

Carlos-Miguel Pimentel

DU CONTRAT SOCIAL À LA NORME SUPRÊME :  
L'INVENTION DU POUVOIR CONSTITUANT

L'objet du présent article est de tenter d'éclairer la genèse de l'idée constituante<sup>1</sup>. Pour nous, il va désormais de soi que la fonction normative se subdivise en deux portions distinctes, une fonction éminente qui consiste à élaborer la constitution, et une fonction dérivée qui consiste à faire la loi ordinaire. Mais pour des hommes du XVII<sup>e</sup> siècle, pour un Hobbes ou pour un Locke, par exemple, il va tout autant de soi qu'il n'y a qu'*une seule* fonction législative : l'idée de subdiviser le pouvoir normatif en deux portions ne leur viendrait même pas à l'esprit. Et cela pour une raison toute simple : depuis Bodin, le pouvoir de faire la loi s'identifie avec la souveraineté. Or « *la souveraineté n'est non plus divisible que le point en géométrie* », comme le dit fort bien un Cardin Le Bret<sup>2</sup> ; aussi la fonction législative ne saurait être scindée en composantes distinctes. Ce serait démembrer la souveraineté même.

Entre la souveraineté législative et l'avènement de l'ère constitutionnelle, la transition est passablement obscure : quelque part autour du milieu du siècle, l'idée d'une constitution comme acte de volonté libre commence à se faire jour. Mais pour parvenir à un tel résultat, il faut un saut qualitatif : il faut concevoir l'idée de deux pouvoirs législatifs, dont l'un est supérieur à l'autre : idée tout à fait paradoxale et difficile à concevoir pour des hommes du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le souverain n'est-il pas *un*, par définition ? Est-il imaginable de diviser en deux la fonction souveraine par excellence, la fonction de faire les lois ? En vérité, ce n'est nullement la théorie de la loi qui permet d'aboutir à l'idée constituante : dès que l'on se place sur le terrain strictement législatif, les équivoques se multiplient, et le pouvoir constituant tend à perdre sa consistance devant l'unité nécessaire du pouvoir normatif, depuis la révolution anglaise jusqu'aux premiè-

---

1. Le présent article est issu d'une communication faite au colloque de Rouen des 18 et 19 juin 2004, *Les juristes et la hiérarchie des normes*.

2. Cardin Le Bret, *De la souveraineté du Roy*, IV, 3, cité par Lemaire, André, *Les lois fondamentales de la monarchie française*, Paris, Albert Fontemoing, 1907, p. 159.

res constitutions américaines. Si l'idée constituante peut apparaître, c'est par un biais détourné, par un tout autre canal que celui de la fonction législative : on essaiera de le montrer, c'est par une transformation de la notion de *contrat social* que la fonction constituante parvient à s'imposer. Ce n'est qu'en reprenant l'idiome du pacte fondateur que l'idée constituante réussit à s'introduire dans le langage politique, à briser l'unicité du pouvoir de faire la loi.

## **L'indivision de la fonction normative, ou le pouvoir constituant impossible**

Jusqu'en 1787, la théorie de la souveraineté s'oppose à la naissance d'un pouvoir constituant, dans la mesure où elle suppose un pouvoir législatif unique et indivisible. Si on reconnaît plusieurs pouvoirs normatifs distincts, on crée des degrés dans la souveraineté, ce qui revient à la détruire. Le législateur est nécessairement *un* : aussi, ce qu'un législateur a fait, même en édictant des normes fondatrices des pouvoirs publics, le législateur ordinaire peut le défaire. Dans cette conception, on peut bien imaginer l'idée d'une constitution comme un corps de lois spécifiques, régissant l'autorité des pouvoirs publics ; mais ce n'est pas pour autant que la règle constitutionnelle sera suprême, possèdera quelque supériorité que ce soit sur n'importe quelle autre norme. En vérité, la constitution n'est qu'une loi spécialisée : elle touche aux pouvoirs publics à peu près de la même façon qu'une loi de finances touche aux questions budgétaires. Il n'y a là qu'une matière spécifique, qui ne présume en rien d'une quelconque primauté hiérarchique : l'unité du pouvoir souverain s'y oppose totalement. Le souverain n'est-il pas, par définition, celui qui détient la compétence de sa compétence ? Qui, dès lors, pourrait s'opposer à ce que le législateur détermine seul les bornes de son propre pouvoir ?

C'est avant tout chez les Anglais qu'on trouve une conception chimiquement pure de la souveraineté, dans l'idée d'un pouvoir illimité du Parlement. Pour Blackstone, « *le Parlement peut modifier et renouveler jusqu'à la constitution du royaume et des Parlements eux-mêmes* »<sup>3</sup>. Delolme exprime l'idée de façon saisissante dans sa *Constitution d'Angleterre* : « *les lois n'ayant besoin, pour exister, que de sa volonté, [le pouvoir législatif] peut aussi les anéantir par sa volonté ; et, si l'on veut me permettre l'expression, la puissance législative change la constitution comme Dieu créa la lumière* ». Dans ce cadre, l'omnipotence du législateur ne fait aucun doute : « *quelques lois qu'il fasse pour se limiter lui-même, elles ne sont jamais, par*

---

3. Blackstone, William, *Commentaries on the laws of England*, vol. I, *Of the rights of persons*, I, 2, fac-similé de l'édition de 1765-69, Chicago et Londres, the University of Chicago press, 1979, p. 156.

*rapport à lui, que de simples résolutions* »<sup>4</sup>. Dans la doctrine anglaise classique, c'est le pouvoir législatif ordinaire qui possède cette puissance démiurgique de création du monde juridique que nous ne prêtons plus aujourd'hui qu'au seul constituant, voire au constituant originaire. Chaque loi du Parlement est, potentiellement, une *tabula rasa* qui renouvelle l'ensemble de l'ordre juridique. À ce mode de pensée, il y a des fondements conceptuels profonds, qui résident dans la compétence de la compétence. Le souverain est celui qui fixe les bornes de son propre pouvoir : comment pourrait-on lui en imposer de l'extérieur ? En termes modernes, on pourrait dire que le souverain n'a jamais besoin de norme d'habilitation, est précisément celui qui s'habilite lui-même à chaque fois qu'il prend une décision. Dans ce cadre, on peut bien avoir l'idée d'une constitution, au sens d'un certain équilibre interne des organes politiques et sociaux ; en Angleterre, l'idée prend de l'importance à partir de 1642, et s'impose lors de la *Glorious revolution* ; mais la constitution relève du social, du politique, pas de l'univers juridique. Juridiquement, il n'y a que de la loi ordinaire : ce que le législateur a fait, le législateur doit toujours pouvoir le défaire.

