

DU GÉNÉRAL ET DU PARTICULIER :
LES CONTRAINTES DE LA REPRÉSENTATION EN 1793
(SUR LA DISTINCTION DES LOIS ET DES DÉCRETS ET SA JUSTIFICATION)

Pierre Brunet
Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre
Centre de Théorie et Analyse du Droit UMR 7074

paru dans

Théorie des contraintes juridiques,

M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzcyk, (dir.),
Paris, LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, p. 70-90
ISBN 2-275-02587-1

Le propos de ce modeste exposé vise à illustrer la fécondité d'une démarche qui doit beaucoup à ce qu'il convient d'appeler la théorie réaliste de l'interprétation. Largement appliquée à l'analyse des décisions juridictionnelles, on voudrait montrer qu'elle peut également servir à rendre compte d'un autre régime de discours, celui des constituants dans l'élaboration ou la production de concepts juridiques. Ainsi, par exemple, du concept de représentation dans les débats de 1793.

Mais en quoi la théorie réaliste de l'interprétation peut-elle nous aider à éclairer d'un jour nouveau une notion aussi ancienne qu'est éloignée de nous l'époque à laquelle on prétend se situer ? Comme l'on sait, la théorie en question postule que l'interprète jouit d'une immense liberté par rapport aux textes écrits en ce qu'il est libre de choisir entre les divers sens qu'un même terme linguistique peut recevoir ou mieux, qu'il peut attribuer à un même terme, le sens qui lui plaît. Pour autant, cette liberté de choix comme d'attribution se trouve limitée par un réseau de contraintes. Bien évidemment, les constituants, lors d'un débat, ne se trouvent pas à ce point liés par des textes dont ils seraient réputés être les agents d'application. Mais ils sont eux aussi pris dans un réseau de contraintes que forme la nécessité de justifier leurs constructions constitutionnelles. Ce qui veut dire que, contrairement à une idée répandue, leurs concepts ne correspondent à aucune réalité préexistante et font l'objet de nombreuses modifications. On ne se propose pas ici de dire ce que serait le vrai concept de représentation en 1793, ni non plus d'identifier le « vrai » représentant. On voudrait seulement montrer comment les constituants de 1793, en cherchant à justifier à l'aide d'un concept ancien, celui de représentation, une compétence inédite – celle de faire des lois mais aussi des décrets – ont produit un nouveau concept de représentation.

I. Ce que recouvre la distinction des lois et des décrets

Les commentateurs s'accordent à souligner la nouveauté de la distinction entre les lois et les décrets¹ et tendent à expliquer, de façon quelque peu prévisible, sa présence par l'idée qui caractérise tant 1793, à savoir l'idée démocratique et le refus du moins la méfiance à l'égard du système représentatif. On mesure ce que ce jugement doit aux préjugés : parce que le projet girondin comme la Constitution montagnarde cherchaient à établir une démocratie

¹ C'est le cas de COSTE U. (1909), *Le pouvoir législatif dans la constitution de 1793*, Thèse, Paris, LGDJ, p. 36 et s. ; COTTERET J.-M. (1962), *Le pouvoir législatif en France*, Paris, LGDJ, p. 29.

directe et un contrôle populaire des lois, il leur fallait remédier par avance aux lenteurs qu'un tel contrôle risquait de produire². Bref, distinguer les lois des autres actes serait une solution pragmatique apportée à un problème politique. Or, si cette explication conforte les préjugés, elle reste peu convaincante. Elle est d'abord trop partielle : elle ne permet pas de comprendre pourquoi l'établissement d'un tel régime politique a conduit les constituants à rattacher ces deux catégories d'actes à une même autorité, à savoir, et dans les deux cas, le corps législatif ? Par ailleurs, cette explication semble elle-même quelque peu contradictoire. Ceux qui la défendent semblent admettre sans difficultés que la distinction entre les lois et les décrets reflèterait une différence de valeur juridique entre les deux catégories de textes. Or, si cela était véritablement le cas, comment expliquer que des décrets, de valeur prétendument moindre que la loi, puissent remédier aux lenteurs qui paralysent cette dernière ? À ces questions, il faut tenter de répondre en s'attachant aux contraintes argumentatives qui pèsent sur les interprètes.

Il convient de s'interroger d'abord sur la distinction matérielle que recouvre l'opposition des actes du Corps législatif en lois et décrets. En dépit des apparences, la distinction procède d'une même idée et, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ne reflète pas une différence de valeur juridique entre les deux actes.

