

# *Jus Politicum*

Revue de droit politique

Numéro 29 – 2023

## *Démocratie et représentation*



INSTITUT  
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit



## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

## **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

## **FONDATEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),  
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),  
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

## **CONSEIL DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),  
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),  
Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas),  
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),  
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),  
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas),  
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),  
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),  
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),  
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),  
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),  
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),  
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),  
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),  
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),  
Adam Tomkins (University of Glasgow)  
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveaux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

## **ASSISTANTS D'ÉDITION**

Romane Lerenard (Université de Rennes)



## Les rapports entre les citoyens et la loi dans l'œuvre de Carré de Malberg

La participation des citoyens à la formation de la loi forme un aspect essentiel de l'œuvre de Carré de Malberg. L'explication de sa théorie de l'organe et de ses origines révolutionnaires, de la souveraineté nationale, du pur régime représentatif conçu entre 1789 et 1791 puis de son altération ultérieure sont autant d'occasions pour l'auteur strasbourgeois de livrer sa conception des rapports entre les citoyens et la loi. Cette conception n'est cependant peut-être pas unique dans toute son œuvre. Entre sa *Contribution à la théorie générale de l'État* publiée entre 1920 et 1922<sup>1</sup> et ses *Considérations théoriques sur la combinaison du referendum avec le parlementarisme* parues en 1931<sup>2</sup>, les termes que Carré de Malberg emploie semblent avoir changé de signification, « Nation, peuple, État, Constitution n'ont plus exactement le même sens, ni surtout la même fonction<sup>3</sup> », rendant hasardeuse la restitution de la pensée de l'auteur. Selon l'interprétation dominante, cette variation du vocabulaire de Carré de Malberg renverrait à un profond bouleversement conceptuel entre la *Contribution* et son œuvre plus tardive<sup>4</sup>.

L'idée d'une rupture dans l'œuvre de Carré de Malberg n'est pas nouvelle. En 1961, après avoir assisté à une partie des échanges qui se déroulaient dans le cadre des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, S. Rozmaryn constatait que

Deux courants opposés se dessinent dans les rapports et dans les interventions. Les uns présentent Carré de Malberg comme quelqu'un dont la pensée n'appartient qu'à l'histoire, qui exprime le temps révolu, tandis que d'autres s'efforcent

---

<sup>1</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1920-1922. Ci-après « *Contribution* ».

<sup>2</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, Paris, Marcel Giard, 1931. Ci-après « *Considérations* ».

<sup>3</sup> É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *Droits*, n° 22, 1995, p. 129.

<sup>4</sup> Cette expression d'« œuvre tardive » peut paraître incongrue compte tenu de l'intervalle d'une décennie qui sépare la parution de la *Contribution* et ses *Considérations*. Elle pourrait même paraître tout à fait inadaptée lorsque l'on visera son article intitulé « *Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ?* », paru à l'*Alsace française* en 1923, c'est-à-dire presque dans la foulée de sa *Contribution*. Cette expression est néanmoins utile en ce qu'elle marque la distance généralement admise – mais que nous contesterons – entre, d'une part, la *Contribution* et, d'autre part, les œuvres qui seront ici analysées.

de démontrer les changements qu'aurait, à leur avis, subi la pensée de Carré de Malberg.

Tandis que les premiers soutiennent que l'œuvre de l'auteur strasbourgeois est fixe et témoigne d'une pensée inscrite dans le temps, pour les seconds « le Carré de Malberg de la "Contribution" serait entièrement différent du Carré de Malberg de la "Loi, expression de la volonté générale"<sup>5</sup> ». Depuis ce constat, ce second courant n'a cessé de progresser et les plus récentes études de l'œuvre de Carré de Malberg ont régulièrement insisté sur sa volte-face dans ses dernières publications.

Dans cette revue, D. Mineur a ainsi soutenu que « dans ses derniers ouvrages, Carré de Malberg paraît renoncer à l'essentiel de sa lecture des principes du droit public français ». Puisqu'en effet le régime représentatif de la *Contribution* se définissait comme celui où l'expression de la nation est organisée par la Constitution, sa promotion du referendum témoigne non seulement de sa renonciation « à la neutralité axiologique [dont il avait fait preuve] mais, en consacrant la souveraineté populaire et en appelant à l'introduction, dans le régime parlementaire, d'éléments empruntés à la démocratie directe, il abandonne aussi l'ambition de comprendre le droit public français sur le modèle de l'État de droit, où tous les pouvoirs sont soumis au droit<sup>6</sup> ». É. Maulin a également souligné l'altération de sa méthode positiviste, laquelle polluerait en quelque sorte le produit final, qui se serait alors vicié. À propos des *Considérations*, É. Maulin note ainsi que « Ce texte [est] incontestablement politique en ce qu'il outrepassé les limites méthodologiques que l'auteur s'assigne en général<sup>7</sup> ». Sa proposition d'un referendum d'initiative populaire doit alors être regardée comme une

irruption du représenté, du peuple défini comme une unité antéconstitutionnelle, capable d'imposer sa volonté au moyen de l'initiative populaire, [ce qui] renverse le constitutionnalisme de l'auteur<sup>8</sup>.

Alors que la théorie de l'organe développée dans sa *Contribution* gommait la présence des représentés, les *Considérations* les auraient fait réapparaître. Sa proposition de réforme de la III<sup>e</sup> République en faveur de l'introduction d'une procédure de participation du « peuple » l'aurait fait ressurgir d'une œuvre dont il avait été méticuleusement exclu. C. Schönberger, enfin, a souligné que les notions clefs de la *Contribution* se voient abandonnées, au profit d'autres, lesquelles correspondent à un cadre intellectuel en opposition avec le précédent :

La souveraineté concrète de la communauté des citoyens se substitue au couple « souveraineté nationale (purement abstraite) » – « souveraineté du peuple (ensemble organisé d'individus atomisés) », tel que l'avait exposé la *Contribution*

---

<sup>5</sup> S. ROZMARYN, « Discussion » in *Relations des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, vol. 15, 1966, p. 115.

<sup>6</sup> D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 2.

<sup>7</sup> É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », art. cité, p. 127.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 128.

Le sens qu'il convient de donner à l'orientation finale de l'œuvre de Malberg demeure mystérieux, car il n'en a pas expliqué les déterminants : « La rupture avec la "Contribution" est [donc] très nette, bien que l'auteur ne s'en explique pas<sup>9</sup> ».

Sans épuiser la liste des auteurs qui ont considéré qu'un changement brutal s'était opéré entre la *Contribution* et les *Considérations*<sup>10</sup>, on voudrait cependant souligner la rareté des pistes proposées pour comprendre comment Carré de Malberg aurait pu passer d'une description laudative du régime purement représentatif dans la *Contribution* à sa remise en cause profonde dans ses *Considérations*. Sans être tout à fait convaincu de l'hypothèse qu'il avance, G. Bacot avait envisagé que les préférences personnelles de l'auteur aient finies par s'exprimer plus nettement dans cette dernière publication : « cette nouvelle attitude pourrait avoir été le fruit d'un changement d'opinion puisque la réserve délibérée de Carré de Malberg dans ses écrits antérieurs, dissimulait précisément alors son jugement personnel<sup>11</sup> ». Cette explication peine toutefois à emporter l'adhésion, puisqu'aucun élément de son œuvre ou de sa biographie ne tend à conforter cette hypothèse<sup>12</sup>. D. Mineur, a, lui, cherché dans l'œuvre même de Carré de Malberg les raisons de sa transformation ultérieure. Selon cet auteur, il y aurait une « tension, latente dans la Contribution, entre projet positiviste et visée prescriptive, [laquelle] amène finalement à l'éclatement de l'entreprise positiviste<sup>13</sup> » car l'ambition de l'auteur strasbourgeois d'élaborer une théorie générale se serait vue parasitée par son attention exclusive au droit constitutionnel français. Malgré ces propositions, aucune d'entre elles ne semble, pour le moment, être parvenu à susciter un véritable consensus.

L'absence, selon nous, d'explication satisfaisante des causes de cette rupture dans l'œuvre justifie d'examiner une nouvelle fois la question de l'existence même d'un tel bouleversement. En ce sens, la démarche isolée de F.-G. Dromard mérite, selon nous, une attention particulière, en ce qu'il a revivifié le *premier courant* évoquée par S. Rozmaryn. En effet F.-G. Dromard s'est opposé à cette interprétation

---

<sup>9</sup> C. SCHÖNBERGER, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », *RFHIP*, n°4, 1996, p. 315.

<sup>10</sup> En ce sens encore, S. Pinon soutient que, dans ces *Considérations*, « il ne s'agit plus seulement de se livrer à un démantèlement systématique de la fiction représentative, mais de substituer à la souveraineté fictive du peuple sa souveraineté réelle », S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V<sup>e</sup> République*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003, p. 79. En ce sens également O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1298-1299.

<sup>11</sup> G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éd. du CNRS, 1985, p. 7-8 : « Il est bien possible, néanmoins, qu'après avoir décrit avec beaucoup de sympathie la doctrine de la souveraineté nationale, il lui ait, dans une certaine mesure, préféré par la suite la doctrine de la souveraineté du peuple ».

<sup>12</sup> En ce sens, M. Prélôt soulignait combien Carré de Malberg renonçait à apprécier les problèmes politiques qui lui étaient contemporains sous l'angle de ses préférences personnelles : « Carré de Malberg n'aimait pas la politique ; il redoutait la vie politique, il s'en tenait très éloigné. Je crois que, pour lui, la politique, c'était, comme on dit aujourd'hui, le domaine des mains sales. [...] médiocrité d'un côté, insincérité de l'autre, l'amenaient à des jugements qu'il n'exprimait guère, mais que l'on devinait sévères », M. PRÉLOT, « Introduction à la troisième séance » in *Relations des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>13</sup> D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », art. cité, p. 2.

selon laquelle l'œuvre de l'auteur strasbourgeois devrait être scindée entre deux parties, la seconde étant incompatible avec la première. F.-G. Dromard affirme que « La Contribution à la théorie générale de l'État, en effet, n'est ni, comme on l'a longtemps pensé, une ode au système représentatif, ni une apologie de la III<sup>e</sup> République<sup>14</sup> ». Dès lors, entre la « Contribution [et] les autres écrits de Carré de Malberg », il ne saurait donc y avoir un quelconque « hiatus<sup>15</sup> ». Bien qu'on s'éloignera des résultats de F.-G. Dromard, on souscrit toutefois à cette idée que la *Contribution* n'est pas un éloge du régime représentatif. Les longs et substantiels développements dédiés aux principes qui sous-tendent le régime conçu par les révolutionnaires ne témoignent d'aucune adhésion de la part de Carré de Malberg mais seulement d'une extrême attention à l'étude de ses fondements juridiques car, ainsi qu'il l'écrivit lui-même, « Constaté n'est pas faire sien<sup>16</sup> ». En outre, l'auteur strasbourgeois n'a jamais admis avoir changé sa conception du régime représentatif.

Selon nous, aucune rupture n'affecte l'œuvre de l'auteur strasbourgeois sur la façon dont il conçoit la relation des citoyens à la loi. Si Carré de Malberg ne modifie pas sa conception de ces rapports entre la *Contribution* et son œuvre plus tardive, il admet néanmoins, dès sa *Contribution* deux types de citoyennetés, sur lesquels sont bâtis deux rapports entre les citoyens et la loi (I). De cette façon, plus qu'une rupture, c'est à une oscillation entre ces deux citoyennetés et ces deux rapports à la loi qu'on assiste chez l'auteur strasbourgeois entre sa *Contribution* et son œuvre tardive (II). On verra ainsi que la *réclamation* de la Constitution du 24 juin 1793 est, selon nous, le signe de la continuité avec laquelle Carré de Malberg conçoit ces relations. D'abord évoquée dans la *Contribution*, elle est la manifestation du dédoublement du rapport que les citoyens entretiennent avec la loi. Réemployée dans les *Considérations*, la réclamation devient le modèle souhaitable de participation des citoyens à la formation pour un gouvernement démocratique.

## I. LA DÉFINITION DES RELATIONS ENTRE LES CITOYENS ET LA LOI DANS LA CONTRIBUTION

Dans sa *Contribution*, Carré de Malberg définit deux relations distinctes entre les citoyens et la loi. La première, typique du pur régime représentatif, s'appuie sur la combinaison de ses théories de la souveraineté nationale et de l'organe. Par-là les citoyens, qui sont aussi des nationaux, se voient attribués une volonté qu'ils n'ont pas énoncé eux-mêmes, et sont réduits à la passivité (A). La seconde relation entre les citoyens et la loi définie dans la *Contribution* rompt avec cette conception.

---

<sup>14</sup> F.-G. DROMARD, « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », *Droits*, n° 44, 2006, p. 189. En ce sens encore, p. 216 : « rien n'indique que l'auteur endosse, au titre de ses préférences, le point de vue de la souveraineté nationale. Qu'il en révèle les traits distinctifs et en déduise diverses conséquences, qu'il la perçoive à l'œuvre sous la Constituante et y devine l'expression du phénomène étatique, qu'il s'en serve également pour appréhender le droit positif de 1875, tout cela n'administre aucunement la preuve qu'il souscrit au régime purement représentatif qui en découle ».

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>16</sup> Lettre de R. Carré de Malberg à M. Waline, citée par R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire » in *Relations des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, op. cit., p. 127.

Cette relation insiste sur la capacité que peuvent acquérir une fraction des citoyens d'agir efficacement sur la formation de la loi (B).

### A. L'association passive des citoyens à la formation de la loi dans le régime représentatif

**La volonté de la nation est exprimée par ses organes législateurs.** – À travers l'étude de la Constitution du 3 septembre 1791, Carré de Malberg n'entend pas seulement observer la manifestation historique de certains principes, mais aussi trouver l'occasion de découvrir « les vrais principes de l'État moderne<sup>17</sup> », dont les révolutionnaires auraient donné l'expression la plus pure. L'auteur strasbourgeois peut alors concevoir sa théorie de l'organe sur la base de cette Constitution.

Lorsque que Carré de Malberg s'opposait aux auteurs allemands sur l'origine de la théorie de l'organe, celui-ci entendait « gommer le langage employé par les constituants et retrouver derrière les mots trompeurs les concepts et le système gravés dans la Constitution de 1791<sup>18</sup> ». C'est donc par-delà le vocabulaire employé par les constituants eux-mêmes que Carré de Malberg cherchera, dans la Constitution de 1791, quels pourraient être ces organes. De cette façon, bien que les révolutionnaires aient employé le terme de *représentant* à propos du Corps législatif et du roi, leur contribution à la formation de la loi ferait d'eux de véritables organes avant l'heure car, en effet, selon lui, « la Constituante a entendu le mot de représentation dans le sens même où s'emploie aujourd'hui celui d'organe<sup>19</sup> ». Selon l'auteur strasbourgeois, « il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité, et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité<sup>20</sup> ». Cette volonté n'est cependant pas nécessairement la volonté législative de la nation puisqu'en ce sens, « large [...] peu conforme aux concepts spéciaux du droit constitutionnel », pourraient être considérés comme un organe l'ensemble des personnes susceptibles « d'émettre, [au] nom [de la collectivité], des décisions<sup>21</sup> ». Ce premier sens, celui d'une imputation, peut suffire à rendre compte de la multiplicité des agents compétents pour vouloir pour l'État<sup>22</sup>. Mais ce sens est

---

<sup>17</sup> É. MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *AHRF*, n° 328, 2002, p. 6 : « L'œuvre entière [de Carré de Malberg] repose sur l'idée que les révolutionnaires, en particulier les constituants, de 1789 à 1791, n'ont pas seulement posé des règles de droit constitutionnel mais découvert les vrais principes de l'État moderne, dont [il] peut alors, rétrospectivement, formuler la théorie ». Du même auteur, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 109 : « Lorsque Carré de Malberg puise dans la Constitution de 1791 les principes qui lui permettent d'expliquer ensuite les fondements du pouvoir, il ne fait alors qu'explicitier la théorie de l'État, pour ainsi dire latente, contenue dans ces principes ».

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>19</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 298.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 387.

<sup>22</sup> P. Brunet note ainsi que ce « concept d'organe est donc nécessaire à l'unité même de l'État : sans organes, l'État n'a pas de volonté, sans volonté, l'État n'a pas d'unité, sans unité la personne État n'existe pas, sans personne État, nul n'existe pour créer du droit », P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD,

trop sommaire pour décrire la hiérarchie des organes au sein d'un système constitutionnel. Pour ce faire, il convient de détecter, parmi ces très nombreux organes, celui dont la volonté prime sur celle des autres. Les autorités dont les décisions « sont subordonnées à [...] une volonté supérieure » ne peuvent faire preuve d'une volonté proprement « initiale<sup>23</sup> », et ne devraient donc pas être regardées comme de véritables organes. Ainsi, l'auteur strasbourgeois entend concentrer son propos sur un « second sens, bien plus étroit et, semble-t-il, plus exact » selon lequel parmi les très nombreuses autorités qui produisent une volonté qui sera attribuée à l'État, seuls ceux qui fournissent à l'État une volonté inconditionnée permettrait de les regarder de véritables organes dans l'État. En l'espèce, dans la Constitution du 3 septembre 1791, ce sont le Corps législatif et le roi qui élaborent seuls et entièrement la loi, et qui doivent donc être regardés comme des *organes* dans ce second sens<sup>24</sup>. Leur qualité d'organe tient, certes, à leurs compétences respectives pour élaborer la loi, mais la définition seulement formelle de la loi dans la Constitution du 3 septembre 1791 est ici déterminante. En effet, c'est parce que la loi « est indépendante de toute condition ayant trait au contenu de l'acte législatif » que l'on devra se rapporter uniquement à ses auteurs : « [la loi] une notion qui [...] est d'ordre purement formel ; car elle n'est conditionnée que par l'origine de l'acte législatif<sup>25</sup> », c'est-à-dire parlementaire et royale.

**Les organes législateurs disposent du monopole de la formulation de la volonté nationale.** – La volonté des titulaires du droit de suffrage ne peut aucunement être observée dans la loi car les organes habilités par la Constitution expriment seuls et entièrement la volonté de la nation. En dehors ou antérieurement à la formulation de la volonté générale par ces organes, aucune volonté n'est conceptuellement admissible.

Carré de Malberg oppose sa théorie de l'organe à celle développée par O. von Gierke, pour qui l'organe exprimerait au dehors une volonté interne qui résiderait au sein de la communauté et dont ils seraient les révélateurs<sup>26</sup>. Ainsi que

---

P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 280.

<sup>23</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 388 : « l'organe [...] c'est une autorité qui "représente" la nation, c'est-à-dire qui veut librement pour elle ».