L'argument de la souveraineté se trouve parfois repris, en France, pour ruiner l'idée d'une hiérarchie des normes, et contester la notion de loi fondamentale dans son principe même. Ainsi Voltaire, dans son *Dictionnaire philosophique*, déclare-t-il : « une loi fondamentale, née de la volonté changeante des hommes, et en même temps irrévocable, est une contradiction dans les termes, une chimère, une absurdité ; qui fait les lois peut les changer »<sup>5</sup>. On trouve la même idée chez Rousseau : « il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre. Ne pouvant se considérer que sous un seul et même rapport il est alors dans le cas d'un particulier contractant avec soi-même : par où l'on voit qu'il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social »<sup>6</sup>.

Dans un tel cadre, il n'y a pas d'acte constituant dont la valeur soit supérieure à celle de la loi. Une loi peut bien régir l'organisation des pouvoirs publics ; mais elle ne sera qu'une simple loi spécialisée, comme la loi de finances est spécialisée en matière budgétaire. Rousseau distingue ainsi les « lois politiques » des « lois civiles » ; mais les unes et les autres ont exactement le même rang. Les premières regardent « l'action du corps entier agissant sur lui-même, c'est à dire le rapport du

---

4. Delolme, Jean Louis, *Constitution de l'Angleterre*, 2 vol., rééd., Genève et Paris, Duplain, 1788, t. 2, II, 3, pp 213-214.

5. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, art. « loi salique », in *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris, Société littéraire typographique, 1785, vol. 53, t. 7, pp 258-259. Sur la question de la loi fondamentale, v. *infra*.

6. Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, I, 7, Paris, Gallimard, coll Folio-essais, 1995, p. 184.

*tout au tout* » ; les secondes ont pour objet « *la relation des membres entre eux* ». Mais, à part cela, rien ne distingue la constitution de la loi ordinaire. Toutes les deux sont soumises au même pouvoir législatif, dans l'indivision de son autorité souveraine<sup>7</sup>. De même pour le juriste américain Paley, vulgarisateur de la doctrine orthodoxe anglaise, qui en tire toutes les conséquences : « *la constitution n'est qu'une division, un chapitre, une section ou un titre du code des lois publiques ; elle ne se distingue du reste [des lois] que par la nature particulière ou l'importance supérieure de la matière dont elle traite. Aussi les termes constitutionnel et inconstitutionnel signifient légal et illégal* »<sup>8</sup>.

Aussi, dans cette vision, le législateur ordinaire a-t-il tous les droits. Lorsqu'en Angleterre au XVII<sup>e</sup> siècle, puis aux Etats-Unis au siècle suivant, la monarchie est renversée par l'instauration d'un régime républicain, il faut bien un texte écrit pour énoncer la nouvelle répartition des pouvoirs : tels sont l'*Instrument of government* rédigé par Cromwell, ou les premières constitutions d'Etats américaines. Mais, dans les deux cas, les législatures ordinaires ne se considèrent aucunement comme liées par le texte qui fonde leur autorité : elles ont tout pouvoir pour le modifier, puisqu'il ne constitue qu'une loi comme les autres. Ainsi de l'*Instrument of government* (1653) : sitôt le texte rédigé, le Parlement prétendit en altérer le contenu. Que fit Cromwell pour défendre son texte ? Il ne prétendit nullement que le Parlement, comme législateur ordinaire, n'avait aucun pouvoir de modifier l'acte constitutionnel qui fondait son autorité ; il affirma que *certaines* dispositions de l'*Instrument of government* n'étaient pas modifiables, parce qu'elles étaient fondamentales : « *il est vrai que, tandis que certaines clauses de cet Etablissement sont fondamentales, d'autres n'ont pas ce caractère et ne sont que circonstancielle* ». L'idiome de la loi fondamentale s'était répandu en Angleterre dès la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, avant que Coke ne le systématisa dans sa lutte contre Jacques Ier<sup>9</sup> ; la notion, devenue familière, fournissait une ressource aux protestations de Cromwell. Mais l'argumentation du Lord Protecteur n'avait à peu près rien à voir avec notre mode de pensée moderne : si le Parlement n'avait pas le droit de toucher à certaines dispositions du texte, c'est seulement parce qu'elles étaient tellement essentielles à tout gouvernement qu'on pouvait les considérer comme *intrinsèquement* intangibles : « *le gouvernement d'un seul,*

---

7. Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat social*, II, 12, éd. citée, pp 215-216.

8. Paley, William, *The principles of moral and political philosophy*, cité par Wood, Gordon S., *The creation of the american republic*, rééd., New York, Norton, 1993, p. 261.

9. Pour les premières occurrences de la notion de loi fondamentale en Angleterre, v. Mc Ilwain, Charles H., *The high Court of Parliament and its supremacy*, New Haven, Yale university press, 1910, pp 63-65 et 72-75. Sur la controverse entre Coke et Jacques Ier, on pourra se reporter à Gough, John W., *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, traduction fçse, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1992, pp 40-56.

*doublé d'un Parlement, est de nature fondamentale. C'est un point essentiel, constitutif (...) Dans tout gouvernement il faut qu'il y ait quelque chose de fondamental, quelque chose comme une grande Charte, qui soit permanent, inaltérable* ». Dans un tel cadre conceptuel, ce n'est pas seulement sur le législateur ordinaire que pèse un interdit normatif : ce qui est fondamental ne saurait être modifié par personne, pas même par un quelconque pouvoir constituant. A l'inverse, ce qui n'est pas fondamental dans l'*Instrument* peut être librement modifié par le Parlement : aucune distinction n'existe donc entre pouvoir constituant et pouvoir constitué<sup>10</sup>. C'est qu'en réalité, comme l'explique Herle au début de la révolution, une loi écrite ne peut être fondamentale ; la rédiger, c'est aussitôt la déclasser, la rendre contingente et sujette à des altérations qui ne peuvent qu'en dénaturer le caractère. Pour lui, une loi écrite est toujours « *superficielle* (superstructrice) *et non pas fondamentale* »<sup>11</sup>.