1. Une même idée

Certes, on remarquera à juste titre qu'entre le projet girondin et le texte montagnard existent des différences formelles³. Ainsi, il est incontestable que le projet girondin procède à l'aide de critères apparemment objectifs en ce qu'il dispose : « Les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinie ; les caractères qui distinguent les décrets sont leur application locale ou particulière, et la nécessité de leur renouvellement à une époque déterminée »⁴. À l'opposé, le texte montagnard semble plus empiriste qui dresse des listes prétendument exhaustives. Mais on ne peut douter que la répartition des matières obéit à la même logique⁵. En témoigne, par exemple, le fait que dans le texte montagnard, « Toute nouvelle *distribution générale* du territoire français » est confiée à la loi, tandis que « Tout changement dans la *distribution partielle* du territoire français » est confié au décret.

Reconnaissons que les deux textes ne sont pas toujours d'accord. Ainsi, la Constitution girondine relègue-t-elle la déclaration de guerre au décret, tandis que la Constitution montagnarde la confie à la loi. Cette divergence a suscité nombre de commentaires, souvent ironiques, qui croyaient voir dans la version montagnarde la preuve de l'idéalisme jacobin – voire de son absolutisme démocratique finalement dangereux. Quant à la version girondine, elle traduisait la sagesse et la modération de ceux qui firent les frais de l'absolutisme montagnard. Le désaccord apparaît néanmoins très relatif. Il suffit ici de se reporter au débat pour le comprendre. Nombre de conventionnels qui siègent encore en juin mesurent parfaitement le danger⁶, voire le « ridicule » qu'il y a à demander que « le peuple délibère

² VERPEAUX M. (1991), *La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799*, Paris, PUF, p. 164 et s.

³ MORABITO M. (1992), *Histoire constitutionnelle et politique de la France*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., p. 110.

⁴ Projet girondin, Titre VII, Section II, art. 4.

⁵ Cette distinction n'est donc pas qu'arbitraire ou empirique, même s'il faut bien reconnaître qu'elle est en partie « fondée sur l'importance aux yeux de ses auteurs de telles ou telles questions », v. DESLANDRES M. (1933), *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Paris, Sirey, t. 1, p. 277 et LEVINET M., « Le problème du contrôle de la loi lors de l'élaboration de la Constitution de 1793 », *RDP*, 1991 (697-732), p. 724.

⁶ Ducos, Séance du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 544 : « Si des hostilités imminentes ou commencées menacent la sûreté de la République, serait-il prudent, de la part du Corps législatif, de perdre un long intervalle de temps pour consulter le vœu national, au lieu de repousser les armées qui envahiraient notre territoire ? ».

dans ses assemblées alors qu'on s'empare des places fortes »⁷ et ils n'hésitent donc pas à classer la déclaration de guerre parmi les décrets, car c'est là le seul moyen de repousser l'ennemi avec célérité. De leur côté, ceux qui souhaitent confier la déclaration de guerre à la loi admettent également ce point de vue. Ils demandent, tel Danton, à le concilier avec la résolution de ne plus mener une guerre offensive⁸. Or, pour empêcher que de telles guerres ne soient menées au profit de quelques-uns, il est impératif d'obliger le corps législatif à consulter le peuple avant la déclaration de guerre⁹. Au fond, le débat oppose moins les démocrates acharnés aux aristocrates modérés qu'il ne voit se dessiner une opposition entre deux utilisations des armes : en cas de guerre défensive ou offensive. Génissieu résume assez bien la proposition de Danton lorsqu'il demande que « le corps législatif soit autorisé à prendre toutes les mesures de défense et de sûreté générale, mais qu'il ne puisse déclarer la guerre que par une loi sujette à la ratification »¹⁰. Le 15 juin, la Convention décrète que la guerre sera placée au nombre des lois, mais elle renvoie, dans le même temps, au Comité de Salut public pour la rédaction, afin donc que ce classement se fasse « conformément au principe posé par Danton et par Génissieu »¹¹. La déclaration de guerre est donc un acte législatif susceptible de contrôle par le peuple mais « la défense du territoire »¹² est confié au décret. Cette dernière disposition, qui ne figure pas dans le texte girondin, confère la célérité nécessaire aux actes par lesquels la nation doit se défendre en cas d'agression extérieure, en même temps qu'elle justifie que le peuple soit consulté lorsque ces représentants estiment venu le temps de passer à l'offensive.

Cette distinction étant posée, l'opinion relativement répandue selon laquelle les lois et les décrets, bien qu'émanant tous deux du corps législatif, n'auraient pas la même valeur est-elle fondée ?

2. Une même « valeur »

On pourrait penser que le problème n'est pas nouveau et mérite à peine la considération : ainsi, en 1791, le Corps législatif avait-il bien compétence pour prendre certains décrets qui échappaient à la sanction royale. Mais on sait aussi que la Constitution elle-même reconnaissait à ces décrets la valeur sinon le titre de « lois ». Or, rien de tel n'est prévu dans les textes de 1793.

