

LA RÉCEPTION DE SIEYÈS PAR LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DU XIXÈME ET DU XXÈME SIÈCLES

Alain Laquièze

I – Sieyès, théoricien de la souveraineté limitée

A – Borner l'autorité sociale

B – Énoncer et garantir les droits individuels

1) Distinguer la sphère publique de la sphère privée

2) Comment garantir la limitation de la souveraineté ? La question du pouvoir neutre

II – Sieyès, théoricien de la souveraineté nationale

A – Sieyès, théoricien du gouvernement représentatif

1) Le débat Esmein/ Duguit

2) La théorie de l'organe, selon Carré de Malberg

B – Sieyès, théoricien du pouvoir constituant

1) Position de la doctrine classique

2) Le pouvoir constituant selon Sieyès

1. Étrange destinée que celle de Sieyès ! Sa vie, on le sait, est marquée par dix années d'une brillante activité publique, qui tranchent tant avec la période précédente, obscur abbé sous l'Ancien Régime, que la suivante, éloigné de la politique sous l'Empire¹, puis proscrit au moment de la Restauration, avant un tardif retour en France en 1830. Sa pensée politique a connu, elle aussi, une postérité étonnante. Admiré par ses contemporains², célébré pendant toute la Révolution comme un oracle en matière constitutionnelle, il sera ensuite progressivement oublié. On n'évoquera guère son nom sous la Restauration, ce qui était bien compréhensible pour l'homme qui avait incarné la Révolution et avait été présent dans ses moments les plus importants : le serment du jeu de paume en 1789 ; la mort du roi en 1793 ; la mise en place du Directoire en l'an III ; le coup d'État de Brumaire an VIII. En 1830, Benjamin Constant lui rendra un vibrant hommage dans deux articles de la *Revue de Paris*³. En

¹ / Jean-Denis Bredin a pu parler de « descente aux honneurs », dans sa biographie *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988 (Le livre de Poche, 1990, p. 706.)

² / Mirabeau reconnaîtra en lui un maître, Madame de Staël, en 1791, dira de lui que « ses écrits et ses opinions ouvriront une ère nouvelle en politique, comme ceux de Newton en physique » (*Journal de Gouverneur Morris 1789-1792*, Paris, Mercure de France, 2002, p. 238), Benjamin Constant lui écrira en 1799 : « je crois à la Révolution parce que je crois en vous. »

³ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques (...) », *Revue de Paris*, 1^{ère} série, 1830, t. 11 (février 1830), pp. 115-125 et t. 16 (juillet 1830), pp. 102-112.

décembre 1836, Mignet écrira dans une notice nécrologique que « beaucoup de ses pensées sont devenues des institutions. »⁴

2. Une première renaissance de la pensée de Sieyès a lieu en 1851, à une période où l'on s'interroge sur la possibilité de réviser la Constitution de 1848. Édouard Laboulaye parlera, à son propos, d' « esprit ingénieux » et citera la fameuse brochure *Qu'est-ce que le tiers État ?* comme la parfaite illustration du principe selon lequel la nation a le droit de modifier sa constitution⁵. Un jeune docteur en droit, Edmond de Beauverger, publie, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* d'avril 1851, une étude sur Sieyès qui ressemble fort à un panégyrique. Dans une de ses *Causeries du lundi*, publiée une semaine après le coup d'État du 2 décembre 1851, Sainte-Beuve dresse un portrait d'une grande pénétration psychologique sur l'abbé. Travaillant à partir des papiers privés de Sieyès détenus alors par Hippolyte Fortoul, il met en évidence ses échecs autant que ses succès. Pour le grand critique, Sieyès « a complètement erré en croyant que la raison pouvait s'enseigner en masse aux hommes et devenir la loi des sociétés à venir. »⁶ Et son art constitutionnel, en poussant jusqu'à l'extrême l'artifice et la complexité, tourne le dos à la réalité : sa Constitution idéale n'est qu' « une horloge savante à mettre sous verre et à placer dans un Conservatoire comme curiosité. »⁷ Si Sainte-Beuve doute que Sieyès ait pu être un Newton en politique, il reconnaît par contre qu'il y a du Descartes en lui, en ce qu'il a fait table rase du passé, en défendant la conception d'une société mettant fin aux privilèges, fondée sur l'égalité civile. Il s'agit là de la « conquête de 89, à laquelle Sieyès a pour jamais attaché son nom »⁸ et qui est appelée à durer.
3. Alors que les publicistes libéraux du Second Empire – Charles de Rémusat, Prévost-Paradol, Victor de Broglie – obsédés par l'échec de la monarchie constitutionnelle en 1848, n'ont guère étudié la pensée politique de Sieyès, ce sont les professeurs de droit public de la IIIème République – Adhémar Esmein, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg... - qui vont consacrer la figure du penseur politique, aux côtés d'un Rousseau, et le désigner comme un maître ès constitutions. L'un d'entre eux, Paul Bastid, dans un ouvrage de référence intitulé *Sieyès et sa pensée*, dont la première édition date de 1939, le présentera comme le père du droit public français et établira sa postérité intellectuelle⁹. C'est le dossier constitué par Bastid qu'il nous faut aujourd'hui réexaminer.
4. Dans son étude sur la postérité de la pensée sieyèsienne, Bastid a incontestablement avancé plusieurs idées-forces : la filiation entre les

⁴ / Mignet, *Sieyès, sa vie et ses travaux*, notice lue le 28 décembre 1836 à l'Académie des Sciences morales et politiques, *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} janvier 1837.