Ce sont des hésitations tout à fait comparables que l'on retrouve pendant les premières années de la révolution américaine : alors même que les Etats de la Confédération, après l'indépendance, ont presque tous adopté des constitutions écrites, les législatures ordinaires n'hésitent pas, au nom de l'unité du pouvoir normatif, à en modifier unilatéralement le contenu : ne sont-elles pas, à l'image du Parlement britannique, la seule autorité habilitée à faire les lois, n'ont-elles pas le pouvoir souverain de faire et défaire les normes ? C'est au nom de cette doctrine que la législature du Connecticut, après avoir refondu elle-même, sans aucune formalité particulière, la charte royale d'avant l'indépendance, entreprit en 1786 de réduire la représentation des villes de deux à un seul député : tandis que les opposants à la réforme lui déniaient tout pouvoir pour réviser la constitution de l'Etat, suivant en cela la pente des idées nouvelles, ses partisans répondaient que le Connecticut n'avait « *pas d'autre constitution que la loi de l'Etat* ». L'Etat de Rhode Island s'était, lui aussi, borné à adapter sa charte ancienne aux réalités nouvelles de l'indépendance. Bien plus : alors que le New Jersey s'était doté d'une constitution, sa législature n'eut aucune hésitation, en 1777, à en modifier les termes par une simple décision (*Act*)<sup>12</sup>. Même lorsque la constitution avait été votée par une convention spécialement réunie à cet effet, comme dans le cas de la Virginie en 1776, on considérait que le texte n'avait pas plus de valeur qu'une simple loi : Jefferson, tout en le regrettant, se croit

---

10. Sur le débat autour de l'*Instrument of government*, v. l'*Apologie* de Cromwell dans Kenyon, J. P., *The Stuart constitution*, Cambridge, Cambridge University press, 1986, pp 316-322 (les citations qui précèdent sont tirées de la p. 320).

11. Herle, *A fuller answer to a treatise written by Dr Ferne*, 1642, p. 8, cité par Allen, J. W., *English political thought*, 1603-1660. Vol. 1 : 1603-1644, Londres, Methuen, 1938, p. 460.

12. Wood, Gordon S., *The creation of the american republic*, réed., New York, Norton, 1993, pp 260-282, et plus spécialement pp 274, pour le New Jersey, et 277, pour le Connecticut.

bien obligé de le reconnaître dans ses *Notes on the State of Virginia*. « Certains, explique-t-il, prétendent que le mot “constitution” signifie « un acte supérieur au pouvoir de la législature ordinaire ». Je réponds que *constitutio*, *constitutium* [sic], *statutum*, *lex*, sont des expressions interchangeables... Pour se débarrasser de la magie que l'on prête au mot constitution, (...) supposons que la convention, au lieu de dire : “Nous, législature ordinaire, établissons une constitution”, avait déclaré : “Nous, législature ordinaire, établissons un acte supérieur au pouvoir de la législature ordinaire”. L'absurdité de cette prétention n'est-elle pas manifeste ? ». L'unité du pouvoir souverain est sans doute politiquement regrettable, puisqu'elle mène tout droit à un « despotisme électif »<sup>13</sup> ; elle n'en est pas moins juridiquement nécessaire. Même constat désabusé chez Madison en 1785 : « si cela était possible, il serait bon de définir les limites du pouvoir législatif ; mais son extension semble à bien des égards indéfinie »<sup>14</sup>.

Mais l'unité de la fonction normative, même si elle se réclame de l'unité de la souveraineté, se heurte cependant à une objection majeure : celle de la loi fondamentale. La souveraineté législative, en tout cas en France, ne serait pas infinie, puisqu'elle est limitée par des lois fondamentales qui seraient l'équivalent de nos actuelles constitutions.

## La question de la loi fondamentale

En général, lorsqu'on recherche les origines de la constitution comme norme supérieure, on fait appel à la notion de loi fondamentale : présente chez les Anglais au XVII<sup>e</sup> siècle, la notion recule au XVIII<sup>e</sup> devant la souveraineté législative<sup>15</sup> ; en revanche, elle demeure en France jusqu'à la fin de l'Ancien régime. Les lois fondamentales seraient donc la preuve que, loin de se réduire à un simple pouvoir arbitraire, l'absolutisme français aurait de tout temps comporté les germes du constitutionnalisme.

Mais défendre ce point de vue, c'est négliger trois problèmes majeurs : le premier est d'ordre conceptuel. Dans la thématique de la loi fondamentale, il y a bien une constitution, mais il n'y a aucun pouvoir constituant. On peut bien analyser la loi fondamentale comme l'équivalent d'une norme suprême,

---

13. Jefferson, Thomas, *Notes on the state of Virginia*, XIII, 5, in *Political writings*, éd. Appleby et Ball, Cambridge, Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge university press, 1999, pp 327-331.

14. Lettre de Madison à Wallace, 23 août 1785, in HUNT (éd.), *Writings of Madison*, vol. 2, p. 168, cité par Wood, Gordon S., *The creation of the american republic*, éd. citée, p. 275.

15. Gough, John W., *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, traduction fçse, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1992.