C'est Condorcet qui, dit-on, attesterait le plus évidemment de la différence de valeur entre les deux types de textes. Il distingue en effet « les actes du corps législatif, qui sont véritablement des lois, de ceux qui ne peuvent être regardés que comme des actes d'administration générale »¹³. De même, l'article 55 de la Constitution montagnarde distingue entre les actes recevant le « nom général » de loi et le « nom particulier » de décret. Enfin, on peut tenir pour certain que les conventionnels accordaient une plus grande importance aux matières relevant de la loi.

À première vue, la théorie de la loi de Condorcet définit justement celle-ci de manière formelle et matérielle : il n'y a de loi que générale dans son origine et dans son contenu. Le décret est un acte général dans son origine mais particulier dans son contenu, donc le décret n'est pas une loi.

⁷ Amar, Séance du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 546.

⁸ Danton, Séance du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 545.

⁹ Cf. Thuriot, Séance du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 546.

¹⁰ Génissieu, Séance du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 546.

¹¹ Décret du 15 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 546. Nous soulignons.

¹² Constitution du 24 juin 1793, article 55.

¹³ Condorcet, Séance du 15 février 1793, *Archives parlementaires*, t. 58, p. 588.

Mais alors, en bonne logique, le décret pourrait être confié indifféremment à toute autorité autre que le Corps législatif. Ce serait d'ailleurs là tout l'intérêt de cette distinction, comme ce fut la cas de la distinction entre les lois formelles et matérielles que proposèrent en leur temps Laband, Jellinek ou Anschütz. Ces derniers établissaient que, d'une part, certains actes pris en forme de loi contenaient autre chose que des normes juridiques, et d'autre part, que certains actes pris en forme réglementaire contenaient des normes juridiques¹⁴. Ainsi pouvaient-ils justifier un aménagement des fonctions de l'État : au législateur revenaient des matières par nature législatives et au pouvoir réglementaire des matières par nature exécutive.

Condorcet exclut pourtant cette hypothèse au motif qu'il convient d'établir un système dans lequel « une action unique, limitée et réglée par la loi, donne le mouvement au système social », système qui s'oppose à celui de l'équilibre des pouvoirs où « des principes d'actions, indépendants entre eux (...) se servent mutuellement de régulateur »¹⁵. Or, par définition, il ne peut y avoir équilibre qu'entre deux entités équivalentes et de même force. De sorte qu'en refusant de confier les actes d'administration générale à d'autres autorités, Condorcet admet implicitement que les actes d'administration valent autant que les lois. On peut d'ailleurs fournir un autre argument à l'appui de cette thèse. L'expression « administration générale » n'est pas nouvelle. Elle avait déjà cours en 1789-1791, pour ne pas remonter plus loin. Mais à l'époque, elle désignait un domaine d'administration distinct de deux autres : l'administration nationale d'un côté, celle municipale de l'autre. La direction de l'administration dite nationale était confiée au Corps législatif, tandis que le roi était le chef de l'administration générale. On comprend ainsi que cette distinction entre deux niveaux d'administration qui concernent tous deux le territoire en son entier sert, en réalité, à exclure le roi d'un domaine de compétence qui devrait logiquement lui revenir. Et, comme par hasard, tout ce qui concernait la fiscalité, relevait de l'administration nationale donc du Corps législatif. Dès lors qu'il n'y a plus de monarque, il n'y a plus de raison de distinguer entre certaines matières et d'introduire une différence de valeur. Si cette distinction ne se justifie plus, les adjectifs peuvent devenir synonymes. On comprend ainsi que le conseil exécutif ne puisse pas être investi du pouvoir de déterminer ces mesures d'administration générale, c'eût été lui donner les moyens d'arrêter l'action du législateur. Cela explique également que ces actes ne soient pas non plus confiés directement aux départements, c'eût été leur conférer les moyens de transformer leur autonomie en véritable souveraineté locale et courir le risque d'un « fédéralisme » dont on sait qu'il n'était aucunement poursuivi par les Girondins¹⁶. Au fond, il n'y a pas de différence entre le fait de légiférer et celui de déterminer les mesures d'administration générale. Si l'on admet avec Lanjuinais qu'« administrer c'est exécuter la loi et l'appliquer aux espèces particulières »¹⁷, alors il faut reconnaître qu'en prenant des décrets le Corps législatif n'administre pas : il légifère.

Ce qui vaut pour le projet girondin vaut pour la Constitution montagnarde. D'une part, le Corps législatif n'est pas considéré comme un corps exécutif lorsqu'il prend des décrets et

¹⁴ Ce fut la fameuse doctrine de la loi au sens formel et au sens matériel défendue par Laband puis Jellinek et Anschütz et réfutée par Kelsen et Carré de Malberg. Cf. CARRÉ de MALBERG R. (1920), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, p. 283 et KELSEN H., « Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung », *Juristische Blätter*, Jahrgang 42, 1913 (229-232), trad. ital. in KELSEN H. (1988), *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. ital. a cura di A. Carrino, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, (223-234).

