

# SIEYES ET LE SENS DU JURY CONSTITUTIONNAIRE : UNE REINTERPRETATION

LUCIEN JAUME

« *Il savait prendre de l'ascendant, mais il ne travaillait pas à le conserver* » - Mignet, Notice sur Sieyès, dans *Notices et portraits historiques et littéraires*

INTRODUCTION – I - LE DEBAT D'AOUT 1791 : VIS-A-VIS DU LEGISLATEUR, QUELLE GARANTIE POUR LES DROITS ? – II - SIEYES : UNE PENSEE ET UNE STRATEGIE DE CONTOURNEMENT DE LA SOUVERAINETE – 2.1. L'antivolontarisme de Sieyès – 2.2. La philosophie de la délibération et du jugement chez Sieyès – III. - BENJAMIN CONSTANT : A LA RECHERCHE D'UN REGULATEUR ENTRE LES POUVOIRS – CONCLUSION

## INTRODUCTION

1. Les deux discours de Sieyès, au 2 et au 18 thermidor an III, gardent quelque chose de fascinant mais aussi d'obscur et de mystérieux<sup>1</sup>. Fascination parce que, pour beaucoup d'auteurs (juristes ou historiens), c'est en cette circonstance que, pour la première fois, les protagonistes de la Révolution ont envisagé, et rejeté, les prémices du contrôle de constitutionnalité : d'abord sous la forme d'un examen de la conformité de la loi à la constitution (2 thermidor), puis, et en outre, au titre d'un tribunal des droits de l'homme actionnable par le simple citoyen (opinion du 18 thermidor). En fait cette vue est erronée : comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer<sup>2</sup>, l'examen de constitutionnalité des lois, par un examen portant sur le fond, avait été proposé à la Constituante dès 1791, dans la période dite de « révision de la Constitution ». En outre, les auteurs ont généralement négligé le fait que, contraint de s'adapter au

---

<sup>1</sup> *Opinion de Sieyès sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution*, pour le premier discours, *Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor*, pour le second. Nous citerons d'après l'édition donnée par P. Bastid : *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Paris, Hachette, 1939. On peut aussi consulter (outre le *Moniteur*, t. XXV) les *Œuvres de Sieyès*, éd. par M. Dorigny, Paris, EDHIS, 1989, t. III, où sont reproduites les deux brochures telles qu'imprimées par ordre de la Convention. L'édition Bastid comporte des notes très précieuses auxquelles nous nous référerons.

<sup>2</sup> L. Jaume, « Garantir les Droits de l'homme : 1791-1793 », *The Tocqueville Review-La Revue Tocqueville*, vol. XIV, n° 1, 1993, pp. 49-65. Cette étude sera rééditée avec la traduction en italien de notre livre *Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'Etat*, Paris, Kimé, 1990 : à paraître chez Editoriale Scientifica, Naples.

nouveau cadre qu'on lui a imposé, Sieyès est obligé le 18 thermidor de réduire la compétence du jury constitutionnaire<sup>3</sup> telle qu'il l'envisageait, tandis qu'il l'accroît de façon spectaculaire par ailleurs (tribunal d'équité et organe de proposition pour les révisions de la constitution). En effet, le 18 thermidor, Sieyès n'envisage plus que le fameux jury se prononce sur « les plaintes en violation de la constitution qui seraient portées contre les décrets de la législature »<sup>4</sup>, mais contre les « actes » du Conseil des Anciens, ou du Conseil des Cinq-Cents, ou des assemblées électorales, ou des assemblées primaires, ou du tribunal de cassation<sup>5</sup>. Comme l'a montré Michel Troper<sup>6</sup>, il s'agit cette fois non pas d'une appréciation sur le fond des textes de lois (ce qui peut évoquer les cours constitutionnelles modernes), mais d'un contrôle de régularité et de légalité dans la procédure d'adoption des lois (pour ce qui concerne les Anciens et les Cinq-Cents).

2. Par ailleurs, dans ses deux discours, Sieyès maintient un parallèle, une « analogie » comme il dit, entre le législateur et les corps *judiciaires*, d'une part, entre le jury constitutionnaire et l'activité *juridictionnelle*, de l'autre. Selon l'*Opinion* du 2 thermidor, le législateur doit se prononcer à la façon d'un juge entre le Tribunat et le Gouvernement, le jury constitutionnaire doit à son tour juger ce jugement<sup>7</sup> dès lors qu'il est saisi en cassation des « décrets du législateur ». Le 18 thermidor, l'abbé reprend la « grande analogie entre les fonctions juridictionnelles et celles du législateur »<sup>8</sup>, et la développe même d'une façon plus éclairante mais qui n'a été ni comprise à ce moment ni retenue par la suite.
3. En définitive, c'est l'obscurité de l'ensemble du projet de Sieyès qui trouble le lecteur, obscurité maintes fois confessée par P. Bastid dans son commentaire annoté. Comment, par exemple, expliquer l'analogie insistante entre l'organe législatif et la fonction juridictionnelle, alors qu'un législateur agit par voie de règles générales et non en rendant une

---

<sup>3</sup> Nous gardons cette appellation. Sieyès avait d'abord avancé l'expression francisée de « jurie », puis y a renoncé.

<sup>4</sup> Article IV de la proposition de loi (dite « décret » comme il est courant à cette époque) portée par Sieyès le 2 thermidor, éd. cit., p. 30

<sup>5</sup> Ed. cit., p. 45, article VI du projet de décret du 18 thermidor.

<sup>6</sup> M. Troper, « Sieyès et le jury constitutionnaire », dans *Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 265 et suiv. Notre analyse diffère sensiblement de celle de M. Troper, dont le texte demanderait une discussion spécifique. Nous ne pensons pas que les deux *Opinions* de Sieyès soient dictées principalement par des considérations d'opportunité politique, comme le confirment, à notre avis, ses manuscrits de l'an III.

<sup>7</sup> La formule est chez Duvergier de Hauranne, qui, faisant montre d'ironie, n'approfondit pas la question : *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, Paris, Michel Lévy, 1857, t. 1, p. 367.

<sup>8</sup> Ed. cit., p. 34.

décision sur un cas *in concreto* ? Et si cette analogie s'avère fondée, en quel sens le jury constitutionnaire pourrait-il dit être lui aussi un juge ?

4. Il nous semble que tout dépend de l'enjeu que l'on donne à ces deux interventions de Sieyès, et du *sens* que, dans son esprit, devait avoir cet organe qu'il présente avec fierté et autorité à la Convention. Pour le philosophe et l'historien des idées politiques, l'attention doit se porter sur le vocabulaire de Sieyès, autant que sur le moment où il s'exprime. Comme il l'annonce lui-même le 2 thermidor, il faut renoncer au modèle - nous dirons même à l'idéologie - de la *souveraineté*, trop liée à la monarchie absolue et à la reprise qu'en font (inconsciemment) les Jacobins<sup>9</sup>. Ses collègues de la Convention, tirant le bilan de la phase de la Terreur, essaient de s'évader de cette vision, ainsi que du système moniste de la souveraineté, au moyen d'un jeu de balance entre les organes<sup>10</sup>. Sieyès les attaque frontalement : il critique le « système des contrepoids » ou « système de l'équilibre », au profit de ce qu'il baptise système « du concours » ou « de l'unité organisée »<sup>11</sup> ; il refuse le bicamérisme, comme il l'a toujours fait, mais surtout, le législateur unique qu'il envisage n'est pas là pour *vouloir*, il doit seulement arbitrer entre des « besoins » exprimés (le terme revient sans cesse), et délibérer en faisant émerger l'unité à partir de la *diversité* de besoins tels qu'ils sont manifestés, comparés, confrontés : à une logique de choc entre les volontés (exposée par exemple par Thibaudeau)<sup>12</sup>, Sieyès entend substituer un processus *cognitif*, mi empiriste mi intellectualiste. Le législateur décide, certes, mais Sieyès s'attache à effacer toute dimension de *volonté* (et en fait de volontarisme) dans cet acte d'expertise et de cognition. A titre de paternité

---

<sup>9</sup> Sur cette perspective d'ensemble, voir notre ouvrage *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989 : nous montrons la pertinence des schémas absolutistes (Hobbes notamment) pour l'analyse du Gouvernement révolutionnaire.

<sup>10</sup> Pour l'ensemble du débat on se reportera à ce qui est désormais un ouvrage de référence : Marc Lahmer, *La Constitution américaine dans le débat français, 1795-1848*, Paris, L'Harmattan, 2001. L'auteur défend une théorie très féconde des deux modèles de la séparation des pouvoirs, et se fonde sur une masse documentaire considérable ; soit, par exemple, les *Papiers de la Commission des Onze*, avec ses 942 projets constitutionnels.

<sup>11</sup> Ed. cit., p. 15.