dans la mesure où elle s'impose au pouvoir législatif ; mais même dans ce cas, la constitution est une *norme sans auteur*. La loi fondamentale n'est pas le fruit de la *volonté* libre d'un auteur, mais le résultat de la *nécessité*. Le deuxième problème est politique, et il est lié au premier : si constitution il y a, c'est une constitution coutumière, qui reflète l'ordre social et politique de l'Ancien régime ; ce n'est en aucun cas un instrument de réforme, et encore moins de révolution. Or, c'est là que le bât blesse : à partir des années 1750, les Parlements comprennent bien la loi fondamentale comme un équivalent de la constitution, en s'inspirant de Montesquieu, et ils érigent peu à peu leur droit d'enregistrement en véritable contrôle de constitutionnalité. En édictant ses ordonnances, le roi doit se plier aux remontrances de ses Parlements, car elles sont directement inspirées par des normes de valeur supérieure, qui s'imposent au monarque lui-même. S'il s'y refuse, la monarchie française, tempérée par les lois, versera dans le despotisme oriental, repoussoir très efficace théorisé par Montesquieu<sup>16</sup>. La question est désormais assez bien documentée, et on ne la développera pas ici<sup>17</sup>. Mais l'essentiel, c'est que cette prétention au contrôle de constitutionnalité est très loin d'être neutre politiquement : pour les Parlements, comme pour Montesquieu, les lois fondamentales, ce sont avant tout les privilèges des ordres. Et le Parlement de Paris, en 1776, commet une erreur politique majeure, lorsque Turgot essaye de s'attaquer au corporatisme d'Ancien régime, en supprimant les jurandes et les corvées. Le Parlement réplique en déclarant que les privilèges de la société d'ordres sont de droit divin<sup>18</sup> ! En l'espace de quelques mois, sa popularité, qui était pourtant immense depuis les années 1750, s'effondre d'un seul coup, et l'idée même de lois fondamentale va très vite être discréditée. Elle ne recouvrira que des intérêts de caste déguisés en normes supérieures. Dès l'affaire Maupeou, Voltaire avait ironiquement dénoncé « *la loi fondamentale de la vénalité des charges, la loi fondamentale des épices et des vacations (...), enfin, Sire, la loi fondamentale qui adjugeait aux avocats et aux procureurs la substance*

---

16. Sur tous ces points, on se permettra de renvoyer le lecteur à notre thèse, *La main invisible du juge. L'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, thèse, Paris II, 2000, II, 1, 1, chap. 1, §§ 3 et 4 ; chap. 2 ; chap. 3, §1, pp 366-400.

17. Cf par ex François Saint Bonnet, « Le Parlement juge constitutionnel (XVIe-XVIIe siècles) », *Droits*, n°34, 2002, pp 177-197, ainsi que la mise au point récente de Marie-Françoise Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, pp 212-243.

18. Remontrances des 2-4 mars 1776, reproduites dans Flammermont, Jules, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, in *Documents inédits de l'histoire de France*, Paris, Imprimerie nationale, 3 vol, 1888-1898, t. 3, pp 278-279 et 288 ; *Main invisible du juge*, précitée, II, 1, 2, chap. 1, § 3 a, pp 439-440. Pour le Parlement, la société d'ordres « *a pris sa source dans les institutions divines ; la sagesse infinie et immuable dans le plan de l'Univers fit entrer une dispensation inégale de force et de génie, dont le résultat ne peut manquer d'être dans l'ordre civil une inégalité dans les conditions des hommes* ».

de la veuve et de l'orphelin »<sup>19</sup>. Aussi, dans les années 1780, la réaction du parti patriote est radicale, fédérant les contestataires derrière le cri : « *la France n'a pas de constitution !* », inspiré de Thomas Paine. Lors de la révolution, l'idée constituante ne s'affirme pas dans la ligne de la loi fondamentale, mais contre elle ; c'est donc un contresens politique que d'opérer une filiation directe entre les deux notions.

Le troisième problème est plus fondamental, et sans doute aussi le plus intéressant : il n'est pas certain que les lois fondamentales soient juridiquement de même nature qu'une constitution moderne, d'une part parce qu'elles n'ont pas la *globalité* d'une constitution, d'autre part et surtout parce qu'elles ne possèdent pas l'une des caractéristiques essentielles des constitutions modernes : ce ne sont pas de véritables normes d'*habilitation*, qui donneraient aux pouvoirs publics un titre à gouverner. Même si les lois fondamentales sont des normes supérieures, on ne peut, selon nous, les assimiler pleinement à une constitution dans la mesure où elles ne sont que ponctuelles ; elles restent limitées à des questions certes décisives, mais circonscrites : dévolution du trône, catholicité, inaliénabilité du domaine ; on ne peut pas dire que les lois fondamentales *organisent* véritablement, de manière globale, le fonctionnement des pouvoirs publics. Elles limitent ponctuellement le pouvoir du monarque, en prévoyant un certain nombre d'actes qu'il ne peut pas faire (laisser le trône à un bâtard, par exemple) ; elles ne réglementent pas globalement son pouvoir, et elles restent silencieuses sur des questions essentielles, telles que l'étendue des pouvoirs du roi. Quelle est la portée du droit d'enregistrement ? Le lit de justice a-t-il une valeur constituante ? Aucune de ces questions n'est réglée par les lois fondamentales. A plus forte raison, les lois fondamentales ne créent pas le pouvoir politique, elles ne sont en aucun cas à *l'origine* de son existence. Elles n'*instituent* rien, elles ne font que limiter. Le roi possède un *droit propre* à gouverner, pour reprendre le langage de la doctrine allemande, indépendamment de tout texte fondateur. Dans les lois fondamentales, on ne trouvera pas la moindre trace d'un pouvoir démiurgique, d'une quelconque *création du monde* juridique. Ou, pour parler en termes plus techniques, les lois fondamentales ne comportent pas de véritable habilitation.

---

19. Voltaire, *Très humbles et très respectueuses remontrances du Grenier à sel*, cité par Carcassonne, Elie, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1927, p. 437.



## Constitutionnalisme contre mystères de l'Etat

Mais il y a plus : non seulement les lois fondamentales n'ont aucun pouvoir d'institution, mais un tel pouvoir est tout simplement unimaginable, pour une raison simple : pour la doctrine des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles, les questions juridiques ultimes ne sont pas régies par une norme ; elles font l'objet d'un mystère, qu'il n'est ni possible, ni souhaitable de prétendre trancher. Au fondement du pouvoir politique, il n'y a pas une règle, une décision fondatrice, un partage des rôles entre le roi et le peuple, un titre quelconque à gouverner : il y a ce que la doctrine classique appelle les *mystères de l'Etat*, un abîme inconnaissable, aussi insondable que les mystères de la théologie. Toute investigation juridique cesse, finit par disparaître, dans cette énigme ultime où se perdent les spéculations et les raisonnements, de la même façon que la compréhension rationnelle de Dieu finit par buter sur les mystères ultimes de la trinité ou de l'incarnation. L'investigation rationnelle (et donc aussi l'interrogation juridique) laissent nécessairement place à la foi.