¹⁵ Condorcet, *ibid.*

¹⁶ V. GUADET J. (1861), *Les Girondins*, Paris, Didier ; WALLON H. (1886), *La Révolution du 31 mai et le fédéralisme en 1793*, Paris, Hachette, 2 vol., t. 1, préface ; FRAYSSINET M. (1903), *La République des Girondins*, Toulouse, Société provinciales d'édition, p. 321-344 et plus récemment, CORNU L., « Fédéralistes ? Et pourquoi ? », in, FURET F. et OZOUF M. (1991) (dir.), *La Gironde et les Girondins*, Paris, Payot (265-289).

¹⁷ Lanjuinais, Séance du 13 mai 1793, *Archives parlementaires*, t. 64, p. 626.

d'autre part, l'on n'envisage pas de confier cette fonction à un autre que lui. Toutefois, l'ambiguïté qu'il y avait à établir une distinction entre les lois et les décrets n'avait pas échappé à Daunou qui, à cet égard, semblait plus cohérent : ayant admis que les décrets n'étaient pas des actes du pouvoir souverain, il envisageait de les confier à l'exécutif¹⁸.

Il faut donc renoncer à l'idée que les lois et les décrets n'ont pas la même « force » ou la même « valeur » au sens juridique du terme. On peut certes affirmer, si l'on préfère, que les domaines ou les matières sur lesquelles interviennent ces deux actes ne sont pas perçus de la même façon par les conventionnels ; on peut encore reconnaître que ces hommes se font une très haute idée de la loi juridique laquelle est encore pensée ou envisagée comme une loi scientifique ; mais ce sont là des aspects relevant ou bien de la psychologie et de la culture des conventionnels ou bien d'une conception jusnaturaliste de la loi dont l'objectif est de justifier le droit positif. Il demeure que la distinction entre les lois et les décrets, fondée sur le caractère permanent des lois et celui temporaire des décrets, n'est qu'une justification permettant de soustraire au contrôle populaire une certaine catégorie d'actes évidemment législatifs et d'assurer la supériorité du Corps législatif ainsi que l'unité du système juridique¹⁹. C'est bien une solution pragmatique permettant de remédier à un problème politique mais il faut affirmer cela en ayant à l'esprit que la solution n'est en rien contingente alors que le problème serait quant à lui nécessaire : ils forment les deux faces d'une même médaille, celle de la nécessité d'unifier l'action politique et juridique.

Il reste à se demander comment est justifiée cette compétence du Corps législatif en matière de décrets.

II. Justification de la compétence décrétole du Corps législatif

Le problème se pose de la façon suivante : en admettant que l'on confie à un même organe la compétence de faire des lois et des décrets, et étant admis que ces textes ont la même valeur juridique sans pour autant avoir le même objet, doit-on considérer que le corps législatif est, dans l'exercice de ces deux compétences, un « représentant » du peuple ? Comme on va le voir, les constituants girondins comme montagnards répondront par l'affirmative à cette question mais pour des raisons très différentes qui tiennent justement à ce que nous avons identifié comme des « contraintes » : tandis que les Girondins confient la compétence législative au seul Corps législatif, les Montagnards font du peuple un co-législateur.

1. Le projet girondin

1.1. La contrainte : le Corps législatif seul et unique législateur

Le texte du projet girondin est pour le moins explicite : « au Corps législatif seul appartient l'exercice plein et entier de la puissance législative »²⁰. Néanmoins, on sait que le texte

¹⁸ Daunou, *Vues rapides sur l'organisation de la République française*, Annexe à la séance du 17 avril 1793, *Archives parlementaires*, t. 62, p. 352 : « J'observe d'abord que le comité de constitution nous a présenté une distinction infiniment lumineuse lorsque dans la Section II du titre VII de son projet il a déterminé les caractères des lois proprement dites et des simples décrets d'administration. Ces derniers échappent nécessairement à la sanction du peuple, soit parce que leur exécution est ordinairement urgente, soit parce que leurs objets étant particuliers, locaux ou temporaires, ils ne sont pas véritablement des actes du pouvoir souverain. Je crois même que dans une République bien solidement affermie, ce serait peut-être à la puissance exécutrice qu'il conviendrait d'attribuer l'entière confection de ce genre de décrets ».

¹⁹ Condorcet, *loc. cit.*, p. 590 : « En plaçant ainsi, le principe unique de l'action sociale dans une assemblée de représentants du peuple, qui ne trouverait dans les autres autorités que les exécuteurs des lois faites par elle et les agents des mesures d'administration qu'elle aurait déterminées, nous croyons avoir saisi le moyen le plus sûr de conserver l'unité et de concilier la liberté et la paix ».

