴⁹.

Mais en retour, le peuple n'intervient pas seul. Il décide par le biais d'organes représentatifs. Dans le système de Condorcet, le principe n'est pas que le peuple puisse intervenir directement. Son intervention est toujours médiatisée par un système de collaboration étroite entre le peuple et les assemblées représentatives, des assemblées primaires situées à la base de son système constitutionnel⁵⁰, aux conventions nationales dont le principe s'inspire de l'expérience américaine encore⁵¹. En réalité, Condorcet met en place une relation subtile entre peuple et assemblées. Si le premier ne peut rien sans les secondes, en revanche, les compétences des secondes sont commandées par l'intérêt du peuple. Ainsi, il élabore un système constitutionnel au sein duquel différentes assemblées coexistent, sans toutefois ni se concurrencer, ni se dominer l'une l'autre, car toutes sont déterminées par un intérêt à la fois distinct et qui les dépasse, celui des citoyens qui ont toujours un droit d'agir dans chacune d'entre-elles. Comme l'écrit F. Alengry, « *Il faut voir dans cette organisation savante et ingénieuse l'expression la plus achevée des théories démocratiques de Condorcet, la conséquence de l'égalité naturelle et de la souveraineté nationale, et l'application de cette idée que la loi est l'expression de la volonté générale. C'est pour permettre à la volonté générale de se manifester directement qu'il a échelonné les assemblées délibérantes les unes*

⁴⁶ Pour CONDORCET, dans les systèmes démocratiques modernes, « le corps législatif n'est qu'un législateur collectif : c'est Solon et Lycurgue remplacés par une assemblée », in *De la nature des pouvoirs politiques dans une nation libre*, in *Œuvres complètes*, p. 595

⁴⁷ Sur la nécessité de l'union entre les citoyens, sept. 1792, in *Œuvres de CONDORCET*, op. cit. p. 218.

⁴⁸ Dans le même sens il souligne que « c'est dans la volonté ferme du peuple d'obéir à la loi, que doit résider a force de l'autorité légitime » : *Exposition des principes et des motifs du plan de constitution*, in *Œuvres de CONDORCET*, Tome 12, op. cit. p. 337.

⁴⁹ MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 24.

⁵⁰ Titre III du projet girondin

⁵¹ Aux Etats Unis, les corps législatifs des différents Etats ne peuvent être compétents en matière de traités constitutifs de l'Etat souligne CONDORCET, in *De l'influence de la révolution d'Amérique sur l'Europe*, in *Œuvres de Condorcet*, op. cit. p. 60

au dessus des autres et organisé leur mobilisation progressive qui part de l'assemblée primaire, s'étend peu à peu, par ondes concentriques, à toutes celles de la commune, du département, et aboutit enfin à celles de tous les départements, et à celle de la France entière où le peuple est consulté directement »⁵².

Conformément à la différence de nature qui existe entre pouvoir constituant et compétences souveraines, quant à son organisation, Condorcet exige, dans le droit positif, le principe de la séparation institutionnelle entre assemblées constituantes et les institutions représentatives classiques chargées d'exercer la fonction législative surtout⁵³. Ce point est important, car il explique la conception « *atypique* » de la séparation des pouvoirs de Condorcet qui doit se situer plus du côté de la spécialisation que de la collaboration des pouvoirs⁵⁴. Le principe de distribution entre les pouvoirs qui garantit la modération de celui-ci dans son exercice ne relève pas d'une dialectique « *horizontale* » construite sur un système de contrôle réciproques entre les organes représentatifs, mais d'une dialectique « *verticale* » où les citoyens sont le premier et dernier pouvoir de censure. Là encore, il est très proche de la conception américaine des relations entre pouvoir constituant et les pouvoirs de gouvernements, exécutif mais aussi législatif. Les américains ont distingué les fonctions constituante et législative exercées toutes deux par deux assemblées radicalement distinctes et différentes⁵⁵. Pour Condorcet aussi, les assemblées chargées d'exercer le pouvoir législatif n'ont pas le droit de traiter des lois constitutionnelles. Pour la mise en œuvre de ces questions constitutionnelles, il propose non pas un simple changement d'organisation des assemblées législatives existantes, mais l'instauration d'assemblées spéciales, créées et organisées par la Constitution elle-même. En ce sens, il opte pour des assemblées constituantes élues par les citoyens dans le but d'examiner et réformer la Constitution. Plus précisément, il a sur ce point une idée précise qui lui permet encore de distinguer le pouvoir constituant originaire du pouvoir constituant dérivé puisqu'il va jusqu'à distinguer entre des Conventions périodiques - celles qui sont déterminées par la Constitution⁵⁶- et des conventions non périodiques - c'est-à-dire « *déterminées par la seule volonté des citoyens* »⁵⁷-, déclinant tour à tour les avantages de ces deux configurations en fonction des circonstances politiques⁵⁸. Il en précise d'ailleurs aussi leurs compétences. Les premières possèderaient le pouvoir constituant absolu alors que les secondes ne possèderaient qu'un pouvoir constituant dérivé, entendons « *partiel* ». Dans le prolongement de cette idée, il souligne une différence de compétence. Les premières peuvent ainsi modifier les dispositions essentielles de la Constitution, jusqu'à celles de la déclaration des droits. En revanche dans une logique du cliquet anti-retour, les citoyens