On pourrait retracer de manière assez détaillée les origines médiévales de cette notion de mystère juridique, qui commence par l'idée de mystères de la justice, d'un roi à la fois au dessus et en dessous des lois, à la fois absolu et limité dans son pouvoir. Ce terrain-là a déjà été partiellement exploré, notamment par Kantorowicz<sup>20</sup> ; mais ce qui l'est moins, c'est la suite de l'intrigue, le passage des mystères de la justice aux mystères de l'Etat, et c'est là que la question devient vraiment intéressante pour nous, parce qu'elle recouvre exactement le domaine de ce qui relève, aujourd'hui, du pouvoir constituant. Un premier exemple intéressant, et passablement énigmatique, peut en être trouvé dans le langage grandiose qu'utilise Jacques Ier lorsque, dans un célèbre discours de 1616 à la chambre étoilée, il évoque devant ses juges la question des limites du pouvoir royal : « *s'il survenait une question qui touche à ma prérogative ou mystère d'Etat, gardez-vous d'en traiter avant d'avoir consulté le roi ou son Conseil, ou les deux à la fois : car ce sont là des questions transcendantes (transcendent matters)(...). Ce qui concerne le mystère du pouvoir royal ne peut être légalement contesté* ». Mais ce qui est pour le moins étrange, c'est la façon dont Jacques Ier justifie cette mise en garde solennelle, et condamne par avance toute investigation de la part de ses juges : « *car cela reviendrait à pénétrer la faiblesse des princes (to wade into the weakness of princes), et à anéantir la révérence mystique qui revient à ceux*

---

20. Kantorowicz, Ernst, *The king's two bodies, a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton university press, 1957, 6e ed., 1981. V. aussi, quoique nettement moins convaincant dans ses conclusions, « Mystères de l'Etat, un concept absolutiste et ses origines médiévales », in *Mourir pour la patrie*, trad. fçse, Paris, PUF, 1984.

*qui siègent sur le trône de Dieu* »<sup>21</sup>. Quel paradoxe ! Le roi affirme que le pouvoir royal est de nature quasi-divine, et *en même temps*, qu'il est affecté d'une faiblesse congénitale !

En quoi peuvent donc consister ces mystères de l'Etat, pour aboutir à des conclusions aussi contradictoires ? C'est un passage assez peu connu des mémoires du Cardinal de Retz qui pourrait nous permettre de découvrir le mot de l'énigme. Pour lui, si la Fronde est dangereuse, ce n'est pas parce que le peuple de Paris fait la guerre à son roi ; c'est parce que, dans le feu de la guerre civile, le peuple s'est laissé emporter à poser les questions les plus fondamentales, à rechercher la limite entre les droits du roi et ceux du peuple. « *Le peuple entra dans le sanctuaire : il leva le voile qui doit toujours couvrir tout ce que l'on peut dire, tout ce que l'on peut croire du droit des peuples et de celui des rois, qui ne s'accordent jamais si bien ensemble que dans le silence. La salle du Palais profana ces mystères* »<sup>22</sup>. La salle du Palais, c'est notre actuelle salle des pas perdus, c'est le lieu où le peuple se masse à chaque occasion importante, et fait pression sur les magistrats, par opposition à la Grand Chambre, où se prennent les décisions. Face aux prétentions de Mazarin, fallait-il prendre le risque d'énoncer les bornes du pouvoir royal ? Selon le cardinal de Retz, si le Parlement l'avait fait, son arrêt aurait conduit à « *perdre un royaume* », rien de moins ! « *Si le Parlement eût répondu (...) à la ridicule et pernicieuse proposition que le Cardinal lui fit de déclarer si il prétendait mettre des bornes à l'autorité royale, si, dis-je, les plus sages du corps n'eussent éludé la réponse, la France, à mon opinion, courait fortune, parce que la Compagnie (...) déchirait le voile qui couvre le mystère de l'Etat. Chaque monarchie a le sien. Celui de la France consiste dans cette espèce de silence religieux et sacré dans lequel on ensevelit, en obéissant presque toujours aveuglément aux rois, le droit que l'on veut croire avoir de s'en dispenser* » dans certains cas exceptionnels, lorsque le roi viole les droits du peuple. Et Retz continue : « *ce fut un miracle que le Parlement ne levât pas dernièrement ce voile, et ne le levât pas en forme et par arrêt, ce qui serait d'une conséquence plus dangereuse et plus funeste que la liberté que les peuples ont prise* »<sup>23</sup>. En d'autres termes : la guerre civile n'est rien, le peuple peut résister à son roi, mais mettre en forme ses droits, ce serait faire une révolution.

Pourquoi ? Parce qu'alors se manifesterait la vérité ultime du pouvoir, qui, en réalité, ne réside entre les mains du roi que parce que le peuple le veut bien. La souveraineté du roi n'est qu'une pure fiction, puisque, si les peuples se révoltent,

---

21. Jacques Ier, *A speech in the Starre-Chamber, the XX of June. Anno 1616*, in *The political works of James I*, éd. Mc Ilwain, Cambridge, Mass., Harvard university press, 1918, pp 332-333.

22. Cardinal de Retz, *Mémoires*, Paris, Livre de poche/ classiques Garnier, coll. la pochothèque, 1998, p. 310.

23. Cardinal de Retz, *Mémoires*, éd. citée, p. 369.

ils prendront conscience qu'ils peuvent tout, et que le monarque ne peut rien : « à la différence de toutes les autres sortes de puissance, ils peuvent, quand ils sont arrivés à un certain point, tout ce qu'ils croient pouvoir »<sup>24</sup>. Voilà la clef du mystère, voilà le mot de l'énigme qu'il ne faut surtout pas dévoiler : la souveraineté est un mensonge, elle n'a aucune réalité en dehors de la foi des peuples dans leur roi. Si le peuple agit, et s'il prend conscience de la portée de ses actes, il devient *ipso facto* tout-puissant. Et voilà pourquoi Jacques Ier, malgré ses prétentions démesurées au pouvoir absolu, reconnaît la vulnérabilité ultime du pouvoir royal, lorsqu'il évoque « la faiblesse des princes ». Cette faiblesse ultime est au fond assez simple : en matière politique, Dieu n'est qu'un homme ; voilà le terrible secret qui ne doit jamais être mis à nu.