²⁰ Projet girondin, Titre VII, Section 2, art. 1.

aménage une procédure de censure des lois par le peuple, sorte de contrôle *a posteriori* par lequel le peuple peut obtenir l'abrogation des lois contraires à la Constitution. Cette procédure comprend quatre étapes sur lesquels on nous permettra de ne pas revenir²¹ et prévoit la possibilité de faire se prononcer le peuple par référendum dont l'initiative est laissée à la discrétion du Corps législatif²². Bien que longues et complexes, ces procédures instaurent, comme on l'a dit, un « dialogue constant » entre le Corps législatif et le peuple au point que l'expression de la volonté générale semble n'être ni le propre du peuple ni non plus le monopole des représentants²³. On doit cependant nuancer cette affirmation car, aussi nourri fut-il, le dialogue instauré ne transforme pas le peuple en co-législateur.

En effet, d'une part, le Corps législatif demeure maître du référendum consultatif ; d'autre part, la censure des lois ne saurait empêcher l'adoption d'une loi ; enfin, la procédure de censure ne fait pas intervenir le peuple directement sur la loi – ce dernier n'intervient que pour déterminer autant que possible le fond d'une loi, pour « exciter la surveillance des représentants du peuple »²⁴ comme dit le projet girondin, mais il demeure toujours à distance de la loi et la puissance législative appartient exclusivement au Corps législatif. Lorsque Condorcet affirme : « La nouvelle loi qui serait le fruit de la demande faite par les assemblées primaires est sujette à la même censure, de manière que *jamais ni la volonté des représentants du peuple, ni celle d'une partie des citoyens, ne peut se soustraire à l'empire de la volonté générale* », ce n'est pas pour reconnaître dans la volonté des assemblées primaires une volonté générale plus authentique que celle qu'expriment les représentants. Il s'agit davantage de préserver cette volonté générale des effets du temps. On ne contestera pas que le peuple se voit confier une compétence de surveillance inédite, mais cela ne le transforme pas en organe législatif partiel.

1.2. La représentation dans les lois et les décrets

Dans ces conditions, les Girondins pouvaient-ils justifier la compétence de ce corps aussi librement que possible ? On peut en douter : dès lors qu'ils reconnaissent la compétence exclusive du Corps législatif en matière de loi et de décret, il leur fallait admettre que, dans les deux cas, ce corps exprimait la volonté générale au risque, sinon, de briser l'unité d'action qu'ils voulaient instaurer. Condorcet le reconnaît : « Ainsi, le pouvoir de faire des lois, et celui de déterminer ces mesures d'administration générale, qui ne peuvent être confiées, sans dangers, à *d'autres mains qu'à celles des représentants du peuple*, seront remis à une Assemblée nationale, et les autres pouvoirs ne seront chargés que d'exécuter les lois et les résolutions émanées d'elle »²⁵.

Le projet girondin se révèle par là tout entier animé par cette idée que le législateur doit absorber les autres fonctions (exécutive et judiciaire) afin que « leur action se limite à l'application d'une décision déduite comme dans un syllogisme de la règle traditionnelle

²¹ Projet girondin, Titre VIII, art. 1 à 28.

²² Projet girondin, Titre VIII, art. 30 : « Le Corps législatif pourra, toutes les fois qu'il le jugera convenable, consulter le vœu des citoyens réunis dans les assemblées primaires sur des questions qui intéresseront essentiellement la République entière. Ces questions seront posées de manière que la réponse puisse se faire par la simple alternative, oui ou non ».

²³ JAUME L. (1989), *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, p. 316. Dans le même sens, v. MAZZANTI PEPE F., « Condorcet et Brissot : il modello girondino di sistema rappresentativo », in CARINI C (a cura di) (1991), *La rappresentanza tra due rivoluzioni (1789-1848)*, Firenze, Centro Editoriale Toscano (51-80), p. 54 et MANNONI S. (1994), *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia. La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, Giuffrè, p. 381.

²⁴ Projet girondin, Titre VIII, art. 1.

²⁵ Condorcet, *loc. cit.*, p. 588, nous soulignons.

édictee dans la loi »²⁶. À vrai dire, cet aspect ne constitue pas une véritable innovation : la Constitution de 1791 visait le même objectif. Non, l'innovation réside bien plutôt dans l'attribution d'une double compétence – législative et décrétole – au Corps législatif car c'est d'elle que découle cette reconnaissance par préterition du fait que la volonté du peuple s'exprime aussi bien dans des lois que dans des décrets (voire des « résolutions »). Notons que, dans le second cas, cette volonté populaire demeure, en dépit de son objet particulier, une volonté impersonnelle, imputable au peuple en tant qu'unité – bref, elle est une volonté générale. Certes, ce peuple réuni en assemblées primaires se trouvera parfois à l'origine de la loi et par là on dira que le fossé – si fossé il y a – entre le peuple et ses représentants, se comble peu à peu : mais on ne fait qu'accorder d'un côté ce que l'on retire de l'autre et il faut reconnaître que le représentant peut, par décret, libérer la volonté générale du poids du représenté.