<sup>12</sup> Le 24 thermidor, Thibaudeau fait l'éloge des *checks and balances*, et paraphrase littéralement le *Fédéraliste* n° 51 (rédigé par Hamilton ou Madison) : « Il faut que, dans l'organisation du gouvernement [entendons le système politique], chacune de ses parties soit établie et posée de manière à retenir toutes les autres dans leur place ; il faut, pour ainsi dire, opposer l'ambition à l'ambition, et que l'intérêt personnel des fonctionnaires les attache au maintien des droits constitutionnels de leurs places » (*Moniteur*, t. XXV, p. 488). La perspective d'opposer l'ambition à l'ambition (l'idée vient de Hume, Montesquieu, Blackstone) signe l'origine américaine de la conception évoquée. Voir le texte littéral, plagié par Thibaudeau, dans *Le Fédéraliste*, LGDJ, Paris, 1957, p. 430. En réalité, et quoiqu'en dise Thibaudeau, les conventionnels se garderont de donner au *pouvoir exécutif* les moyens dont dispose le Président américain, au grand dam de Boissy d'Anglas, de Lanjuinais, des amis de Mme de Staël : voir notre étude : « L' 'esprit de Coppet' et l'organisation du pouvoir exécutif », in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, sous dir. J. Bart et alii, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1998, pp. 121-141.

intellectuelle, Condillac remplace Montesquieu et Blackstone, John Adams et Madison.

5. En d'autres termes, c'est une théorie de la *délibération* qu'il faut retrouver chez Sieyès d'après les indices qu'il donne, une théorie qu'il a plus ouvertement exposée ailleurs. Cette vision lui paraît à même de vaincre le culte funeste de la « souveraineté des grands rois », transférée à la « souveraineté d'un grand peuple »<sup>13</sup>. Dédaignant de donner les clefs de sa démarche (d'ailleurs hautement « métaphysique »), Sieyès ne pouvait être compris ; le voulait-il vraiment, d'ailleurs ?
6. Souveraineté d'une part, délibération d'autre part, telles sont les deux clefs qui, à notre avis, peuvent éclairer ces propos, reçus comme passablement déroutants par les membres de la Convention - mais aussi comme quelque peu méprisants. Pourtant, le destin de cette proposition fuligineuse va être important : Mme de Staël et surtout Benjamin Constant en tireront nombre d'inspirations, en abandonnant cependant la visée première du contrôle de constitutionnalité.
7. Nous aurons donc à rappeler en premier lieu comment l'idée du contrôle de constitutionnalité est apparue au début de la Révolution, en conflit avec la vision légicentriste prépondérante, puis en quoi Sieyès la reprend sur d'autres bases, en l'an III, mais en s'avançant masqué, au point de la rendre sibylline et provocatrice. Enfin, nous donnerons quelques perspectives sommaires sur les enseignements originaux qu'en tire Constant, moyennant le « pouvoir judiciaire des autres pouvoirs », et finalement, le « pouvoir neutre » d'un chef de l'Etat, sorte de Grand horloger constitutionnel.

## **I - LE DEBAT D'AOUT 1791 : VIS-A-VIS DU LEGISLATEUR, QUELLE GARANTIE POUR LES DROITS ?**

8. Malgré ce que Sieyès donne à entendre, la préoccupation qu'il exprime n'est pas sans précédents dans le cours de la Révolution. Le 2 thermidor il affirmera : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code ? (...) Il m'est donc permis de le demander : qui avez-vous nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la constitution ? »<sup>14</sup>. On sait que cette suprématie de la constitution sur la loi

---

<sup>13</sup> *Opinion du 2 thermidor* p. 17.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 32.

ordinaire devait être assurée, dans son esprit, par la séparation entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, qu'il avait vainement exposée en 1789.

9. Le souci de préserver la constitution, mais aussi les droits fondamentaux, vis-à-vis des atteintes du législateur avait été exprimé à l'Assemblée constituante dans un débat des 7 et 8 août 1791 concernant le titre 1<sup>er</sup> de la Constitution, qui aura pour intitulé « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution ». Aussitôt après la lecture du projet par le rapporteur Thouret, deux membres de la gauche dans l'Assemblée ( et futurs Girondins), Buzot et Pétion, prennent la parole, en s'exprimant de façon critique à l'égard du Comité de constitution et de révision dont ils sont néanmoins membres tous les deux. Buzot affirme : « Il ne suffit pas de dire (...) que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit »<sup>15</sup>. Or, poursuit-il, si vous examinez le texte, « vous y verrez non pas que la Constitution me garantit des droits, mais que la Constitution promet que la loi me les garantira. Eh bien alors, ce n'est donc point la liberté civile que votre Constitution me promet, mais seulement des droits politiques, puisque vous renvoyez aux législateurs jusqu'aux atteintes qu'on pourrait y porter ». En d'autres termes, la majorité *politique* du moment pourra modifier, selon ses vues, les droits judiciaires ou la liberté de la presse (deux exemples cités par Buzot), par des lois de circonstance qui se diront toutes protectrices : les droits de l'homme et du citoyen ne sont plus que « politiques » dans une telle conception. Pétion intervient dans le même sens : « Je demande une garantie contre les lois qui pourront être faites par les législateurs ». Comme on peut le remarquer, c'est en fait une double question que posent les intervenants : celle de l'*effectivité* de la Constitution, supposée garantir les droits de l'homme et du citoyen, celle de la *conformité* des lois à la Constitution.

10. C'est à la suite de cette double réclamation, que Thouret et Le Chapelier font voter l'alinéa 3 du texte définitif : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ». Réponse de pure forme, réponse purement théorique, puisqu'on n'envisage aucune instance chargée d'y veiller, de comparer ce qu'est le texte de loi et ce que sont les principes normatifs que contient le droit naturel, et que mettent en œuvre les droits civils. Sans force

---

<sup>15</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>ère</sup> série, t. XXIX, p. 271.

normative, la constitution reste purement descriptive, se bornant à énoncer le cadre dans lequel s'exerce la puissance d'Etat<sup>16</sup>.

11. D'ailleurs, selon l'opinion régnante à ce moment, si la Constitution résulte de la transformation du droit naturel en droit positif (la « positivation » du droit naturel), en même temps, la Déclaration des droits doit être considérée comme *faisant partie du texte constitutionnel*, de même que la base d'un édifice fait partie de l'édifice<sup>17</sup>. Entre l'acte déclaratoire et l'acte de « constituer », les rédacteurs n'établissent ni séparation tranchée ni hiérarchie<sup>18</sup>. C'est donc en se guidant sur le droit naturel que le législateur futur *devrait* se sentir tenu de suivre la prescription, obligation dont il reste le seul juge<sup>19</sup>. Il en va de même pour le respect de la Constitution, qui est stipulé par une clause toute théorique à l'intérieur du texte constitutionnel : « Aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties » (sauf procédure de révision)<sup>20</sup>.

12. Pour être sûr que la loi respectera les droits individuels, il faudrait donc avoir les moyens de dénoncer les cas où, *a contrario*, elle les enfreint. Dès 1791, un esprit critique comme Clermont-Tonnerre, dénonce le caractère inefficace de la prescription : « Pour que cette comparaison fût utile, il faudrait qu'il y eût un juge qui prononçât s'il y a identité ou contradiction

---

<sup>16</sup> Sur cette distinction, et sur la comparaison qu'elle suppose avec la perspective américaine au même moment, voir l'ouvrage de Elisabeth Zoller : *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, « Théorie générale de la constitution normative », p. 57 et suiv.

<sup>17</sup> Par exemple, Briois-Beaumetz affirme : « Les droits de l'homme, voilà la base de la Constitution française ; viennent ensuite les moyens que vous avez pris pour garantir ces droits » (*Archives parlementaires*, t. XXIX, p. 296).

<sup>18</sup> Sur le fait que la Constituante considère que la Déclaration est partie de la Constitution, voir la reproduction dans *AP*, XXXII, 525-526, sous le titre « Constitution française donnée à Paris, le 14 septembre 1791 ». Nous avons gardé cette disposition dans notre édition, *Les Déclarations des droits de l'homme (Du débat 1789-1793 au Préambule de 1946)*, Paris, GF-Flammarion, 1989. Sur cette question, à la lumière du constitutionnalisme contemporain, voir les intéressantes analyses de Jean-Pierre Dubois, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales », dans *1791. La première Constitution française*, sous dir. J. Bart *et alii*, Paris, Economica, 1993.

<sup>19</sup> Comme nous l'avons fait remarquer dans diverses études, le légicentrisme français est tel qu'il n'y a aucun des « droits naturels de l'homme » (sauf peut-être la résistance à l'oppression) qui ne reçoive en fait sa limite et même son contenu concret de la loi positive : voir notre ouvrage *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, chapitre VI. L'idéal de 1789 est celui du « gouvernement de la Loi », mais de la loi édictée par ce Souverain qu'est la nation. Même le droit naturel est à la disposition des définitions qu'en donne le Souverain : Pétion et Buzot avaient pressenti le problème, qui va rebondir jusqu'aux temps tout récents (l'essor du Conseil constitutionnel, en France, à partir de la décision « historique » de 1971 qui intègre la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »)..