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 298 : « la Constituante a entendu le mot de représentation dans le sens même où s'emploie aujourd'hui celui d'organe : dans le régime institué par elle, ce mot signifiait que les prétendus représentants sont, non pas les interprètes d'une volonté nationale qui puisse se former en dehors d'eux, mais les organes par lesquels se forme cette volonté. Non seulement la théorie contemporaine de l'organe s'adapte très exactement à l'état de choses établi sous le nom de régime représentatif par l'Assemblée nationale de 1789 ; mais encore elle seul peut expliquer les particularités caractéristiques de ce régime. Elle explique, par exemple, l'indépendance dont jouissent les députés vis-à-vis de leurs électeurs [...]. De même, la notion d'organe permet de comprendre que le roi ait pu, en 1791, être classé parmi les représentants, bien qu'il ne fût pas un personnage électif : la raison juridique en est que le roi recevait, lui aussi, de la Constitution, le pouvoir de vouloir, à certains égards, pour la nation, ainsi que le remarquent expressément Barnave et Thouret [lors de la séance du 10 août 1791] ».

<sup>25</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 38.

<sup>26</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 290 : « L'organe exprime la volonté de la collectivité. Cela ne veut pas dire que la collectivité ait réellement une volonté propre dans le sens où l'entend une certaine école, celle qui a pour chef Gierke. D'après cet auteur, il existe

le résumé P. Brunet, O. von Gierke « admet l'idée d'une volonté collective primaire, existant réellement et naturellement au sein des collectivités étatiques<sup>27</sup> ». Les suffrages donnés dans l'élection formeraient, selon l'auteur allemand, le médium par lequel la communauté nationale manifesterait une volonté, dont la transmutation finale en loi appartiendrait à l'organe parlementaire. R. Carré de Malberg s'oppose absolument à cette analyse selon laquelle la volonté de la nation est antérieure à la formulation par son organe. Selon l'auteur strasbourgeois

Dans le vrai régime représentatif, tel qu'il a été compris et voulu par la Constituante, le corps des représentants ne saurait [voir sa volonté être regardée comme] la reproduction de celle du corps électoral ou du peuple [...]. Ce n'est pas, en effet, la volonté du peuple qui détermine celle du représentant. Mais, c'est au contraire, le peuple qui fait siennes par avance les volontés que ses représentants viendront à énoncer<sup>28</sup>.

Appliqué à la Constitution de 1791, ce raisonnement aboutit à ce que seuls le Corps législatif et le roi peuvent former cette volonté qui sera attribuée à la nation souveraine. En effet, le roi, pour être regardé comme un organe, n'a pas besoin d'être élu<sup>29</sup>, et le Corps législatif « n'est point l'organe du seul corps électoral, mais bien du peuple entier, ou mieux, de la nation<sup>30</sup> ».

L'assemblage de la souveraineté de la nation et de la théorie de l'organe qui agit pour elle, aboutit à ce que les citoyens ne transmettent pas, par leurs suffrages, un pouvoir qu'ils ne détiennent pas et qui n'appartient qu'à la nation<sup>31</sup> mais encore que la volonté exprimée par les organes est sa seule volonté car celle-ci « ne prend naissance, et ne peut exister [...] qu'en lui et par lui<sup>32</sup> ». Le bénéfice de cet assemblage théorique est d'importance car il devient une « formidable machine de guerre

---

dans les corporations, spécialement dans l'État, une volonté collective, réelle et naturelle, qui est antérieure à toute organisation juridique. [...] Selon Gierke, cette volonté se trouve contenue dans le groupe, dès avant que celui-ci ait reçu des organes juridiques chargés de la formuler. [...] l'organe juridique ne fait, en définitive, qu'exprimer au dehors une volonté qui est, non pas seulement juridiquement, mais naturellement et originellement, celle de la collectivité elle-même : il n'est, d'après Gierke, que le "Vermittler", l'intermédiaire par lequel cette volonté collective, interne et naturelle, va se canaliser et se traduire en actes externes ».

<sup>27</sup> P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », *op. cit.*, p. 275.

<sup>28</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.* t. II, p. 337. En ce sens, É. Maulin peut nous rappeler que l'objet de la théorie malbergienne de l'organe « n'est pas [de développer] une fiction juridique refusant à une volonté nationale préconstituée de valoir comme fonction étatique, mais la théorie de l'organisation de la production d'une volonté nationale qui, sans l'État, ne pourrait pas même exister en puissance, dans l'intériorité d'une conscience collective supposée », É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », art. cité, p. 132.

<sup>29</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. II, p. 277-278.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 218. Il ajoute encore : « De ce que les députés sont les élus des citoyens, on a conclu qu'ils tiennent de ceux-ci, par voie de délégation, leur pouvoir. C'est là une confusion. En effet, d'une façon générale, le procédé employé pour la nomination d'un titulaire du pouvoir n'implique pas nécessairement que ce titulaire reçoit son pouvoir des personnes qui le nomment ».

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 340 : « [...] le vrai organe se caractérise par le trait essentiel qu'il veut d'une façon initiale pour le groupe : les décisions qu'il émet ne sont point la réalisation, plus ou moins adéquate, d'une volonté antérieure à la sienne [...]. Il y a donc antinomie entre la notion d'organe

anti-représentation<sup>33</sup> » car il élimine l'« écart [entre le représenté et le représentant] constitutif de la relation de représentation<sup>34</sup> ». En effet, le résultat de la combinaison de la théorie malbergienne de l'organe et de la souveraineté de la nation s'oppose frontalement à la théorie de la représentation, laquelle impliquait l'existence d'une volonté antérieure à celle formée par les représentants puis sa reproduction plus ou moins fidèle par ces derniers. Il n'en est rien pour Carré de Malberg, qui refuse absolument cette conception. Puisqu'« il ne saurait être question de représenter une volonté qui n'existe pas<sup>35</sup> », il n'existe pas de *rapport* de représentation entre deux personnes distinctes. En effet, lorsque l'Assemblée vote la loi, celle-ci doit être immédiatement rapportée à la nation, elle est *réellement* sa volonté<sup>36</sup>.

**Les nationaux sont les membres composants de la nation.** – La notion de nation développée par Carré de Malberg est généralement décrite comme une stricte abstraction : « à la différence des individus composant le peuple incapables de se succéder, la nation est un corps intemporel, survivant à la succession des générations » note O. Beaud, qui ajoute que « Cette nation-là cumule la double qualité de l'indivisibilité et de la permanence<sup>37</sup> ». La composition de la nation donnée par l'auteur de la *Contribution* permet néanmoins de nuancer cette présentation.

---

et celle de représentation [...]. Le terme “organe représentatif” renferme une *contradictio in adjecto* : car un organe ne peut être, en même temps, un représentant ». En ce sens encore, p. 356-357.

<sup>33</sup> P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004., p. 41.

<sup>34</sup> D. MINEUR, « Propos liminaire. L'écart constitutif de la relation de représentation » in A. BEAUREPAIRE-HERNANDEZ ; J. GUEDJ (dir.), *L'entre-deux électoral. Une autre histoire de la représentation politique en France*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 15.

<sup>35</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. II, p. 282-283 : « Ces citoyens n'ont qu'un pur pouvoir électoral : ils ne sont pas appelés, dans l'élection, à donner leur avis sur les lois à faire, mais simplement à choisir les personnes qui feront ces lois ; leur intervention électorale s'analyse exclusivement en un acte de nomination des législateurs. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'admettre que les citoyens légifèrent par représentation ; et l'on ne peut pas dire non plus que le député représente la volonté législative de ses électeurs ».

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 263 : « Le mot représentation ne désignera plus seulement [à la suite de la Révolution] un certain rapport entre le député et ses délégués : il exprime l'idée d'un pouvoir consistant chez le représentant à vouloir et à décider pour la nation. L'assemblée des députés représente la nation, en tant qu'elle a le pouvoir de vouloir pour elle » ; É. Maulin peut affirmer que « Carré de Malberg [...] pense que le principe de la souveraineté nationale aboutit à une forme de régime représentatif dont la signification est précisément de ne plus re-présenter la volonté antérieure mais de la produire », É. MAULIN, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg, op. cit.*, p. 118.

<sup>37</sup> O. BEAUD, « La souveraineté dans la “Contribution à la théorie à la théorie générale de l'État” de Carré de Malberg », art. cité, p. 1268. Cette interprétation est, pour ainsi dire, une constante. Parmi de très nombreux auteurs, M. Virally notait que « La nation, pour Carré de Malberg, ne se confond pas avec l'ensemble des citoyens. Elle prend ses racines dans le passé, elle s'oriente vers l'avenir, elle n'existe en quelque sorte que dans la durée », M. VIRALLY, « Carré de Malberg et la démocratie parlementaire » in *Relations des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, op. cit.*, p. 167 ; G. Bacot : « C'est en vain que l'on cherche dans la Contribution [...] le moindre indice permettant de justifier l'affirmation [de Carré de Malberg] selon laquelle la nation aurait été conçue, par les membres de l'Assemblée constituante de 1789, comme une notion abstraite et intemporelle qui unit dans une même collectivité tous les Français passés, présents et futurs », G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple*

L'auteur strasbourgeois désigne bien la nation comme « la succession ininterrompue des générations nationales, présentes et futures », une « universalité idéale » ou encore un « être de raison<sup>38</sup> », c'est-à-dire comme un concept impotent, intrinsèquement incapable de faire connaître sa volonté, et qui appellerait nécessairement celui d'organe, son complément indispensable. Toutefois, Carré de Malberg développe encore l'idée que la nation procède de la réunion de l'ensemble des nationaux, qu'ils en sont le matériau au sens concret de ce terme, puisqu'il affirme sans détour dans la *Contribution* que « la nation, c'est donc l'ensemble d'hommes et de populations concourant à former un État et qui sont la substance humaine de l'État<sup>39</sup> ». Pour rapprocher ces deux approches apparemment antagonistes, R. Carré de Malberg emprunte à L. Duguit l'affirmation selon laquelle « Il ne faut pas confondre la nation [...] avec ses membres individuels » et qu'elle doit être regardée séparément d'eux comme « un tout organique, une unité [...] qui forme, par le fait de son organisation, une entité ». L'auteur strasbourgeois insiste en cela fortement sur l'idée que la nation, seule souveraine, ne saurait être confondue avec ses membres qui, eux, ne sauraient être regardés, mêmes réunis, comme le souverain. Ainsi, c'est dans la nation distincte de ses membres, c'est-à-dire « dans cette collectivité unifiée, et non pas dans les nationaux eux-mêmes, ni – ainsi qu'on l'a vu – dans l'assemblée générale des citoyens actifs, que la souveraineté a son siège<sup>40</sup> ». Pourtant, les nationaux, membres composant la nation, ne sont pas exclus du champ de l'analyse une fois que la nation est consacrée comme souveraine. La nation est bien une personne distincte de ses membres, mais cependant elle ne s'en détache pas complètement car elle « prend [encore] sa consistance dans les individus qui sont ses membres<sup>41</sup> ». Et R. Carré de Malberg d'insister sur cette tension

---

*et souveraineté nationale, op. cit.*, p. 56 ; P. Brunet : « pour [Carré de Malberg] la représentation [sous la Révolution] consiste en la création nécessaire de la volonté générale par une assemblée exerçant la souveraineté au nom d'une entité abstraite », P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État, op. cit.*, p. 36 ; F.-G. Dromard : « En se voyant remettre indivisément la souveraineté, la nation aurait été assimilée à une entité abstraite qui, du point de vue de la science du droit, prend nécessairement les traits d'une personne juridique », F.-G. DROMARD, « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », art. cité, p. 196 ; C. SCHÖENBERGER, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple », art. cité, p. 301 : « La "nation" abstraite et intemporelle est déclarée souveraine pour empêcher qu'un organe constitué puisse s'approprier la souveraineté ».

<sup>38</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, respectivement, t. II, p. 176, note 10 ; p. 194 ; p. 227.

<sup>39</sup> *Ibid.*, t. I, p. 2 : « les communautés étatiques se sont formées en englobant tous les individus qui peuplaient un territoire déterminé, en une corporation unique, fondée sur la base de l'intérêt général et commun qui unit entre eux, malgré toutes les différences qui les séparent, les hommes vivant côte à côte en un même pays : corporation supérieure et générale qui a constitué dès lors un peuple, une nation. La nation, c'est donc l'ensemble d'hommes et de populations concourant à former un État et qui sont donc la substance humaine de l'État ».

<sup>40</sup> *Ibid.*, t. II, p. 200. L. Duguit, que l'auteur strasbourgeois cite et approuve sur ce point, affirmait, quant à lui que « Le droit politique de la France repose tout entier sur cette formule : le peuple, dans son entier, réalité personnelle distincte des individus qui le composent, la nation-personne, est titulaire de la souveraineté », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Fontemoing, E. de Boccard, 1928, p. 24.

<sup>41</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. I, p. 14. « D'après le droit français, ceux-ci ne peuvent pas être complètement éliminés dans la construction juridique de la personne-nation : ils entrent dans la structure juridique de cette personne juridique » ; p. 332 : « [...] ni l'État, ni la nation, ne peuvent être confondus avec la génération passagère des nationaux actuellement

entre la composition de la nation et le caractère strictement unitaire de cette dernière : bien que seule cette unité distincte de ses membres soit souveraine<sup>42</sup>, le souverain n'est pourtant composé que de l'ensemble des nationaux<sup>43</sup>.

**La relation platonique entre les citoyens et la loi.** Cette idée ambiguë d'une nation intemporelle distincte des membres qui la compose mais dont les nationaux sont l'unique ingrédient permettra à Carré de Malberg de marginaliser encore davantage la participation électorale des citoyens de sa définition du régime représentatif. Cependant, l'effet de la théorie de l'organe – c'est-à-dire l'impossibilité de rapprocher la loi des suffragants – se verra compensée : la loi ne sera, certes, pas celle des électeurs, mais elle ne sera cependant pas étrangère aux nationaux.

Selon Carré de Malberg, la nation et ses organes chargés par la Constitution de vouloir pour elle, forment un ensemble solidaire. Chez l'auteur strasbourgeois, le régime purement représentatif ne s'appuie que sur la dyade nation-organe de laquelle sont exclus les citoyens pourtant appelés à participer à la désignation des membres de l'organe législatif. La marginalisation de la participation électorale dans l'analyse malbergienne du régime représentatif n'est pas seulement due à sa théorie révolutionnaire de l'organe. Parce que cette théorie refuse d'établir un quelconque lien juridique entre les électeurs et la loi finalement adoptée, ceux-ci ne peuvent pas être regardés comme les auteurs de la loi :

en vain rappellerait-on que les seules lois durables sont celles qui répondent effectivement aux aspirations et aux besoins du peuple auquel elles sont destinées ; si certaine que soit cette vérité politique, il n'en demeure pas moins vrai juridiquement que la loi tire sa valeur immédiate et parfaite du fait de son adoption par l'organe législatif compétent<sup>44</sup>.

La théorie de l'organe aurait ainsi creusé un fossé entre la loi et ceux à qui elle s'applique et les citoyens devraient donc être regardés comme de purs sujets de l'État souverain. Pourtant, la théorie de l'organe de Carré de Malberg doit aussi être comprise comme le « corollaire de [sa] théorie de l'organe<sup>45</sup> », en ce que la

---

en vie : celle-ci peut bien former une unité dans le présent, mais elle n'a qu'une existence éphémère, tandis que la nation, personnifiée par l'État, a un caractère de permanence et constitue une unité dans le cours des temps [...]. Toutefois, il importe d'observer que même le peuple ainsi entendu est incontestablement partie intégrante de la nation : si celle-ci ne s'absorbe pas tout entière en lui, il en est, du moins, l'élément constitutif, à chacun des instants de la vie nationale [...] ».

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 432 : « Si, en effet, tous les citoyens peuvent indistinctement prétendre au titre de membre de la nation souveraine, l'Assemblée constituante a, d'autre part, envisagée la nation comme une unité, comme une collectivité unifiée de nationaux, et c'est à cet être collectif, pris dans son intégralité indivisible, qu'elle a reconnu la qualité spéciale de souverain. Par suite, la nation seule, en son ensemble, est souveraine ; les citoyens, bien qu'ils soient les membres constitutifs du corps national, cessent de posséder – si tant est qu'ils l'aient juridiquement possédée – individuellement la souveraineté » ; encore, p. 242 : « D'une part, la nation n'est constituée que de citoyens (au sens romain de ce terme) ; mais d'autre part, elle est une unité indivisible ».

<sup>43</sup> G. Dumont affirme ainsi que, pour l'auteur strasbourgeois, « La citoyenneté est ce qui rattache les membres de la nation au corps politique ; elle constitue donc dans un même acte à la fois la nation et les citoyens », et ajoute encore qu'ainsi conçu « le citoyen n'existe pas indépendamment de l'État qui le constitue et qu'il constitue », G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse de doctorat, dirigée par J. Chevallier, Université Paris 2, 2009, p. 94.

<sup>44</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. I, p. 202, note 6.

<sup>45</sup> O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution" de Carré de Malberg », art. cité, p. 1279.

première contrebalance les effets de la seconde, faisant disparaître la situation d'hétéronomie dans laquelle se trouvent les citoyens à l'égard de la loi. La théorie de la souveraineté nationale permettra ainsi de rapprocher la loi à ceux à qui elle s'applique, sans qu'ils n'y aient effectivement contribué.

**L'article 6 de la Déclaration de 1789 et l'assimilation des nationaux aux citoyens.** – Afin de résorber l'hétéronomie des suffragants par rapport à la loi dans le régime représentatif, Carré de Malberg s'appuie sur l'article 6 de la Déclaration. Loin d'en déduire nécessaire la participation active de tous les citoyens dans la procédure législative, R. Carré de Malberg y lit le moyen d'associer les membres de la nation à l'élaboration parlementaire de la loi.

L'article 6 de la Déclaration selon lequel « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation » apparaît, *prima facie*, incompatible avec l'idée que les citoyens participent effectivement à la formation de la loi<sup>46</sup>. On peine en effet à admettre que tous les citoyens puissent apporter leur concours à sa formation si tous ne peuvent pas désigner les parlementaires ni, a fortiori, être admis à participer à un referendum. R. Carré de Malberg reprend et développe le raisonnement de L. Duguit<sup>47</sup> en incluant tous les citoyens dans l'expression législative de la souveraineté, malgré leur passivité à sa formation. Ainsi, puisque tous sont dans le souverain, aucun ne sera étranger à la loi, quand bien même aucun d'entre eux n'aurait effectivement pris part à sa confection car il y est tout de même associé en sa qualité de membre de la nation. Selon R. Carré de Malberg, c'est parce que tous les citoyens sont également des nationaux que tous donneraient leur *concours* à la formation de la volonté générale. Indépendamment du suffrage de certains d'entre eux, tous les membres de la communauté nationale, par le biais de leur qualité de citoyen, seule visée dans l'article 6 de la Déclaration, sont compris dans l'opération de législation<sup>48</sup>. Il ne faudrait donc pas lire dans l'article 6 de la Déclaration, le besoin d'at-

---

<sup>46</sup> O. Beaud nous informe sur la portée de la critique faite à la doctrine française par celle d'outre-Rhin, en relevant que J. Tecklenburg « invoquait la limitation de l'électorat adopté par la Constitution de 1791 pour mettre en doute l'idée que le peuple français participait vraiment à l'expression de la volonté générale. La doctrine allemande, par la voie de Tecklenburg, impose un défi à la doctrine française accusée de contradiction », O. BEAUD « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 37.