⁵ / Édouard Laboulaye, *La révision de la Constitution. Lettres à un ami* (février 1851), in *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 160. Dans une note ajoutée en 1872, le publiciste nuancera son avis sur l'abbé : « chimérique et paradoxal, quoiqu'il rencontre parfois la vérité. » (*Loc. cit.*, p. 160, note 1.)

⁶ / Sainte-Beuve, *Causeries du lundi*, Paris, Garnier frères, 3^{ème} édition, t. 5, p. 203

⁷ / *Ibid.*, p. 195.

⁸ / *Ibid.*, p. 204.

⁹ / Voir plus spécialement la 3^{ème} partie de l'ouvrage intitulée « L'influence spirituelle », pp. 535 et s. : nous citons la référence dans l'édition publiée chez Hachette en 1970.

réflexions de l'abbé et la doctrine libérale du XIX^{ème} siècle à propos de la liberté individuelle comme objectif principal de l'établissement public ; la déformation par Carré de Malberg de la théorie de la représentation nationale comme une théorie de l'organe, ce que Sieyès n'avait jamais admis ; la compréhension en revanche par l'auteur de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de l'évolution de la pensée de Sieyès au sujet du pouvoir constituant, perçu en 1789 comme illimité avant d'être jugé borné en l'an III.

5. Mais en même temps, dans sa volonté de mettre à jour la figure du père du droit public français, Bastid a passé sous silence la portée de la conception de la séparation des pouvoirs de Sieyès – séparation stricte avec une spécialisation des organes politiques – qui ne correspondait guère aux convictions parlementaires des publicistes de la III^{ème} République. Léon Duguit présente ainsi « le futur auteur de la constitution de l'an VIII, Sieyès » comme un théoricien rigoureux de la séparation des pouvoirs qui, au moment du débat à la Constituante en septembre 1789, refuse au roi tout droit de veto¹⁰. Adhémar Esmein, à son tour, présente Sieyès comme le théoricien de la séparation stricte qui sera à l'œuvre dans la Constitution de l'an III¹¹ mais qui est éloignée du système de collaboration des pouvoirs mis en place par les lois constitutionnelles de 1875. Paul Bastid, conscient que l'on ne pouvait pas établir une filiation évidente entre la pensée constitutionnelle de l'auteur de *Qu'est-ce que le tiers État ?* et le régime parlementaire qui triomphe à partir de la III^{ème} République, a consacré un article sur cette question à la *Revue du droit public* en 1939. Or, il conclut que le système conçu par Sieyès est nettement différent des techniques du parlementarisme, même si les objectifs visés, et notamment la lutte contre l'arbitraire, sont semblables¹².
6. Bastid a également exagéré la portée d'autres aspects de la pensée de Sieyès : c'est le cas du contrôle de constitutionnalité et du projet de jury constitutionnaire, dans lequel il croit voir un lointain ancêtre des projets de loi et des débats doctrinaux qui, sous la III^{ème} République, ont relancé, au moins temporairement, l'opportunité d'instituer un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois¹³ ; c'est encore le cas des services publics, dont Sieyès, avant Duguit et Jèze, serait l'un des premiers théoriciens¹⁴. Si la démonstration est loin d'emporter la conviction, c'est parce que l'auteur procède par juxtaposition entre des écrits de l'abbé et des textes ultérieurs,

¹⁰ / Voir Léon Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, t. 7, p. 337

¹¹ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1921, t. 1, p. 478.

¹² / « Au total, le système de Sieyès aboutit bien à un contrôle national du pouvoir, comme le régime parlementaire proprement dit. Il vise bien comme lui à écarter l'autorité arbitraire, à empêcher l'appropriation des fonctions par des individus dans un intérêt particulier. La grande différence est dans le mécanisme, parce que, pour Sieyès, le corps électoral et la législature n'expriment pas mieux que d'autres le vœu national ; ils l'expriment même moins bien. Mieux vaut leur substituer respectivement un Sénat et un Grand Electeur. C'est l'élite, en effet, qui se rapproche le plus du vœu national, sans que, d'ailleurs, elle soit jamais admise à en faire sa chose. » (Paul Bastid, « Sieyès et le gouvernement parlementaire », *Revue du Droit Public*, 1939, p. 433.)

¹³ / Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., pp. 607 et s.

¹⁴ / *Ibid.*, pp. 587 et s.

sans que ce choix ne soit justifié autrement que par une ressemblance, souvent approximative, dans leur contenu. La comparaison apparaît d'autant plus arbitraire que les auteurs ultérieurs ne citent ni généralement ne connaissent précisément la pensée de Sieyès sur les thèmes abordés. Il faut rester prudent quant aux attributions de parenté qui ne sont parfois que des coïncidences, des convergences fortuites et des reprises de questions à la mode dans des débats idéologiques plus récents.