⁵² F. ALENGRY. *Condorcet, guide de la Révolution française...*, Thèse, op. cit. p. 584. Comme l'énonce explicitement les articles 2 et 3 de la section II « Des fonctions du Corps législatif » du Titre VII « Du Corps législatif », cette assemblée exerce pleinement et entièrement la puissance législative, à l'exception des lois constitutionnelles.

⁵³ « Il faut confier à une assemblée spéciale le soin de réviser la Constitution ; cette assemblée ne doit relever que de la nation, directement, et ne doit dépendre ni de l'exécutif, ni de l'assemblée législative elle-même » : F. ALENGRY : op. cit. p. 590. voir aussi CONDORCET : *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie...* in *Œuvres de CONDORCET*, p. 39 et 69.

⁵⁴ M. TROPER : *Le principe de séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973

⁵⁵ CONDORCET : *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens et sur la formation des communautés de campagnes*, 1793.

⁵⁶ Art. 4 Titre IX « Des conventions nationales » du projet girondin : « Dans la vingtième année après l'acceptation de l'acte constitutionnel, le corps législatif sera tenu d'indiquer une convention pour recevoir et perfectionner la Constitution » ; Voir aussi *De la république ou un roi est-il nécessaire à la conservation de la liberté*, in *Œuvres de CONDORCET* ; Tome 12, op. cit. 231.

⁵⁷ Art. 5 Titre IX : « Chaque citoyen a le droit de provoquer l'appel d'une Convention pour la réforme de la Constitution ; mais ce droit est soumis aux formes et aux règles établies pour l'exercice du droit de censure ».

⁵⁸ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 596.

pourraient dans le cadre de ces secondes assemblées ajouter et non réduire la liberté et l'égalité et réformer tous les abus dont le peuple serait fatigué⁵⁹. Des conventions périodiques, « *on sera conduit par l'esprit général du siècle* » alors que dans les non périodiques « *on portera sur les idées et les passions du moment* »⁶⁰. Dans les premières on procède au besoin aux refontes totales, dans les secondes, aux retouches partielles⁶¹. Mais, si pour Condorcet, la révision peut être déclenchée par une procédure dite d'initiative populaire afin de neutraliser la tentation des représentants « *intéressée à la perpétuité des abus* », le corps législatif peut aussi proposer la convocation d'une convention nationale. Cependant la ratification d'un projet nécessite toutefois l'intervention du peuple⁶², afin qu'il « *conserve sa souveraineté toute entière* »⁶³. Pour lui, le référendum constitutionnel est le correctif nécessaire du gouvernement représentatif, car « *le peuple n'a véritablement délégué que la fonction de rédiger la Constitution, fonction qu'il ne peut exercer* »⁶⁴.