<sup>47</sup> L. Duguit avait déjà perçu la difficile compatibilité entre un droit de suffrage limitativement attribué et l'article 6 de la Déclaration et s'était demandé si de cette disposition on devait peut-être comprendre que « tous les citoyens [devraient avoir] le droit, supérieur à la loi elle-même, de participer à la puissance publique [par leur suffrage] ». Toutefois, selon le doyen bordelais « La contradiction [entre le droit de suffrage limitativement attribué et l'article 6 de la Déclaration] n'est qu'apparente » puisque « la loi est l'expression de la volonté collective, c'est-à-dire la volonté de la nation personnifiée ; tous participent à la formation de cette volonté collective, à la formation de la loi, puisque tous sont citoyens, c'est-à-dire parties composantes de la nation », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État, t. II, op. cit.*, p. 445. Encore, p. 579 : « dans les pays, comme la France, qui ont mis à la base de leur droit public le principe de la souveraineté nationale [...], se pose la question de savoir si ce principe implique pour tous les membres de la nation le droit de faire partie du corps des citoyens [...]. Le législateur qui exclut [...] certains individus du corps des citoyens ne viole-t-il pas le principe de la souveraineté nationale ? »

<sup>48</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. II, p. 433 : « le texte veut dire que, bien qu'elle ne soit pas élue par tous les citoyens, l'assemblée qui fait les lois, les représente tous également

tribuer largement le droit de suffrage, ni de donner aux citoyens les moyens d'influencer effectivement la législation, mais plutôt comme le moyen de regarder la loi comme étant la leur, indépendamment de toute influence sur son contenu :

la notion, fort importante, assurément, qui se trouve implicitement contenue dans l'art. 6, c'est que tous les citoyens participent, en principe, à la souveraineté dont la nation est le sujet propre : ils y participent en tant que la nation n'est elle-même constituée que de citoyens égaux les uns aux autres.

Ce ne sont donc pas les titulaires du droit de suffrage qui, à l'occasion de la désignation des parlementaires, feraient œuvre de souveraineté ni ne seront « représentés », mais plutôt l'organe parlementaire qui, en élaborant la loi, agirait pour le souverain composé de l'ensemble des nationaux qui sont aussi des citoyens : « Ainsi s'explique que même les citoyens non-électeurs puissent être considérés comme représentés dans le Parlement<sup>49</sup> ». L'expression du souverain par la loi devait ainsi bénéficier à tous les nationaux-citoyens, sans qu'aucun d'entre eux n'ait effectivement concouru à sa formation. La nation conçue comme réunion de tous les nationaux et la lecture particulière de l'article 6 de la Déclaration permettent à R. Carré de Malberg de concilier des données apparemment contraires. En effet, quand bien même aucun d'eux n'aurait contribué à la formation de la loi, tous les nationaux n'obéiront qu'à eux-mêmes en tant qu'ils sont compris dans la formation de la loi car

les nationaux [...] dans la mesure où ils ont été "représentés" (Déclaration de 1789, art. 6) à la confection des lois par les organes de la collectivité, n'apparaissent pas, dans leur subordination à ces lois, comme les sujets d'une puissance supérieure, mais on peut se dire, qu'en se conformant à la loi, ils observent leur propre volonté<sup>50</sup>.

Carré de Malberg définit donc un rapport platonique entre la loi et les citoyens, en tant que ceux-ci sont assimilés aux nationaux<sup>51</sup>. Le *citoyen-national* est alors,

---

et sans exception [les citoyens-nationaux] puisqu'elle est chargée, au nom et pour le compte, ou encore, suivant le langage de l'époque, par "délégation", de la nation, c'est-à-dire d'une collectivité dont tous font également partie et ont le même "droit" de se dire membre » ; t. II, p. 243, note 7 : « En déclarant la nation souveraine, la Constituante entendait que tous les citoyens sont, en un sens, associés à la souveraineté, puisque la nation, selon l'idée dégagée à cette époque, n'est qu'une formation d'individus. Ainsi, les décisions souveraines prises par les représentants nationaux, notamment par le Corps législatif, sont à considérer comme l'œuvre de tous les citoyens ; car en tant que représentant national, le Corps législatif représente implicitement tous les citoyens dont la nation est composée. C'est en ce sens qu'il demeure vrai de dire, avec l'art. 6 de la Déclaration de 1789, que "la loi est l'expression de la volonté générale" ».

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>50</sup> *Ibid.*, t. I, p. 246-247. Encore, du même ouvrage, t. I, p. 248, note 26 : « La notion qui ressort de [l'article 6 de la Déclaration], c'est que les citoyens, en tant qu'ils entrent dans la composition de la collectivité qui se trouve unifiée et personnifiée dans l'État, ne peuvent être tenus pour complètement étrangers à l'acte qui est accompli par un organe de la collectivité agissant dans les limites de sa compétence constitutionnelle. Ils sont présents ou "représentés" à cet acte. Derrière l'organe d'État qui accomplit l'acte pour le compte de la collectivité, il y a, comme faisant partie intégrante de celle-ci, tous les membres actuels et à venir, vis-à-vis desquels l'acte ne peut par conséquent être regardé comme absolument *res inter alios acta*. Eux-mêmes, au moins dans leur totalité indivisible, ont, par les organes de la collectivité, participé à l'acte [...] ».

<sup>51</sup> Sur cette assimilation de la citoyenneté à la nationalité, nous souhaitons marquer l'inspiration de Carré de Malberg à l'égard de l'œuvre de Theodor Mommsen sur le modèle de la *civitas* romaine. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse, F. MARANI, *Recherche sur*

chez R. Carré de Malberg, un concept biface, capable de rapprocher les membres de la nation de la loi sans recourir au droit de suffrage<sup>52</sup>.

**Le droit à être représenté comme manifestation de l'association passive à la formation de la loi.** – Selon Carré de Malberg, le *droit à être représenté* est le droit le plus caractéristique des nationaux dans le régime représentatif. Pour en souligner l'intérêt, l'auteur de la *Contribution* prend opportunément appui sur L. Duguit pour développer sa propre argumentation<sup>53</sup>.

Indépendamment du droit de suffrage, « la généralité des citoyens [sans] rôle politique actif » était désignée par les révolutionnaires sous « le nom de citoyens “passifs” » était visée par l'article 6 de la Déclaration et bénéficiait de la représentation<sup>54</sup>. Cette représentation de l'ensemble des membres de la nation dans la loi faite par le seul Parlement les fait ainsi tous bénéficier d'une « représentation passive [qui] est un droit absolu, puisque tous sont indistinctement membres constitutifs du corps souverain<sup>55</sup> ». Elle est la manifestation de la relation idéale qu'ont tous les citoyens passifs avec la loi en tant qu'ils sont membres de la nation. Cette manifestation est cependant presque imperceptible car elle est à la lisière du droit

---

*la notion de pouvoir de suffrage et son application au droit constitutionnel français*, thèse dirigée par B. Faure et G. Eveillard, Université de Nantes, 2021, p. 124 sq.

<sup>52</sup> L'assimilation du citoyen au national est, selon nous, lourde d'implications. G. Dumont relevait bien l'« assimilation [faite par l'auteur strasbourgeois] entre les nationaux et les citoyens : la nation qui constitue l'État est une nation de citoyens » et en déduit que « la contrepartie de cette assimilation est l'inclusion de la citoyenneté dans la nationalité », mais ne s'engage pas plus avant sur ce point, G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit.*, p. 94 ; O. Beaud relève également cette assimilation à plusieurs reprises, marque la lecture audacieuse de l'article 6 de la Déclaration et pointe le droit particulier « à être représenté » de ces citoyens-nationaux. Toutefois, il nous semble qu'O. Beaud ne traite pas à fond cet aspect lorsqu'il écrit qu'« On ne s'arrêtera pas sur la confusion qu'opère [...] Carré de Malberg entre le national et le citoyen : tout Français dit-il, est membre de la nation, et donc entre la nation et le peuple, la nation comme corps des nationaux et le peuple comme corps des citoyens », et d'expliquer cette assimilation du national et du citoyen par des éléments de biographie : « En réalité, Carré de Malberg fait partie d'une génération qui associe inmanquablement nationalité et citoyenneté », O. BEAUD, « *Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg* », art. cité, p. 12, p. 38.

<sup>53</sup> O. Beaud notait ainsi que « Duguit propose un droit naturel à la citoyenneté, le droit à être non pas électeur, mais membre de la nation au sens d'être membre du corps politique. Or, ce n'est pas du tout ainsi que raisonne Carré de Malberg, qui invente d'ailleurs la théorie de la souveraineté nationale pour soutenir la thèse selon laquelle le droit à être citoyen dérive non pas d'un quelconque droit naturel, mais de la “nation”, entité abstraite, collective et impersonnelle, qui est en réalité l'État », O. BEAUD, « *Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg* », *op. cit.*, p. 19-20 ; Il faut ainsi prolonger cette affirmation et noter que c'est ainsi autant par l'effet de sa théorie révolutionnaire de l'organe qu'à sa définition de la nation que Carré de Malberg devait opportunément reprendre l'argumentation de Duguit.

<sup>54</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 436 ; « Il y avait donc, dans la nation, [...] la généralité des citoyens, qui, n'ayant pas de rôle politique actif, avaient reçu alors le nom de citoyens “passifs”. Cette terminologie expressive avait un sens profond. Elle impliquait, d'abord, que tous les nationaux ont pareillement la qualité de membres du souverain : sous ce rapport, ils possèdent le droit de citoyen. Mais les uns, réduits à la *civitas*, sont, en cette qualité, simplement représentés (art. 6 de la Déclaration des droits) dans la confection des lois et, en général, dans l'accomplissement des actes de souveraineté : et en cela, ils n'ont, juridiquement, qu'une situation passive ».

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 437.

positif ; tous les membres de la nation en bénéficient compte tenu de leur participation à la « structure juridique<sup>56</sup> » de la nation. Ce droit est un ainsi « droit proprement dit<sup>57</sup> » en ce sens qu'il ne peut être subordonné à une quelconque condition d'attribution. Il est ainsi le droit le plus spécifique des citoyens-nationaux dans le régime représentatif, en tant qu'il repose sur la définition même de la nation souveraine et leur association à une loi dont ils n'ont pourtant pas contribué à la formation.

L'association passive des citoyens à l'action de leur organe législateur (A) est le principal rapport qu'entretiennent ces citoyens à la loi dans la *Contribution*. Il s'inscrit de la structuration même du régime représentatif et résulte des définitions adoptées par Carré de Malberg des notions d'État, de nation, de loi et de citoyen. Ce rapport idéal des citoyens à la loi n'est cependant pas le seul que Carré de Malberg développe dans sa *Contribution*. Outre ce rapport statique, l'auteur strasbourgeois conçoit une seconde relation, dynamique, qui permet aux citoyens d'agir effectivement sur la formation de la loi (B). Pour ce faire, il double la notion de citoyen passif, assimilé au national, de celle de citoyen actif, qui n'en concerne qu'une partie.

## B. La participation active des citoyens à la formation de la loi dans le gouvernement démocratique

**Les citoyens actifs sont les membres agissants de la nation.** – Outre ces citoyens passifs à qui Carré de Malberg accorde une place centrale dans sa théorie du régime représentatif, il définit encore celle des citoyens actifs, c'est-à-dire les titulaires du droit de suffrage, qui ne peut être que seconde.

La *participation* à la formation de la loi visée à l'article 6 de la Déclaration ne devait s'entendre, pour l'auteur strasbourgeois que comme une présence passive dans la loi, bénéficiant à tous. Mais cependant, cette unité des membres de la nation n'empêche pas qu'un certain nombre d'entre eux se voient attribuer, par surcroît, le droit de suffrage. Toujours sur la base de la Constitution de 1791, Carré de Malberg affirme qu'

il y avait donc, dans la nation, deux classes de membres : d'un côté, ceux qui sont habilités par la Constitution à prendre, sous la forme électorale, une part effective à l'exercice de la souveraineté nationale, et qui, si nombreux qu'ils fussent en fait, formaient une catégorie particulière ; et d'un autre côté, la généralité des citoyens, qui, n'ayant pas de rôle politique actif, avaient reçu alors le nom de citoyens "passifs"<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, t. I, p. 14.

<sup>57</sup> *Ibid.*, t. II, p. 434 : « C'est en ce sens et pour ces raisons que l'article 6 précité a pu dire que chaque citoyen – qu'il soit ou non électeur, qu'il soit membre de la majorité ou de la minorité – se trouve représenté dans l'acte de confection des lois ; il y est représenté, non pas il est vrai comme individualité distincte, mais comme partie composante du tout indivisible nation. Et c'est là pour tout Français un droit proprement dit, découlant de sa qualité de citoyen » ; encore en ce sens, p. 431 : « C'est là un droit, individuel et en même temps commun à tous, qui découle de la nature même de la nation, telle que les constituants de 1789-1791 l'ont conçue, et qui est donc – si l'on veut – un droit "naturel" ».

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 436.

Ceux qui disposent du droit de suffrage forment alors, supplémentaires à l'ensemble des citoyens, une « catégorie spéciale » ou « particulière<sup>59</sup> » de membres chargée de désigner ceux qui agiront pour la nation elle-même. Ces deux qualités s'opposent – l'une est relative à la passivité, l'autre insiste sur son activité – mais elles sont cependant supportées par les mêmes personnes. Le « nombre restreint de membres du peuple [...] à savoir les citoyens actifs, ceux qui ont été investis par la Constitution de la qualité spéciale d'électeurs<sup>60</sup> » sont toujours membres de la nation et dont ils ne sont qu'un extrait. L'attribution de la qualité de citoyen actif n'implique en effet pas que celui-ci perde sa qualité de national, c'est-à-dire de membre de la nation souveraine : « tous les citoyens sont pareillement membres du souverain et entrent en représentation<sup>61</sup> ». Parce que les citoyens actifs sont nécessairement choisis parmi les citoyens passifs, ces deux qualités s'accumulent au profit de leurs bénéficiaires. Plus donc que deux qualités qui s'opposent<sup>62</sup>, c'est leur superposition que conçoit Carré de Malberg.

**La pérennité de la citoyenneté active malgré le développement du suffrage universel.** – Le développement du suffrage universel pourrait donner à penser que la distinction qu'opère Carré de Malberg entre ces deux citoyennetés est obsolète. Quoi que devenue moins nette, cette distinction demeurerait pourtant intacte.

La consécration du suffrage universel aurait pu avoir fait disparaître la catégorie des citoyens passifs car tous les citoyens se seraient vus accorder le droit de suffrage. Il n'en est rien selon Carré de Malberg pour qui « même les Constitutions qui établissent le suffrage dit universel, sont loin de reconnaître le droit de vote à tous les citoyens. Si la terminologie de 1791 qui distinguait les citoyens actifs et les citoyens non-actifs, n'a pas été conservée, cette distinction subsiste toujours, au fond, dans le droit positif français<sup>63</sup> ». Les bornes de la « catégorie spéciale » des

---

<sup>59</sup> *Ibid.* : « la Constitution de 1791, après avoir posé en principe que tous les Français sont citoyens, a été amenée à distinguer parmi eux une catégorie spéciale, celle des “citoyens actifs”, c'est-à-dire des citoyens qui remplissent les conditions requises pour participer à la nomination électorale des députés à l'Assemblée législative ».

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>61</sup> *Ibid.*, t. I, p. 436, note 7. Même page, note 6 : « L'art. 6 [de la Déclaration de 1789] signifie que rassemblée qui fait les lois pour la nation, est, en cela, l'organe d'une collectivité qui comprend tous les nationaux sans exception ».

<sup>62</sup> La seule opposition pertinente dans le régime représentatif fondé sur la notion de la souveraineté nationale est, pour Carré de Malberg, celle de l'appartenance à la nation ou, au contraire, à son exclusion. Cette distinction du national et de l'étranger renvoie ainsi, chez l'auteur strasbourgeois, aux rapports opposés qu'ils entretiennent à la loi. Tandis que le national, citoyen passif, pourra toujours être regardé comme obéissant à sa propre volonté grâce à la combinaison de son appartenance à la nation et de sa théorie de l'organe, l'étranger sera nécessairement le sujet de cette volonté, ne pouvant en effet se la voir rapporter par le même processus : « Si l'on veut se rendre compte de ce point, il suffit de comparer le cas du citoyen avec celui de l'étranger se trouvant sur le sol français : en ce qui concerne l'individu qui n'est pas membre de la collectivité française, la notion de puissance se dégage pleinement ; cet étranger est vraiment soumis à une puissance extérieure de domination ; les nationaux, au contraire, dans la mesure où ils ont été “représentés” (Déclaration de 1789, art. 6) à la confection des lois par les organes de la collectivité, n'apparaissent pas, dans leur subordination à ces lois, comme les sujets d'une puissance supérieure, mais on peut dire qu'en se conformant à la loi, ils observent leur propre volonté », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. I, p. 246-247.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 439.

citoyens actifs peuvent ainsi être repoussées par la disparition de la condition de sexe et de cens, accroissant le nombre de ceux admis à participer, mais, cependant, ces bornes demeurent. Malgré la très large attribution du droit de suffrage certains en demeurent exclus car « délimiter c'est nécessairement exclure<sup>64</sup> ». Si donc le suffrage universel était proclamé depuis 1848, Carré de Malberg notait néanmoins lors de la parution de la *Contribution* que « le résultat de toutes [les] restrictions [constitutionnelles et législatives], c'est de réduire la composition du corps électoral à dix millions environ de Français, ce qui ne fait guère plus du quart du nombre total des nationaux<sup>65</sup> ». Entre 1791 et la parution de la *Contribution* en 1921, la proportion de ceux admis au droit de suffrage a changé<sup>66</sup> mais cependant les qualités de citoyen-national et de citoyen-électeur demeurent distinctes ; elles peuvent se superposer mais elles ne se confondent pas. Le principe d'une qualité spécifique de citoyen actif parmi les autres nationaux demeure.

**Le droit de suffrage, droit principal des citoyens actifs.** – Tandis que le concept de citoyen passif permettait à Carré de Malberg de tenir à distance l'activité électorale du régime représentatif, celui de citoyen actif correspond à sa mise en avant. À l'opposé du citoyen passif dont la loi ne reproduit pas sa volonté, le citoyen actif agit sur cette dernière.