<sup>20</sup> Titre VII, article 8, alinéa 3 de la Constitution de 1791.

entre la loi et le principe dont on la rapproche : mais ce juge n'existe pas »<sup>21</sup>.

13. Les constituants savent que Madison a proposé, le 8 juin 1789, des amendements à la Constitution américaine, pour « énoncer les grands droits de l'humanité protégés par la Constitution », et que le même Madison fait des *tribunaux* « les gardiens de ces droits ; ils devront dresser un rempart impénétrable contre les usurpations du pouvoir législatif et de l'exécutif »<sup>22</sup>. Certes, Thouret, rapporteur en août 1791 pour le Titre 1<sup>er</sup>, reconnaît que les tribunaux en France protègent les droits individuels, puisque c'est la mission même du pouvoir judiciaire, mais pour ses collègues et pour lui, il est hors de question que les juges puissent tenir tête au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif : l'expérience des Parlements d'Ancien Régime est toute fraîche dans les mémoires, et certains membres de l'Assemblée (comme Thouret lui-même) y ont d'ailleurs exercé la fonction d'avocat. Le partage de la souveraineté, que les Parlements se sont attribué au fil du temps, en empiétant sur la puissance du monarque, apparaît comme un péril dont il faut conjurer le retour, cette fois à l'égard de la souveraineté de la nation et de la loi « expression de la volonté générale ». D'où la législation abondante, qu'on ne rappellera pas ici, qui fait interdiction aux tribunaux de s'immiscer dans le travail législatif ou de citer à leur barre les administrateurs<sup>23</sup>.

14. Cependant, la perspective d'un contrôle du législateur, le doute porté sur l'infailibilité de la loi (attestée par la bonté de son auteur parce qu'il est le représentant de la nation), réapparaîtront encore sous la Révolution. Sans pouvoir en suivre ici les développements<sup>24</sup>, on signalera la proposition du Girondin Kersaint, en avril 1793 : une instance *extérieure* à la représentation nationale, appelée Tribunal des censeurs, devait « être dans l'ordre politique des autorités constituées ce que le tribunal de cassation

---

<sup>21</sup> Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée de la Constitution française...*, Paris, Imprimerie de Migneret, 1791, également cité dans M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, p. 143.

<sup>22</sup> Hamilton écrira de même : « Je reconnais (...) que la Constitution doit servir de base à l'interprétation des lois, et que, toutes les fois qu'il y a une opposition évidente, les lois doivent céder devant la Constitution », *Le Fédéraliste*, éd. cit., p. 672. Cet article du *Fédéraliste* (n° 81) est en gros de la même période, puisque l'ouvrage réunissant l'ensemble des articles a paru en 1788.

<sup>23</sup> Dans la mesure où il présente son jury comme une Cour d'un genre spécifique, Sieyès doit se défendre, dans ses deux *Opinions* du reproche de retour en arrière : « On ne m'accusera point de vouloir créer une cour du parlement... » (éd. cit., p. 27). Voir aussi, pour le 18 thermidor, p. 32, avec la bonne mise au point de P. Bastid, note 121, p. 89.

<sup>24</sup> Nous renvoyons à notre étude citée : « Garantir les Droits de l'homme : 1791-1793 ».

est dans l'ordre civil judiciaire »<sup>25</sup>. Il devait se prononcer sur la forme des lois, jamais sur le fond, et examiner à des périodes déterminées les « décrets du corps législatif dans leur rapport avec les principes de la Constitution et les lois précédemment rendues ». Mais, selon une procédure calquant celle de la cassation, au cas d'un désaccord persistant, le dernier mot devait rester, après deux législatures, à la représentation nationale. L'intéressant est que Kersaint était un ami de Sieyès (d'ailleurs proche du groupe girondin) et que, en thermidor an III, le bruit courait que Sieyès avait tiré une partie de ses idées du projet Kersaint (comme le signale notamment Duvergier de Hauranne)<sup>26</sup>.

15. Il faut retenir que Sieyès a fait le bilan du processus révolutionnaire, qu'il a vu se confirmer la nécessité de parer à une double lacune présente dans la culture révolutionnaire : en matière de protection des droits, en matière de protection de la constitution. La phase de la Terreur l'a convaincu que la plus grande illusion concourant à masquer cette lacune était le culte de la souveraineté comme puissance illimitée, finalement génératrice d'une « Ré-totale » au lieu d'une République. Il fallait revoir ce qu'on appelait « division des pouvoirs ». Devait-on pour autant adopter un système de balance et de contrepoids ? C'est le sens de son débat, et de son conflit, avec la Convention de 1795.

## **II - SIEYES : UNE PENSEE ET UNE STRATEGIE DE CONTOURNEMENT DE LA SOUVERAINETE**

### **2.1 - L'antivolontarisme de Sieyès**

16. Osant porter le fer sur ce qui était un véritable tabou, Sieyès déclare au 2 thermidor : « Ce mot [de souveraineté] ne s'est présenté si colossal devant l'imagination que parce que l'esprit des Français, encore plein des superstitions royales, s'est fait un devoir de le doter de tout l'héritage de pompeux attributs et de pouvoirs absolus qui ont fait briller les souverainetés usurpées »<sup>27</sup>. Il est clair que c'est à la période de la Terreur que Sieyès songe ici, tout comme au transfert de la souveraineté absolue du roi vers la nation : « On semblait se dire avec une sorte de fierté patriotique que si la souveraineté des grands rois est si puissante, si terrible, la souveraineté d'un grand peuple devait être bien autre chose encore ». On peut considérer que Sieyès porte quelque responsabilité dans

---

<sup>25</sup> Voir G. Kersaint, « De la Constitution et du gouvernement qui pourraient convenir à la République française », *Archives parlementaires*, t. LXII, pp. 420-429. Présenté à la séance du 14 avril 1793, le projet Kersaint avait été en fait rédigé en octobre 1792.

<sup>26</sup> Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, éd. cit., t. 1, p. 360.

<sup>27</sup> Ed. cit., p. 17.



cette glorification de la nation souveraine, avec l'hypertrophie notamment, en 1789, du principe représentatif au détriment du pouvoir exécutif<sup>28</sup>, comme on le voit dans son grand discours du 7 septembre 1789 sur le veto royal. Toujours est-il que c'est sur le compte de l'ignorance que l'orateur fait porter la responsabilité, dans des propos d'une grande importance pour comprendre le changement de terrain auquel il appelle : « Rien ne doit se faire arbitrairement ; (...) Malheur aux hommes, malheur aux peuples qui croient savoir ce qu'ils veulent, quand ils ne font que le *vouloir* ! *Vouloir* est la chose la plus aisée. Depuis qu'il y a des hommes sur la terre, ils veulent »<sup>29</sup>.

17. Le rapprochement qu'opère Sieyès entre l'ignorance dans les débuts de la Révolution et le domaine de la souveraineté va plus loin qu'il ne semble : il ne s'agit pas seulement d'un acte de la volonté, d'un choix à la fois arbitraire et superstitieux substitué, chez les ignorants, à un travail d'examen et de connaissance, cela concerne aussi les liens que la souveraineté elle-même entretient avec la puissance du vouloir (depuis la théologie chrétienne jusqu'au monarque absolu) : « *Si veut le roi, si veut la loi* », ou encore, « *C'est légal parce que je le veux* », selon un mot fameux. Or, de façon significative, les deux discours de thermidor n'emploient plus le terme de volonté ; dans les rares cas où le terme revient, il s'agit de passages connotés de façon négative<sup>30</sup>. Il est désormais remplacé par le mot « besoins » : besoins du peuple d'un côté, besoins du gouvernement de l'autre. Le terme surgit à propos du Tribunat et du Gouvernement, dans le discours du 2 thermidor<sup>31</sup>, et désormais il est repris et martelé d'une façon qui est nécessairement porteuse d'un sens qu'il nous reste à interpréter.

---

<sup>28</sup> Voir notre ouvrage cité, *Echec au libéralisme. Les Jacobins et l'Etat*, chapitre II, sur la représentation chez Sieyès et les convergences avec le modèle de Hobbes dans le *Léviathan*.