7. Nous touchons ici à une difficulté majeure de méthode, classique en histoire des idées politiques, qui est la compréhension et l'utilisation par un ou plusieurs auteurs de la pensée d'un autre auteur. Plutôt que d'« influence spirituelle », terme d'une grande imprécision et qui tend éventuellement à suggérer qu'un écrivain a pu exercer, par ses paroles et ses textes, une action décisive sur la réflexion d'un contemporain ou d'un auteur ultérieur, il convient de parler plutôt de « réception », c'est-à-dire « ce qui implique la transmission du texte, la lecture du texte et l'interprétation du texte. »¹⁵ Les questions de réception sont au cœur des réflexions de l'herméneutique moderne, pour qui la compréhension ultérieure d'un écrit ne saurait être conçue comme la simple reproduction de celui-ci, contrairement à ce que pensaient les Romantiques. Il y a en effet entre l'interprète et l'auteur une différence insurmontable du fait de la distance historique qui les sépare. Toute époque comprenant nécessairement à sa manière le texte transmis, le sens de ce dernier, loin d'être l'apanage de son auteur, lui échappe au profit de ses interprètes qui peuvent et doivent le comprendre plus – ce qui ne signifie pas mieux, mais plutôt autrement – que lui. En somme, le récepteur, par sa lecture historiquement située d'un texte, est un interprète qui le produit, plus qu'il ne le reproduit¹⁶.
8. Si l'on veut tirer les conséquences de ces précautions méthodologiques pour la présente recherche, il apparaît nécessaire d'apporter les précisions suivantes :
 - 1) Il existe un émetteur, ici Sieyès, et des récepteurs, les publicistes français, dont la compréhension est susceptible d'être différente en fonction des périodes au cours desquelles ils écrivent.
 - 2) Si l'étude de la réception implique la comparaison textuelle, il est nécessaire de partir des textes des interprètes, avant de les confronter aux écrits de l'émetteur.
 - 3) Il faut vérifier si les écrits de l'interprète citent expressément l'émetteur, voire certains passages de son œuvre. Dans ce cas, une véritable analyse comparative peut débuter. Cependant, l'absence de toute référence à l'émetteur ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu, d'une manière ou d'une autre, réception. Mais outre que le travail de confrontation devient plus délicat, il suppose aussi de s'interroger

¹⁵ / Pour reprendre la définition qu'en donne Jean-Louis Vieillard-Baron, « Méthodologie pour l'étude des problèmes de réception en histoire de la philosophie », in Yves Charles Zarka (dir.), *Comment écrire l'histoire de la philosophie ?*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2001, pp. 95-96.

¹⁶ / Sur ce point, nous renvoyons à Hans-Georg Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Éditions du Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1996, spéc. pp. 317-318.

sur les raisons pour lesquelles un auteur n'est pas cité, alors que sa doctrine paraît s'exprimer sous la plume d'un de ses exégètes. Des considérations tactiques, liées aux circonstances, peuvent expliquer un éventuel silence : que Sieyès, le régicide, ne soit pas cité dans un texte de 1814 n'a évidemment pas la même signification que si ce silence concerne un document écrit dans les années 1900.

9. L'étude de la réception de la pensée d'un auteur ne concerne pas le problème de savoir si le ou les récepteurs ont bien compris le message de l'émetteur, mais bien plutôt de déterminer pourquoi ils l'ont utilisé, pourquoi ils ont entendu privilégier certains points de son œuvre au détriment d'autres, pourquoi chacun d'entre eux a fait prévaloir une interprétation différente des précédents. Certes, on peut déceler dans l'interprétation postérieure d'une œuvre les préoccupations et les hantises d'une société à un moment historique précis : la réception d'un auteur nous en dirait plus sur l'état de la société dont est issu l'interprète, que sur l'auteur interprété. Mais cette explication est insuffisante, en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer pourquoi l'œuvre d'un auteur est régulièrement lue et interprétée par la suite, ni comment une interprétation peut résoudre des problèmes posés par l'œuvre en question et ouvrir en même temps de nouveaux questionnements¹⁷.
10. Il est en tout cas très caractéristique que les textes de Sieyès n'ont pas inspiré, de la même manière et sur des points identiques, les publicistes qui écrivent après lui. En d'autres termes, un Benjamin Constant ne va pas mettre en évidence, dans les écrits de l'abbé, les mêmes aspects saillants qu'un Carré de Malberg. S'ils le considèrent tous les deux comme un grand théoricien de la souveraineté, le premier le consacre comme le penseur de la souveraineté limitée, c'est-à-dire d'un pouvoir souverain dont le champ d'application s'arrête au seuil de la sphère privée de l'individu, tandis que le second le voit comme le théoricien de la souveraineté nationale et pose ainsi la question du détenteur de l'autorité. Il est certain que la démarche intellectuelle des interprètes est, au moins partiellement, conditionnée par des circonstances historiques dont ils ont été les contemporains : pour Constant, réfléchir à une limitation de la souveraineté, c'est réagir au moment révolutionnaire de 93, alors que pour Carré de Malberg, l'enjeu est d'abord de rechercher les fondements de la III^{ème} République.
11. Ces différences de points de vue n'impliquent pas qu'un des auteurs aurait mieux compris Sieyès que l'autre, mais qu'ils l'utilisent et le comprennent pour servir leur démonstration. Car on retrouve, sans conteste, ces deux éléments dans la pensée de Sieyès. Seulement, la souveraineté limitée, centrale pour un théoricien libéral tel que Constant, (I) a beaucoup moins intéressé la doctrine publiciste ultérieure qui a reçu et consacré le révolutionnaire comme le théoricien de la souveraineté nationale (II).