Or, si Dieu n'est qu'un homme, son droit n'est plus que du pouvoir. Ce secret terrible, qu'il fallait à tout prix préserver sous la Fronde, sera percé à jour en 1770-74, dans les dernières années de Louis XV. En décidant de supprimer les Parlements, institution immémoriale de la monarchie française, Louis XV prend une décision trop grave pour ne pas poser dans l'opinion publique la question des limites du pouvoir royal. Et cela conduit directement, comme le déplore l'avocat général Séguier en 1775, à déchirer le « voile, dont la prudence de nos pères avait enveloppé tout ce qui concerne le Gouvernement »<sup>25</sup>. Or que voit-on, une fois révélé le véritable « secret de l'empire », comme le dit Mably ? le despotisme pur et simple, déguisé en souveraineté<sup>26</sup>. De même pour Diderot : « il y avait entre la tête du despote et nos yeux une grande image de la liberté. Les clairvoyants avaient regardé depuis longtemps à travers les petits trous de la toile, et savaient bien ce qu'il y avait derrière ; on a déchiré la toile, et la tyrannie s'est montrée à face découverte »<sup>27</sup>.

Autrement dit : les questions de nature constitutionnelle, au sens contemporain de ce mot, sont reconnues comme pleinement distinctes et spécifiques par la doctrine d'Ancien régime. Seulement, il est hors de question qu'elles soient consignées dans une loi, parce qu'elles font l'objet d'un *interdit*, d'un tabou, qu'il est inconcevable de transgresser sans se rendre coupable de haute trahison : dire ce que *sont* les droits du roi, c'est déjà, en soi, faire la révolution et renverser le régime. Discuter de la constitution, c'est un acte sacrilège. Et en ce sens (quoiqu'en ce sens seulement), les révolutionnaires avaient raison

---

24. Cardinal de Retz, *Mémoires*, éd. citée, pp 368-369.

25 Arrêt de la cour de Parlement, *Gazette de Leyde*, 18 juill 1775, supplément, cité par Baker, Keith, *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIIIe siècle*, Paris, Payot, 1993, p. 165.

26. Mably, Gabriel Bonnot de, *Observations sur l'histoire de France*, in *Collection complète des œuvres de l'abbé Mably*, 15 vol., Paris, an III (1794-1795), vol. 3, p. 131.

27. Diderot, Denis, *Oeuvres politiques*, éd. Paul Vernière, Paris, 1963, p. 241.

lorsqu'ils disaient que *la France n'a pas de constitution*. La France n'avait pas de constitution : elle avait des mystères de l'Etat, qu'il était interdit de chercher à pénétrer. On est loin, très loin, de l'idée totalement anachronique, mais répandue par de nombreux historiens du droit, selon laquelle les lois fondamentales seraient l'ancêtre de nos constitutions modernes !

Dans un tel cadre, l'idée constituante est de toute façon impossible : soit la souveraineté est totale, à l'anglaise, mais dans ce cas il n'y a pas de hiérarchie des normes ; soit il existe des lois fondamentales ponctuelles, mais les questions ultimes se perdent dans les mystères de l'Etat. En réalité, l'idée d'un pouvoir constituant, selon nous, ne vient pas de la doctrine juridique, qui se refuse à l'imaginer : elle trouve son origine dans une idée politique, philosophique, celle de contrat social, qui peu à peu va s'imposer dans la sphère du droit.

## **Le contrat social, matrice de l'idée constituante**

Le contrat social, comme on le sait, est au départ une idée de Hobbes : avant lui, une tradition qui remonte à Bartole avait énoncé l'idée d'un *pacte de gouvernement*, d'engagements réciproques entre le Prince et ses sujets ; notion importante, parce qu'elle trouve une traduction juridique dans le serment du sacre. Mais ce contrat-là ne dit rien sur l'origine du pouvoir, il suppose toujours que le Prince est déjà là, qu'il règne en vertu d'un droit propre. Hobbes invente la notion de *pacte d'association* (la chose, sinon le mot), qui va beaucoup plus loin, puisqu'elle institue le pouvoir politique, l'habilité, au sens fort du mot, en lui donnant l'existence. C'est de là que va sortir, plus tard, la notion d'acte constituant comme acte démiurgique, comme création juridique du monde.

Et, pour prendre véritablement une consistance juridique, tout se passe comme si la notion de constitution avait besoin de passer par la figure contractuelle, en suivant le même itinéraire que le contrat social, en glissant d'un pacte de gouvernement à un pacte d'association.

Toutes ces étapes successives sont préfigurées dans la doctrine savante par Pufendorf, qui les regroupe et les systématise, de façon encore purement théorique, en opérant une sorte de bricolage conceptuel entre la philosophie de Hobbes et les doctrines juridiques antérieures, telle que celle de Suarez : pour lui comme pour Hobbes, tout commence par un pacte d'association, qui donne son existence au corps politique. Puis vient ce que Pufendorf appelle une « ordonnance de gouvernement », édictée à la majorité, qui décide de la nature du régime, et ressemble à s'y méprendre à nos modernes constitutions.

Enfin, une fois les pouvoirs publics institués, un pacte de gouvernement est conclu entre les gouvernants et le peuple, comportant des engagements récipro-

ques (la protection du Prince contre l'obéissance des sujets).<sup>28</sup>

Mais, pour se traduire dans la réalité du débat public, et finalement dans le droit positif, l'idée de constitution devra passer à nouveau par toutes les étapes de la figure contractuelle. On le voit bien chez Bolingbroke, inspirateur de Montesquieu, qui, le premier, introduit l'idée d'une constitution placée au dessus des pouvoirs publics, et juridiquement contraignante : « *notre constitution est, dans son acception la plus exacte, un accord (bargain), un contrat conditionnel entre le prince et le peuple, de même qu'elle a toujours été et est encore [un contrat] entre les représentants et le corps de la nation* »<sup>29</sup>. Pourquoi ce détour par le contrat, sous sa figure traditionnelle de pacte de gouvernement ? Parce que l'argument est indispensable pour réfuter la souveraineté législative : si le Parlement anglais est tout-puissant pour les lois, le seul moyen de limiter son pouvoir, c'est de le soumettre à une norme qui ne soit pas elle-même une loi, qui s'impose au Parlement lui-même. A une convention, en un mot, à laquelle le Parlement est lui-même partie, et qu'il ne puisse altérer de manière unilatérale. La conséquence est simple : ni le Roi, ni même le Parlement n'ont le droit de toucher à la constitution. « *Si les deux chambres avaient l'extravagance d'abdiquer leurs droits en faveur du monarque, il est clair que l'ensemble de la nation aurait dès lors le droit de résister au pouvoir législatif suprême* »<sup>30</sup>.