II- Les fonctions du « pouvoir constituant distinct »

La théorie du pouvoir constituant développée dans la théorie de Condorcet justifie le principe de la suprématie de la Constitution (A), et met en lumière les moyens juridiques qui garantissent la pérennisation de cette suprématie dans le temps (B)

A- La justification de la suprématie de la Constitution

La conception du pouvoir constituant développée par Condorcet est très intéressante d'un point de vue théorique. Si la reconnaissance du fondement de tous les pouvoirs dans les citoyens met en lumière le principe d'un « *pouvoir constituant distinct* », ce pouvoir ne peut être synonyme d'un hypothétique « *pouvoir constituant autonome* ». Le pouvoir constituant du peuple n'est pas une compétence libérée de toutes contraintes juridiques, une faculté de statuer se répandant hors du droit. Il ne peut être assimilé à une décision déliée de toutes obligations juridiques et par là même susceptible de porter atteintes aux principes républicains sur lesquels repose l'ensemble du système juridico-politique dans son ensemble. Comme Condorcet le souligne dans son *Traité sur les assemblées provinciales* de 1788, même la première constitution mise en œuvre par la première convention, répond à des présomptions de constitutionnalité formées des leçons de l'expérience. A titre d'exemple, le pouvoir constituant que le peuple exerce dans la première catégorie de conventions périodiques, et qui lui permettent donc de mettre en œuvre ce qui se définirait comme un pouvoir constituant absolu, ne peut se mettre en œuvre hors de toute condition constitutionnelle. En réalité, il s'agit d'un pouvoir toujours conditionné par la norme juridique suprême dans la mesure où c'est bien celle-ci qui détermine la périodicité de l'organisation, et la mise en œuvre de ces assemblées constituantes. Ces dernières sont en réalité toujours déterminées par la Constitution, jamais directement les citoyens. Il en va de même des assemblées constituantes

⁵⁹ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 597.

⁶⁰ *Discours aux Jacobins* ; cité par F. ALENGRY : *ibid.* p. 599.

⁶¹ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op.cit. p. 599

⁶² Art. 9 et 10 Titre IX du projet girondin : « La Convention ne pourra s'occuper que de présenter au peuple un projet de Constitution, perfectionné et dégagé des défauts que l'expérience aurait fait connaître » ; « Toute les autorités établies continueront leur action, jusqu'à ce que la nouvelle Constitution ait été acceptée par le peuple, suivant le mode réglé par la Constitution existante, et jusqu'à ce que les nouvelles autorités aient été formées et mise en activité ».

⁶³ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 605.

⁶⁴ F. ALENGRY : *ibid.* p. 606

non périodiques. Si leurs mises en œuvre peuvent être provoquées par la volonté des citoyens, ils ne peuvent ici exercer qu'un pouvoir constituant ponctuel, limité, circonscrit matériellement par la Constitution. Il ne s'agit que de l'exercice d'un pouvoir constituant relatif. Dans cette conception, le droit conditionne toujours l'exercice du pouvoir constituant, de sorte que la distinction entre un pouvoir constituant dit « *originnaire et absolu* » d'une part, et un pouvoir constituant « *dérivé et relatif* » d'autre part, perd de sa pertinence. En réalité, il n'existe une différence qu'entre deux pouvoir constituant dérivé, l'un absolu, l'autre relatif. C'est encore la Constitution qui garantit la distinction entre les pouvoirs constituant et le pouvoir législatif, dont la concrétisation institutionnelle se manifeste par la dualité de chambres compétentes pour la mise en œuvre de ces différents pouvoirs. D'ailleurs Condorcet porte une attention très forte à la nécessité de voir ce type d'assemblées constituantes insérées dans la Constitution elle-même, ainsi que l'inscription du lieu et du temps de leur convocation⁶⁵. C'est ce qui ressort avec clarté du projet girondin par exemple⁶⁶. La Constitution distingue matériellement deux types d'assemblées d'ailleurs composées d'homme différents occupés à des fonctions différentes, faire la Constitution pour les uns, faire la loi pour les autres. Cette idée ne fut pas loin d'être strictement appliquée en 1793, lors de la convocation par la Convention d'un Comité chargé de rédiger une nouvelle Constitution. Dans le même sens, Condorcet développe des plans très précis sur la désignation et la composition de ces assemblées qui échappe à l'assemblée législative⁶⁷. De même, il interdit au pouvoir exécutif le droit de convoquer ces assemblées constituantes afin d'éviter là encore toute confusion. Certes, la démonstration n'est pas figée. A lire Condorcet dans ses différentes analyses, sa pensée constitutionnelle sur le pouvoir constituant semble très évolutive. Entendons qu'elle peut s'adapter aux événements. Il ne fait nul doute que sa conception est empreinte d'un pragmatisme certain, même s'il semble difficile de suspecter Condorcet de vouloir instrumentaliser ses réflexions constitutionnelles dans un but d'opportunisme politique. Mais sa conception de la distinction peut plier face au réalisme des circonstances. Il ne rejette pas absolument le principe d'une possible « *confusion des pouvoirs* »⁶⁸. Il lui arrive même de la justifier en des moments très précis, toujours sensibles, à l'exemple des moments de naissances institutionnelles, comme la période constituante française de 1789-1790. Il considère par exemple et de façon tout à fait cohérente que tant que le travail d'organisation institutionnelle n'est pas achevé, ce qui implique donc concrètement que l'organisation des pouvoirs et la répartition des compétences constitutionnelles et institutionnelles ne peut être clairement établie, une assemblée constituante conserve tous les pouvoirs. Mais cette période de formation réalisée, la pérennité du système repose inéluctablement sur la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif. C'est pour cette raison qu'en 1791, il travaille à la nécessaire justification des pouvoirs dans deux discours relatifs aux conventions nationales prononcés l'un devant *la société des amis de la vérité*, l'autre aux *Jacobins* lorsqu'il est question de l'instauration de la première Constitution française de 1791⁶⁹.