¹⁷ / C'est ce que Hans Robert Jauss appelle « l'esthétique de la réception » en ce qui concerne l'histoire de la littérature : celle-ci est « un processus où la réception passive du lecteur et du critique débouche sur la réception active de l'auteur et sur une production nouvelle ; autrement dit, où l'œuvre suivante peut résoudre des problèmes – éthiques et formels – laissés pendents par l'œuvre précédente, et en poser à son tour de nouveaux. » (*Pour une esthétique de la réception*, traduit de l'allemand par Claude Maillard, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1990, pp. 69-70.)

I – Sieyès, théoricien de la souveraineté limitée

12. Avant d'être reconnu comme le théoricien de la souveraineté nationale, c'est d'abord comme théoricien de la souveraineté limitée que Sieyès a été présenté. Les publicistes du groupe de Coppet, en particulier Benjamin Constant et Germaine de Staël, ont été très marqués par sa pensée sur ce point. Mais l'on retrouve encore, moins nettement il est vrai, dans la doctrine des années 1900 cette prise de conscience que Sieyès est l'un des pères de l'école libérale, héritier en particulier de Montesquieu.
13. Les publicistes français relèvent chez l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, ce souci de borner l'autorité sociale, l'autorité du souverain, afin d'éviter la Ré-totale (A). Et ils donnent acte à Sieyès de sa volonté de consacrer la liberté individuelle et de la protéger contre les tendances du pouvoir à envahir la sphère privée (B).

14. A – Borner l'autorité sociale

15. 1) Benjamin Constant a certainement médité la leçon de Sieyès, en particulier le discours du 2 thermidor an III prononcé à la Convention, dans lequel l'abbé récuse l'idée d'une souveraineté illimitée¹⁸. Constant qui vient d'arriver à Paris est fortement impressionné par ce discours. Il rencontrera d'ailleurs Sieyès dès la fin mai 1795, sans doute grâce à son amie, Germaine de Staël¹⁹, avant de le fréquenter régulièrement et de faire partie de sa clientèle lorsque celui-ci deviendra directeur.²⁰ Ses manuscrits politiques qu'il commence à rédiger à la fin du Directoire, en particulier les *Principes de politique*, mais qu'il ne publie pas, laissent clairement apparaître ce qu'il doit à Sieyès²¹. Il en va de même pour le texte politique de Madame de Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, rédigé vraisemblablement vers 1798, mais qui ne sera pas publié à l'époque²².
16. Pourtant, les textes que Constant livre aux éditeurs en 1814 et 1815, notamment *De l'esprit de conquête et de l'usurpation* ainsi que les

¹⁸ / Voir l'édition critique de ce discours in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, thèse complémentaire pour le doctorat ès lettres, Paris, Hachette, 1939.

¹⁹ / Notons qu'avant de fréquenter le salon de Madame de Staël au début du Directoire, Sieyès avait été reçu chez Madame Necker, la mère de Germaine, dès 1789 : v. Jean-Denis Bredin, *Sieyès, op. cit.*, pp. 125 et 530 ; du même auteur, « Emmanuel Sieyès et Jacques Necker », *Annales Benjamin Constant*, 2000, n° 23-24, pp. 63 et s.

²⁰ / Comme il le reconnaîtra en 1830, « J'ai beaucoup connu Sieyès, sans avoir eu précisément avec lui de relations intimes. Son humeur et sa défiance mettent obstacle à l'intimité ; mais je l'ai vu presque chaque jour, depuis son entrée au Directoire jusqu'au 14 brumaire. » (« Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », *Revue de Paris*, 1^{ère} série, février 1830, t. 11, p. 119.)

²¹ / Voir Benjamin Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, (1806), texte établi par Etienne Hofmann, Genève, Droz, 1980.

²² / Voir Madame de Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, édition critique par Lucia Omacini, Paris-Genève, Droz, 1979.

*Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*²³ ne font pas du tout mention de Sieyès, alors même qu'ils sont composés de morceaux empruntés aux manuscrits précédents. Ils baignent, il est vrai, dans une atmosphère politique différente – celle de la Restauration et des Cent Jours - et revêtent, du fait de leur diffusion, des enjeux différents : textes de combat en faveur des libertés, ils doivent aussi ménager les susceptibilités des régimes en place, ce qui permet sans doute de comprendre l'abandon de certaines références embarrassantes – c'est ainsi que Sieyès n'est pas cité – ou l'utilisation fréquente de certains mots – le terme « souveraineté » est en particulier préféré à celui d' « autorité sociale », largement utilisé dans les *Principes de politique* de 1806.

17. S'il y a sans doute un art d'écrire de Constant à l'époque de la monarchie constitutionnelle qui explique sans doute son silence sur le révolutionnaire, il faudra attendre février 1830 pour que Benjamin reconnaisse effectivement sa dette. Il écrit en effet dans la *Revue de Paris* :
18. « Pour en revenir à Sieyès, c'est un homme d'un esprit immense ; ses vues en métaphysique et en politique sont pleines de finesse et de profondeur. Il y a toujours dans celles de ses abstractions qui semblent les plus subtiles, et qui lui ont attiré les épigrammes des hommes pratiques, une idée neuve et vraie. »²⁴
19. Et, après avoir précisé que l'abbé avait contribué à poser les bases de la monarchie constitutionnelle, en établissant que le Chef de l'État devait s'abstenir de gouverner, il ajoutait :
20. « C'est aussi à Sieyès que nous devons le principe le plus nécessaire à reconnaître dans toute organisation politique, la limitation de la souveraineté. Il y avait du courage à le proclamer au sein de la Convention qui avait terriblement abusé de la souveraineté illimitée. »²⁵
21. Etudier la réception de la pensée de Sieyès sur la souveraineté par les publicistes du groupe de Coppet nécessite donc de partir des écrits de ces derniers, en particulier les deux manuscrits précités²⁶. Le manuscrit des *Principes de politique* s'ouvre par un livre I intitulé « Des idées reçues sur l'étendue de l'autorité sociale ». Constant, discutant les thèses de Rousseau, détermine ce que doit être la source et l'étendue de l'autorité

²³ / On retrouvera ces textes dans Benjamin Constant, *Écrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1997.