Or dès Bolingbroke, la figure du pacte de gouvernement montre son caractère essentiellement rhétorique : elle n'est là que pour lier les pouvoirs publics ; mais une fois cette limitation acquise, le contrat tend très vite à devenir un pacte d'association, auquel seuls les individus sont parties. Les pouvoirs publics, quant à eux, ne sont plus que les créatures du contrat originel. Ils peuvent enfreindre le contrat, et susciter l'exercice du droit de résistance, mais ne le créent plus : « *si la constitution était effectivement dissoute (...) le peuple retrouverait son droit originnaire, son droit naturel, de rétablir la constitution ou d'en faire une nouvelle* »<sup>31</sup>. Les mêmes ambiguïtés conceptuelles se retrouvent également chez Rousseau, dans sa première version du contrat social, telle qu'il la présente dans son *Discours sur l'inégalité*<sup>32</sup>. Aussi, à travers la figure du contrat, il devient possible de contourner la souveraineté parlementaire, avant d'aboutir *in fine* à la souverai-

---

28. Pufendorf, Samuel, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Bâle, 1732, réimp. du Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989, vol. 2, VII, 2, §§ 6-8, pp 231-234.

29. Bolingbroke, Henry St John, *A dissertation upon parties*, in *Works*, vol. 2, Londres, Henry Bohn, 1844, p. 117.

30. *Ibid.*, pp 150-151.

31. *Ibid.*, p. 151.

32. Rousseau, Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* [1755], rééd., Paris, Garnier-Flammarion, 1971, pp 226-227.

neté du peuple. Locke l'avait déjà fait : mais ce qui n'était chez lui qu'un droit de résistance purement politique, une hypothèque révolutionnaire hors de toute légalité préétablie, devient au XVIII<sup>e</sup> siècle du droit positif, au double sens de ce mot : celui d'une norme juridiquement valide, et celui d'une décision créatrice, et non plus seulement d'une révolte destructrice de l'ordre établi. Grâce au détour contractuel, le droit de résistance prend la consistance d'un pouvoir instituant, fondateur et ultime, supérieur à tous les pouvoirs constitués.

C'est également en ce sens que, dans la doctrine française, s'opère une relecture du thème de la loi fondamentale. Il ne s'agit plus du tout de la norme coutumière, hérissée de privilèges, intangible et anonyme, que prétendaient défendre les Parlements : les lois fondamentales, une fois changées en contrat, deviendront révisables, avant de se trouver purement et simplement soumises à la volonté souveraine du peuple. Burlamaqui, en 1751, amorce le mouvement, et se trouve cité textuellement par Jaucourt dans l'*Encyclopédie* : « *Ces règlements sont appelés lois fondamentales, parce qu'ils sont la base et le fondement de l'Etat (...). Ce n'est pourtant que d'une manière, pour ainsi dire abusive, qu'on leur donne le nom de lois ; car, à proprement parler, ce sont de véritables conventions ; mais ces conventions étant obligatoires entre les parties contractantes, elles ont la force des lois mêmes* »<sup>33</sup>.

Et c'est Vattel qui, en 1758, achève l'évolution, avant de léguer une doctrine pleinement opérationnelle aux révolutionnaires américains<sup>34</sup>. Vattel commence par exposer dans toute sa clarté la théorie nouvelle de la constitution : « *le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée, est ce qui forme la constitution de l'Etat (...). Cette constitution n'est dans le fond autre chose que l'établissement de l'ordre dans lequel une nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la société politique s'est établie* »<sup>35</sup>. Vattel mène à son terme la mutation amorcée par Bolingbroke en démontrant *à la fois* que la constitution ne peut être révisée par les pouvoirs constitués (parce que contractuelle) et que le peuple a tout pouvoir pour la modifier seul (et se trouve donc reconnu comme souverain, contrairement au principe initial du contrat de gouvernement). Quelle que soit l'autorité des législateurs ordinaires, « *on demande si leur pouvoir s'étend jusqu'aux lois fondamentales, s'ils*

---

33. Burlamaqui, J.-J., *Principes du droit politique*, 2 vol., Amsterdam, 1751, Zacharie Chatelain, réimp. du centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1984, t. I, I, 7, 4<sup>e</sup>, §§ 37-38, p. 76. *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers...*, 17 vol., Paris, 1751-1765, vol. 9, p. 660.

34. Sur l'influence de Vattel sur la pensée américaine, v. Wood, Gordon S., *The creation of the american republic*, rééd., New York, Norton, 1993, pp 9 (pour le cas de James Otis) et 274.

35. Vattel, Emer (ou Emerich) de, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, [1758], rééd., Paris, 1820, I, 3, pp 68-69.

*peuvent changer la constitution de l'Etat ? (...) L'autorité de ces législateurs ne va pas si loin, et (...) les lois fondamentales doivent être sacrées pour eux, si la Nation ne leur a pas donné très-expressément le pouvoir de les changer »*<sup>36</sup>. Or, dans le même temps, « *la nation est en plein droit de former elle-même sa constitution, de la maintenir, de la perfectionner, et de régler à sa volonté tout ce qui concerne le gouvernement »*<sup>37</sup>. De simple partie au contrat, le peuple est devenu souverain.

On le voit, l'idée constituante est ambiguë dans sa construction même : il lui faut à la fois nier la souveraineté (pour résister aux prétentions de la souveraineté parlementaire) et la réaffirmer au profit du peuple. Tel est bien le problème que rencontrèrent les révolutionnaires américains entre 1776 et 1787, et qu'ils s'efforcèrent de contourner grâce à l'idée de contrat : loin d'être analysé comme un acte unilatéral, imposé par voie d'autorité, l'acte constituant est censé être librement consenti par tous, dans une fiction unanimiste par laquelle la figure purement imaginaire du contrat social prendrait soudainement vie. Pour la première fois dans l'histoire, des hommes vont décider librement des institutions qu'ils veulent créer ; pour la première fois, le mythe du contrat social va devenir réalité.