Ainsi, la théorie du pouvoir distinct permet d'asseoir l'autorité de la Constitution dans l'ordre juridique, elle même susceptible d'organiser des procédures juridiques conciliant la double exigence politique de mutabilité et de permanence. Utilisant de manière judicieuse le temps en politique, dont il se sert comme d'un instrument d'articulation dans la nécessaire

⁶⁵ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 591

⁶⁶ Titre IX, art. 2-3 du projet girondin précisant que le Corps législatif désigne la ville ou la Convention tiendra séances. Des conditions de distances sont précisées. Cinquante lieues doivent toujours séparées les deux assemblées.

⁶⁷ Art. 5.

⁶⁸ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 595

⁶⁹ *Des conventions nationales ; Discours sur les conventions nationales*

collaboration politique entre le peuple et ses représentants, la conception du pouvoir constituant développée par Condorcet assure une évolution du régime constitutionnel en douceur, des changements sans violence, dans la mesure où les pouvoirs anciens doivent subsister jusqu'à ce que la révision constitutionnelle fasse pleinement son œuvre et installe définitivement la nouvelle Constitution⁷⁰. Condorcet associe utilement l'intervention du peuple et l'action de la représentation, dont la concrétisation s'effectue par la conciliation entre action du peuple et pouvoirs des assemblées. Si le peuple intervient obligatoirement à l'issue des révisions constitutionnelles mises en œuvre lors des assemblées constituantes périodiques afin d'éviter l'usurpation du pouvoir constituant par une assemblée représentative, en revanche, c'est en amont de la procédure de révision que le peuple intervient lorsqu'il souhaite voir une assemblée non périodique se rassembler pour modifier la Constitution. On le voit les pouvoirs sont justement répartis afin que les compétences soient contrôlées. Dans les phases de révisions sans limites, le peuple intervient certes obligatoirement mais seulement a posteriori dans le but de canaliser la réforme dans des conditions constitutionnelles. Dans les phases de révisions limitées, le peuple peut prendre l'initiative de la révision, en la personne de chaque citoyen qui peut être à l'origine d'une telle action. Mais la portée de la révision ne peut être que limitée. Là encore, ce droit s'exerce dans des formes constitutionnelles précises, le droit de censure⁷¹. Il existe chez Condorcet toute une construction constitutionnelle relative à la mutabilité constitutionnelle qui associe le peuple et les assemblées. Ce droit de réformation pense-t-il, est utile pour canaliser le mécontentement du peuple et éviter la dérive en contestation et en révolution. Mais, malgré tout, on ne peut que souligner la confiance de Condorcet dans le phénomène de la représentation, puisque ce pouvoir de réformation peut aussi être diligenté par l'assemblée législative afin d'alerter sur des évolutions que le peuple ne peut voir. Ici, l'intervention de l'assemblée législative n'a donc pas vocation à renforcer le primat de la représentation sur les intérêts du peuple mais au contraire de mettre la représentation au service du peuple. Ce droit de convocation législatif, pense Condorcet, a pour dessein de pallier l'insensibilité progressive que le peuple éprouve inexorablement pour les injustices⁷².