<sup>29</sup> Ed. cit., p. 15, termes soulignés par l'auteur. Cf. aussi ce passage p. 17 : « Et moi je dis qu'à mesure qu'on s'éclairera, qu'on s'éloignera des temps où l'on a cru savoir, quand on ne faisait que vouloir, la notion de souveraineté rentrera dans ses justes limites ». Cf. le manuscrit intitulé *Bases de l'ordre social*, et qui semble de la même époque : dès lors qu'on sépare les pouvoirs, dès lors qu'on limite chaque procuration représentative « où placer l'idée gigantesque de souveraineté ? Il est clair qu'on ne peut entendre par les mots autorité suprême ou souveraine que la décision finale de plusieurs autorités spéciales dont le jugement est en dernier ressort » (reproduit dans P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 189). Le texte est commenté par A. Tyrsenko, « L'ordre politique chez Sieyès en l'an III », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 319, janvier/mars 2000.

<sup>30</sup> Il s'agit surtout d'un passage de l'*Opinion* du 2 thermidor (p. 18) où Sieyès se livre à la critique du système des contrepoids. Le terme réapparaît une fois, à la fin du texte, appliqué au pouvoir exécutif (« volonté sociale », p. 25), pour exprimer la totale subordination du pouvoir exécutif envers la loi et par différence avec le gouvernement. On sait que l'un des aspects novateurs de ce texte est la distinction fermement soulignée entre les gouvernement et l'exécutif. Sauf erreur de notre part, le mot « volonté » a disparu du texte du 18 thermidor.

<sup>31</sup> A partir de la page 21. « Mais, citoyens, en instituant le tribunal français, vous n'aurez encore mis que la moitié des besoins du peuple en représentation. J'ai beau regarder dans votre plan, je n'aperçois le gouvernement nulle part ; (...) Est-ce que les besoins du gouvernement ne sont pas les besoins des gouvernés ? ».

18. On ne représente pas la *volonté* de la nation, on ne reproduit pas non plus la volonté générale (thèse qui a toujours été exclue par Sieyès), on fait droit aux besoins qui sont ceux du peuple : idée nettement plus passive, pour ce qui concerne l'image du peuple, mais idée également plus intellectualisée, car ce qu'il faut finalement produire par voie de représentation, c'est *le jugement réflexif que le peuple peut porter sur ses besoins*. Telle est en effet la nouvelle fonction du Législateur, face au Gouvernement et au Tribunal :

« Je demande une législature unique, c'est-à-dire un seul corps de représentants chargés de *voter* la loi, siégeant dans une seule Chambre. Après avoir mis en représentation, d'un côté la demande des besoins des gouvernés [le Tribunal], de l'autre la demande des besoins des gouvernés et du gouvernement [le Gouvernement proprement dit], il fallait prononcer et par conséquent faire représenter le *jugement national* par un corps qui seul sera la législature. J'y vois, à proprement parler, un tribunal suprême chargé de faire droit aux propositions, de part ou d'autre, débattues, défendues, contredites ou convenues, suivant qu'elles sont utiles au peuple, dont il représente le jugement »<sup>32</sup>.

19. Représenter les « besoins », au lieu des volontés, c'est permettre au peuple-législateur de prendre conscience de ces besoins, dans leur diversité, dans leur compatibilité, et d'émettre finalement sur eux un « jugement » qui en donne la règle d'unité ; à travers les deux plaideurs qui s'affrontent et qui tous deux parlent *pour le peuple* - mais avec un choix plus fort pour l'ordre du côté du Gouvernement, un choix plus marqué pour l'opposition chez le Tribunal -, le peuple lui-même, tel qu'il est mis en représentation dans sa capacité de juger, accédera à l'*évidence* sur la mesure appropriée<sup>33</sup>. Le peuple n'a pas à *vouloir* ; il a d'abord à connaître ce qu'il ne sait pas (quels sont ses vrais besoins, recensés dans toute leur diversité), et ensuite à *juger* en connaissance de cause sur la base des expertises concurrentes qui lui seront présentées. Ces expertises (le Tribunal et le Gouvernement) ne constituent pas des forces qui se font équilibre et qui font deux fois le même travail<sup>34</sup>, ce sont des points de vue

---

<sup>32</sup> Ed. cit., p. 23, termes soulignés par Sieyès.

<sup>33</sup> Evidence dont Stéphane Rials a bien montré l'importance dans la théorie de la connaissance chez Sieyès, sur fond d'un antivolontarisme radical : voir S. Rials, « Sieyès, la délibération sans la prudence », *Droits*, n° 13, 1991, notamment pp. 127-128 et p. 132.

<sup>34</sup> Selon la vision polémique que Sieyès donne du « système de l'équilibre » : ses partisans agiraient comme un propriétaire qui, après avoir fait construire sa maison par une équipe de maçons, fait appel à une seconde équipe pour recommencer le même travail à partir de zéro : voir l'*Opinion* du 2 thermidor, p. 19.

diversifiés, concurrents et peut-être complémentaires, que le Législateur conciliera par lumière intellectuelle<sup>35</sup>.

20. Faisons une première remarque sur ce projet : ce qui peut paraître déroutant c'est que Sieyès compare le législateur à un juge, tout au long du texte<sup>36</sup>, qui se prononcerait au vu de la plaidoirie de deux avocats ; or, dans la mesure où le peuple est représenté dans le législateur, le juge devient partie au procès, *le juge est intéressé* ! Au lieu de juger le cas de quelqu'un d'autre, le juge prononce sur lui-même, sur les besoins qui sont les siens. Il y a là, incontestablement, une faiblesse dans l'analogie que Sieyès prétend établir. C'est probablement la doctrine sous-tendant l'exposé qui peut expliquer que Sieyès tienne à son analogie : philosophie de la délibération et de la connaissance, philosophie aussi du jugement judiciaire.

21. Avant d'en venir là, faisons une seconde remarque : dans ce système constitutionnel à trois organes, on a un concours de deux représentations (selon l'auteur), en vue de faire se prononcer le troisième représentant, qui est le législateur, et puis, éventuellement, le quatrième représentant, le jury constitutionnaire, au cas où il serait saisi : « Il y aura sous le nom de *jurie constitutionnaire*, un corps de représentants, au nombre des trois vingtièmes de la législature [108 membres], avec mission spéciale de juger et de prononcer sur les plaintes en violation de la Constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature » (article IV du projet de décret du 2 thermidor). En réalité, dans l'esprit de Sieyès, il existait un cinquième organe, sur lequel il fait silence ce jour là, et qui fera son apparition en l'an VIII, à savoir le Grand électeur. Silence calculé, dont Stefano Mannoni a fait la preuve en reproduisant le brouillon manuscrit de Sieyès<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Selon les manuscrits de Sieyès de cette époque, il revient au législateur de « former l'unité, c'est-à-dire exciter l'harmonie générale, le bien supérieur et central où toute difficulté peut être levée et par conséquent où toute espèce de cas peut être portée » : voir *Des manuscrits de Sieyès, 1773-1799*, sous dir. C. Fauré, avec collaboration de J. Guilhaumou et J. Valier, Paris, Honoré Champion, 1999, p. 481. Le principal intérêt de cette édition est de nous donner plusieurs dossiers de Sieyès contemporains du débat de l'an III. Par exemple, toute la conception des « représentants des besoins », distincts du « représentant des moyens » est exposée avec clarté (p. 487) et permet de mieux comprendre la démarche de thermidor an III.

<sup>36</sup> Ainsi p. 27 : « J'ai comparé la législature à un tribunal, et les deux juries de proposition, savoir le gouvernement et le tribunal, à deux plaideurs ».

<sup>37</sup> Sieyès avait d'abord écrit : « Il y aura sous le nom de Grand électeur un représentant particulier, avec mission spéciale de promulguer comme loi toute décision de la Législature, s'il n'y a pas plainte d'inconstitutionnalité de la part du Tribunal ou du Gouvernement, ou si cette plainte est jugée en faveur de la décision législative » (S. Mannoni, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milan, Giuffrè, 1994, t. 1, note 11, pp. 396-397). Voir aussi le manuscrit *Bases de l'ordre social*, l'alinéa « Nomination permanente et paisible du Grand électeur », éd. cit., par P. Pasquino, p. 191. On peut trouver l'édition scientifique de ce manuscrit dans *Des manuscrits de Sieyès*, éd. cit., pp. 505-515.

## 2.2.- La philosophie de la délibération et du jugement chez Sieyès

22. L'assurance avec laquelle Sieyès s'exprime en thermidor an III peut être prise comme l'indice d'une théorie de la *décision* politique qui est présente, mais de façon implicite, dans ses propos. Ce qu'il reproche à ses contradicteurs de la Convention<sup>38</sup>, c'est de ne pas avoir conçu une méthode satisfaisante de délibération. Deux conditions seraient à remplir : 1) que la *totalité* et la *diversité* des questions puissent être prises en compte de façon assurée, 2) que la décision ne soit ni unilatérale ni précipitée. La première condition requiert que les points de vue différents s'expriment, que soient mises en comparaison des compétences distinctes, que l'opposition et le gouvernement aient également la parole -, le tout afin que le législateur décide en connaissance de cause<sup>39</sup>. Par ailleurs, la deuxième condition implique de donner au législateur le choix de l'agenda : il tranchera rapidement si l'urgence le demande, il prendra le temps nécessaire si le conflit des parties n'a pas fait émerger la question clef<sup>40</sup>.