---

<sup>64</sup> P. BLACHÈRE, « L'étendue du suffrage universel sous la II<sup>e</sup> République », *R.F.H.L.P.*, n°38, 2013/2, p. 257.

<sup>65</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. I, p. 439-440 : « C'est ainsi que la Constitution de 1848, après avoir, dans son art. 24, posé en principe que « le suffrage est universel », ajoutait (art. 27) que « la loi électorale déterminera les causes qui peuvent priver un Français du droit d'élire » (Esmein, *loc. cit.*, p. 368; L. DUGUIT, *L'État*, t. II, p. 105). Et non seulement les Constitutions prononcent la perte du droit électoral, comme le dit l'art. 27 ; mais elles déterminent les conditions d'acquisition même, c'est-à-dire de jouissance, ou encore d'exercice, de ce droit. Elles font, d'abord, en cette matière, des distinctions de personnes, soit qu'elles excluent systématiquement le suffrage des femmes, soit qu'elles écartent, comme indignes, à perpétuité ou d'une façon temporaire, des citoyens ayant subi une condamnation pénale ou même simplement ayant encouru une cause de déchéance telle que la faillite, soit encore qu'elles retirent l'exercice du droit de vote, pour des raisons supérieures de discipline et d'intérêt national, à tous les militaires en activité de service. De même, les lois électorales subordonnent l'exercice du suffrage, ou même l'aptitude à ce droit, à des conditions restrictives : à une condition d'âge, à la condition d'un domicile ou, au moins, d'une certaine résidence dans la commune, à l'inscription sur une liste électorale spéciale. En fait, le résultat de toutes ces restrictions, c'est de réduire la composition du corps électoral à dix millions environ de Français, ce qui ne fait guère plus du quart du nombre total des nationaux ».

<sup>66</sup> Carré de Malberg n'ignore pas la signification profonde attachée à la très large attribution de ce droit de suffrage mais entend néanmoins la circonscrire dans le cadre du régime représentatif et laisser intacte sa distinction de la citoyenneté passive de la citoyenneté active : « Il n'est donc pas permis d'expliquer le phénomène contemporain de propagation et d'expansion du système du suffrage universel par des raisons juridiques tirées de la nature de l'État ou des droits du citoyen ; mais ce phénomène est dû purement à des causes politiques. Il se rattache, d'abord, au mouvement ascendant des forces et des tendances démocratiques. Mais il s'explique aussi et surtout par ce motif que, dans l'état de culture politique des peuples modernes, les citoyens ont été présumés par les Constitutions de plus en plus aptes à exercer tous la compétence électorale et à participer, dans la mesure de l'électorat, à l'action gouvernementale : à la base du suffrage universel, se place ainsi une présomption constitutionnelle de capacité universelle », *Ibid.*, t. II, p. 440.

Les citoyens actifs sont donc ceux des nationaux qui auront été chargés, par la Constitution, d'agir pour le compte de l'ensemble des membres de la nation. Contrairement au droit à être représenté dont bénéficient nécessairement tous les nationaux, le droit de suffrage « n'est plus un droit » en ce sens qu'il est conditionné à la satisfaction de conditions<sup>67</sup>. La participation aux opérations électorales « n'est pas un droit primitif du citoyen ; car elle présuppose une concession de pouvoir faite par la Constitution<sup>68</sup> ». Le titre de la capacité électorale des citoyens actifs étant localisé dans la Constitution, tandis que celle de citoyen c'est-à-dire de national, résultant de l'organisation même de la nation en État, ces deux qualités ne peuvent interagir, ni impliquer de subordination de l'un à l'autre.

**L'absence de subordination des nationaux, citoyens passifs, aux citoyens actifs.** – Sous un certain angle, les citoyens actifs semblent disposer d'un ascendant sur ceux des citoyens qui ne sont que membres de la nation. L'influence dont les premiers disposent sur la loi ne leur permet cependant pas de commander aux seconds, car le rapport que les citoyens actifs ont avec la loi est hermétique de celui qu'ont les citoyens passifs avec elle.

O. Beaud relève une possible contradiction de Carré de Malberg :

Deux éléments sont ici cruciaux : la nation est définie par l'égalité citoyenneté, ce qui signifie que la nation est une et indivisible, ne faisant pas de distinction entre les citoyens ; la difficulté surgit alors de concilier une telle affirmation avec la distinction entre les citoyens actifs et les citoyens passifs qui paraît introduire une hiérarchie entre ceux qui votent et ceux qui ne votent pas<sup>69</sup>.

En ce sens, par leurs suffrages donnés dans l'élection, les citoyens actifs désignent les membres de l'organe législatif. Ainsi, bien que seul l'organe parlementaire arrête effectivement la volonté de la nation, les citoyens actifs peuvent néanmoins à l'occasion d'une élection, indirectement agir sur la formation de la loi, en désignant des parlementaires susceptibles de réaliser leurs aspirations car

le Parlement [...], bien qu'il soit incontestablement l'organe suprême [...] n'est composé que de membres relativement éphémères, qui n'exercent leurs pouvoirs électifs que sous la condition, fortement restrictive, d'en obtenir le renouvellement à des intervalles plus ou moins rapprochés<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Carré de Malberg écrit ainsi que : « Il faut tenir pour certain que l'électorat – à supposer qu'il constitue un droit pour l'électeur – ne saurait, en tout cas, constituer un droit acquis. L'État peut toujours par une loi nouvelle reprendre le droit de suffrage à ceux à qui une loi antérieure l'avait conféré. La loi du 31 mai 1850, [dont l'article 2 subordonnait l'inscription sur la liste des électeurs à une domiciliation de trois ans dans la même commune ou le même canton] en fait, enlevait à un très grand nombre de citoyens, l'exercice effectif de leur droit de vote, a pu être une loi impolitique, elle n'était pas contraire aux principes du droit public électoral [...]. Ainsi l'électeur n'a pas un droit opposable à l'État. Il n'a qu'une compétence dépendant des variations des lois constitutionnelles », *Ibid.*, p. 442, d'où O. Beaud constate que, selon Carré de Malberg, « Le droit de vote, ou de suffrage, n'est pas [un] droit naturel. C'est l'État qui le détermine et c'est donc lui qui peut le retirer à tout moment », O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », art. cité., p. 43.

<sup>68</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. II, p. 437.

<sup>69</sup> O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », art. cité., p. 37.

<sup>70</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. II, p. 167-168, note 2. Carré de Malberg affirme de façon constante que dans le pur régime représentatif, celui fondé par les constituants entre 1789 et 1791, « les citoyens actifs n'ont qu'un pouvoir d'élire et qu'ils ne participent point à la

Compte tenu de leur influence sur le contenu de la loi, les citoyens actifs pourraient être regardés comme dominant ceux qui ne sont que des nationaux, car ces derniers sont seulement soumis à la loi parlementaire, sans jamais être capable d'influer sur son contenu. Ce raisonnement n'est pas admis par Carré de Malberg. Malgré leur action indirecte sur la formation de la loi, les citoyens actifs ne commandent pas les citoyens passifs. Ces deux qualités ne se situent en effet pas sur le même plan, et renvoient à des rapports spécifiques entre eux et la loi. Ainsi, les deux catégories de citoyens

entrent de façons différentes [en représentation] : les [citoyens passifs] ne participent à la représentation nationale que d'une façon passive, n'ayant point concouru à la nomination des députés qui parleront en leur nom, c'est-à-dire au nom de la collectivité globale dont ils sont membres composants : d'autres, au contraire, [les citoyens actifs] par leur fonction d'électeurs, y participent d'une façon active<sup>71</sup>.

L'association des nationaux en tant que citoyens passifs à la formation organique de la loi, typique du pur régime représentatif, se double donc d'un autre rapport, correspondant à la relation qu'entretiennent les citoyens actifs avec la loi. Tandis que le rapport entre les citoyens passifs et la loi était purement formel et platonique, celui qu'entretiennent les citoyens actifs et la loi est matériel et volitif. Si ces citoyens actifs demeurent marginalisés dans le régime qui les limite à désigner les membres de l'organe parlementaire, ils occupent néanmoins une place centrale dans le régime qui leur confère la qualité d'organe législatif.

**Les citoyens actifs et la notion d'organe-peuple.** – La notion d'*organe-peuple* correspond au statut du corps des citoyens actifs lorsqu'il accède à la capacité constitutionnelle de vouloir, c'est-à-dire de faire la loi. Ces citoyens forment alors ensemble l'organe suprême du gouvernement démocratique.

Lorsque les citoyens actifs ne peuvent que désigner les membres de l'organe législatif, ils ne peuvent être regardés comme un organe, car ils ne font pas eux-mêmes la loi<sup>72</sup>. Toutefois, lorsque la Constitution leur attribue une compétence législative déterminante, ces citoyens actifs doivent être tenus pour un véritable organe : « Dans un pays de démocratie directe, le peuple, ou plutôt le corps des citoyens actifs, est bien un organe de volonté de l'État, car il crée cette volonté par

---

formation de la volonté étatique », t. II, p. 337 ; en ce sens encore, t. I, p. 260. Néanmoins, compte tenu des évolutions postérieures – disparition des collèges électoraux, rééligibilité des parlementaires, réduction de la durée des législatures, publicité des votes et des opinions de ces derniers – et, plus largement, l'apparition du gouvernement d'opinion, Carré de Malberg admet qu'une relation intéressée entre les citoyens actifs et les parlementaires se développe, bien que ces citoyens n'accèdent pas à la qualité d'organe, t. II, p. 363 : « avec le système des législatures à courte durée et la nécessité de réélections périodiques, l'élu est plus ou moins sous la coupe de ses électeurs, et, à moins d'un désintéressement qui ne saurait être le fait habituel, il se conforme, dans une large mesure, à leurs volontés » ; également p. 363-364 note 1 et p. 384 en note.

<sup>71</sup> *Ibid.*, t. II, p. 436, note 7.

<sup>72</sup> *Ibid.*, t. I, p. 346 : « dans la démocratie représentative, tous les efforts qui pourraient être tentés pour faire passer le corps des citoyens actifs pour un organe primaire de volonté étatique, viennent échouer devant cette objection insurmontable que le peuple, ici, se borne à nommer l'organe chargé de vouloir. Vouloir par un organe, comme le fait, selon Jellinek, le peuple dans le régime représentatif, ce n'est pas être un organe soi-même [...] ; c'en est tout l'opposé ».

lui-même, en tant que l'adoption définitive des décisions étatiques dépend directement de lui<sup>73</sup> ». Le régime représentatif, bâti sur les seuls nationaux, autrement dit les citoyens passifs, n'est pas affecté par la possibilité qu'ont un certain nombre d'entre-eux d'agir en tant d'organe, par le truchement de leur qualité de citoyen actif. En effet, ces deux qualités se superposent sur les mêmes individus sans se parasiter mutuellement : « dans la démocratie directe, le corps des citoyens exerce sa puissance statutaire comme organe suprême de l'État, ne faisant [pourtant] qu'une seule et même personne avec ce dernier<sup>74</sup> ». Ainsi le « *peuple-organe* » fournit une volonté à la nation, avec laquelle il ne se confond pas bien qu'il en soit issu<sup>75</sup>. Les notions de « *peuple-organe* » et de nation ne peuvent en effet se confondre, bien qu'elles reposent sur les mêmes individus. Une porosité entre ces deux notions, c'est-à-dire entre les citoyens-nationaux membres de la nation et les citoyens actifs membres de l'organe, ruinerait en effet l'architecture du régime représentatif.

**L'organe-peuple, organe suprême du gouvernement démocratique.** – La démocratie, réputée être incompatible avec la notion même d'État, redevient compatible avec elle, du moins en un certain sens. La qualité d'*organe-peuple* à laquelle accèdent les citoyens actifs laisse intacte la structure même du régime représentatif.

L'incompatibilité de l'État et de la démocratie résultait, selon Carré de Malberg, de la prétention du peuple souverain à agir en vertu d'un titre antérieur à l'État lui-même. L'auteur strasbourgeois affirmait ainsi que la théorie qui entend attribuer au peuple lui-même la souveraineté s'inscrit dans « le prolongement de l'ancienne doctrine de la monarchie française absolue, avec cette seule différence que la souveraineté a passé du roi à la masse totale des citoyens ». Carré de Malberg souligne alors la spécificité de la consécration de la souveraineté nationale, qui conduit nécessairement à en confier l'exercice à des organes qui ne peuvent donc pas être tenus pour le souverain, à l'inverse de la souveraineté monarchique ou populaire :

de même que l'ancienne souveraineté monarchique signifiait que le roi de France a un droit personnel, inné, à être l'organe suprême de la puissance étatique, de

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>74</sup> *Ibid.*, t. II, p. 430.

<sup>75</sup> L'organe-peuple est, en ce sens, doublement populaire. Il l'est, d'abord, parce que comme tout organe il entretient un lien immédiat avec la nation, dont il est le producteur de la volonté : « aucun organe ne peut se concevoir sans relations avec le peuple : une autorité qui n'aurait pas le caractère d'organe du peuple, cesserait de mériter le nom d'organe ». Carré de Malberg ajoute à sa suite qu'« En effet [...] la notion et le qualificatif d'organe sont destinés à faire ressortir, entre autres choses, l'existence d'un lien nécessaire entre le groupe et les individus qui, sous ce nom d'organes, sont appelés à vouloir pour le groupe », *Ibid.*, t. I, p. 342, note 23. En ce sens encore, t. I, p. 294 : « Il importe de ne pas perdre de vue [que] le mot même d'organe suffit à rappeler que l'individu qui remplit la fonction d'organe, est en relations étroites avec la corporation : il est un membre, une partie intégrante de celle-ci, et non pas un tiers. Ceci implique déjà que l'individu qui veut pour le groupe, partage, comme membre du groupe, les vues essentielles de celui-ci. Un étranger, dont la volonté serait imposée au groupe par une force venant du dehors, ne serait plus un organe de la collectivité, mais un maître ». Il est encore populaire au titre de ce qu'il n'est composé que de membres qui sont directement issus de la nation, et dont ils sont toujours membres. Bien que l'organe-peuple ait été médiatement composé par le droit constitutionnel organique qui attribue la qualité de citoyen actif et lui attribue les compétences législatives susceptibles de lui conférer la qualité d'organe, aucune disposition n'a pu retrancher ces citoyens actifs de la nation, dont ils sont intangiblement membres.

même aussi, dans la théorie absolue de la souveraineté populaire, le corps des citoyens est souverain en ce sens qu'il possède la suprême puissance, non en vertu d'une dévolution de découlant de l'ordre juridique établi dans l'État, mais en vertu d'un droit primitif antérieur à l'État et à toute Constitution<sup>76</sup>.

Si le souverain est le roi ou le peuple, la Constitution est juridiquement et intellectuellement précaire, car elle est toujours susceptible d'être abolie par ce souverain dont le statut et les compétences ne résulteraient pas de cette constitution. L'accession des citoyens actifs à la qualité d'organe-peuple n'implique toutefois pas cette ruine de l'État représentatif. L'organe-peuple procédant de la seule Constitution, il demeure à un niveau superficiel, laissant inchangée la structure profonde de l'État représentatif ; il n'entraîne que le *gouvernement démocratique*, et non l'*État démocratique* puisque « le concept de l'être juridique État doit se déterminer en dehors de toute considération relative à la forme du gouvernement national ou à la personne des gouvernants ». Par-là Carré de Malberg distingue l'État-nation de la forme de son gouvernement, toujours modifiable et qui n'en est que la manifestation agissante : « Les formes de gouvernement sont des modalités qui affectent la constitution politique de l'État, mais non son essence : elles peuvent varier sans que les caractères, la capacité ou l'identité de la personne étatique s'en trouvent modifiés ». Le *gouvernement démocratique* par une importante fraction des membres de la nation ne dissout pas l'État, car ceux-ci n'accèdent qu'à la qualité d'organe, laissant intact l'État lui-même auquel ils participent désormais : « La notion d'État est donc supérieure à celle de Gouvernement. L'État, c'est la collectivité organisée, mais ce n'est point l'organisation de cette collectivité<sup>77</sup> ». Si donc l'ensemble des citoyens actifs peut être l'organe au sommet de l'organisation constitutionnelle, cette circonstance ne saurait effacer la structure du régime représentatif, laquelle repose sur les seuls nationaux<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 83-84 ; t. II, p. 185, note 19 : « En somme, la monarchie et la démocratie ne sont pas seulement [...] des formes de gouvernement, mais bien plutôt des formes et des façons d'être de l'État lui-même [...] ». Sur ce point, il convient de renvoyer à É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, op. cit., p. 121 ; G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, op. cit., p. 10 ; D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti pris démocratique », art. cité, p. 1-10.

<sup>77</sup> *Ibid.*, t. I, p. 49.

<sup>78</sup> Il convient même de se demander si cette participation des citoyens actifs en tant qu'organe-peuple ne pourrait pas aboutir à une révision plus profonde d'autres aspects de la Contribution. Ainsi les trois sens que Carré de Malberg prête à la notion de souveraineté peut nous inviter à reconsidérer l'opposition de la souveraineté nationale et de la souveraineté du peuple, telle qu'elle est traditionnellement comprise à partir du premier tome de la Contribution. Ainsi, après avoir examiné les différents sens qu'a pris ce terme de souveraineté dans l'histoire, Carré de Malberg résume : « Il résulte de cet aperçu historique que le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales, bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe » (*Ibid.*, p. 79). Dans les pages suivantes, chacun de ces sens reçoit une analyse plus approfondie, et l'auteur strasbourgeois écrit à propos du troisième sens, relatif à l'idée d'un organe souverain que « celle qui consiste à rapporter la souveraineté à la personne ou à la collection de personnes qui forme l'organe suprême de la puissance d'État. C'est en ce sens que s'est établie l'expression actuelle de souveraineté du peuple. Dans cette

Sans la distinction de ces deux catégories de citoyens et des deux rapports différents qu'ils entretiennent avec la loi, l'emploi, par Carré de Malberg, de cette notion d'« organe-peuple », demeure incomprise. Face à cette expression ambiguë, C. Schönberger se demandait

ce que peut vouloir dire encore la notion de peuple-organe suprême dans ce contexte [puisqu'] au fond, c'est l'État lui-même qui disparaît dans la démocratie directe. La notion d'organe n'a donc plus de justification théorique. Pourtant, Carré de Malberg l'utilise dans la « Contribution », par exemple pour décrire le système suisse. Et il la reprend dans son texte de 1923 où il décrit la place du peuple dans son projet de réforme comme « organe suprême effectif de la volonté nationale<sup>79</sup> ».