²⁴ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », art. cit., p. 120. Cf. le portrait qu'en donne Madame de Staël dans les *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, Paris, 2^{ème} édition, 1818, t. 1, pp. 203-204 : « (...) il a, on ne saurait le nier, un esprit de la première force et de la plus grande étendue ; mais cet esprit a pour guide un caractère très sujet à l'humeur ; et comme on pouvait à peine arracher de lui quelques paroles, elles comptaient, par leur rareté même, comme des ordres ou des prophéties. »

²⁵ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », art. cit., p. 121.

²⁶ / Remarquons que l'autre manuscrit de Constant, les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, publié seulement en 1991 chez Aubier, ne comporte que deux références à Sieyès, l'une pour le présenter comme le défenseur de l'égalité contre les privilèges (*ibid.*, note 2, p. 130), l'autre pour en faire un critique du despotisme et un promoteur de la liberté individuelle (*ibid.*, p. 449.)

sociale. Certes, il rejoint l'auteur du *Contrat social* qui pense que la source de l'autorité sociale doit résider dans la volonté générale, seule à même de légitimer un régime politique, qu'il soit une monarchie ou une république. Mais il exprime déjà une nuance, par rapport à Jean-Jacques, sur la difficulté de la reconnaître et de l'exprimer : la volonté générale étant, selon lui, « le pouvoir du petit nombre sanctionné par l'assentiment de tous »²⁷, il introduit déjà la nécessité de la représentation pour son exercice effectif, ce qui le rapproche des préoccupations de Sieyès.

22. Constant va surtout s'attaquer au « second principe de Rousseau sur l'étendue de l'autorité sociale » qui a été repris, fait-il remarquer, par des publicistes aussi différents que d'Holbach, Mably, Ferrand ou Molé. Ces derniers, même s'ils ne sont pas d'accord sur l'autorité qui détient la souveraineté, se rejoignent dans l'idée que sa nature est illimitée et qu'elle a pour vocation de s'occuper de toutes les forces de la société.
23. Constant reproche même à Montesquieu de n'avoir pas apporté de bornes précises à l'autorité sociale : dire en effet que la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent prête à discussion car les lois, émanation du souverain, peuvent en réalité restreindre fortement la liberté individuelle. L'auteur de *l'Esprit des lois* a confondu deux choses, la liberté et la garantie : « les droits individuels, c'est la liberté ; les droits sociaux, c'est la garantie. » Et Constant de poursuivre :
24. « L'axiome de la souveraineté du peuple a été considéré comme un principe de liberté. C'est un principe de garantie. Il est destiné à empêcher un individu de s'emparer de l'autorité qui n'appartient qu'à l'association entière ; mais il ne décide rien sur la nature de cette autorité même. Il n'augmente donc en rien la somme de libertés des individus ; et si l'on ne recourt pas à d'autres principes pour déterminer l'étendue de cette souveraineté, la liberté peut être perdue, malgré le principe de la souveraineté du peuple ou même par ce principe. »²⁸
25. Ce passage est décisif : il signifie que la liberté ne peut matériellement se définir par rapport au titulaire de la souveraineté. Si ce dernier, par son intervention, peut aménager les modalités de sa protection, il n'est pas pour autant une condition d'existence de la liberté ; il ne suffit pas d'affirmer la souveraineté du peuple pour avoir la liberté du peuple²⁹. Le problème ne réside donc pas dans l'identification du titulaire de la souveraineté, mais dans ce que Constant appelle « l'étendue de la souveraineté », c'est-à-dire le champ d'application du pouvoir étatique qui ne saurait être illimité³⁰. En d'autres termes, le souverain n'a pas vocation à s'occuper de toutes les affaires de la société, il n'a pas à se mêler des intérêts particuliers.

²⁷ / *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements*, op. cit. (1806), p. 22.

²⁸ / *Ibid.*, p. 28.

²⁹ / Montesquieu ne dit pas autre chose : « (...) comme dans les démocraties le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernements ; et on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple. » (*Esprit des lois*, livre XI, chapitre 2.)

³⁰ / On ne confondra pas l'étendue de la souveraineté et son intensité qui, une fois déployée, ne connaît d'autres limites que celles que pourrait éventuellement se fixer le souverain lui-même.