Il faut bien retenir qu'à la différence de Rousseau, chez Condorcet, le pouvoir du peuple est adossé au principe représentatif. Chez ce dernier, l'idée selon laquelle le peuple a besoin des représentants pour exercer le pouvoir hypothèque le principe d'un pouvoir constituant originaire. Il existe un nécessaire mouvement de *dépossession* qui implique l'organisation de la relation démocratique entre le peuple et ses représentants. C'est ici donc que la Constitution justifie sa présence dans le système institutionnel⁷³. Si elle puise son autorité de la souveraineté du peuple conçu comme un ensemble « *d'individu-citoyens* », c'est elle qui permet à ces derniers de faire valoir leurs droits. C'est elle qui offre aux citoyens le droit d'user de leurs pouvoirs et de revendiquer la reconnaissance et la protection de leurs droits, et réciproquement, c'est encore elle qui détermine précisément les compétences des gouvernants qui exercent leur pouvoir dans la sphère de la représentation, lieu institutionnel de formation de la volonté politique commune et de l'intérêt général. Pour Condorcet, le peuple ne peut pas agir en dehors de toutes prescriptions constitutionnelles dans la mesure où il ne peut exercer lui-même le pouvoir. Admettre l'idée qu'il puisse exercer lui-même le pouvoir, ce serait transporter ce qui relève de la source du pouvoir dans les sphères de son exercice. Or Condorcet rejette ce postulat en associant toujours l'intervention du peuple à

⁷⁰ Art. I-7 et 10 du projet

⁷¹ Art. 5 du projet girondin

⁷² F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op.cit. p. 603

⁷³ CONDORCET : *Exposition des principes et des motifs du plan de Constitution*, in *Œuvres de Condorcet*, op. cit. p. 347.

celle des représentants. Mais inversement, un tel constat ne doit pas mener à la dissolution du pouvoir du peuple dans la représentation. L'inévitable absence du peuple des sphères de l'exercice du pouvoir ne doit pas permettre d'écarter l'existence de la volonté du peuple de la construction du régime démocratique. Ce serait ici, à l'inverse de la première erreur transporter la définition de l'exercice dans la source du pouvoir et faire des représentants qui ont une seule compétence de mise en œuvre les seuls titulaires du pouvoir constituant⁷⁴.

Condorcet réalise donc le tour de force de reconnaître un pouvoir constituant dans le peuple qui ouvre droit à une distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif. Mais dans le même temps, il arrive à conditionner juridiquement le pouvoir constituant en l'enserrant dans le droit de la Constitution. C'est en ce sens encore que sa théorie du pouvoir constituant est différente vis-à-vis de celle de Sieyès et à notre avis plus pertinente. Pour Sieyès, l'intérêt de la théorie de la distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif a pour objet d'écarter le peuple du pouvoir. L'objectif répond d'une « *stratégie de l'évitement* » dans le but de construire une organisation constitutionnelle des pouvoirs cohérente, rationnelle et contrôlée⁷⁵. Mais en éludant le peuple de sa construction, la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif se dissout nécessairement dans la représentation. Ce déni neutralise la possibilité de fixer des limites constitutionnelles au pouvoir des gouvernants. Or cette question est sans intérêt dans la théorie du pouvoir constituant de Condorcet. Pour lui en effet, la question n'est pas de savoir s'il existe des conditions juridiques au pouvoir de révision. La question seule qui intéresse Condorcet est la procédure par laquelle le peuple doit réviser sa Constitution, car pour lui, la question du pouvoir constituant et de ses limites ne peut se comprendre que dans un système démocratique, c'est-à-dire reposant sur le pouvoir du peuple, dans le but de toujours mieux laisser prospérer les droits du peuple.

B/ La pérennisation de la suprématie de la Constitution

Contrairement au principe représentatif qui secrète une suspicion vis-à-vis du peuple souverain, le système démocratique de Condorcet, repose sur la confiance en lui. Juridiquement, les conditions de la suprématie de la Constitution ne sont donc pas les mêmes. Si la suprématie de la Constitution répond à des conditions juridiques formelles relatives à son immutabilité dans le principe représentatif, elle dépend au contraire de sa proximité avec la volonté du peuple dans un vrai système démocratique. Ici sa suprématie ne dépend pas des procédures complexes, renforcées, dans le but de distinguer les différents types de décisions, constituante et législative, que les assemblées représentatives peuvent mettre en œuvre. Faisant reposer son système non pas sur un principe représentatif dont l'invocation du peuple constitue un instrument de légitimation, Condorcet fait reposer l'autorité de la Constitution sur les différentes décisions que le peuple est en droit d'exprimer dans un régime démocratique, et celle qu'il doit déléguer. C'est pour cette raison que le principe républicain implique naturellement celui de la mutabilité de la Constitution⁷⁶. Une Constitution