---

expression le mot souveraineté désigne la position qu'occupe, parmi les détenteurs de la puissance étatique, le plus élevé d'entre eux » (*Ibid.*, p. 83). Ainsi donc le passage sur lequel est généralement fondée l'opposition de la souveraineté populaire et de la souveraineté de la nation pourrait signifier l'inverse car la théorie de la souveraineté du peuple pourrait seulement désigner, chez Carré de Malberg, la théorie qui ne fait du peuple que l'organe le plus haut dans l'État déjà constitué, et ne pas être incompatible avec la notion d'État. Cette façon de comprendre la théorie malbergienne de la souveraineté du peuple est celle de G. Bacot pour qui « On pourrait donc [...] estimer en toute logique que la souveraineté du peuple ne constitue que l'une des modalités selon laquelle peut être organisée la souveraineté nationale au sein de l'État, à côté d'autres procédés envisageables, tels que ceux de la souveraineté du roi ou de la souveraineté du parlement, par exemple », G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, *op. cit.*, p. 10.

Cette perspective est stimulante, pourtant, la suite de l'analyse que mène Carré de Malberg du troisième sens de la notion de souveraineté tend à conforter l'hypothèse traditionnelle d'une opposition radicale des deux théories de la souveraineté et à tenir pour incompatible la théorie de la souveraineté populaire avec le constitutionnalisme : « de même que l'ancienne souveraineté monarchique signifiait que le roi de France a un droit personnel, inné, à être l'organe suprême de la puissance étatique, de même aussi, dans la théorie absolue de la souveraineté populaire, le corps des citoyens est souverain en ce sens qu'il possède la suprême puissance, non en vertu d'une dévolution découlant de l'ordre juridique établi dans l'État, mais en vertu d'un droit primitif antérieur à l'État et à toute Constitution », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.* t. I, p. 84.

<sup>79</sup> C. SCHÖNBERGER, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », art. cité, 1996, p. 312-313. En ce sens encore, É. Maulin affirme que Carré de Malberg définit « l'organe comme l'habilitation d'un certain nombre de volontés individuelles à valoir comme volonté nationale, il en réserve cependant la possibilité aux députés et exclut que le peuple puisse être constitué en organe de l'État », É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », art. cité, p. 133-134. Pour ce faire, É. Maulin s'est fondé sur un passage de la Contribution dont certains des termes les plus signifiants sont pourtant écartés de l'analyse : « Pour pouvoir devenir organe d'une personne collective, il faut être capable d'agir et de vouloir [...] or le peuple [...] est une collection inorganisée d'individus, incapable de vouloir et d'agir pour l'État », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 334. É. Maulin affirme à la suite de cette citation qu'« Autrement dit, si le peuple ne peut constituer un organe de l'État, c'est parce qu'il est incapable de former par lui-même une volonté ! La contradiction est flagrante. Carré de Malberg qui vient de montrer que l'organe est l'organisation de la volonté d'une collectivité exige cependant qu'une volonté préexiste, dans l'organe, à son organisation ». Les passages précités de la Contribution nous montrent pourtant, sans ambiguïté, que Carré de Malberg conçoit bien que le peuple accède à cette qualité d'organe. L'origine de la méprise provient, selon nous, de ce que le passage sur lequel s'appuie É. Maulin a perdu certains de ses termes clefs. En le rétablissant dans son intégrité, il nous semble qu'il autorise une autre lecture et fait disparaître la contradiction apparente. De cette façon, lorsque Carré de Malberg affirme qu'« on ne peut pas dire que le peuple

La raison de l'existence d'un *organe-peuple* s'éclaire : c'est là l'ensemble formé par les citoyens admis à participer à la formation de la loi, regardés sous l'angle de leur seule activité constitutionnelle. La possibilité que le *peuple* ne soit pas seulement une notion pré-constitutionnelle chez Carré de Malberg avait été envisagée par certains auteurs. Mais cependant, pour attribuer au *peuple* cette qualité d'organe, agissant pour le compte de la nation, il devait alors nécessairement être inscrit dans le régime représentatif et perdre les propriétés qu'il possédait avant sa constitutionnalisation. É. Maulin notait ainsi qu'

il est bien évident que le système représentatif ainsi reformulé ne s'oppose à la démocratie que si l'on définit celle-ci, extérieure à l'organisation constitutionnelle, comme l'irruption du peuple sur la scène de la représentation. Au contraire, si le peuple n'est lui-même qu'un peuple constitué – constitutionnalisé –, par l'organisation de l'État, il peut fort bien se définir comme le représentant de la nation ; mais il faut admettre alors qu'il n'est pas de démocratie ailleurs que dans la représentation<sup>80</sup>.

Il faut suivre ici É. Maulin en ce que la *démocratie* envisagée par Carré de Malberg grâce à ces citoyens actifs s'inscrit dans le régime représentatif. Toutefois la participation des citoyens comme organe constitué ne s'accompagne pas, chez l'auteur strasbourgeois, de leur effacement en tant que membre du souverain. De cette façon, loin d'opposer un *peuple pré-constitutionnel* et un *peuple constitué*, Carré de Malberg les juxtapose, ainsi qu'en témoigne son analyse de la *réclamation* dans la Constitution montagnarde.

**L'organe-peuple et la réclamation dans la Constitution du 24 juin 1793.** – Selon Carré de Malberg, dans la Constitution de 1793 comme dans celle de 1791, la volonté nationale est formée par un organe. L'identité de cet organe a cependant changé entre ces deux Constitutions : de parlementaire, il est devenu populaire. La procédure de la *réclamation* permet à cet organe d'exercer sa suprématie.

Les points fondamentaux de sa théorie de l'organe, dégagée à partir des données du droit constitutionnel de 1791, sont appliqués à la Constitution de 1793<sup>81</sup>. Reprenant le fil de sa théorie classique de l'organe, il l'applique d'un même mouvement à la Constitution de 1791 et à celle de 1793 :

---

entier soit un organe étatique. [...] Le peuple, au contraire, est une collection inorganisée d'individus, qui, comme telle, est incapable de vouloir et d'agir pour l'État : le peuple, envisagé dans sa masse générale, ne peut donc point constituer un organe, au sens propre de ce mot », il ne vise que l'ensemble des nationaux-citoyens, sous l'angle de leur qualité de membre de la nation. Ce peuple-là, est, selon l'expression d'É. Maulin lui-même, la « nation silencieuse » (*Ibid.*, p. 132), incapable de vouloir sans ses organes, et non le corps des citoyens actifs qui peut être qualifié d'organe lorsque lui sont confiées, par la Constitution, des compétences constitutionnelles lui permettant d'agir effectivement sur la formation de la loi.

<sup>80</sup> É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », art. cité, p. 129.

<sup>81</sup> Contre cette interprétation, É. Maulin soutient que « Carré de Malberg [...] projette la signification sur la réalisation constitutionnelle du principe de la souveraineté populaire dans la Constitution de 1793. Cette dernière, pas plus que Rousseau, ne conçoit pourtant la souveraineté des individus, mais toujours celle de la collectivité du peuple, entendu comme unité », É. MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », art. cité, p. 7 ; mais il résulte pourtant, selon nous, du texte même de la Contribution que Carré de Malberg applique à la Constitution de 1793 sa théorie du régime représentatif élaborée sur la Constitution de 1791.

lorsque les organes étatiques compétents font les lois, c'est la collectivité tout entière qui par eux se fixe à elle-même certaines règles ; mais il est certain que de leur côté les citoyens, par là même qu'ils font partie de la collectivité et qu'ils en sont les éléments composants, ne sauraient être considérés comme totalement étrangers à la confection de ces actes législatifs : ils y participent au moins en un sens [celui de l'association passive]. C'est bien ce que disaient les Constitutions de l'époque révolutionnaire : les Déclarations des droits de 1789 (art. 6), de 1793 (art. 4) [...] spécifiaient que tous les citoyens concourent à la confection des lois, au moins par leurs représentants : tous sont présents ou représentés à l'acte de puissance d'où sort la loi<sup>82</sup>.

Carré de Malberg applique ainsi explicitement cette double représentation des citoyens – passive et active – au régime institué par la Convention<sup>83</sup>. L'organe législatif est toujours chargé, par la Constitution, d'attribuer une volonté à la nation. Par-là, les citoyens-nationaux, membres constitutifs de la nation, se voient dotés d'une volonté qui ne leur est pas étrangère. Cet organe n'est cependant plus de nature parlementaire, et ses membres ne sont pas désignés par l'élection.

Dans une longue note<sup>84</sup> à l'occasion de laquelle il s'oppose à Duguitt sur le sens à donner aux notions de *veto* et de *referendum facultatif*, Carré de Malberg entend fixer leur définition en s'appuyant, d'une part, sur la *censure du peuple*<sup>85</sup> prévue

---

<sup>82</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. I, p. 244-245.

<sup>83</sup> Les passages ci-après tirés de la *Contribution* témoignent sans ambiguïté de l'application à la Constitution de 1793 du même cadre intellectuel que celui qui lui avait permis d'analyser la Constitution de 1791. *Ibid.*, p. 118-119 : « l'État unitaire moderne est exclusivement un État d'individus, en ce sens que – conformément aux conceptions de la Révolution française – il est constitué uniquement par l'« universalité des citoyens » (Const. 1793, art. 7.) » ; *Ibid.*, t. II, p. 167 : « La notion de souveraineté nationale est, en France, l'un des principes fondamentaux du droit public et de l'organisation des pouvoirs. On a dit de ce principe qu'il est la plus importante des conquêtes qu'ait réalisées la Révolution. De fait, il est consacré, dès le début des événements de 1789, par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 3 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu, ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Depuis lors, et sauf une interruption en 1814, la souveraineté nationale a été, en théorie du moins, admise explicitement ou implicitement par les Constitutions successives de la France. C'est d'abord la Const. de 1791 qui, dans les art. 1<sup>er</sup> et 2 du préambule de son tit. III, déclare que « la souveraineté appartient à la nation... de qui émanent tous les pouvoirs ». D'après l'art. 25 de la Déclaration des droits placée en tête de la Const. de 1793, « la souveraineté réside dans le peuple » ; t. II, p. 175, Carré de Malberg affirme que « le sens du principe de la souveraineté nationale [est que] celle-ci est dans la nation, elle ne s'analyse pas en une souveraineté personnelle des nationaux » et de préciser dans la note 9 correspondante que « Cette conclusion est aussi celle qui se dégage, peut-être à leur insu, de la formule qu'ont employé diverses Constitutions pour exprimer le principe de la souveraineté nationale. Elles disent que « la souveraineté réside dans l'universalité des nationaux ». Ainsi s'expriment les Const. de 1793 (art. 7) [...] L'universalité des citoyens ou nationaux, c'est la nation considérée dans son unité collective et distinguée de ses membres particuliers. La formule précitée peut donc servir très heureusement à indiquer que la souveraineté nationale a son siège, non point dans les nationaux eux-mêmes, mais dans l'être collectif qu'ils concourent à former et qui est la nation ».

<sup>84</sup> *Ibid.*, t. I, p. 402-404, note 14.

<sup>85</sup> La procédure de la censure est décrite aux articles 1 à 29 du titre VII du projet de Constitution proposé, voir *Archives parlementaires*, t. LVIII, 16 février 1793, p. 619-620. Cette censure devait permettre, au terme d'une procédure que Carré de Malberg qualifie de « très compliquée » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, t. I, p. 403) qu'une loi définitivement adoptée par le Corps législatif soit modifiée ou qu'une nouvelle loi soit adoptée. Une revendication individuelle, appuyée par cinquante titulaires du droit de suffrage, devait d'abord obtenir l'approbation de la

dans le projet de Constitution girondine, et, d'autre part, sur la *réclamation*<sup>86</sup> dans la Constitution montagnarde. Selon l'auteur strasbourgeois, la *censure du peuple* du projet girondin ne permettait pas au corps des citoyens actifs de participer « réellement à la puissance législative, la formation de la loi ne dépendant pas de sa sanction ». Ainsi que Carré de Malberg le relève, le scrutin qui devait conclure la procédure et permettre de confronter le choix des parlementaires avec celui des citoyens « avait seulement pour conséquence le renouvellement du Corps législatif, et c'était à la législature nouvellement élue dans ces conditions qu'était réservé le pouvoir de prononcer la révocation [de la loi toute juste adoptée]<sup>87</sup> ». Si le veto girondin devait permettre à l'ensemble des citoyens actifs de s'opposer à l'interprétation parlementaire de la volonté générale, la mise en œuvre de cette loi malgré leur désaccord témoignait de leur subordination au Corps législatif<sup>88</sup>. La loi pouvait donc être encore tenue pour la volonté de la nation sans que les citoyens actifs n'aient pu s'y opposer efficacement.

La *réclamation montagnarde*, quant à elle, procure au corps des citoyens actifs le moyen d'agir, c'est-à-dire de vouloir pour la nation et d'accéder ainsi à la qualité d'organe suprême. Bien que le Corps législatif conserve encore la compétence exclusive de proposer la loi, « dans le système du referendum et à la différence de ce qui se passe dans le cas du veto, la loi adoptée par le Corps législatif n'existe toujours qu'à l'état de projet » avant qu'elle ne soit approuvée, ou non, par le corps des citoyens. La loi n'en est donc une que pour autant que le corps des citoyens actifs l'ait bien voulu. Leur approbation n'est cependant pas nécessairement explicite car il faut et il suffit qu'« un nombre suffisant de citoyens à toute la valeur d'une adoption populaire, adoption tacite qui rend superflue l'adoption expresse,

---

majorité des votants de son assemblée primaire puis, en cas de succès, celle des votants des assemblées primaires de son arrondissement avant d'obtenir celle de l'ensemble du département. Celle-ci serait transmise au Corps législatif, qui devait délibérer puis voter sur un projet de décret déduit de cette initiative. Si ce projet de décret était ensuite contesté par la majorité des votants d'un autre département, les assemblées primaires de tous les départements devraient alors être convoquées afin de statuer sur le choix du Corps législatif. En cas d'improbation du projet de décret, le Corps législatif aurait été dissout, les parlementaires qui s'étaient prononcés pour le maintien du décret disputé seraient inéligibles dans la législature suivante et une nouvelle discussion sur ce « vœu général » aurait été inscrite à l'ordre du jour de la législature suivante. La décision prise par cette nouvelle législature aurait pu être de nouveau soumise à cette recherche d'une conformité de la volonté parlementaire à la volonté de majorité des citoyens.

<sup>86</sup> C'est au sein du chapitre « De la formation de la loi » qu'il est prévu aux articles 58, 59 et 60 que si « Quarante jours après l'envoi de la loi proposée, [...] dans la moitié des départements, plus un, le dixième des Assemblées primaires de chacun d'eux, régulièrement formées, n'a pas réclamé, le projet est accepté et devient loi » mais si, au contraire, « il y a réclamation [alors] le Corps législatif convoque les Assemblées primaires » et les membres donneront leurs « suffrages sur les lois [...] par oui et par non ».

<sup>87</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. I, p. 403, note 14.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 403, note 14 : Carré de Malberg relève ainsi que le projet girondin excluait toute exception dans l'intervalle « l'art. 29 du tit. VIII spécifiait-il que, bien que le maintien des lois adoptées par le Corps législatif dépende de la censure populaire, "l'exécution provisoire de la loi sera toujours de rigueur" ».

ainsi que le disait déjà Rousseau (*Contrat social*, liv. II, ch. I, *in fine*<sup>89</sup>)<sup>90</sup> ». De cette façon, la *réclamation montagnarde* fournit aux citoyens actifs le moyen de certifier que le choix des parlementaires est conforme au leur, soit qu'ils ne réclament pas contre le projet de loi, soit que le résultat du scrutin qui se sera finalement déroulé atteste de cette conformité. Les citoyens actifs accèdent alors à la qualité d'organe suprême, en tant que c'est suivant leur choix que la loi en sera une : « dans la démocratie directe [...] le fondement juridique du droit de sanction ou d'adoption populaire réside dans le fait que le peuple est constitutionnellement l'organe suprême de l'État, ce qui n'est plus vrai dans le simple cas du veto<sup>91</sup> ». Les citoyens actifs réunis en peuple-organe, fournissent alors sa volonté à la nation.

Les deux rapports entre les citoyens et la loi définis dans la *Contribution* (I), l'un passif, l'autre actif, seront conservés dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg. Ainsi qu'on le verra, il n'y a pas de bouleversement entre la *Contribution* et ses écrits postérieurs, mais une inversion de l'importance accordée à ces deux rapports (II). Le premier, passif, passera à l'arrière-plan des écrits de Carré de Malberg, tandis que le second, actif, qui insiste sur la participation des citoyens à la formation de la loi, passera à l'avant-plan.

## II. DE L'ASSOCIATION PASSIVE À LA PARTICIPATION ACTIVE DES CITOYENS À LA FORMATION DE LA LOI DANS L'ŒUVRE TARDIVE DE CARRÉ DE MALBERG

Au point de vue de sa conception des relations entre les citoyens et la loi, l'œuvre de Carré de Malberg est d'une remarquable constance puisque qu'il conserve, jusqu'à ses *Considérations* parues en 1931, l'association passive des citoyens comme le moyen de rapporter la loi aux citoyens passifs, c'est-à-dire aux nationaux. Toutefois, l'attention que l'auteur strasbourgeois accordait à cette association passive se déplacera vers cette participation active, jusqu'alors relativement marginalisée. Ainsi, plus qu'une rupture entre la *Contribution* et les œuvres plus tardives de Carré de Malberg, c'est à une oscillation de l'intérêt que porte Carré de Malberg aux deux rapports entre les citoyens et la loi dégagés dans la *Contribution* que l'on assiste<sup>92</sup>. La lecture attentive des écrits tardifs de l'auteur

---

<sup>89</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, liv. II, ch. I, « Que la souveraineté est inaliénable » : « ce n'est point à dire que les ordres des chefs ne puissent passer pour des volontés générales, tant que le Souverain libre de s'y opposer ne le fait pas. En pareil cas, du silence universel on doit présumer le consentement du peuple ».

<sup>90</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. I, p. 404, note 14, où il ajoute également que « L'art. 53 de la Const. de 1793 disait : "Le Corps législatif propose des lois et rend des décrets." D'après ce texte (confirmé par l'art. 58), la loi ne tirait de son adoption par le Corps législatif que la valeur d'une proposition, laquelle devait être adressée au peuple, et elle ne devenait loi parfait que par l'adoption expresse ou le défaut de réclamation de celui-ci ».

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 404, note 14.