Ainsi, la constitution du Massachussets, adoptée en 1780, se définit elle-même comme « *un contrat social, par lequel tout le peuple contracte avec chaque citoyen, et chaque citoyen avec tout le peuple »*<sup>38</sup>. La même analogie est utilisée par Luther Martin pour la constitution fédérale de 1787, lors des débats de ratification : « *il est déclaré dans le préambule qu'il s'agit d'un contrat souscrit entre les individus qui composent le peuple des Etats-Unis »* (l'analyse est d'autant plus remarquable qu'elle va contre la lettre même du texte)<sup>39</sup>. La doctrine de la constitution comme contrat subsistera jusqu'à la guerre de Sécession, chez les partisans des droits des Etats. Ainsi, dans les résolutions du Kentucky, prises en 1798, lors de la première crise grave entre la fédération et les Etats, la notion de pacte permet de dénier au gouvernement fédéral le droit de juger de l'étendue de ses propres compétences, puisqu'il n'est que la créature d'un contrat auquel les Etats fédérés seuls sont parties : « *le gouvernement créé par ce pacte n'a pas été rendu juge exclusif ou ultime de l'étendue des pouvoirs qui lui ont été délégués (...)* ;

---

36. *Ibid.*, I, 3, § 34, pp 73-74.

37. *Ibid.*, p. 71.

38. Cité par Gordon S. Wood, *The creation of the american republic*, rééd., New York, Norton, 1993, p. 289, avec de plus amples développements dans le cours du chapitre, pp 282-291.

39. Luther Martin, « Genuine information », in Max Farrand (dir), *The Records of the federal Convention of 1787*, New Haven, Yale University press, 1937, rééd., 1966, vol. 3, pp 192-193, cité par Thierry Chopin, *La question de la souveraineté dans la controverse constitutionnelle entre fédéralistes et anti-fédéralistes à la fin du XVIIIe siècle aux Etats-Unis : 1787-1788*, thèse, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1999, vol. 1, II, chap. 3, § 2 b, p. 289.

au contraire, comme dans tout autre contrat passé entre des autorités qui n'ont pas de juge commun, chacune des parties a un droit égal à juger pour elle-même, aussi bien des infractions commises que de la nature et de l'étendue des mesures à prendre pour y remédier »<sup>40</sup>. Une telle doctrine formera la base du droit de nullification à laquelle prétendront les partisans des *States' rights*, permettant aux Etats de déclarer nulle une loi fédérale qu'ils jugeraient contraire à la constitution, et de paralyser ainsi l'action de la fédération. L'idée, formulée par Jefferson dans les résolutions du Kentucky, servira ensuite de base à toute la doctrine sudiste, depuis Calhoun jusqu'aux confédérés.

Cette origine contractuelle de l'idée constituante n'est pas un pur fait historique, qui n'aurait d'intérêt qu'en termes de généalogie de l'histoire des idées : car elle constitue aussi le lieu d'une ambiguïté fondamentale quant à la souveraineté. Dans la nouvelle doctrine élaborée par les pères fondateurs américains, peut-on véritablement dire que le pouvoir constituant soit pleinement souverain ? Oui, si on le considère isolément, comme pouvoir ultime ; non, si on l'inclut dans l'ensemble global que forment pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Car, de ce point de vue, le peuple n'a d'autorité que pour adopter la norme fondatrice, et ne peut jamais exercer le pouvoir de manière *effective*, sous peine d'envahir la sphère des pouvoirs constitués. Comme le disait une publication pennsylvanienne au lendemain de l'indépendance : « *il n'y a pas de plus grande violation de la raison et du droit naturel que l'idée selon laquelle des hommes pourraient se donner une autorité à eux-mêmes* »<sup>41</sup>. Un pouvoir qui décide seul de ses propres limites est une monstruosité politique incompatible avec les droits de l'homme, et c'est pour cette raison que la souveraineté des législatures d'Etat doit être réfutée. Or qu'est-ce, pour une autorité politique, que de décider de ses propres limites, si ce n'est avoir la compétence de sa compétence ? Qu'est-ce, en d'autres termes, si ce n'est la souveraineté même ? Dans la séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, personne n'est véritablement souverain : d'un côté, on a un législateur suprême, qui définira les compétences mais ne les exercera pas lui-même ; de l'autre un pouvoir normatif subordonné, qui régira effectivement les gouvernés, mais qui ne peut en aucun cas étendre les bornes de son propre pouvoir. Dans ce partage des rôles, dans cette séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, l'unité de la souveraineté est en réalité irrémédiablement brisée : le pouvoir constituant est certes le pouvoir ultime, mais on ne peut pas dire qu'il soit véritablement le pouvoir souverain ; car son rôle est de fixer la compétence d'autrui, non pas de décider de la sienne

---

40. Texte reproduit dans *The founders' constitution*, éd. par Kurland, Philip B., et Lerner, Ralph, 5 vol., Liberty Fund, Indianapolis, 1987, t. 5, Amend. I (speech and press), n°18.

41. Philadelphia Pa. *Packet* du 17 septembre 1776 et *The alarm : or an adress to the people of Pennsylvania on the late resolve...*, Philadelphie, 1776, cités par Gordon Wood, *op. cit.*, pp 337-338.



propre. Telle est l'ambiguïté fondatrice de l'idée contractuelle, et tel est peut-être, encore aujourd'hui, le prix à payer pour que l'idée moderne d'un pouvoir constituant garde sa véritable cohérence. On était parti de la notion absolutiste des mystères de l'Etat, d'une équivoque nécessaire entre les droits du roi et ceux du peuple ; le constitutionnalisme, loin de rompre avec l'énigme, n'aurait fait, en fin de compte que la transposer. Car si les limites du pouvoir constituant sont incertaines, s'il hésite constamment entre un simple pouvoir d'habilitation, de nature exclusivement fondatrice, et une puissance souveraine, de portée illimitée, ne faut-il pas reconnaître que le mystère est toujours à la base de notre rationalité juridique<sup>42</sup> ?

**Carlos-Miguel Pimentel**

*Ancien élève de l'Ecole Normale Supérieure de la rue d'Ulm, Carlos-Miguel Pimentel est professeur agrégé de droit public à l'Université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines.*

---

42. Je dois l'idée d'un tel rapprochement à Emmanuel Dockès.