⁷⁴ La démonstration implique de revenir sur la distinction quelque peu artificielle établie par la doctrine entre souveraineté nationale et souveraineté populaire. Condorcet ne reconnaît pas, comme l'ensemble des révolutionnaires, une vraie distinction entre peuple et nation : voir ici M. TROPER : « La souveraineté nationale appartient au peuple. L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie de droit, le droit, l'Etat*, PUF « Léviathan », 2001, p 299.

⁷⁵ L. JAUME : « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la révolution et des premières années du XIX^{ème} siècle ? in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité – XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècle, sous la dir^o de D. CHAGNOLLAUD*, Ed^o Panthéon-Assas, 2003, p. 20.

⁷⁶ CONDORCET : *Des conventions nationales*, discours prononcé le 1^{er} avril 1791 devant l'assemblée fédérative des amis de la Vérité.

démocratique est une « *Constitution temporaire* » pour Condorcet⁷⁷, et c'est bien là ce qui la distingue des lois fondamentales monarchiques qui semblent reposer sur la loi éternelle et « *descendre du ciel* » comme il le dit, comme celle du régime représentatif d'ailleurs qui repose finalement sur les mêmes postulats théoriques. C'est pour cette raison qu'il se félicite que le principe de la révision des Constitutions soit intégré dans la déclaration des droits, car dès 1789, Condorcet défend cette idée qui sera ultérieurement consacrée par l'article 28 de la déclaration de 1793, qui reprend l'article 33 du projet girondin prévoyant qu'un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer ou de changer de Constitution. C'est pour cette raison encore qu'il n'existe pas dans le projet constitutionnel de Condorcet de titre constitutionnel spécialement consacré à l'exercice du pouvoir de révision par le biais de procédures juridiques complexes.

Cette mutabilité est importante à mettre en lumière. Pour Condorcet en effet, le pouvoir constituant n'est pas une force de résistance, mais une force de mouvement. Dans sa conception, le pouvoir constituant s'inscrit dans une autre logique que celle qui est établie là encore vis-à-vis du régime représentatif. Dans ce dernier, le pouvoir constituant a une fonction précise : assurer la conservation du pouvoir de gouvernement par les représentants. Ici, le pouvoir constituant est donc un frein au changement dans l'avenir. C'est en ce sens que la volonté d'évincer le peuple s'accompagne d'une volonté de poser des obstacles au pouvoir constituant. Or de telles fonctions sont injustifiables pour Condorcet. La conception qu'il se fait du pouvoir constituant reste fidèle à son sentiment philosophique. Il est le véhicule de la perfectibilité de l'homme dans les choses du politique. Même si le postulat philosophique peut prêter à discussion voire à dérision au regard de son possible « *angélisme* »⁷⁸, l'idée qui prévaut chez Condorcet est que la mutabilité juridique est donc source de progrès politique : elle est le signe d'une Constitution légitime qui reste porteuse du progrès indéfini des hommes⁷⁹. Au delà de son caractère peut être *aventureux*, cette idée souligne combien les constitutions modernes tentent de concilier ces deux tendances contradictoires, tout en donnant prépondérance au principe représentatif.

Il est vrai que les procédures de révision prévues dans les constitutions modernes démontrent un attachement bien plus réel au modèle représentatif de Sieyès, que du modèle démocratique à la Condorcet. Fidèle au premier, toutes les procédures de révisions répondent aux exigences formelles lourdes des majorités renforcées et des limites à la modification des régimes. Or dans les faits, ces règles se montrent une effectivité très relative. La rigidité de la procédure de révision instaurée par la Constitution de 1791 en constitue un premier exemple saisissant. Mais dans les constitutions plus modernes, les procédures de révisions constitutionnelles n'ont jamais empêchées le « *viol des constitutions* » comme le démontrera la révision de la Constitution par l'article 11 C. 58 en 1962⁸⁰. D'ailleurs de ce point de vue, - comme dans l'ensemble les expériences à tendance plébiscitaire de type bonapartiste⁸¹ - cette révision donne en partie raison à l'analyse de Condorcet. Elle démontre qu'aucune procédure de révision établie sur le principe représentatif ne résiste à une révision fondée sur l'intervention du peuple, démontrant par là même qu'il est bien la source de tous les

⁷⁷ La certitude que la Constitution sera révisée est un gage de paix et de tranquillité pour Condorcet : cf. F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 590

⁷⁸ J. FREUND : *Philosophie politique*, Édition *La Découverte* « Armillaire », 1990, p. 150-151

⁷⁹ CONDORCET : *Exposition des principes et des motifs du plan de Constitution*, op.cit. p. 345.