26. Contrairement à ce que prétend Rousseau, la souveraineté doit par conséquent être limitée et ne pas s'étendre à toutes les activités sociales. Constant trouve d'ailleurs chez d'autres auteurs des préoccupations semblables aux siennes : Beccaria, dans son traité *Des délits et des peines*, Condorcet, dans ses *Mémoires sur l'instruction publique*, Benjamin Franklin, Thomas Paine, Sieyès enfin, dont il cite en note un long extrait du fameux discours du 2 thermidor an III³¹ qui l'avait tant frappé, au même titre du reste que Madame de Staël qui s'en inspire à plusieurs reprises dans son manuscrit de 1798, tant à propos de la nécessité de limiter la souveraineté que d'instituer un jury constitutionnaire, proposition audacieuse de l'abbé qui ne sera pas retenue dans la Constitution du Directoire³².
27. Dans les *Principes de politique* de 1806, Constant apporte une double critique à l'idée rousseauiste d'une souveraineté illimitée. D'abord, une critique tirée de l'histoire récente de la Révolution et plus particulièrement inspirée par les souvenirs sanglants de la Terreur : « C'est nommément cette théorie qui a motivé les horreurs de notre Révolution, ces horreurs dont la liberté a tout à la fois été le prétexte et la victime. » Et, évoquant ces « hommes qui s'étaient emparés de la puissance », Constant ajoute : « tous leurs principes, toutes leurs opinions reposaient sur la théorie que nous avons exposés dans ce chapitre, sur la supposition que la société peut exercer sur ses membres une autorité illimitée et que tout ce qu'ordonne la volonté générale devient par cela seul légitime. »³³
28. Or, ce passage fait écho à l'extrait du discours de Sieyès que Constant avait pris en note et qui précisait : « Les pouvoirs illimités sont un monstre en politique et une grande erreur du peuple français. Il ne la commettra plus à l'avenir (...) 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 puissance de la souveraineté rentrera dans ses justes limites ; car, encore une fois, la souveraineté du peuple n'est pas illimitée. »
29. Constant procède en second lieu à une critique d'ordre théorique des raisonnements de Rousseau. Contrairement à ce que prétend l'auteur du *Contrat social*, il n'est pas vrai qu'en se donnant à tous, c'est-à-dire en

³¹ / *Principes de politique, op. cit.*, (1806), t. 2, note C, pp. 45-46 ; ce passage commence par les mots suivants : « Les pouvoirs illimités sont un monstre en politique et une grande erreur du peuple français. Il ne la commettra plus à l'avenir (...) »

³² / Madame de Staël procède même, dans ses notes, à un résumé du discours du 2 thermidor : « Sieyès : divisez pour empêcher le despotisme, centralisez pour empêcher l'anarchie. Mouvement circulaire de la nation au gouvernement, du gouvernement au peuple. Il ne croit point aux pouvoirs illimités ni pour le peuple, ni pour ses représentants encore moins. Il appelle lui-même la division des pouvoirs celle des procurations. Distinguer l'unité d'action de l'action unique, mettre la proposition d'un côté et la décision de l'autre et mettre de même deux parties dans le pouvoir exécutif : les ministres et le Directoire. Jury constitutionnaire. Jury de proposition. Le gouvernement est pensée et exécution. Les besoins de gouvernement sont une partie législative, l'autre active. Le gouvernement procureur d'exécution nommant des exécutifs responsables. Un jugement national entre les demandes du Tribunal et des procureurs d'exécution. Le corps le plus nombreux ne proposera rien et décidera. La proposition sera séparée de la délibération. (Faire un tableau des divers avantages des constitutions grecques, r.l.a.m. et de celle de Sieyès). » (*Des circonstances actuelles (...), op. cit.*, p. 396.)

³³ / Benjamin Constant, *Principes de politique, op. cit.* (1806), p. 30.

aliénant complètement et sans réserve tous ses droits à la communauté, on ne se donne à personne. Car, fait remarquer Constant, « aussitôt que le souverain doit faire usage de la force qu'il possède, c'est-à-dire aussitôt qu'il faut procéder à l'organisation de l'autorité sociale, comme le souverain ne peut l'exercer par lui-même, il la délègue et tous ses attributs disparaissent. L'action qui se fait au nom de tous étant nécessairement, de gré ou de force, à la disposition d'un seul ou de quelques-uns, il en arrive qu'en se donnant à tous, il n'est point vrai qu'on ne se donne à personne. On se donne au contraire à ceux qui agissent au nom de tous. »³⁴ Traduisons : dès lors que la communauté se forme, ses membres confient leurs intérêts à quelques individus qui sont les représentants.

30. La représentation est donc une nécessité sociale, ce que Sieyès avait exprimé à de multiples reprises. Ainsi, dans le fameux discours du 2 thermidor an III, il expliquait : « Tout est représentation dans l'état social. Elle se trouve partout dans l'ordre privé comme dans l'ordre public ; elle est la mère de l'industrie productive et commerciale, comme des progrès libéraux et politiques. Je dis plus, elle se confond avec l'essence même de la vie sociale. »³⁵ Déjà, dans le discours du 7 septembre 1789 sur la question du veto royal, il déclarait : « Le Peuple ou la Nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale. (...) Le Peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (& la France ne saurait l'être), le Peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses Représentants. »³⁶
31. Ce sont d'ailleurs les représentants qui, par leurs délibérations, déterminent l'intérêt général. Ce dernier n'est pas la somme des intérêts particuliers, tient à préciser Constant dans les *Principes de politique* de 1815, mais « la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers. »³⁷ En d'autres termes, l'intérêt général est le fruit d'une discussion qui débouche sur un compromis entre les représentants qui expriment, pour chacun d'entre eux, des intérêts particuliers. C'est en aval – et non au moment – de l'élection des députés, au sein même de l'Assemblée législative, que se fixe l'intérêt commun. Il est vraisemblable que cette conception de l'intérêt général, comme fruit d'une délibération des représentants, soit inspirée des écrits de Sieyès, notamment des *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*³⁸.
32. 2) Ce discours sur la nécessité de limiter la souveraineté se retrouve chez un auteur comme Adhémar Esmein, représentant de cette pensée libérale

³⁴ / *Ibid.*, pp. 33-34. Le passage est repris dans le chapitre 1^{er} des *Principes de politique* de 1815, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 314.