<sup>92</sup> À suivre l'idée d'une rupture dans l'œuvre de l'auteur strasbourgeois, il conviendrait même de la localiser non pas postérieurement à la *Contribution* mais en son sein, c'est-à-dire entre son écriture avant la Première Guerre mondiale et sa parution en 1920. Dans l'« avant-propos » à la *Contribution* dont O. Beaud a déjà relevé l'importance (« Fragment d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », art. cité), Carré de Malberg semblait amender le contenu de l'ouvrage juste avant sa publication. Ainsi, alors que la combinaison de ses théories de la souveraineté nationale et de l'organe était censée exclure la possibilité d'une volonté propre des citoyens, il admettait néanmoins la nécessité que l'organe législateur prenne en compte les prémisses de

strasbourgeois permet ainsi de mettre en valeur la part de continuité dans cette œuvre (A) tandis que l'étude de la promotion de la participation des citoyens actifs à la détermination de la loi permet d'en souligner la part de nouveauté (B).

### A. La persistance de l'association passive des citoyens à la formation de la loi dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg

La survivance de l'association passive des citoyens-nationaux à la formation de la loi dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg. Dans ses écrits postérieurs à la *Contribution*, l'auteur strasbourgeois n'abandonne pas le moyen par lequel les citoyens-nationaux se voient rapportés la loi à laquelle ils n'ont pas contribué en cette qualité. Les termes que Carré de Malberg emploie sont sans équivoque ; il conserve le cadre dans lequel il étudiait le régime représentatif dans sa *Contribution*.

Dans ses œuvres postérieures à la *Contribution*, Carré de Malberg réitère sa conception des rapports entre les citoyens et la loi. Il en est ainsi, d'abord, dans ses « Observations sur la force obligatoire de la loi », qui préfigurent le cinquième chapitre de *La loi expression de la volonté générale*. La composition de la nation est inchangée, car il soutient encore que « La Révolution, on le sait, a dégagé, comme l'une des assises fondamentales du système de l'État moderne, l'idée que la nation est une universalité, attendu qu'elle prend sa consistance exclusivement dans les citoyens ». L'auteur strasbourgeois reste fidèle à sa lecture si particulière de l'article 6 de la Déclaration qui lui permet de combiner ses théories de l'organe et de la souveraineté nationale car, selon lui,

C'est en vertu de ce concept que l'art. 6 de la Déclaration de 1789 affirmait que « par leurs représentants », c'est-à-dire par l'organe législatif national, « tous les citoyens » doivent être regardés comme exerçant le « droit de concourir à la formation de la loi », laquelle pouvait être définie par ce même texte « l'expression de la volonté générale ».

C'est, enfin, encore l'association passive des membres de la nation à la formation de la loi par ses organes qui permet de leur rapporter une volonté qu'il n'ont pourtant pas énoncé : « [s'agissant des] citoyens, les lois qui les régissent, ne sauraient passer pour des manifestations d'une puissance de commandement extérieure à eux » puisque « l'autorité législative de laquelle elle émane est, principiellement et par définition juridique, l'organe d'une collectivité qui n'est pas autre

---

volonté dont ils feraient néanmoins preuve. Carré de Malberg notait ainsi que « l'examen des faits montre que, dans ses rapports avec son peuple, l'État doit puiser dans la volonté ou, tout au moins, dans les aspirations de ce peuple lui-même les motifs et même les éléments de ses décisions : décisions, qui, à défaut de cette base populaire, demeureront dépourvues de force et de vertu », et de noter, déjà, le besoin pour l'État d'obtenir le consentement des citoyens à l'application de la loi en tant qu'ils obéiraient à eux-mêmes par l'intermédiaire de leur participation à sa formation : « s'il a bien le pouvoir d'imposer la volonté générale à chaque membre particulier de la nation, [l'État] ne saurait prétendre imposer à l'ensemble de ses nationaux une volonté qui serait autre que celle de cet ensemble lui-même. La notion de puissance dominatrice devrait donc céder le pas devant celle, plus haute, de collaboration [...] », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. I, p. XII-XIII. Il ne s'agit là, selon nous, que de l'esquisse de ce que Carré de Malberg confirmera plus tard : l'éclipse de la volonté des citoyens-nationaux du régime représentatif n'efface pas le besoin d'admettre la contribution du plus grand nombre possible d'entre eux en tant que citoyens actifs.

chose que la totalité des citoyens<sup>93</sup> ». Conservé au sortir de la *Contribution*, ce cadre intellectuel restera encore intact dans son article intitulé « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », paru en 1929<sup>94</sup>. Selon Carré de Malberg, au fondement de l'impossibilité de sanctionner l'inconstitutionnalité des lois se trouve la singularité de l'organe législateur depuis 1789. Carré de Malberg insiste sur la distinction qui s'est faite jour dans le droit constitutionnel révolutionnaire entre d'une part, « l'Exécutif et l'autorité judiciaire [qui] n'exercent les attributions comprises dans leur compétence qu'en la qualité et avec des pouvoirs de fonctionnaires opérant au service de la nation » et, d'autre part, « l'assemblée des députés, conçue comme devant être l'organe qui "veut pour la nation", [qui] devenait la "représentation" même de celle-ci et acquérait, de ce chef, la possession de la souveraineté nationale avec les pouvoirs qui s'y rattachent ». Cette hiérarchie résultait, on le sait déjà, de « la Déclaration de 1789 [laquelle] formulait [...] dans son article 6, de la loi issue des décisions de la Législature qu'elle est "l'expression de la volonté générale" ». Par l'astucieuse interprétation de cette disposition, les citoyens se voyaient, d'une certaine façon, exaltés en tant que membres du souverain et, d'une autre façon, subordonnés aux choix de l'assemblée parlementaire. La logique contenue dans cette disposition de la Déclaration aboutissait ainsi à « dire que, dans le corps législatif, le peuple lui-même, ou la totalité des citoyens, se trouve présent au moment de la confection des lois ». L'association passive des citoyens à la formation de la loi révèle alors l'ascendant des parlementaires, dégagés de toute contrainte pour en déterminer le contenu : « Ce que le législateur a décidé est décision législative du peuple, c'est-à-dire non plus seulement une autorité commise par le peuple, mais du souverain lui-même<sup>95</sup> ». Ainsi qu'on le constate, le rapprochement de la loi des citoyens pourtant exclus de son élaboration, si typique de la *Contribution*, est tout à fait préservé. Il en est encore ainsi, dans *La loi expression de la volonté générale*. Bien que cet ouvrage soit parfois considéré comme l'œuvre à partir de laquelle Carré de Malberg réalise « l'aggiornamento de sa pensée constitutionnelle<sup>96</sup> » et abandonnerait les concepts et les méthodes qu'il avait développés dans sa *Contribution*, il convient selon nous, au contraire, de noter que Carré de Malberg ne fait que prolonger les écrits antérieurs, conformément à son avertissement au

---

<sup>93</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi », *Revista de drept public*, Bucarest, 1927, p. 19. En ce sens, développant ce dernier aspect, Carré de Malberg note encore que par-là, les citoyens, pourtant exclus de la formation de la loi y ont été associés : « Ces rapports [entre les citoyens et la loi] sont de nature telle que la décision du législateur s'impose d'emblée à ceux qu'elle oblige, comme si ces derniers avaient concouru à son adoption. Pour qu'il en soit ainsi, il faut nécessairement supposer que l'acte fait par l'organe législatif est traité juridiquement comme une œuvre collective, qui n'est pas propre seulement à l'auteur effectif de la loi, mais qui, émanant d'un organe régulier de la nation, vaudra comme l'œuvre d'un groupe national et, par suite aussi, de tous ceux que le groupe englobe dans son unité organisatrice », p. 21.

<sup>94</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 148-150.

<sup>96</sup> S. Pinon écrit ainsi à propos de Carré de Malberg que « Depuis l'écriture de *La loi*, l'aggiornamento de sa pensée constitutionnelle a eu lieu », S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 80.

lecteur<sup>97</sup>. Ici encore l'auteur strasbourgeois distingue le titulaire effectif du pouvoir de faire la loi de celui qui n'y est que soumis mais qui, pourtant, par l'assemblage des notions, n'y est jamais étranger :

était institué par la Constitution [de 1791] deux sortes de titulaires de la puissance publique : D'une part, le Corps législatif ou Parlement qui, en tant que représentant de la nation, ne fait qu'un avec elle ; car, ainsi que l'avait dit l'article 6 de la Déclaration, tous les citoyens se trouvent représentés, c'est-à-dire présents dans l'assemblée législative, au moment de la confection des lois ; celles-ci, par l'effet de cette représentation, sont donc l'œuvre du peuple lui-même<sup>98</sup>.

Ce cadre conceptuel est enfin toujours maintenu dans son article intitulé « Considérations théoriques sur la combinaison du référendum et du parlementarisme ». Bien que cet article soit réputé être l'aboutissement de la mutation de sa pensée initiée dans *La loi expression de la volonté générale*, Carré de Malberg y rappelle que l'association passive des citoyens-nationaux est

l'idée qui [est] à l'origine de la réédification de notre droit public [qui] a été solennellement inscrite dans l'article 6 de la Déclaration des Droits de 1789, c'est que « la loi est l'expression de la volonté générale » [ce] par quoi il faut entendre, comme l'ajoutait aussitôt ce texte, que le fondement de la force propre à la loi réside dans le seul fait qu'elle est l'œuvre de « tous les citoyens », en ce sens tout au moins que « tous les citoyens ont droit de concourir à sa formation »<sup>99</sup>.

Dans cet article, l'auteur strasbourgeois répète cette idée affirmée sans exception depuis la *Contribution* que bien que les citoyens-nationaux n'aient pas eux-mêmes contribué à la formation de la loi mais que seul l'organe parlementaire l'a fait, c'est néanmoins encore leur propre volonté qui est observable dans la loi :

si les lois adoptées par la Législature gardent pour fondement de leur force la volonté générale, alors qu'elles ne sont l'œuvre que de quelques centaines de députés, c'est comme le dit encore le même article 6, pour la raison que, dans la Législature, « tous les citoyens » trouvent, « par leurs représentants », leur médiation<sup>100</sup>.

Carré de Malberg conserve donc dans tous ces écrits l'interprétation originelle du rapport entre citoyens et loi qu'il avait conduite dans sa *Contribution*, fondé sur l'assimilation du citoyen passif au national, à qui est prêté une volonté en forme de loi par un organe constitutionnel. Le cadre intellectuel dans lequel est conçu le régime représentatif demeure ainsi inchangé entre la *Contribution* et ses œuvres postérieures.

**L'accentuation des critiques de la *Contribution* dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg.** – Les critiques contre la monopolisation de la formulation de la volonté générale par l'organe parlementaire, d'abord discrètes dans la *Contribution*, s'accroîtront progressivement dans les écrits qui lui sont postérieurs. Ces

---

<sup>97</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, op. cit., p. v : « j'utiliserai [dans cet ouvrage] – en les rassemblant, en les coordonnant et en les mettant au point – les observations et les résultats que j'ai déjà eu [l'] occasion de recueillir sur le même sujet dans diverses études antérieures, auxquelles je me permets, pour maints détails, de renvoyer par avance le lecteur », et, en note, de mentionner les ouvrages ici cités.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 20

<sup>99</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations*, op. cit., p. 234.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 234.

critiques seront également actualisées et désormais dirigées contre le régime qui lui est contemporain.

Carré de Malberg avait noté, dès sa *Contribution*, combien cette interprétation de l'article 6 de la Déclaration, laquelle permit aux parlementaires d'évincer les citoyens de la formation de la loi. L'auteur strasbourgeois critiquait déjà l'interprétation téléologique de cette disposition menée par la Constituante qui permit à la bourgeoisie dont elle était issue de capter puis de conserver le pouvoir. L'affirmation, par la Constituante, que l'État n'est composé que de nationaux s'opposait à l'organisation en ordres, groupes sociaux et professionnels de l'Ancien régime<sup>101</sup>, était ainsi le préalable indispensable à l'idée que l'Assemblée nationale législative les représente exclusivement<sup>102</sup>. Les nationaux désormais fondus tous ensemble, il convenait alors de leur donner un unique organe. Cette idée d'une nation souveraine mais impotente permettait à l'Assemblée de fonder un « un système, qui ne donnait à la collectivité des citoyens qu'un titre nu, que l'apparence et l'illusion de la souveraineté<sup>103</sup> » dénonçait-il dès la *Contribution*. Cette critique, et d'autres encore<sup>104</sup>, ne permettent pas de regarder la *Contribution* comme l'éloge du pur régime

---

<sup>101</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution, op. cit.*, t. I, p. 118-119 : « L'État unitaire moderne est exclusivement un État d'individus en ce sens que – conformément aux conceptions de la Révolution française – il est constitué uniquement par "l'universalité des citoyens" » ; t. II, p. 240 : « C'était le commencement de la destruction des ordres et le triomphe des conceptions politiques du Tiers-État. Celle-ci, en effet, pour assurer sa suprématie, devait combattre les anciens ordres privilégiés. Dès lors, les hommes qui prenaient la direction de la Révolution, furent amenés à dégager cette notion que l'État n'est formé, ni de classes, ni de groupes, ni de corporations, ayant des intérêts spéciaux mais uniquement des individus, égaux les uns aux autres, et entre lesquels il ne peut s'établir de distinction politique ».

<sup>102</sup> *Ibid.*, t. II, p. 242 : « À côté ou plutôt au-dessus de la théorie initiale qui fait du citoyen la cellule composante de la nation, la Constituante dégage l'idée d'unité organique de la nation, qui devait trouver son expression si nette et si forte dans l'art. 1<sup>er</sup> du tit. III de la Const. de 1791, et qui impliquait essentiellement ainsi l'idée d'unité de volonté et de représentation nationales. [...] Qu'on ajoute à cela le principe de l'indivisibilité de la souveraineté nationale, proclamé par l'art. 1<sup>er</sup> du titre du tit. III de la Const. de 1791, il en résultera que le droit à la représentation réside, non pas individuellement ou divisément dans chacun des citoyens qui composent la nation, mais indivisiblement dans leur collectivité totale ».

<sup>103</sup> *Ibid.*, t. II, p. 261.

<sup>104</sup> Selon Carré de Malberg, c'est encore la définition dans la Constitution du 3 septembre 1791 d'un régime électoral intrinsèquement favorable à la bourgeoisie qu'il convient de dénoncer : « Ainsi, [la Constituante] n'a pas admis que tout citoyen eût individuellement droit à l'électorat, alors pourtant que sa conception individualiste de la nation avait paru, à première vue, devoir entraîner le système du suffrage égal pour tous. Au point de vue politique, l'attitude prise par la Constituante dans cette question de l'électorat s'explique par cette observation que le Tiers-État, qui détenait au sein de l'assemblée l'influence prépondérante, était un Tiers bourgeois, et non pas populaire ou démocratique ». Les députés du Tiers à la Constituante, bien qu'ils s'interdirent d'être membre de la future Législative, ne devaient pas, selon l'auteur strasbourgeois, négliger les intérêts de leur classe : « Cette bourgeoisie, travaillant pour elle-même, édifica, en août 1791, un régime électoral, dont les deux traits essentiels étaient la division des citoyens en actifs et passifs, et l'élection à deux degrés ; le tout suivant des principes censitaires », *Contribution*, t. I, p. 244 ; La direction prise par le régime fondé par la Constituante, qui évinça les citoyens de la formation de la loi, « s'explique par le fait que la Révolution a été, à ses débuts, conçue, orientée et opérée, par la bourgeoisie. Celle-ci a bien tenu à détruire l'ancien régime, en tant qu'il s'agissait pour elle-même de s'émanciper de la condition politique effacée où elle était demeurée jusqu'à 1789 vis-à-vis du monarque et des ordres privilégiés. Mais, pour le surplus, elle n'essaya point d'organiser un régime populaire [...]. Elle se contenta d'assurer sa propre prédominance :

représentatif mais bien plus comme une étude théorique dont il avait perçu les implications sur la répartition du pouvoir entre les parlementaires et les citoyens. Les critiques du régime exclusivement représentatif sont donc présentes dès la *Contribution* et ne feront que s'amplifier par la suite. Il convient donc de s'opposer, sur ce point également, à l'idée largement partagée d'une discontinuité entre cet ouvrage et l'œuvre tardive de Carré de Malberg<sup>105</sup>.

Au-delà de l'accroissement de ses critiques, Carré de Malberg déplace son attention depuis le régime institué par la Constitution du 3 septembre 1791 vers celui fondé par les lois constitutionnelles de 1875. Dans les écrits postérieurs à la *Contribution*, il n'est plus question de réaliser l'autopsie d'un régime désormais disparu, mais d'apprécier les effets des principes apparus en 1789 et qui lui ont survécu jusqu'à la III<sup>e</sup> République dont il est contemporain. Les critiques déjà menées dans la *Contribution* sont ainsi brièvement répétées dès 1923 dans son article intitulé « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ?<sup>106</sup> » mais elles prennent plus d'ampleur à partir de ses *Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi*, lorsqu'il entend aborder ce qu'il qualifie désormais de « vrai problème fondamental du droit public actuel<sup>107</sup> ». L'auteur strasbourgeois pointe alors la pérennisation de l'idée révolutionnaire selon laquelle « les actes de volonté législative

---

et c'est dans ce but qu'elle créa un régime électoral et représentatif qui devait lui permettre à elle-même d'occuper les situations électives et qui tenait systématiquement le peuple à l'écart du gouvernement », *Contribution*, t. II, p. 261.

<sup>105</sup> R. CAPITANT soutenait ainsi déjà en 1961 que ce n'est que tardivement que Carré de Malberg « a découvert la part de "mystification" qui se trouve dans la "mystique" de la souveraineté parlementaire. Il a démontré comment le mythe de la "représentation nationale" a eu pour but de permettre aux élus d'usurper la souveraineté qui n'appartient légitimement qu'au peuple. Tout cela, il l'aperçoit, à la fin de sa vie, beaucoup plus nettement qu'au début de sa carrière. Il craint alors que la puissante explication qu'il a donnée de la III<sup>e</sup> République n'apparaisse comme une justification de celle-ci. C'est pourquoi il éprouve le besoin de libérer sa conscience en publiant ce plan de réforme, dont une première esquisse se trouve dans la conclusion de la "Loi", et dont l'exposé plus détaillé fait l'objet de l'article [Considérations théoriques...] », R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », *Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, op. cit.*, p. 127. Plus récemment, D. Mineur ne relève pas l'existence des critiques précitées dès la *Contribution* et ne les perçoit que « dans ses derniers ouvrages ». Dès lors, cet auteur perçoit une véritable volte-face chez l'auteur strasbourgeois car, selon lui « La Constitution de 1791, dans laquelle il voyait au début des années 1920 un modèle de cohérence qui confiait à la représentation parlementaire la faculté de donner vie à la nation, devient en 1931 la mystification originaire qui rend possible la dépossession du peuple », « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », art. cité, p. 3. En ce sens encore, É. Maulin estime que ça n'est que dans *La loi* que Carré de Malberg « démontre que si le fondement de la force obligatoire de la loi est l'expression de la volonté générale, cette expression est cependant monopolisée par un organe de production qui ne représente plus la nation réelle », É. MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », art. cité, p. 13.