⁸⁰ P. MONTANE de la ROQUE : « Du viol de la constitution, considéré comme l'un des beaux arts de gouvernement », in *Ecrits politiques et constitutionnels*, Presses de l'Institut d'Études Politiques de Toulouse, 1982, p. 93-102.

⁸¹ F. BLUCHE : « L'adhésion plébiscitaire », in *Le prince, le peuple, et le droit, autour des plébiscites de 1851 et 1852*, sous la direction de F. BLUCHE, *Léviathan*, PUF, 2000, p. 3.

pouvoirs⁸². Mais plus loin que ce débat historique, la conception de Condorcet participe à éclairer un débat très actuel. Aujourd'hui, il existe dans la doctrine constitutionnaliste un débat autour du sens à donner au développement des révisions constitutionnelles. De ce point de vue, Condorcet serait d'accord avec l'idée que l'accélération des révisions ne constitue pas une « *crise de la démocratie* ». Bien au contraire, en se gardant de tout jugement quant à leurs effets, elles demeurent sur le principe au moins, un signe de la bonne vitalité de ce type de régime. Comme il le disait en 1791, est une bonne Constitution celle qui renferme en elle-même les moyens de se perfectionner, afin de se mettre à chaque époque « *au niveau des lumières* »⁸³. C'est ainsi que la norme juridique suprême est un instrument juridique au service du bon développement de ce que Condorcet appelait l'« *art social* ».

Cette perfectibilité démocratique dont la Constitution est l'instrument démontre que Condorcet reste attaché au constitutionnalisme du 18^{ème} siècle dont le but ultime est d'organiser rationnellement l'exercice du pouvoir dans des règles juridiques objectives, prévisibles, et justes. Pour lui, il ne peut y avoir de liberté du peuple sans constitution⁸⁴. Mis au service du mouvement et non de la conservation cependant, ce principe l'invite à douter de l'effectivité des garanties procédurales, formelles parce qu'elles constituent des freins à cet élan de perfectibilité politique par le changement. Elles sont une manifestation évidente du principe de la liaison des générations futures. Sa conception est tellement forte qu'elle conteste aussi l'intégration dans les dispositions relatives à sa révision de conditions matérielles relatives aux changements de régimes politiques. Si pour Condorcet déjà l'interdiction de réviser la forme d'un régime est inacceptable, celle d'une condition matérielle lui paraît inconcevable. Non qu'il tente ici de justifier un changement de régime en faveur des de ceux qui contestent la démocratie. Au contraire, fidèle au principe du progrès indéfini de l'homme, il pense que cette garantie est inutile. Etant républicain, il ne croit que dans le pouvoir du peuple perfectible. Par voie de conséquences, les limites juridiques à la révision constituent donc des entraves à la perfectibilité du régime démocratique. Ainsi pour lui, « *toute loi fondamentale rigoureusement irrévocable est un mal* »⁸⁵.

Cette approche du lien mutabilité-démocratie est enfin intéressante du point de vue du lien entre droit positif et droit naturel. Il a toujours existé dans le constitutionnalisme une justification jus-naturaliste à la nécessité de limiter le pouvoir de révision. L'idée est présente dès la Déclaration de 1789. Si la société politique repose sur le respect des droits naturels et imprescriptibles, toute société qui tente de prospérer contre eux verse naturellement dans l'illégitimité, justifiant par là même le droit à la résistance. L'idée connaît encore une fortune moderne dans le constitutionnalisme moderne. Elle s'exprime dans la volonté de limiter le pouvoir de révision en s'appuyant sur leur « *fondamentalité* » par exemple. C'est ce qu'illustre la thèse, discutée en doctrine⁸⁶, de la supra-constitutionnalité. Dans la doctrine française, d'aucuns ont soutenu qu'il existerait une justification constitutionnelle au principe

⁸² Pour autant, il est impossible de faire de Condorcet un inspirateur de la conception bonapartiste du pouvoir plébiscitaire, dans la mesure où il ne justifie jamais l'exercice du pouvoir contre la Constitution. A titre d'exemple, sortir de la légalité pour entrer dans le droit apparaîtrait comme un pur sophisme politique pour lui.