2. La Constitution montagnarde : les mandataires et les représentants

On le sait, la Constitution de 1793 se veut beaucoup plus démocratique que celle présentée par les Girondins. Si chacune contient un mécanisme permettant au peuple de contrôler la loi, ce contrôle n'épouse pas du tout les mêmes formes : *a posteriori* dans le projet girondin, il s'effectue *a priori* dans le texte de juin 1793. Tandis que dans le projet girondin le corps législatif continue d'être pensé comme un représentant quels que soient ses actes, la justification change avec le texte montagnard. En effet, ce dernier n'emploie pas le terme « représentant ». Tout au plus la Déclaration parle-t-elle de « mandataires »²⁷. Mais plus démocratique, la Constitution de juin 1793 n'exclut pas pour autant la représentation. Comme l'explique Héroult de Séchelles dans son rapport : « la Constitution française ne peut pas être exclusivement *représentative*, parce qu'elle n'est pas moins *démocratique* que *représentative* »²⁸. La répartition des compétences entre le peuple et ses représentants exprime clairement cette résolution, mais, comme on va le voir, elle posait un problème inédit quant à sa justification.

2.1. La contrainte : le peuple co-législateur

Le texte montagnard introduit, on le sait, le veto populaire par référendum. Le Corps législatif ne fait pas la loi, il la « propose » aux assemblées primaires sous le titre de loi proposée. S'ouvre alors un délai de 30 jours pendant lequel il est possible de réclamer contre le projet – encore faut-il que la réclamation recueille un dixième des assemblées primaires pour qu'on puisse lui attribuer une quelconque signification juridique. Le cas échéant, un référendum est organisé afin de confirmer ou d'infirmer le projet de loi. Le peuple peut donc être qualifié de co-législateur aux côtés du Corps législatif. Si le peuple ne peut ratifier aucun texte en l'absence de proposition incombant au Corps législatif, ce dernier ne peut faire la loi à lui tout seul.

Comment, dans ces conditions, justifier la compétence législative partielle accordée au Corps législatif ? C'est Héroult de Séchelles qui fournit la solution : « Mandataire dans les lois qu'il devra proposer à la sanction du peuple, il ne sera représentant que dans les décrets »²⁹. Cette distinction sémantique n'est pas absolument nouvelle – on la trouve pour la première fois en 1789 et 1790 au sein de la Commune de Paris, mais alors les deux termes apparaissent

²⁶ RAYNAUD Ph., « Y a-t-il une philosophie girondine ? », in FURET F. et OZOUF M. (1991) (dir.), *La Gironde et les Girondins*, Paris, Payot (291-304), p. 294.

²⁷ Article 31 : « Les délits des mandataires du peuple et de ses agents ne doivent jamais être impunis. Nul n'a le droit de se prétendre plus inviolable que les autres citoyens ».

²⁸ Héroult de Séchelles, Séance du 10 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 258.

²⁹ Héroult de Séchelles, *ibid.*

proprement incompatibles³⁰. Or, leur utilisation dans le texte montagnard réussit le tour de force de les concilier, mieux même, de les lier l'un à l'autre au point que l'on peut affirmer qu'ils répondent tous les deux à une même nécessité.

2.2. Mandat dans la loi, représentation dans les décrets

Il convient de noter que le terme « mandataire » désigne ici cet individu élu exerçant pour le compte d'autrui de manière précaire un pouvoir révocable par lequel il propose à son commettant des projets de lois que ce dernier est libre d'accepter ou de rejeter. Autrement dit, le mandataire ne veut pas : il doit proposer. Au contraire, en matière de décrets, les députés peuvent, en tant que « représentants », décider unilatéralement et irrévocablement. En outre, leur décision ne saurait leur être individuellement imputée. De sorte que s'ils décident, c'est au nom du peuple et pour son compte. La réponse à la question de savoir pourquoi Héroult a recours à cette double qualification ne fait donc aucun doute : il s'agit pour lui de marquer la dépendance des députés envers le peuple dans leur activité législative et leur liberté dans leur activité décrétole.