23. Il semble que Sieyès transpose ici la conception qu'il se faisait dès avant 1789 sur la délibération comme processus de *décomposition* des problèmes et des idées, préalable nécessaire à une vue générale et non-arbitraire. Il écrivait dans les *Délibérations à prendre dans les assemblées de bailliages* : « Les questions de quelque importance doivent être présentées, discutées, analysées en présence de tous les députés, au point de les réduire presque à un oui ou un non. Ce sera le moment de se distribuer par sections »<sup>41</sup>. Ce moment de l'*analyse* est capital pour le « métaphysicien politique » (que Sieyès estime être) car lui seul permet de dégager les données élémentaires d'un problème, données que le langage, les passions et les échanges sociaux empêchent de percevoir. La conception de l'analyse est commune à toute l'école de Condillac et, comme on le voit dans ses manuscrits, Sieyès est un grand lecteur de Condillac. Dans sa *Logique*, Condillac affirmait que « L'analyse est

---

<sup>38</sup> D'après ses manuscrits, il aurait eu quatre ou cinq rencontres en messidor avec les Onze : voir *Des manuscrits de Sieyès*, p. 478. Cependant, devant opter entre sa présence au Comité de salut public et son admission au sein des Onze (choix imposé par un décret du 15 floréal), il choisit, avec quelque morgue, de rester dans le premier organisme.

<sup>39</sup> Cf. *Des manuscrits de Sieyès*, p. 481 : « Vous, dans vos systèmes de goths [gothiques] à contrepoids, vous laissez plusieurs points isolés, vous présentez des parties du bâtiment inachevés, le sommet n'est pas couvert ». Le législateur doit devenir ce « sommet », en ce qu'il clôt les débats.

<sup>40</sup> Cf. *Des manuscrits de Sieyès*, texte « Urgence (de l'urgence) », p. 480 : Sieyès critique la disposition selon laquelle le Conseil des Cinq-Cents pourra décider de l'urgence d'une proposition de loi présentée aux Anciens : « Vous jugez sans entendre. Vous délibérez à la hâte. Donc vous perdez tout le bien de la délibération ». Critique reprise p. 484. Sur ce point, voir les articles 89 et 90 de la Constitution de l'an III.

<sup>41</sup> *Délibérations à prendre dans les assemblées de bailliages*, éd. EDHIS, t. 1, p. 87 du document reproduit.

l'unique méthode pour acquérir des connaissances »<sup>42</sup>. Or, analyser, c'est à la fois décomposer et recomposer : d'une part il faut retrouver les éléments primitifs dans les perceptions et dans les idées, d'autre part on doit faire voir la *génération* par laquelle le tout, le « système », la « machine » forment une unité rationnellement organisée<sup>43</sup>. En fin de compte, on peut dire que l'analyse condillacienne développe génétiquement et diachroniquement, par idées distinctes, ce qui, dans l'esprit, se présentait synchroniquement mais *avec confusion*<sup>44</sup>.

24. Adeptes d'une telle méthode analytique, Sieyès a toujours expliqué qu'il fallait partir du particulier pour arriver au général ; ceux qui veulent suivre l'ordre inverse se fourvoient car le « général » dont ils partent (idées, opinions, concepts) est vague dans son contenu, arbitraire dans le mode de sélection. Considérons par exemple la notion d'*intérêt général* chez Sieyès, notion capitale pour la pensée révolutionnaire<sup>45</sup>, mais qui conduit à de graves égarements en l'absence d'une bonne méthode de délibération : Sieyès a présenté sa conception en la matière dans plusieurs textes, on retiendra celui des *Délibérations à prendre*. « L'intérêt général n'est rien, s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un ; il est celui des intérêts particuliers qui se trouve commun au plus grand nombre des votants. De là la nécessité du concours des opinions. Ce qui vous paraît un mélange, une confusion propre à tout obscurcir, est un préliminaire indispensable à la lumière. Il faut laisser tous ces intérêts particuliers se presser, se heurter les uns contre les autres (...) ; ils finissent par se concilier, par se fondre en un seul avis »<sup>46</sup>.

25. Il existe donc une *règle* d'unité, cachée au sein de la diversité étourdissante des intérêts et des appétits : nul moyen de la connaître sauf à décomposer et recomposer le corps total de l'opinion commune. Mais, en 1789, Sieyès pense encore cette unité (du moins par moments) sur le

---

<sup>42</sup> Condillac, *La Logique ou les premiers développements de l'art de penser*, dans *Œuvres philosophiques*, éd. G. Le Roy, Paris, PUF, vol. 2, 1948, p. 375. Comme pour les manuscrits de Sieyès, nous modernisons l'orthographe de Condillac dans toutes les citations données.

<sup>43</sup> Cf. par exemple, Condillac, *Traité des systèmes*, 1<sup>ère</sup> éd. in *Œuvres philosophiques*, éd. cit., t. 1, p. 213 : « La méthode que j'emploie pour faire des systèmes, je l'appelle analyse. On voit qu'elle renferme deux opérations, décomposer et composer. Par la première, on sépare toutes les idées qui appartiennent à un sujet ; et on les examine jusqu'à ce qu'on ait découvert l'idée qui doit être le germe de toutes les autres. Par la seconde, on les dispose suivant l'ordre de leur génération ».

<sup>44</sup> « Analyser n'est donc autre chose qu'observer dans un ordre successif les qualités d'un objet, afin de leur donner dans l'esprit l'ordre simultanément dans lequel elles existent » : *La Logique...*, éd. cit., p. 376.

<sup>45</sup> Sur la réinterprétation par Benjamin Constant, et qui doit beaucoup à Sieyès, voir notre étude : « Le problème de l'intérêt général dans la pensée de Benjamin Constant », in *Le Groupe de Coppet et le monde moderne*, sous dir. F. Tilkin, Genève, Droz, 1998, pp. 161-176.

<sup>46</sup> *Délibérations à prendre...*, éd. cit., p. 91.

modèle d'un physicalisme : les intérêts vont se ranger sous la règle unifiante « comme on voit dans l'univers physique un mouvement unique et plus puissant se composer d'une multitude de forces opposées »<sup>47</sup>. En l'an III, l'idée nouvelle est de confier le processus de décomposition au Gouvernement et au Tribunat, chacun plaidant à sa façon, tandis que le législateur a la charge de recomposer un tout rationnel, c'est-à-dire de faire la loi<sup>48</sup>.

26. Notre interprétation n'est ni forcée ni arbitraire dans la mesure où Sieyès donne lui-même un indice important dans le discours du 18 thermidor. Il veut renforcer la « si grande analogie entre les fonctions juridictionnelles et celles de législateur », pour ce faire il écrit : « Lorsque le législateur fait une loi générale, sa pensée a parcouru les cas particuliers qu'elle embrasse ; il ne saurait ce qu'il fait, il ne l'entendrait pas, il ne pourrait pas généraliser son expression, ou il la généraliserait à faux, si les cas individuels, classés par lui sous une même dénomination, ne recevaient pas rapidement de son esprit ces mêmes jugements d'application que le juge n'aura ensuite qu'à répéter, en les distribuant en détail, suivant les besoins particuliers ; c'est la même nature d'acte »<sup>49</sup>. Le vrai législateur est donc quelqu'un qui a d'abord décomposé la question en « cas particuliers » ; ensuite, et par induction, il compose cette vérité générale qu'est la loi ; de son côté, le juge redescend à la particularité qui est enveloppée, incluse dans la généralité de la loi<sup>50</sup> : « La juridiction peut être regardée comme une législation de détail », ajoute Sieyès. *Le législateur est donc un juge parce qu'il a d'abord dû partir de l'élémentaire et du particulier* : on comprend que le rôle du Tribunat et du Gouvernement soit de pourvoir le Législateur en faits particuliers, en « besoins » réduits à leur vérité élémentaire.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>48</sup> En réalité, le Sieyès d'avant l'an III est un peu plus complexe que dans notre présentation. On sait que dans la *Déclaration volontaire proposée aux patriotes des quatre-vingt-trois départements*, rédigée en juin 1791, il proposait de *diviser* l'Assemblée en plusieurs *sections* de discussion (voir ce texte dans l'édition EDHIS, t. 2). Or, le vote final devait se faire par l'Assemblée réunie en entier, les deux sections (ou, dans un manuscrit antérieur, les trois sections) ne devant pas se rencontrer et se concerter. Il nous semble que là, déjà, commence la théorie de la délibération mise en application en thermidor an III : chacun des membres de l'Assemblée plénière se trouvait à même de juger, c'est-à-dire de *comparer* les projets distincts des sections de discussion. L'idée est la même : partir de la pluralité franchement exprimée pour découvrir ensuite l'unité. L'analyse est menée par M. Lahmer, tant pour le manuscrit que pour la *Déclaration volontaire* : voir *La Constitution américaine dans le débat français*, éd. cit., pp. 218-221. Dans le manuscrit cité, Sieyès divisait les députés en « ruristes » (campagnes), « urbistes » (villes), « humanistes » (les arts et les sciences) : même principe, même démarche.