⁸³ F. ALENGRY : *Condorcet, guide de la Révolution française...*, op. cit. p. 596

⁸⁴ CONDORCET : *Sur la nécessité d'établir en France une Constitution nouvelle*, in *Œuvres de CONDORCET*, op. cit. p. 536

⁸⁵ CONDORCET : *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie...* ; 3^{ème} lettre, in *Œuvres de CONDORCET*, p. 57.

⁸⁶ TROPER : « La notion de principes supra-constitutionnels », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF « *Léviathan* », 2001, p. 195

de la limitation du pouvoir constituant à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle⁸⁷. Mais l'idée connaît aussi une consécration dans la jurisprudence de certaines cours constitutionnelles européennes, comme le prouve la fiction juridique de la clause d'éternité en Allemagne dont la logique « *conduit à faire prévaloir l'appréciation du juge sur la volonté du constituant, fut-il le peuple* »⁸⁸. Là encore la théorie du pouvoir constituant de Condorcet éclaire ce débat. En effet, sa conception de la mutabilité ne l'engage en rien vers une contestation du droit naturel. Bien au contraire. Sa pensée est fortement attachée à l'idée de la reconnaissance des droits de l'homme dont la réification dans des textes juridiques, en l'occurrence les déclarations des droits de l'homme, est une condition de la limitation du pouvoir des gouvernants, et par même une garantie essentielle pour la liberté politique. Mais il convient de préciser que Condorcet, subissant là encore une influence très américaine – il ne cache pas son admiration pour les déclarations américaines dont il s'inspire directement et ouvertement – donne à sa conception des droits de l'homme un contenu totalement laïc. Elle repose sur un attachement direct aux citoyens qui rejette par là même toute référence métaphysique. Par voie de conséquence, pour lui, la Constitution est porteuse d'un droit naturel qui évacue toutes intonations de ce genre, car il les suspecte en réalité de n'être qu'un succédané de déisme et de religiosité. C'est pour cette raison que la Déclaration des droits de Condorcet est détachée de toutes attaches théologiques⁸⁹, contrairement à la Déclaration de 1789 qui renvoie encore à un hypothétique « *être suprême* ». La conséquence est importante. En effet, la fonction assignée au droit naturel vis à vis du pouvoir constituant n'a plus tout à fait le même sens. Dans le régime dit représentatif, le droit naturel constitue une force au service de l'immutabilité constitutionnelle. Le droit est un rempart contre les accès imprévisibles d'un peuple sur lequel plane toujours la suspicion d'être dangereux. Dans un régime qui repose sur la volonté d'un peuple d'« individus citoyens » poussé par le vif sentiment d'une volonté de perpétuelle perfectibilité, le droit naturel est une force au service de la mutabilité constitutionnelle. Les réformes constitutionnelles sont l'expression d'une affirmation croissante des droits et libertés et par là même le signe le plus clair de l'épanouissement de la liberté dans une société démocratique. La « *fondamentalité* » n'est plus synonyme d'immobilisme, mais de mouvement.

On le voit, il existe une pensée originale du pouvoir constituant chez Condorcet qui a toute sa place dans les problématiques contemporaines du droit constitutionnel. Plus généralement, cette analyse n'a d'autre but que de tenter de remettre en valeur une des pensées les plus riches et les plus foisonnantes de la période révolutionnaire, prise au piège de l'action politique après avoir tenté de la servir au mieux. Parions ainsi que demain la doctrine constitutionnaliste puisse offrir à cet homme la postérité qu'il mérite dans le monde des idées constitutionnelles. Ce serait là le gage d'une victoire de la pensée vertueuse sur le déferlement parfois inique des événements politiques.

⁸⁷ L. FAVOREU soutenait cette idée à la lumière des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la ratification du traité de Maastricht

⁸⁸ Ph. ARDANT et B. MATHIEU : *Droit constitutionnel*. LGDJ, p. 275-276.

⁸⁹ Voir en ce sens, *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie...* in *Œuvres de CONDORCET*, p. 6 et suiv.