³⁵ / Discours du 2 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶ / *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*, Paris, Baudouin, 1789, pp. 18-19.

³⁷ / *Principes de politique in Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 355. Cf. ce qu'écrit Madame de Staël dans *Des circonstances actuelles (...)*, *op. cit.*, p. 19 : « La représentation n'est pas le calcul de réduction, si l'on peut s'exprimer ainsi, qui donne en petit l'image du peuple ; la représentation, c'est la combinaison politique qui fait gouverner la nation par des hommes choisis et combinés de manière qu'ils ont la volonté et l'intérêt de tous. »

³⁸ / Voir la démonstration de Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 78. Sur le concept de représentation chez Sieyès et ses réminiscences dans l'œuvre de Constant, v. Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, pp. 31 et s.

au sein même de la doctrine publiciste française des années 1900. Lui aussi va s'inspirer du grand discours du 2 thermidor de l'an III pour fonder sa démonstration. Rejoignant les préoccupations de Sieyès, il admet que l'Etat ne saurait fonctionner à l'encontre des individus et de leur liberté. Ainsi qu'il l'écrit dans les *Éléments de droit constitutionnel*,

33. « (...) le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même, spontanément, à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or, assurer ce libre développement, c'est justement le but de diverses libertés qui constituent les droits individuels : en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa première et principale raison d'être. « La fin de tout établissement public, disait Sieyès, est la liberté individuelle. »³⁹
34. Une telle présentation revient, dans une perspective libérale déjà à l'œuvre tant chez Sieyès que Constant, à distinguer clairement les droits individuels de la souveraineté et conduit à l'affirmation d'une sphère privée, autonome par rapport à l'espace public⁴⁰. Mais cela débouche sur une interrogation quant aux droits individuels qu'il convient de protéger.

B – Énoncer et garantir les droits individuels

35. Il ne suffit pas d'affirmer la nécessité de limiter la souveraineté. Encore faut-il préciser les modalités qui permettront de la borner effectivement.
36. 1) Distinguer la sphère publique de la sphère privée
37. Dans les *Principes de politique* de 1806, Constant tente d'apporter des réponses à la question. « Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, écrit-il, s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si la société franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable de tyrannie que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur. »⁴¹
38. Il entend en particulier définir une sphère minimale de la souveraineté, ce qu'il appelle « l'autorité sociale restreinte au strict nécessaire. »⁴² Elle consiste en la répression des désordres intérieurs et la faculté de repousser les invasions étrangères, ce qui implique le droit de réprimer pénalement les crimes, le pouvoir d'entretenir une force armée et le droit d'imposer les individus, afin de subvenir aux dépenses de ces deux activités. Est ainsi esquissé un noyau dur de la souveraineté, sans lequel celle-ci n'aurait pas de sens : « Il est évident que la juridiction de la société

³⁹ / Adhémar Esmein, *Éléments (...)*, *op. cit.*, t. 1, p. 543. Précisons que le discours du 2 thermidor an III est déjà cité par Esmein dans l'introduction de son manuel (v. le § 3 « Les limites des droits de l'État », *ibid.*, t. 1, p. 33 et la note 73.)

⁴⁰ / Sur la distinction du public et du privé chez Constant, v. Stephen Holmes, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, trad. O. Champeau, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 333 et s.

⁴¹ / Benjamin Constant, *Principes de politique*, *op. cit.*, p. 49. On retrouve ce passage dans les *Principes de politique* de 1815 in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 313.

⁴² / *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 57.

ne peut rester en deçà de ces bornes, mais qu'elle peut s'arrêter là. On ne pourrait concevoir un peuple, chez lequel les crimes individuels demeureraient impunis et qui n'aurait préparé aucun moyen de résister aux attaques que pourraient entreprendre contre lui les nations étrangères. Mais on pourrait en concevoir dont le gouvernement n'aurait d'autre mission que de veiller à ces deux objets. L'existence des individus et celle de la société seraient parfaitement assurées. Le nécessaire serait fait. »⁴³

39. La souveraineté doit s'arrêter au strict « nécessaire ». Le mot avait déjà été utilisé par Sieyès en 1789 dans sa fameuse brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?* : « Le corps des délégués ne peut pas même avoir la plénitude de cet exercice (du droit de vouloir). La communauté n'a pu lui confier de son pouvoir total que cette portion qui est nécessaire pour maintenir le bon ordre. On ne donne point du superflu en ce genre. »⁴⁴ Dans un manuscrit de 1792 intitulé *Contre la Ré-totale*, il définit l'intérêt commun, non comme le rassemblement de tous les intérêts particuliers, mais comme « ce qui est nécessaire pour parvenir au but de l'association. »⁴⁵ Dans son discours du 2 thermidor de l'an III, il déclare : « Lorsqu'une association politique se forme, on ne met point en commun tous les droits que chaque individu apporte dans la société, toute la puissance de la masse entière des individus. On ne met en commun, sous le nom de pouvoir public ou politique, que le moins possible, et seulement ce qui est nécessaire pour maintenir chacun dans ses droits et ses devoirs. »⁴⁶
40. Sieyès, avant Constant, fait une critique sans concessions de la conception rousseauiste de la souveraineté illimitée. Les intérêts collectifs sont les seuls représentables et les seuls que l'Etat doit assumer. Ce dernier doit maintenir le bon ordre et poser les interdits qui constitueront les garanties au libre exercice des droits individuels. Mais il ne doit pas aller au-delà et s'immiscer dans la sphère des individus, sous peine de transformer la « Ré-publique » en « Ré-totale », destructrice des libertés⁴⁷.
41. Mais il ne suffit pas de restreindre « l'autorité sociale », encore faut-il déterminer quels sont ces droits individuels. Constant en donne une liste dans les *Principes de politique* de 1806 : la faculté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, la liberté de conscience et en particulier la liberté religieuse, la liberté d'expression, la liberté de la presse, enfin le principe de la légalité des délits et des peines⁴⁸. En 1815, il ajoutera la jouissance de la propriété⁴⁹ qui est, pour lui, un droit distinct des autres droits