<sup>49</sup> *Opinion du 18 thermidor*, éd. Bastid, pp. 34-35.

<sup>50</sup> Cette idée d'inclusion du particulier et de l'élémentaire *dans* le général est permanente chez Condillac, philosophe souvent proche de Leibniz et auteur lui aussi, il faut le rappeler, d'une *Monadologie*.

27. Mais alors, dira-t-on, qu'en est-il du jury constitutionnaire ? Si le législateur est bien un juge, le juge de la constitutionnalité ne saurait être un législateur : Sieyès ne le pense pas, et il ne franchit pas ce tabou supplémentaire. Simplement, ce jury est un juge au sens où il compare<sup>51</sup> : il confronte ce que la Constitution dit et ce que les organes contrôlés ont accompli dans les « actes » visés par le projet du 18 thermidor.
28. Pour achever cet examen de la théorie de la connaissance et de la délibération chez Sieyès, il faut remarquer que, selon toute vraisemblance, il refuse la doctrine du jugement judiciaire par *sylogisme*<sup>52</sup>, venue de Beccaria et si prisée par les constituants de 1789. En effet, dans son rapport de 1790, intitulé *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police*, on voit que Sieyès récuse la séparation du droit et du fait, au criminel et au civil<sup>53</sup>. Dans la conception qui s'est imposée, le syllogisme judiciaire s'organisait ainsi : au juge revient la majeure (le texte de loi), au jury la mineure (le jugement sur le fait), au juge de nouveau la conclusion, c'est-à-dire la sentence. Pour qu'il y ait liberté, il fallait interdire au juge d'apprécier le fait en fonction de la loi, et remettre à un corps choisi de citoyens (les *pairs* du justiciable) l'appréciation du fait, le verdict de la culpabilité : cette conception, du fait de la rigidité de la séparation instituée, ne manqua pas d'engendrer nombre de dysfonctionnements<sup>54</sup>. Sieyès semble l'avoir prévu, il demandait une *coopération* entre le juge et les jurés (eux-mêmes d'ailleurs experts du droit) pour l'établissement du fait, sa qualification, la comparaison avec le texte de loi, la détermination de la pénalité. Le point qui nous intéresse le plus ici est que le tribunal se trouvait divisé en deux sections : le « conseil

---

<sup>51</sup> Pour Locke, Condillac, tout un courant des Lumières, juger c'est comparer.

<sup>52</sup> Sur cette théorie du jugement judiciaire, nous signalons la bonne mise en contexte apportée par le philosophe François Tricaud : « Le procès de la procédure criminelle à l'âge des Lumières », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, 1995, pp. 145-167. Parmi les nombreux travaux de Michel Troper sur la même question, voir l'étude récente : « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », dans *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, sous dir. O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ, 2001 [en fait 2002].

<sup>53</sup> L'*Aperçu* est reproduit dans les *Archives parlementaires*, 1<sup>ère</sup> série, t. XII, pp. 249-258, annexe à la séance du 19 mars 1790. Voir aussi l'intervention de Sieyès à la séance du 8 avril 1790, *ibid.*, p. 583.

<sup>54</sup> Sur l'importance de la question du jury pour les libéraux et sur la controverse accompagnant la séparation rigide, en France, entre le fait et le droit, reflétant la séparation entre le corps des citoyens-jurés et le corps judiciaire, voir notre ouvrage *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 379-406. L'Angleterre, comme nous le montrons, avait adopté une conception beaucoup plus souple. La France révolutionnaire est obsédée par ce que Robespierre et Goupil de Préfelin appellent encore, à la séance du 8 avril 1790, le « despotisme judiciaire ». Voir également, pour le jury américain, notre étude : « Tocqueville et la perspective libérale sur le jury », in *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Association française pour l'histoire de la Justice, Paris, La Documentation Française, 2001, pp. 111-124.

d’instruction » et le « conseil de discussion »<sup>55</sup>. L’analogie est frappante avec le système de l’an III : d’une part, des jurés-experts qui savent réduire le problème à ses éléments premiers (c’est « l’instruction »), d’autre part, des jurés-experts de nouveau, qui pourront recomposer et unifier par la règle de droit les tenants et aboutissants de la question (d’ailleurs très ardues en matière civile où le fait et le droit sont peu séparables).

29.Or, le 18 thermidor, Sieyès fait référence à son rapport de 1790 pour justifier la disposition selon laquelle le jury constitutionnaire se recrutera parmi des experts de la politique<sup>56</sup> : « Un juré n’est pas seulement un homme qui donne son avis en conscience et d’après son intime conviction. (...) Je n’ai jamais séparé l’idée d’*expert* de la notion de juré, et c’est bien ainsi que je l’avais conçu dans le plan de jury que je donnai en 1790 »<sup>57</sup>.

30.En fin de compte, quel était donc pour Sieyès le *sens* de son fameux jury constitutionnaire ? Il ne peut se comprendre séparément du rôle et de l’activité du législateur, pour lequel Sieyès a fourni un effort de redéfinition capital. Peut-on dire que chez Sieyès la loi est encore « l’expression de la volonté générale » ?<sup>58</sup> Elle devient plutôt l’analyse des « besoins » du peuple et du gouvernement : la loi vient d’en haut (des experts-juges), plus qu’elle n’émane - même de façon fictive - d’en bas. On comprend que, de même que le législateur assume une position de recul et de réflexivité par rapport au peuple, le jury constitutionnaire déplace ce recul d’un cran, cette fois au niveau de la Constitution comprise comme un *ensemble d’organes* (et non de normes ou de principes)<sup>59</sup> dont il est le régulateur. La formule de Duvergier de Hauranne - « Il juge le jugement » - n’était pas impropre. Bien plus ou bien autrement qu’une Cour constitutionnelle, ce jury est un gardien de la République ; privé de toute initiative propre, il peut être saisi pour arbitrage par chacun des organes : c’est ainsi que Constant va l’interpréter

---

<sup>55</sup> Le juge était inclus dans le conseil d’instruction ; la maîtrise des questions à poser au jury (entendons au « conseil de discussion ») appartenait au jury lui-même et non au juge : dans le cas où il y avait à reformuler la question, les jurés avaient le dernier mot.

<sup>56</sup> Le jury se cooptera et se renouvellera en puisant dans les membres sortants des Cinq-Cents et des Anciens (art. 2 et 3 du projet de décret).

<sup>57</sup> *Opinion du 18 thermidor*, pp. 43-44.

<sup>58</sup> Dans la *Déclaration des droits et des devoirs de l’homme et du citoyen* (placée en tête de la Constitution de l’an III), à l’article 6, « La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants ».

<sup>59</sup> Bien que Sieyès fasse du législateur et du jury constitutionnaire des instances d’appréciation en fonction du *droit naturel*, la référence nous paraît plus rhétorique qu’effective sous sa plume ; nous ne pouvons examiner ici ce que Sieyès appelle en général droit naturel et qui tient à la constitution biologique de l’homme.



à travers plusieurs essais successifs, depuis les *Fragments d'une constitution républicaine* (cas de la République) jusqu'aux *Principes de politique* (cas de la monarchie constitutionnelle).