Il reste que ces « représentants » interviennent dans un domaine, celui des décrets, toujours considéré comme particulier et contingent. Sur ce point, les montagnards ne s'écartent pas de l'analyse girondine proposée par Condorcet et explicitement reprise par le projet de février 1793. Toute décision intervenant dans ce domaine continue donc de s'analyser comme une décision ayant un objet particulier. Faut-il, dans ces conditions, aller jusqu'à dire que cette décision exécute la loi ? Un tel pas semble impossible si l'on prend au sérieux l'affirmation de Héroult selon laquelle : « On ne représente point le peuple dans l'exécution de sa volonté »³¹ et qui est importante pour deux raisons. D'une part, elle permet de comprendre que le représentant domine hiérarchiquement les administrateurs. D'autre part, elle explique que les décrets puissent eux aussi porter sur des matières générales et notamment sur toutes celles concernant l'armée ou plus largement encore, la défense nationale. C'est en effet par décret que le corps législatif prend les « mesures de sûreté et de tranquillité générales » ou intervient pour « la permission ou la défense du passage des troupes étrangères sur le territoire français » ; « la défense du territoire » ou encore « la ratification des traités ». Bien que généraux par leur objet, ces actes répondent à une nécessité qu'imposent certains faits – au contraire de la loi qui demeure l'expression d'un choix aussi peu déterminé que possible.

Ainsi, les constituants montagnards ont-ils, de par le jeu des normes qu'ils se sont donnés, secrété un nouveau concept de représentant et de représentation. Avec eux, le représentant est cet ensemble d'individus investis du pouvoir d'exprimer la volonté générale bien que cette dernière puisse porter sur un objet particulier. Certes, le représentant demeure cet organe

³⁰ Sur ce point v. le travail pionnier de GENTY M., « Mandataires ou représentants : un problème de la démocratie municipale à Paris, en 1789 et 1790 », *Annales historiques de la Révolution française*, 1972, vol. 4 (1-27) et du même auteur, « Pratique et théorie de la démocratie directe : l'exemple des districts parisiens (1789-1790) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1985, vol. 1 (8-24) ainsi que (1987), *L'apprentissage de la citoyenneté. Paris 1789-1795*, Paris, Messidor Ed. sociales, p. 24 s. et enfin GENTY M., « 1789-1790 : l'apprentissage de la démocratie à Paris », in BOURDERON R. (1995) (dir.), *L'An I et l'apprentissage de la démocratie*, Actes du colloque de Saint-Ouen des 21-24 juin 1993, Saint-Denis, Presses de Saint-Denis (37-51). V. aussi les critiques de TØNNESSON K., « La démocratie directe sous la Révolution française – le cas des districts et sections de Paris », in LUCAS C. (1988) (dir.), *The French Revolution and the creation of modern political culture*, vol 2, *Political culture of the French Revolution*, Oxford, Pergamon Press (295-307), p. 299 s. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre thèse, *Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris X-Nanterre, p. 375 s.

³¹ Héroult de Séchelles, *loc. cit.*, p. 259. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il affirme « le Conseil [exécutif] ne porte aucun caractère de représentation. » Inutile de souligner qu'une telle proposition contredit celle de Rousseau selon laquelle s'il ne peut y avoir de représentation dans l'expression de la volonté générale, elle est conseillée pour ce qui concerne l'exécution de cette dernière.

supérieur à d'autres en ce qu'il initie l'action de ces derniers. Mais si cette action n'a plus rien à voir avec la loi, elle demeure l'expression de la volonté générale. L'objection contre une telle distinction n'a pas manqué d'intervenir, non pour remettre en cause la qualification de mandataire, mais celle de représentant. Pourtant, cette objection ne saurait être retenue.

Robespierre, par exemple, conteste l'emploi de ce mot considérant, d'une part que « le véritable caractère des mandataires du peuple est déterminé par leurs fonctions » et d'autre part, que « le mot de *représentant* ne peut être appliqué à aucun mandataire du peuple, parce que la volonté ne peut se représenter », de sorte qu'il ne voit dans les membres de la législature que les « mandataires à qui le peuple a donné la première puissance »³². Aussi propose-t-il une autre justification de l'action du Corps législatif : « La législature fait des lois et des décrets ; les lois n'ont le caractère de loi que lorsque le peuple les a formellement acceptées. Jusqu'à ce moment elles n'étaient que des projets ; alors elles sont l'expression de la volonté du peuple. Les décrets ne sont exécutés avant d'être soumis à la ratification du peuple, *que parce qu'il est censé les approuver ; il ne réclame pas, son silence est pris pour une approbation*. Il est impossible qu'un gouvernement ait d'autre principe. Ce consentement est exprimé ou tacite ; mais dans aucun cas, la volonté souveraine ne se représente, elle est présumée. Le mandataire ne peut être représentant ; c'est un abus de mots et déjà en France on commence à revenir sur cette erreur »³³.