<sup>106</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », art. cité, p. 915 ; Carré de Malberg y note qu'en contrepoint des institutions françaises, le « développement qu'ont pris, de nos jours les institutions de démocratie directs [dans les États fédérés des États-Unis] n'ont pas seulement rendu à l'idée démocratique un hommage nominal mais ont réellement introduit dans le droit public américain, à côté et au-dessus de la séparation effective des pouvoirs, un principe de démocratie effective ».

<sup>107</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi », art. cité, p. 43.

nationale sont traités comme actes de volonté des nationaux eux-mêmes », conduisant à ce que « les nationaux [s’y] trouvent, bon gré, mal gré, associés et par lesquels ils sont réputés s’être personnellement engagés et liés à leur observation », quand bien même ils n’y auraient aucunement contribué. Carré de Malberg reproche alors à ce raisonnement de mettre en valeur les nationaux, en tant qu’ils se voient qualifiés de souverains, mais qui les prive néanmoins de toute capacité de vouloir autrement que par l’organe parlementaire, seul véritable bénéficiaire de cet assemblage des notions :

Est-il possible de concevoir une mainmise plus complète de la communauté organisée sur les personnes qu’elle groupe, fusionne et absorbe en elle ? Celles-ci, il est vrai, ne sont plus réduites au rang inférieur de sujets vis-à-vis de la loi : elles sont érigées en membres du corps souverain, qui ont participé et consenti à l’acte législatif. Mais, pour arriver à ce résultat, il a fallu, comme le faisait Rousseau, leur dénier toute capacité de vouloir autrement que les organes chargés d’énoncer la volonté générale.

Le citoyen, censé être la source de la souveraineté et n’obéir qu’à sa propre volonté devient le principal destinataire d’une volonté dont il n’a pas fixé le contenu : « et ceci redevient pour le citoyen une sujétion plus absolue que celle dont l’abolition du concept de la loi – commandement a prétendu l’émanciper<sup>108</sup> ». À l’examen du raisonnement de la Constituante de 1789, se substitue la critique de la perpétuation d’une logique qui permet à l’organe parlementaire d’accaparer encore l’exercice de la souveraineté.

Répétées dans *La loi expression de la volonté générale*, dans *La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels* et ses *Considérations théoriques sur la combinaison entre le référendum et le parlementarisme*, ces critiques sont désormais mises en relation avec la III<sup>e</sup> République. Bien que l’auteur strasbourgeois se défende de toute partialité<sup>109</sup>, il dénonce néanmoins dans ce dernier article le parlementarisme absolu qui lui est contemporain, directement issu du patrimoine intellectuel de la Révolution : « La mentalité du peuple français s’est formée, dès [l’] époque [révolutionnaire], à une école dont les enseignements lui présentaient les décisions législatives du Parlement comme l’expression de la volonté générale populaire : à tort ou à raison, le peuple, chez nous, a pris l’habitude de voir dans ses assemblées parlementaires l’organe normal et qualifié par excellence de la souveraineté nationale<sup>110</sup> ». Son ouvrage *La loi expression de la volonté générale* assume son objectif dès l’avertissement au lecteur : « Je me propose de montrer que la Constitution de 1875 a appliqué et s’est par conséquent appropriée, touchant la notion de loi et

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », art. cité, p. 149-150 : « À toute cette idéologie révolutionnaire, inspirée principalement par les théories du *Contrat social*, l’on aurait beau jeu à objecter que Rousseau lui-même avait montré, d’une façon décisive, que le souverain n’est susceptible ni d’être remplacé, ni représenté. Aussi bien, nous ne prétendons pas justifier le concept qui identifie le Corps législatif avec le souverain. Nous nous bornons à constater que ce concept a présidé à la fondation et à l’orientation de notre droit public organique ».

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 160. Compte tenu de l’enracinement de ces conceptions, l’auteur strasbourgeois l’admet : ce « n’est pas chose aisée que de remonter un tel courant et de parvenir à renverser un passé dont la force politique est consolidée par de telles habitudes d’esprit. Et — pour parler en termes juridiques — ce n’est pas une petite entreprise que de ramener, dans notre construction de droit public, le Parlement au rang d’une simple autorité, exerçant ses compétences ».

de pouvoir législatif, le concept énoncé dans le célèbre article 6 de la Déclaration des Droits de 1789, et je voudrais surtout mettre en clarté l'influence que ce concept a exercé sur les institutions consacrées en 1875<sup>111</sup> ». Ici encore c'est la permanence de l'interprétation de cette disposition de la Déclaration, dévoyée depuis le premier régime fondé par les révolutionnaires jusqu'à la III<sup>e</sup> République, qui est condamnée. Les analyses que Carré de Malberg mène dans les développements se cristallisent dans la conclusion : « au terme de notre étude, il semble de 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<sup>112</sup> ». La critique de la III<sup>e</sup> République est alors inévitable tant est manifeste l'opposition entre l'affirmation que la loi concentre la volonté des citoyens et l'absence de tout moyen pour qu'ils en déterminent le contenu<sup>113</sup>.

Ses *Considérations théoriques sur la combinaison du referendum et du parlementarisme* ne diffèrent pas des publications précitées. Ici encore ce sont « pratiques parlementaires [qui] réalisent, depuis 1875, le parlementarisme absolu » qui se voient blâmées car elles trouvent dans les principes révolutionnaires le moyen de s'emparer de la formulation organique de la volonté nationale. Carré de Malberg refuse de s'étendre sur ce qu'il a déjà maintes fois répété dès sa *Contribution* : « Il serait superflu de rappeler ici que cet absolutisme prend son origine dans la conception du régime représentatif qui a été accréditée chez nous par les fondateurs révolutionnaires de notre droit public moderne ». Les racines conceptuelles de ces principes ont été mises à jour dans sa *Contribution*, et l'auteur strasbourgeois n'en rappelle désormais plus qu'une version très abrégée :

d'après cette conception, le corps des députés élus énonce la « volonté générale », attendu que « tous les citoyens » possèdent en lui leur représentation (Déclaration des Droits de 1789, art. 6) ; et d'autre part, cependant, cette volonté générale ne prend naissance qu'en lui, attendu que, dans le système consacré par la Constitution<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. v.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 216 : « Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n'est pas résigné à se payer de mot » ; « Cette fiction, qui a servi originellement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé de 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 ».

<sup>114</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations*, *op. cit.*, p. 226. En ce sens encore, p. 234 : « Ce n'est pas ici le lieu de rappeler l'influence considérable que ce concept relatif au fondement de la loi a exercé sur le développement des institutions de notre droit public au temps de la Révolution et ultérieurement, ni d'énumérer les conséquences multiples qui en ont été tirées. L'une seulement de ces conséquences doit être relevée : à savoir l'introduction du principe que le Parlement, en tant que capable d'exprimer la volonté générale, porte en lui une puissance qui est celle inhérente à cette volonté elle-même, c'est-à-dire une puissance de degré, ou plutôt d'essence souveraine. Aucun raisonnement plus que celui-là n'a été mis en œuvre pour assurer la puissance

L'originalité des écrits postérieurs à la *Contribution* se situe donc uniquement dans la redirection des critiques formulées dès la *Contribution* vers le parlementarisme excessif de la III<sup>e</sup> République. La monopolisation de l'élaboration de la loi par l'Assemblée nationale des lois constitutionnelles de 1875 reçoit les reproches actualisés déjà adressés au Corps législatif de la Constitution du 3 septembre 1791.

Alors que la *Contribution* préférerait mener son analyse du régime représentatif au prisme de l'association passive des citoyens à la formation de la loi, celle-ci cesse d'être tenue pour le lien privilégié entre la loi aux citoyens, passant à l'arrière-plan du régime représentatif. La participation active, qui permet aux citoyens d'agir effectivement sur sa formation est désormais promue, sur le modèle de la réclamation de la Constitution du 24 juin 1793.

## B. La promotion de la participation active des citoyens à la formation de la loi dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg

**La promotion de la participation active des citoyens dans le cadre du régime représentatif.** – La promotion, par Carré de Malberg, dans ses écrits postérieurs à la *Contribution* d'un rôle effectif des citoyens dans la formation de la loi suppose, pour de nombreux auteurs, que celui-ci abandonne l'architecture théorique du régime représentatif qu'il avait bâti. Il nous semble pourtant qu'il n'en est rien, et que ses propositions de réforme de la III<sup>e</sup> République préservent la structure de la pensée qu'il avait dégagée dès la *Contribution*, sans renoncement de la part de l'auteur strasbourgeois.

Le passage, chez Carré de Malberg, de l'analyse du régime représentatif révolutionnaire qui évince les titulaires du droit de suffrage, à la proposition de réformes pour accroître leur rôle est généralement tenu pour l'abandon des positions qu'il soutenait dans sa *Contribution*. Pour D. Mineur c'est la théorie de la souveraineté nationale elle-même que Carré de Malberg abandonne. Alors que celle-ci était conçue comme la seule fondant le droit constitutionnel post-révolutionnaire, il conviendrait désormais de s'en détourner : « C'est en effet parce que la souveraineté légitime est désormais, aux yeux de Carré de Malberg, la souveraineté populaire, que le dispositif présenté naguère comme consacrant une autre théorie de la souveraineté, supérieure à la souveraineté populaire comme à la souveraineté monarchique, est maintenant vu comme une usurpation des droits du souverain légitime au profit de quelques-uns<sup>115</sup> ». L'attribution de la souveraineté à une nation abstraite impliquait son mutisme constitutionnel. Désormais, ce serait au « peuple réel » que l'auteur strasbourgeois s'en référerait. Pour D. Mineur, ce peuple tangible doit donc trouver les moyens d'agir, c'est-à-dire de vouloir en forme législative car le « rétablissement de la souveraineté populaire dans ses droits passe par l'introduction du référendum d'initiative populaire<sup>116</sup> ». Toutefois, la promotion de

---

illimitée ou, en tout cas, hautement prépondérante du Parlement, non seulement sur la législation, mais encore sur l'action gouvernementale et les organes de l'Exécutif, bien plus sur la Constitution elle-même et sa révision éventuelle. En un mot, ce raisonnement a servi, plus que tout autre, à justifier et à favoriser le système du parlementarisme absolu ».

<sup>115</sup> D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », art. cité, p. 6-7.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 8. En ce sens également, O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », art. cité, p. 1299-1300, qui place néanmoins cette

la participation des titulaires du droit de suffrage n'implique pas l'attribution de la souveraineté au peuple. L'attribution de compétences législatives au corps des citoyens lui permet d'être l'organe législateur, sans toutefois que le *peuple*, si l'on tient à garder ce mot, ne se voit constitutionnalis<sup>117</sup>. Laissé dans l'arrière-plan constitutionnel, le peuple, c'est-à-dire les citoyens passifs, les nationaux, s'efface du régime représentatif malbergien pour mieux mettre en valeur, à l'avant plan, le corps des citoyens actifs.

Cette alternance entre les deux faces du concept de citoyen n'a pas, non plus, été perçue par C. Schönberger. Cet auteur estime en effet que Carré de Malberg abandonne la polarité souveraineté nationale – souveraineté du peuple qui structurait la *Contribution* au profit de « la nouvelle idée de l'universalité des citoyens<sup>118</sup> », laquelle se voit promue arbitre des conflits entre le Parlement et le chef de l'Exécutif. Ce concept d'« universalité des citoyens » synthétiserait les notions pourtant contraires de *peuple* et de *nation* et impliquerait une « rupture avec la "Contribution" [qui] est très nette, bien que l'auteur ne s'en explique pas ». Pourtant, Carré de Malberg aurait conservé certains termes et notions de la *Contribution*, ce qui « rend incertaine la réponse à la question de savoir jusqu'à quel degré l'auteur a abandonné son système antérieur ». Il en serait ainsi particulièrement « la notion d'"organe suprême" à propos du peuple, sans qu'on connaisse exactement le sujet qui est censé agir par cet organe<sup>119</sup> ». Toutefois, on l'a vu, le concept d'organe suprême appliqué au peuple désigne le corps des citoyens pris sous l'angle de leur capacité à exercer les compétences constitutionnelles qui leur ont été dévolues, et devenir alors le législateur de la nation, à laquelle ils appartiennent tous nécessairement. De même, l'« universalité des citoyens », expression tirée de l'article 6 de la Déclaration de 1793, n'est pas nouvelle. Elle avait déjà permis à Carré de Malberg d'intégrer le régime de la Convention dans le cadre de sa théorie de la souveraineté nationale, tant dans sa *Contribution*<sup>120</sup> que dans *La loi expression*

---

rupture avec la Contribution dès La loi : « où il abandonne la construction idéaliste de la "souveraineté nationale" figurant dans la Contribution. [...] Il modifie sa conception de la souveraineté nationale qui cesse d'être "abstraite" ou fictive pour devenir sous le nom de "souveraineté de la volonté générale", une souveraineté concrète. Désormais identifiée au peuple-corps électoral (organe électoral), la nation peut s'opposer au Parlement, (organe législatif) et faire échec à la souveraineté parlementaire. Ce projet politique de Carré de Malberg vise à garantir "la souveraineté effective et agissante – du moins toujours prête à agir – du peuple" ».

<sup>117</sup> D. Mineur avait bien noté que « Carré de Malberg hésite, dans La loi... entre une caractérisation du peuple qui en fait le souverain, et l'autre qui le fait "organe suprême" » mais cependant, faute de distinguer les deux qualités des nationaux admis dans le régime représentatif, il affirmait que l'hésitation de l'auteur strasbourgeois... « sans que l'on sache [...] qui est alors le souverain », D. MINEUR, « De la souveraineté nationale à la volonté générale. L'évolution de Carré de Malberg, du projet positiviste au parti-pris démocratique », art. cité, p. 10, note 15.

<sup>118</sup> C. SCHÖNBERGER, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », art. cité, p. 315.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>120</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 175-176, note 9 ; Dans cette note, Carré de Malberg entend bien placer le régime fondé par les conventionnels sous la seule souveraineté de la nation. Pour lever l'ambiguïté du vocabulaire et solidement arrimer la Constitution de 1793 à la souveraineté de la nation, l'auteur strasbourgeois affirmait que « De même [...] que l'universalité d'un patrimoine, d'une succession, est, en droit, une entité distincte des objets singuliers que cette succession ou ce patrimoine renferment, de même aussi – si l'on s'en tient au sens propre des termes – l'universalité des citoyens, c'est tout autre chose que le total des

de la volonté générale<sup>121</sup>. L'auteur strasbourgeois n'abolit donc pas les distinctions posées dans sa *Contribution* ni ne dégage de nouveaux concepts dans ses derniers écrits mais opère seulement un balancement entre les deux rapports entre les citoyens et la loi qu'il avait défini précédemment. Carré de Malberg s'appuie ainsi successivement sur les deux acceptions de la notion de citoyen par lui dégagées, et inverse l'importance qu'il accordait respectivement à la relation platonique par rapport à la relation volitive des citoyens à la loi.

É. Maulin estime également que Carré de Malberg abandonne l'opposition entre *peuple* et *nation* qui structurait sa pensée dans la *Contribution*. Plus encore, le fait qu'il envisage l'attribution au « peuple » d'une capacité d'initiative législative suppose alors qu'il opère un complet retournement des concepts car « comment comprendre ce droit autrement que comme un droit propre ou encore subjectif ? ». Pour É. Maulin, la participation des citoyens à la formation de la loi proposée par Carré de Malberg lui fait quitter le champ du régime représentatif puisque

il y a bien de la différence entre le referendum et l'initiative populaire [car] tandis que le premier, en ce qu'il est organisé par la Constitution et, par conséquent, initié par un organe étatique, le second échappe définitivement à toute maîtrise constitutionnelle puisqu'il n'émane pas d'un organe constitué mais d'une puissance originaire<sup>122</sup>.

É. Maulin estime alors avec C. Schönberger que la « souveraineté de la volonté générale » remplacerait le principe de la souveraineté nationale comme concept clef de la deuxième partie de l'œuvre de Carré de Malberg<sup>123</sup>. L'abandon des concepts structurant du régime représentatif révélerait finalement le bouleversement des méthodes de Carré de Malberg puisque, on s'en souvient, l'auteur strasbourgeois soutenait dans sa *Contribution* qu'« il est permis [...] d'affirmer que la théorie qui base l'électorat sur un droit de souveraineté individuelle, est, à l'heure présente, définitivement exclue de la science du droit public<sup>124</sup> ». Il n'en est pourtant rien. Lassé d'avoir déjà trop souvent défini le cadre théorique dans lequel il s'inscrit<sup>125</sup>, Carré de Malberg tient pour acquis ce qu'il a toujours répété : la participation des

---

individus, comptés un à un, qui composent la cité. L'universalité des citoyens ou nationaux, c'est la nation considérée dans son unité collective et distinguée de ses membres particuliers. La formule précitée peut donc servir très heureusement à indiquer que la souveraineté nationale a son siège, non point dans les nationaux eux-mêmes, mais dans l'être collectif qu'ils concourent à former et qui est la nation ».

<sup>121</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 150 : « il faut se souvenir que, d'après le concept de nation dégagé en 1789, celle-ci est une universalité de citoyens : elle n'a pour éléments constitutifs que les nationaux ».

<sup>122</sup> É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *art. cité*, p. 135.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 128 : « Alors que la Contribution gravite essentiellement autour du principe de la souveraineté nationale, c'est celui de la loi, expression de la volonté générale qui constitue le point d'Archimède de la deuxième partie de son œuvre. Là est l'élément fondamental qui doit nous permettre de comprendre l'évolution de la pensée de l'auteur » ; C. Schönberger, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », *art. cité*, p. 314 : « À un discours organisé par la notion constitutionnaliste de souveraineté nationale succède un discours s'organisant autour de la "souveraineté de la volonté générale" ».

<sup>124</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, *op. cit.*, t. II, p. 486.

<sup>125</sup> P. 30 *sq.*

titulaires du droit de suffrage n'est concevable qu'au sein d'un ordre constitutionnel déjà fondé. Il ne structure donc pas, désormais, son propos autour de la souveraineté de la volonté générale car il l'a toujours fait, ainsi qu'en témoigne sa lecture de l'article 6 de la Déclaration de 1789 dès sa *Contribution*. Cependant, tandis qu'il soulignait son interprétation déformante au profit du seul organe parlementaire, il entend, désormais, en concrétiser une lecture fidèle à l'intention de Rousseau, son principal propagateur. Ce faisant, il promeut la participation la plus large sans, pourtant, admettre que les titulaires du droit de suffrage aient un titre à participer à l'exercice de la souveraineté antérieur à la Constitution elle-même.