31. C'est sans doute pourquoi, au 18 thermidor, Sieyès va accepter le cadre qu'on lui a imposé, lorsque le Comité des Onze feint de garder cette seule pièce du dispositif pour l'examiner avec sérieux ! Selon une nouvelle disposition, la *minorité* de chacun des Conseils pourra se pourvoir devant le jury contre la majorité. Dès lors, de quelle logique s'agit-il : contrôle de la régularité des « actes » ou dispositif de *contrepoids* pour freiner la tyrannie des majorités ? Malgré lui, Sieyès est entré dans le jeu de ses adversaires, et le piège va se refermer<sup>60</sup>.
32. Eschassériaux aîné, le 24 thermidor, lui porte secours (en apparence) en allant dans ce sens : « Vous avez besoin d'une sentinelle politique qui soit toujours là pour faire rentrer chaque pouvoir dans les limites que la loi lui a tracées, et qui en soit le constant régulateur »<sup>61</sup>. Mais Louvet a beau jeu de faire remarquer qu'un tel organe est inutile dans la balance actuelle des pouvoirs : il se justifierait du fait « de la non-division de la législature [comme chez Sieyès] et du défaut d'équilibre et de contrepoids »<sup>62</sup>. Ce n'est plus le cas, le jury est devenu inutile : CQFD. Et d'ajouter le coup de grâce : « « Que si l'on m'objecte qu'il faut bien un pouvoir pour surveiller en quelque sorte les autres (...), je demanderai à mon tour par qui ce pouvoir sera lui-même surveillé, et à qui pourront être portées les plaintes contre ses propres actes »<sup>63</sup>. Le même jour, Thibaudeau oppose des objections identiques : « Je démontrerais facilement (...) que ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat, et qu'en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement »<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Sur ce point, nous ne partageons pas l'avis de Marc Lahmer (*op. cit.*, pp. 223-240), pour qui il s'agit bien chez Sieyès, en l'an III, d'un système de balance des pouvoirs : la divergence tient principalement à la théorie condillacienne de la délibération que nous avons mise ici en évidence. M. Lahmer est conduit à considérer que le travail législatif est triadique chez Sieyès, comme s'il y avait finalement un législateur complexe ; or la décision n'est pas le fruit d'un *concours* et d'échanges entre Tribunal, Gouvernement et Législateur : elle est le monopole du Législateur - tout comme dans le projet de 1791 (la *Déclaration volontaire*) les sections de discussion ne se rencontraient pas entre elles et ne négociaient pas avec l'Assemblée (dans laquelle elles disparaissaient). L'erreur serait d'assimiler, même implicitement, les *opinions* du Tribunal et du Gouvernement à des propositions de lois. Il reste que Sieyès est tombé dans un piège en se voulant plus conciliant.

<sup>61</sup> *Moniteur*, t. XXV, p. 482.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 479.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 481.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 488.

33. La réaction des opposants n'est pas surprenante, elle consiste à dire que face à la *souveraineté du peuple* distribuée entre les deux Assemblées, aucun corps extérieur ne peut avoir la légitimité nécessaire pour arrêter la loi expression de la volonté générale. L'historien des idées politiques peut constater que le jury constitutionnaire est décrit par les intervenants comme ensuite le Conseil d'Etat, sous la monarchie de Juillet, face à ceux qui voulaient lui accorder, en matière de contentieux administratif, la justice déléguée<sup>65</sup> : une puissance rivale de la souveraineté de l'Etat. En l'an III, le respect de la Constitution ne peut s'exprimer que par la balance instituée entre les pouvoirs, comme l'expose Daunou le 29 messidor<sup>66</sup> et comme déjà le prévoyait le projet présenté par Boissy d'Anglas<sup>67</sup> le 9 messidor.

34. Incomprise dans sa véritable portée, qui est une critique de la volonté - et du choc des volontés - comme expression complexe de la souveraineté<sup>68</sup>, la pensée de Sieyès va avoir une postérité éclatée : d'un côté la vision des libéraux doctrinaires, selon laquelle on ne fait pas la loi mais on la

---

<sup>65</sup> Par exemple, Barthe, tantôt député tantôt garde des Sceaux, s'était illustré par des déclarations fameuses contre la justice déléguée au contentieux : « Un tribunal unique, composé de membres inamovibles, souverains irresponsables, auquel aboutiraient toutes les plaintes contre l'Administration et qui pourrait sur ces plaintes juger l'Administration tout entière, frapper d'interdit le gouvernement, annuler ses actes et les remplacer par des dispositions contraires, un pareil tribunal formerait un quatrième pouvoir dans l'Etat, plus fort que tous les autres » (*Archives parlementaires*, 2<sup>ème</sup> série, t. LXXXV, p. 599). Voir notre étude sur ce débat au XIX<sup>e</sup> siècle dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit., pp. 351-379. Plus spécialement sur la période de la monarchie de Juillet, voir notre contribution récente : « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés », dans *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, éd. cit.

<sup>66</sup> « S'il rejette une loi [le Conseil des Anciens], ce sera celle qui, sous une apparence populaire, renfermera des dispositions inconstitutionnelles et propres à ramener l'anarchie. Le Conseil aura pour devise : ' la Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution ' » (*Moniteur*, loc. cit., p. 282). Daunou s'appuie sur l'article 97 et l'article 98 de la Constitution. Dans le premier cas, la loi sera censurée par les Anciens, « pour cause d'omission des formes », et la formule adoptée commencera ainsi : « La Constitution annule... ». Dans le second cas, la censure des Anciens sera motivée par le « refus d'approuver le fond de la loi » ; preuve supplémentaire que les révolutionnaires de l'an III savaient distinguer le contrôle de constitutionnalité externe et le contrôle interne. Autre confirmation, apportée par l'article 131 de la Constitution : le Directoire lui-même pourra pratiquer un contrôle formel de la conformité des opérations législatives dans les deux Conseils, en engageant alors sa responsabilité pour six ans (comme rappelé par M. Lahmer, *op. cit.*, note 37, p. 164).

<sup>67</sup> Développant l'idée de « balance des trois pouvoirs », Boissy évoquait l'école américaine (Adams), et affirmait que les trois pouvoirs « se balanceront sans se heurter et se surveilleront sans se combattre », le tout en vertu de « cette opposition d'intérêts, cette diversité de fonctions et cette division de pouvoir » que la Constitution établit (*Moniteur*, loc. cit., p. 101). Sur la confusion que commet Boissy d'Anglas entre John Adams et son cousin Samuel, voir M. Lahmer, *La Constitution américaine dans le débat français, 1795-1848*, éd. cit., p. 185, note 80. La confusion est probablement révélatrice des réticences et hésitations des conventionnels dans leur rapport avec l'Amérique : John Adams conçoit la tripartition de la fonction législative comme relevant du vieux modèle du « gouvernement mixte », son cousin « ne la pensait que dans le cadre de la souveraineté du peuple ». De la méprise du français Boissy (prenant John pour Samuels) on pourrait donc dire : *felix culpa !*

<sup>68</sup> Nous avons dû laisser de côté d'autres aspects des propositions de Sieyès au 18 thermidor : la capacité conférée aux tribunaux de saisir le jury constitutionnaire en tant que « jury d'équité naturelle » (dans l'absence ou le défaut de la loi), le droit donné au jury de proposer des révisions périodiques de la Constitution, la fonction de tribunal des droits de l'homme pour le citoyen, etc.

découvre, à la lumière de l'évidence de la raison. De l'autre côté, on trouve la théorie du « pouvoir neutre » chez Benjamin Constant, dont la filiation exacte reste d'ailleurs à établir, car on a plutôt privilégié les liens du jury constitutionnaire de l'an III avec le Collège des conservateurs, puis le Sénat conservateur, de l'an VIII <sup>69</sup>.

### III - BENJAMIN CONSTANT : A LA RECHERCHE D'UN REGULATEUR ENTRE LES POUVOIRS

35. Nous ne voulons donner qu'une brève esquisse des enseignements que Constant essaye de tirer à partir des deux *Opinions* de Sieyès, beaucoup restant encore à faire sur ce point précis <sup>70</sup>. Dans l'un de ses manuscrits, longtemps inédit et ensuite édité par Henri Grange, Constant écrivait : « Lorsque les citoyens divisés entre eux d'intérêt se nuisent mutuellement, une autorité neutre les sépare, prononce sur leurs prétentions et les préserve les unes des autres. Cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire ; de même, lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs » <sup>71</sup>. On distinguera trois aspects majeurs, s'attachant à la nouvelle institution dont Constant élabore ici une première esquisse, et qui subira ensuite divers remaniements.

36. Ce qui doit caractériser un tel organe de pouvoir c'est, en premier lieu, qu'il sera au-dessus des autres organes, et des *partis* en conflit, et sera doté à cette fin d'un *intérêt* spécifique à la préservation de la Constitution. Dans la pensée de Constant, cet intérêt va reposer ensuite sur l'hérédité du monarque, élément faisant cruellement défaut dans le cas d'un chef de l'Etat républicain (ainsi qu'il est noté dans les écrits de la Restauration).

---

<sup>69</sup> Sur les diverses métamorphoses du jury de l'an III au Sénat conservateur de l'an VIII, on peut consulter l'étude de J. Bourdon, *La Constitution de l'an VIII*, Rodez, Carrère éditeur, 1941, qui donne nombre de documents comparatifs. Pour une mise au point récente, voir Luca Scuccimarra, « El sistema de excepcion. La construccion constitucional del modelo bonapartista (1799-1804) », *Fundamentos*, n° 2, 2000, spécialement, sur Sieyès, pp. 295-317. Nous ne pouvons ici entrer dans cette question. Sur l'ensemble de la pensée de Sieyès, signalons une brillante synthèse donnée récemment par Jean-Denis Bredin, « Emmanuel Sieyès et Jacques Necker » (*Annales Benjamin Constant*, n° 23-24, 2000), comme suite à son premier ouvrage, *Sieyès, la clé de la Révolution française*, Paris, De Fallois, 1988.