Par « volonté présumée » ici, Robespierre entend désigner une volonté antérieure à celle du corps législatif et à laquelle on peut à tout moment rapporter l'acte de ce corps. Le mandataire est précisément celui dont la seule fonction est de formaliser cette volonté antérieure à lui. Il reste qu'en l'espèce, Robespierre joue sur les mots : un « projet » de loi n'équivaut pas à l'« exécution provisoire » d'un décret. Or, si le consentement du peuple est constitutif de la loi elle-même, il n'en est rien pour ce qui concerne les décrets. Alors qu'une loi ne peut exister sans la ratification expresse du peuple, il est prévu que le décret, lui, existe sans aucune ratification. Pour peu que l'on interprète le silence du peuple comme une approbation, on ne saurait de toutes les façons pas même comment interpréter son refus et en justifier son expression. Enfin, avant même de considérer que la non contestation du décret signifie une approbation de ce même décret, il faut parvenir à justifier que ce décret existe et trouve un commencement d'exécution. Il fallait donc justifier autrement cette fonction décrétale confié au corps législatif. Comme le montre Ducos, aucune autre solution que la qualification de représentant n'était possible car les décrets « ne peuvent être provisoirement exécutés qu'en *supposant qu'ils sont l'expression de la volonté générale, qu'en supposant que la législature a représenté la volonté nationale* »³⁴.

Il convient de remarquer que la nécessité d'une telle supposition ne se fait sentir que dans un système où chaque décision se justifie par sa conformité formelle et matérielle avec une décision supérieure. Le propos de Ducos vise donc à justifier l'autorité des décrets du corps législatif vis-à-vis de l'exécutif. Or, ici, aucune autre justification n'est disponible sinon celle qui consiste à rattacher les décrets à l'expression de la volonté générale. En effet, s'il est admis, d'une part, que l'on ne représente pas le peuple dans l'exécution de sa volonté, et si, d'autre part, les décrets sont faits par des représentants, il faut en définitive admettre que les décrets ne sont pas des actes d'exécution mais qu'ils expriment la volonté générale.

Dans ces conditions, quel peut être le fondement de validité de ces actes ? On doit procéder par hypothèse. Supposer qu'un acte est l'expression de la volonté générale revient précisément à considérer que l'auteur de l'acte (celui dont le consentement est exigé, ici le

³² Robespierre, Séance du 16 juin 1793, *Archives parlementaires*, t. 66, p. 578.

³³ Robespierre, *ibid.*, nous soulignons.

³⁴ Ducos, *ibid.*, nous soulignons.

corps législatif) n'agit pas pour lui-même mais pour autrui, de sorte que cet acte ne sera pas imputé à son auteur mais à celui pour le compte duquel il a été pris. Comme, en outre, il est clair que l'auteur n'agit pas sur le fondement d'un mandat mais de sa propre initiative, on ne saurait le qualifier de mandataire. L'auteur est au fond un organe de cette « personne » pour laquelle il agit et ce simple nom d'organe aurait pu lui convenir. Mais le sens de ce terme est encore trop large : les mandataires comme les agents de l'exécutif sont tous des organes puisque leurs actions sont toutes imputées à une autre personne qu'eux-mêmes. L'auteur ne peut donc apparaître que comme un représentant. Seul l'emploi de ce terme permet d'expliquer que l'acte n'exprime pas la volonté de son auteur mais celle d'autrui, et ce, indépendamment d'une volonté explicite d'autrui en ce sens. Désigner le corps législatif comme « représentant » permet donc de rendre compte de son pouvoir discrétionnaire en matière de décrets tout en conciliant cette discrétion avec le principe démocratique revendiqué. Le peuple pouvait en définitive être présenté comme l'organe souverain délibérant sur les lois, tandis que de son côté le corps législatif échappait à son contrôle dans un domaine limité.

Il est temps de conclure. Il y aurait quelque euphémisme à affirmer que la distinction des lois et des décrets subit de profonds bouleversements entre 1791 et 1793. En 1791, les décrets sont les lois que l'on souhaite soustraire à la sanction du roi parce qu'il pourrait, par son veto, paralyser l'action du Corps législatif. En 1793, les décrets sont des lois particulières que l'on souhaite soustraire à la révision ou à la sanction du peuple parce qu'il pourrait, par sa censure, paralyser l'action de l'État. L'intention est la même – préserver un domaine de compétence – mais la signification politique est radicalement différente : en 1791, la Constitution préserve le peuple d'un ancien oppresseur ; en 1793, les représentants ne préservent qu'eux-mêmes de l'ancien opprimé. Dans tous les cas, des nécessités politiques expliquent ces configurations. Elles contraignent les acteurs à produire de nouveaux concepts juridiques : ainsi, représenter consiste certes toujours à exprimer la volonté générale, mais cette expression juridique passe en quelques années de la loi dans le décret : auparavant déclarée, la volonté générale est désormais décrétée.

Pierre Brunet
Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre
CTAD, UMR 7074