La nécessaire préservation du cadre du régime représentatif dans l'œuvre tardive de Carré de Malberg avait été perçue par F.-G. Dromard. Cet auteur avait bien noté que l'affirmation, par l'auteur strasbourgeois, de l'incompatibilité entre la démocratie et l'État impliquait seulement que la préférence de l'auteur strasbourgeois en faveur de la participation du peuple ne se conçoive que dans le cadre d'une Constitution déjà adoptée<sup>126</sup> : « Carré de Malberg ne prétend pas le moins du monde qu'une société qui opte pour la démocratie (directe) perd la qualité d'État [...]. Il est patent que ce n'est pas l'État démocratique en soi qui est ici remis en cause, mais le mode de construction qu'en esquisse Rousseau ». Cependant, cet auteur estimait que cette promotion du referendum impliquait que Carré de Malberg se contredise en renonçant à tirer toutes les conséquences de la souveraineté populaire qu'il avait décrites dans sa *Contribution*<sup>127</sup>, l'attribution de la souveraineté au peuple soutenant en effet nécessairement ses opinions dans ses écrits postérieurs. On l'a pourtant vu, Carré de Malberg inscrit toujours sa pensée dans le cadre du régime représentatif, c'est-à-dire de la souveraineté nationale car la théorie de la souveraineté populaire est nécessairement exclue du champ de l'analyse constitutionnelle lorsqu'elle situe le titre du peuple à exercer son pouvoir ailleurs ou en amont de la Constitution.

**La prise de distance avec l'exemple de Weimar.** – Les mécanismes de participation prévus par la Constitution de la république de Weimar ont été regardés

---

<sup>126</sup> F.-G. DROMARD, « Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg », art. cité, p. 214 ; p. 215-216 : « Ce que l'auteur reproche au *Contrat social* et a à cœur de révéler est simplement qu'« il n'y a pas, dans l'État, de souveraineté antérieure à celle de l'État lui-même » (t. II, p. 166). En tant qu'elle a trait au siège primitif et à la source originaires de la puissance souveraine, la théorie de la souveraineté populaire ne reflète pas la réalité juridique ; elle la falsifie en faisant croire à l'existence d'une souveraineté ayant son siège, originellement, dans la masse des individus. [...] Sans constitution ou organisation corporative, il n'est pas d'État et, sans État, il n'est pas de droit. Le droit de concourir aux décisions collectives est et ne peut être qu'une concession étatique. L'illusion, ravivée dans la thèse de Rousseau, d'une souveraineté anté-étatique doit donc être pourchassée. La souveraineté populaire ne saurait s'imposer à l'État ; elle ne peut que procéder de son organisation statutaire. Lorsqu'il est question de souveraineté du peuple, il ne peut s'agir que de la position hiérarchiquement la plus élevée qu'occupe le corps des citoyens dans l'État ».

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 213 : « la principale objection que l'on puisse encore opposer à l'interprétation ici proposée de la doctrine de Carré de Malberg est celle qui repose sur la condamnation, dans la *Contribution*, de la notion de souveraineté populaire. Cette notion serait assise sur l'hypothèse que les citoyens sont revêtus d'un titre individuel à participer à l'exercice de la souveraineté, titre qu'ils tiendraient de la nature ou d'un prétendu pacte social. Or, pour le professeur de Strasbourg, cette thèse imputée à Rousseau est incompatible avec la théorie de l'État. À la lumière de cette affirmation, il peut donc être tentant de traduire sa démarche intellectuelle comme marquant sa volonté d'édulcorer complètement la notion de souveraineté populaire ».

par certains auteurs comme la principale source d'inspiration des propositions de Carré de Malberg tendant à permettre la participation active des citoyens dans la formation de la loi<sup>128</sup>. En ce sens, dès son article paru à l'*Alsace française* en 1923, Carré de Malberg se réfère à la nouvelle Constitution allemande. L'auteur strasbourgeois va jusqu'à souhaiter qu'elle forme « peut-être, pour d'autres nations animées d'un esprit sincèrement démocratique, une indication de la voie dans laquelle pourra s'engager l'évolution future de leurs institutions<sup>129</sup> ». Malgré l'étude approfondie de cette Constitution par l'auteur strasbourgeois à laquelle il dédie plusieurs publications<sup>130</sup>, cette inspiration pourrait cependant n'être que superficielle concernant sa prise de position en faveur de la participation populaire.

Il convient en effet de noter, d'abord, que Carré de Malberg n'entend pas que les titulaires du droit de suffrage se voient confier la capacité à initier le processus législatif ainsi que l'avait fait la Constitution de Weimar. Si Carré de Malberg mentionne ce procédé dans son article paru en 1923, il adhère « surtout » à l'idée que « le peuple domine à la fois le Reichstag et le Président, en ce que la perfection des révisions constitutionnelles dépend de la volonté populaire<sup>131</sup> ». De même son article paru en 1931, où l'on peut lire ses propositions les plus abouties, ne fait plus qu'une référence voilée au régime allemand tandis qu'il cite explicitement les exemples suisse et britannique<sup>132</sup>. Plus encore, Carré de Malberg n'entend désormais que promouvoir « le pouvoir [du corps des citoyens] de prononcer le rejet ou l'adoption définitive des décisions parlementaires<sup>133</sup> », sans leur accorder de capacité d'impulsion du processus législatif. Si donc Carré de Malberg devait s'être inspiré des mécanismes de la Constitution de Weimar, il aura opéré parmi eux une sélection dont le critère sera resté inconnu. Il convient de relever, ensuite, que les références de Carré de Malberg à la Constitution allemande ne se font que dans les

---

<sup>128</sup> R. Capitant notait ainsi dans « Carré de Malberg et le régime parlementaire » in *Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, op. cit., p. 15 : « Informé comme il l'était des choses allemandes, il s'est, en outre, beaucoup intéressé à la Constitution de Weimar, à laquelle il a consacré de nombreux articles. Les réflexions que celle-ci lui a suggérées ont certainement contribué à guider et à nourrir la rédaction de son article de la *Revue du Droit public* ». É. Maulin écrit ainsi « Il est [...] significatif que l'auteur tire une partie de son argumentation de l'analyse du régime de Weimar pour soutenir "au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une volonté plus forte qui est celle du peuple" », É. MAULIN, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », art. cité, p. 138. En ce sens encore, C. SCHÖNBERGER, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », art. cité, p. 309-310.

<sup>129</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles », art. cité, p. 916.

<sup>130</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, p. 285-325 ; « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1925, p. 321-347 puis p. 398-425 ; « La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1928, p. 597-619 puis 1929, p. 155-173.

<sup>131</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles », art. cité, p. 915.

<sup>132</sup> Carré de Malberg s'oppose à ceux qui considèrent la participation populaire incompatible avec le régime parlementaire puisqu'« aujourd'hui, [...] dans maintes Constitutions déjà, les deux puissances sont admises à s'exercer simultanément », R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations*, op. cit., p. 229.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 228.

années qui suivent immédiatement son adoption. Ces renvois à la Constitution de Weimar dans son article paru en 1923 correspondent au « temps de la nouveauté<sup>134</sup> », c'est-à-dire à la courte période lors de laquelle ce nouveau régime suscita l'intérêt de la doctrine française. De cette façon, son article paru à *L'Alsace française* s'inscrit dans un intense débat sur les réformes à apporter sur la III<sup>e</sup> République<sup>135</sup>, où la Constitution de Weimar n'aura été qu'une brève source d'inspiration. Plus donc que dans le régime allemand contemporain de Carré de Malberg, c'est dans les références explicites à la réclamation de la Constitution du 24 juin 1793 que l'on peut trouver le modèle sur lequel il bâtit sa proposition.

**La mobilisation du modèle de la réclamation montagnarde.** – La participation des titulaires du droit de suffrage autrement que par la désignation des parlementaires procède, selon Carré de Malberg, de la logique même qui avait permis aux révolutionnaires de les évincer. Cette mise en conformité du régime représentatif avec les principes qui avaient été revendiqués par les révolutionnaires peut se faire sur l'exemple de la *réclamation montagnarde*.

Carré de Malberg soutient que la participation accrue du corps populaire au sein du régime parlementaire s'appuie sur les bases mêmes qui avaient permis au Parlement de s'ériger en unique interprète des volontés populaires. Ainsi l'« intensification de la puissance des assemblées parlementaires a été fondée [à l'époque révolutionnaire] sur l'origine élective de leurs membres ou, en tous cas, [compte tenu du mode de scrutin à deux degrés dans la Constitution de 1791] sur les liens qui les unissaient à la communauté nationale ». Cette origine élective contrastait alors avec l'hérédité du monarque et la nomination de ses agents. Les assemblées parlementaires « ont [alors] pu être caractérisées comme une représentation de cette

---

<sup>134</sup> Carré de Malberg prolongera quelque peu l'intérêt français pour ce régime dans ses trois publications précitées mais C. M. Herrera nous apprend que c'est l'indifférence à l'égard du régime de Weimar qui dominera très rapidement au sein de la doctrine : « Si l'on s'en tient à la lecture de la principale revue publiciste française de l'époque, la *Revue du droit public*, déjà évoquée, on aura du mal à trouver des articles de fond sur la Constitution de 1919 après que le temps de la nouveauté est passé, ce qui tranche avec l'intérêt durable que va déclencher le moment venu le régime hitlérien », C. M. HERRERA, « Weimar chez les juristes français contemporains » in *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française*, Paris, Kimé, 2011, p. 16.

<sup>135</sup> L'article de Carré de Malberg paru à *L'Alsace française* le 6 octobre 1923 et intitulé « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles » est ainsi une des réponses à un article au même titre, paru le 8 septembre précédent, dans la même revue, d'une importante personnalité locale, Marc Lucius, docteur en droit. Cet article ouvrait le débat en affirmant qu'« Il n'est plus possible de se dissimuler que le régime constitutionnelle que la France s'est donné en 1875 traverse en ce moment une crise grave » et se proposait d'« examiner ici d'abord ce qu'il peut y avoir de fondé dans les critiques que l'on formule généralement à l'endroit du fonctionnement du régime actuel, en suite quelles sont les mesures que l'on pourrait envisager pour y parer ». Cet article se concluait par une question et un appel à contribution : « Nos suggestions sont-elles praticables ? C'est là une question à laquelle nous serions heureux de voir nos lecteurs répondre eux-mêmes. Notre but serait pleinement atteint si l'exposé qu'on vient de lire, pouvait servir de point de départ à une discussion publique, dans les colonnes de *L'Alsace française*, de la question de la révision de nos lois constitutionnelles », *L'Alsace française*, t. VI, n° 141, p. 817-820. Deux députés répondront d'abord, et, sous le même titre, apporteront leurs contributions dans le numéro du 15 septembre suivant avant qu'un collègue de Carré de Malberg de l'université de Strasbourg, Edmond Vermeil, ne le fasse dans le dernier numéro de septembre. L'article de Carré de Malberg paraît sous un chapô qui resitue sa contribution dans ce débat, encore suivi au numéro du 13 octobre 1923 d'un article du rédacteur en chef d'un important journal de l'est de la France.

communauté, prise dans son ensemble ou dans tel de ses éléments composants<sup>136</sup> ». Le parlementarisme absolu de la Révolution française s'appuyait donc sur une origine populaire, qu'il s'efforçait pourtant de canaliser au seul profit de la chambre élue. La mise en valeur de l'élection se combinait alors avec sa neutralisation parlementaire, faisant du corps des citoyens un simple marchepied du Corps législatif<sup>137</sup>. Cette duplicité du régime révolutionnaire se concentre, selon Carré de Malberg, dans l'interprétation parlementaire de l'article 6 de la Déclaration qu'il a mis en lumière dans la *Contribution* et qu'il rappelle dans cet article<sup>138</sup>. Dès lors, permettre la participation populaire, c'est-à-dire l'exercice, par le corps des citoyens, de ce dont il est censé jouir, doit être tenu pour la résolution de la contradiction originelle du parlementarisme : « on est [alors] porté à soutenir que le parlementarisme est un régime de transition, dont la destinée normale est d'aboutir, sinon nécessairement à la démocratie intégrale, du moins à un mélange d'institutions démocratiques et représentatives<sup>139</sup> ». De cette façon, la mise en œuvre des principes qui n'avaient, jusqu'alors, été convoqués que pour asseoir l'autorité des révolutionnaires justifie que le corps de citoyens soit admis à former une volonté qui diverge de ses représentants : « en vertu même de l'idée de représentation, que la possibilité soit réservée au peuple d'intervenir, éventuellement, pour marquer, à l'occasion d'une question déterminée, qu'il n'est plus d'accord avec ses représentants<sup>140</sup> ». Les révolutionnaires, superficiellement inspirés par Rousseau en 1789-1791 avaient néanmoins élaboré en 1793, sur l'exemple du *Contrat social*, une procédure combinant harmonieusement le régime représentatif et le gouvernement démocratique, la *réclamation montagnarde*, dont il conviendrait désormais de s'inspirer<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations*, op. cit., p. 231.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 237 : « il devient manifestement contradictoire de justifier l'énormité de la puissance parlementaire par un argument tiré de ce que le Parlement énonce la volonté populaire, et, en même temps, de maintenir contre le peuple une exclusive, qui implique que cette volonté se forme en dehors de lui, sans qu'il ait la ressource de contester l'expression que le Parlement en a donné ».

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>139</sup> *Ibid.* Encore, p. 237 : « on est obligé de conclure que non seulement le referendum et le parlementarisme ne sont pas inconciliables l'un avec l'autre, mais qu'il y a une relation immédiate et inéluctable entre les concepts qui ont servi à fonder la puissance parlementaire et les institutions démocratiques permettant à la communauté des citoyens de faire entendre sa voix ».

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>141</sup> L'appréciation positive de la cohérence dont ont fait preuve les membres de la Convention contraste ici fortement avec la réprobation qui accompagnait son analyse de l'interprétation de l'article 6 de la Déclaration par les révolutionnaires de 1789-1791 : « À l'époque révolutionnaire, il n'y a que la Constitution de 1793 qui ait vraiment pratiqué l'idéologie, en déduisant du principe posé dans l'article 4 de sa Déclaration des Droits : "La loi est l'expression libre de la volonté générale", la conséquence logique que les lois ne sont parfaites que par la sanction qui leur est donnée, silencieusement ou expressément, par le peuple ; mais aussi, cette Constitution n'est-elle point sortie du domaine de la spéculation abstraite dans lequel elle avait été conçue ; elle n'est point entrée en application. Cet échec de la Constitution de 1793 lui a valu, par la suite, d'être traitée avec dédain. Il y a pourtant une justice qu'il faut savoir lui rendre : c'est que, seule, elle s'est tenue en accord avec les prémisses sur lesquelles elle était édifiée », *Ibid.*, p. 236. Ces propos louangeurs de Carré de Malberg à propos de la Constitution montagnarde firent écrire à P. Avril que l'auteur strasbourgeois en avait fait la « réhabilitation », P. AVRIL, « La Constitution

Entre sa *Contribution* et ses *Considérations théoriques*, Carré de Malberg fait preuve d'une grande constance. L'ordonnement conceptuel de la *Contribution* est ainsi conservé, bien que rendu plus discret<sup>142</sup>. Entre ces deux écrits, le « *referendum facultatif*<sup>143</sup> » est toujours regardé comme le moyen permettant de tenir la loi pour la volonté des citoyens sans, toutefois, que le régime représentatif ne soit aboli. C'est en effet sur la base de la longue note précitée<sup>144</sup> qu'il avait consacré à cette procédure dans la *Contribution* que Carré de Malberg promeut l'accroissement du plus grand nombre à la formation de la loi. Dans la *réclamation montagnarde* étudiée par lui dans la *Contribution* comme dans la réforme qu'il appelle de ses vœux dans ses *Considérations*, la possibilité d'agir est seulement négative, en ce qu'elle ne permet pas aux citoyens actifs d'adopter eux-mêmes la loi. Le Parlement néanmoins, « ramené au rang de simple autorité<sup>145</sup> » car il ne peut plus imposer son interprétation fallacieuse de l'article 6 de la Déclaration. Les citoyens actifs doivent alors être en capacité, s'ils le souhaitent, de s'opposer exceptionnellement au choix des représentants de la nation afin que la loi puisse être regardée comme leur propre volonté :

les décisions des chambres ne posséderaient plus le caractère et la force de décisions souveraines : elles n'acquerraient leur vertu définitive qu'à la condition d'avoir été ratifiées, expressément ou tacitement, par une votation particulière ou par l'absence de demande de referendum<sup>146</sup>.

L'assentiment implicite des citoyens actifs est alors assimilé à une véritable approbation de leur part, ainsi que l'avait proposée la *Convention*. Par-là est procurée l'assurance que « la décision émise par les Chambres comme expression de la volonté générale est conforme ou non à la volonté de la communauté populaire elle-même<sup>147</sup> ». La nation se voit ainsi dotée d'une volonté, conformément à la théorie de la souveraineté nationale. En outre, ses membres admis à attester d'un choix parlementaire conforme au leur, formaient ensemble un « organe », populaire à raison de son origine, suprême en ce qu'il disposait de la haute-main sur le projet parlementaire. L'interprétation dévoyée de l'article 6 de la Déclaration avait effacé la possibilité même de concevoir une volonté populaire qui n'émanerait pas de l'organe parlementaire ; désormais « Le véritable souverain, c'est alors le peuple, armé du moyen juridique de statuer en dernier ressort, c'est-à-dire de déclarer si la décision émise par les Chambres comme expression de la volonté générale est conforme ou non à la volonté de la communauté populaire elle-même<sup>148</sup> ».

---

du 24 juin 1793 dans la doctrine constitutionnelle classique », in J. BART, J.-J. CLÈRE, C. COURVOISIER, F. NAUDIN-PATRIAT (dir.), *La Constitution du 24 juin 1793 : l'utopie dans le droit public français ? : actes du colloque de Dijon, 16 et 17 septembre 1993*, Dijon, EUD, 1997, p. 420.

<sup>142</sup> Les longues notes de la *Contribution* dans lesquelles il affine et pousse jusqu'à leur dernière extrémité certaines idées développées dans le corps du texte ont ainsi totalement disparu.

<sup>143</sup> Au sens précis déterminé par Carré de Malberg, c'est-à-dire, depuis le passage de la *Contribution* où il a distingué ce referendum facultatif du veto, ce « mot "facultatif" se rapporte uniquement au fait que l'absence de réclamation de la part d'un nombre suffisant de citoyens a toute la valeur d'une adoption populaire », *Contribution, op. cit.*, t. I, p. 404, note 14.

<sup>144</sup> *Supra*, p. 23 sq.

<sup>145</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations, op. cit.*, p. 228.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>148</sup> *Ibid.*

**François Marani**

François Marani est docteur en droit public à l'Université de Nantes et membre du laboratoire Droit et Changement Social. Il est l'auteur d'une thèse soutenue en 2021 intitulée *Recherche sur la notion de pouvoir de suffrage et son application au droit constitutionnel français*.

#### COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)