<sup>70</sup> Sur Mme de Staël (qui cite le jury constitutionnaire dans *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution*), voir M. Lahmer, *La Constitution américaine dans le débat français*, éd. cit., pp. 244-248. Sur l'évolution de la pensée de Constant, voir les perspectives tracées par Joaquin Varela Suanzes, « La monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant (Inglaterra como modelo) », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10, sept.-diciembre 1991.

<sup>71</sup> B. Constant, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, éd. par H. Grange, Paris, Aubier, 1991, p. 390.

37. La nature de cette fonction, dit l'auteur, est d'être « discrétionnaire », mais non « illimitée »<sup>72</sup> ; ce qui fait la différence avec l'autorité judiciaire proprement dite, qui doit nécessairement être astreinte à des formes<sup>73</sup>. Par ailleurs, ce « pouvoir préservateur » (selon son autre appellation) ne « peut rien commander aux individus »<sup>74</sup> ; d'ailleurs, s'il s'engageait dans cette voie despotique, les autorités ne le suivraient pas : « Il commande aux attributions, il les retire, ou les suspend dans les mains dans lesquelles elles ne peuvent rester sans danger : mais le moindre acte contre un individu quelconque serait au-delà de sa sphère »<sup>75</sup>. Le lecteur de Benjamin Constant peut reconnaître là une esquisse du futur monarque inviolable, distingué des ministres responsables<sup>76</sup>.

38. Enfin, parmi les nombreuses fonctions que le pouvoir préservateur exercera, on trouve celle de dissoudre les Chambres et de destituer le pouvoir exécutif : on constate qu'il tient le rôle d'un chef de l'Etat, mais exercé par un corps collectif, solution républicaine<sup>77</sup>, en attente de la solution monarchique à laquelle se ralliera finalement l'auteur avec l'avènement, puis avec le retour de Louis XVIII ; on sait qu'entretemps fût tenté, sans grande conviction, l'intermède d'un Napoléon libéral et « constitutionnel », pour lequel Constant écrivit l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire<sup>78</sup>. Dans les *Principes de politique* de 1815, le régulateur de la machine constitutionnelle est trouvé, le plus piquant étant que le texte a été écrit non pour Louis XVIII mais pour l'Empereur des Cent-Jours ! En fait, il ne s'agit ni de l'Angleterre ni de l'Acte

---

<sup>72</sup> « Il faut dans tous les gouvernements une autorité non pas illimitée, mais discrétionnaire. On a confondu ces deux choses ; et de cette confusion sont résultés beaucoup de maux » (*ibid.*, p. 451).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 381, addition au manuscrit par l'auteur. On voit que Constant est plus prudent que Sieyès (d'où le « pour ainsi dire ») et se veut plus fidèle à l'orthodoxie révolutionnaire du « juge automate », du « juge bouche de la loi » (Montesquieu).

<sup>74</sup> L'idée vient directement de Sieyès : le 2 thermidor, Sieyès disait qu'on ne gouverne pas les citoyens d'un pays libre, « les citoyens se gouvernent eux-mêmes », sous l'autorité de la loi (éd. Bastid, p. 17). Cf. aussi le manuscrit *Bases de l'ordre social*, « Gouvernez un troupeau, gouvernez des moines, j'entends ; mais des hommes libres se gouvernent eux-mêmes » (éd. cit. par P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, p. 188).

<sup>75</sup> *Fragments, loc. cit.* (p. 451).

<sup>76</sup> Voir notre introduction et notre édition annotée : B. Constant, *De la responsabilité des ministres*, dans *Oeuvres complètes de Benjamin Constant*, vol. IX, t. 1, éd. O. Devaux et K. Kloocke, Tübingen, Max Niemeyer, 2001 ; l'introduction est reproduite de façon abrégée dans la *Revue française de droit constitutionnel* : L. Jaume, « Le concept de responsabilité des ministres chez Benjamin Constant », n° 42, automne 2000.

<sup>77</sup> Républicaine mais non pas parlementaire ; Constant n'admettra jamais que le gouvernement puisse être renversé par les Chambres, selon un mécanisme automatique de retrait de la confiance : nous examinons les raisons de cette option dans l'édition de la *Responsabilité des ministres* citée à la note précédente.

<sup>78</sup> Sur l'établissement scientifique des manuscrits et les versions successives de l'Acte additionnel, voir le travail réalisé par Kurt Kloocke, ainsi que la présentation d'André Cabanis, dans : Constant, *Oeuvres complètes*, éd. cit., vol. IX, t. 2, pp. 561-622.

additionnel, mais d'un modèle théorique, imaginaire, auquel Constant est parvenu : « La monarchie constitutionnelle crée ce pouvoir neutre, dans la personne du chef de l'Etat. L'intérêt véritable de ce chef n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert »<sup>79</sup>.

## CONCLUSION

39. Le sens du jury constitutionnaire de Sieyès est difficile à appréhender : il ne répond ni aux représentations dominantes de son temps, ni à celles d'aujourd'hui (justice constitutionnelle), ni à la postérité que lui donne Benjamin Constant. Beau cas d'école pour le problème de l'*interprétation* (au sens de Gadamer) dans l'histoire des idées politiques !

40. On peut dire que la perspective d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, sur le fond, n'a pas été absente de la période révolutionnaire ; Sieyès n'en est pas l'inventeur, mais il en a saisi la pertinence, notamment après la phase de la Terreur. Mais, comme le montre la propre évolution de Sieyès (cf. son *Opinion* du 18 thermidor), la culture politique française a privilégié de façon considérable le contrôle de légalité, par rapport aux prémices d'un contrôle de constitutionnalité jugé dangereux. Tout le débat sur la justice administrative, le refus de la justice déléguée, jusqu'en 1872, le confirme encore. Jusqu'à des temps récents<sup>80</sup>, on considérait que, la loi étant l'expression de la souveraineté de la nation, celui qui juge de la loi aurait un pouvoir sur elle : il se ferait *colégislateur*. Pareille prérogative ne pouvait être donnée aux juges, selon les révolutionnaires. L'autorité judiciaire devant rester subordonnée (« autorité » et non « pouvoir »), le travail de révision de la loi ne pouvait s'effectuer que selon deux voies : l'appel à une seconde lecture parlementaire, l'usage du veto, fonction que l'on confie généralement au chef de l'Etat. D'où l'idée finale de Benjamin Constant : le chef de l'Etat guide mais il ne gouverne pas, il inspire des mesures de gouvernement mais il est irresponsable, il veille à remettre en place les rouages de la « machine » lorsque celle-ci menace de se détraquer : il réagit aux événements, il répare les déficiences. Néanmoins, il a un pouvoir d'initiative que Sieyès ne pouvait accorder à son jury constitutionnaire : dissoudre la Chambre élective comme il le juge

---

<sup>79</sup> *Principes de politique*, chap. II, dans *Œuvres complètes*, vol. IX., t. 2, p. 691.

<sup>80</sup> On peut rappeler la décision de 1971 du Conseil constitutionnel, en matière de liberté d'association, et la fameuse formule, à propos de la Nouvelle-Calédonie (1985) : « La loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

opportun, changer et nommer le ministère, faire grâce<sup>81</sup>. Jusqu'à une période récente (sans doute définitivement révolue ?), la France a préféré le système de prééminence du chef de l'Etat au système de suprématie de la Constitution<sup>82</sup> : Sieyès témoigne, à sa façon, de cette histoire complexe, qu'il faudrait éviter de réécrire de façon téléologique, si l'on veut bien admettre que l'avenir n'était pas tracé d'avance.

---

<sup>81</sup> Comme le montre bien J. Varela Suanzes dans l'article cité (« La monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant »), Constant donne à son monarque un pouvoir actif qui n'est pas compatible avec la neutralité alléguée, par exemple dans la nomination, libre, des membres de la Chambre des pairs ou dans l'exercice du veto. Nous sommes loin, en tout cas, de l'Angleterre, dont J. Varela rappelle l'un des grands axiomes politiques : *The King can no do wrong, the King cannot act alone* (p. 135 de l'article cité).

<sup>82</sup> Nous songeons, bien entendu, à l'esprit de la Ve République et à la place du chef de l'Etat (avant les usages répétés de la cohabitation) : tandis qu'il revient au gouvernement de « conduire et diriger la politique de la nation », le chef de l'Etat « veille au respect de la Constitution » (article 5 du texte de 1958) ; cette dernière formule prêt à interprétations multiples depuis que le Conseil constitutionnel a étendu son champ d'action en la matière. Le chef de l'Etat doit aussi assurer « par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat ». Sur ce que nous appelons « l'esprit de la Constitution de la Ve République », voir notre étude récente : « La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la Constitution de 1958 », (in dossier sous dir. L. Jaume, « L'esprit de la Constitution : hier et aujourd'hui »), *Esprit*, janvier 2002, n° 1, pp. 86-98.