⁴³ / *Ibid.*, pp. 57-58.

⁴⁴ / Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1989, p. 66.

⁴⁵ / Le manuscrit est reproduit par Pasquale Pasquino, *op. cit.*, pp. 175-176 ; v. également Christine Fauré (dir.), *Des manuscrits de Sieyès 1773-1799*, Paris, Honoré Champion, 1999, pp. 455-456.

⁴⁶ / Discours du 2 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...)*, *op. cit.*, p. 17. Précisons que ce passage avait été pris en note par Constant (v. la note C des *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 45.)

⁴⁷ / Sur ce point, voir l'analyse de Colette Clavreul, *L'influence de la théorie d'Emmanuel Syeyes sur les origines de la représentation en droit public*, thèse de droit, Université Paris I, dactylo., 1982, t. 1, pp. 123 et s.

⁴⁸ / Voir *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 58.

⁴⁹ / Voir *Principes de politique* (1815), in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 317.

individuels ; en effet, la propriété n'est pas antérieure à la société, mais bien au contraire le produit d'une « convention sociale », ce qui n'empêche pas qu'elle soit « moins sacrée, moins inviolable, moins nécessaire. »⁵⁰

42. Ici, la réception de Sieyès apparaît moins évidente. Non pas que l'on ne trouverait entérinée, chez Constant, la distinction entre les droits individuels et les droits politiques que Sieyès avait énoncée dès juillet 1789⁵¹. Mais le droit de propriété est, pour l'abbé, un droit naturel au même titre que les autres droits, qu'il revient à l'état social de garantir, par la loi. Surtout, leur conception des droits de l'homme apparaît radicalement différente. Si ces droits sont, pour Sieyès, des « moyens » pour atteindre le but des individus, à savoir le bonheur⁵², ils ne sauraient, selon Constant, être instrumentalisés en vue d'une fin, quelle qu'elle soit. Dans un important chapitre des *Principes de politique* de 1806, ce dernier, s'attaquant à l'utilitarisme de Bentham, peut écrire : « Le droit est un principe ; l'utilité n'est qu'un résultat. Le droit est une cause ; l'utilité n'est qu'un effet. Vouloir soumettre le droit à l'utilité, c'est vouloir soumettre les règles éternelles de l'arithmétique à nos intérêts de chaque jour. »⁵³ Les droits ne doivent pas être le produit d'un calcul et de l'intérêt pour atteindre le bonheur individuel, car il seraient alors soumis à la subjectivité et à la relativité. Il doit y avoir une stabilité dans les droits comme dans la justice qui apparaît déterminante dans la conception du libéralisme moral constantien. Les droits ne sont pas des moyens, ce sont des règles premières et fixes, en vertu desquelles les individus ont la possibilité d'apprécier en conscience les actes du pouvoir⁵⁴.
43. Il existe en revanche chez un auteur comme Adhémar Esmein un emprunt évident à Sieyès, en ce qui concerne le contenu des droits individuels. Se fondant en particulier sur le projet de déclaration des droits que l'abbé avait présenté à la Constituante en 1789, il lui attribue la paternité de la distinction entre les droits politiques et les droits individuels. Les premiers n'appartiennent qu'aux citoyens, à qui la constitution et la loi en accordent la jouissance et l'exercice : il suffit de penser au droit de suffrage. Les seconds, les droits individuels, appartiennent en principe à tous les individus qui composent la nation quels que soient leur âge, leur sexe, leur incapacité de fait ou leur indignité : ce sont la liberté individuelle, la liberté de conscience et la liberté du culte. Et Esmein croit déceler déjà dans le cours de droit constitutionnel de Pellegrino Rossi, professé sous la

⁵⁰ / *Ibid.*, p. 442 ; cf. déjà le chapitre 3 du livre X des *Principes de politique* de 1806, *op. cit.*, pp. 202 et s.

⁵¹ / Voir Emmanuel Sieyès, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789.

⁵² / Voir le *Journal d'instruction sociale*, par les citoyens Condorcet, Duhamel et Sieyès, samedi 6 juillet 1793, pp. 129-130 : « Le bonheur est le but, le point où tendent tous les hommes. Ils emploient divers moyens pour y arriver et ils y arrivent par des moyens qui ne les écartent pas de la ligne de la justice, ils ont des moyens droits ou simplement des droits (...) Ces droits sont donc les moyens du bonheur, mais ne s'écartent pas des règles de la nature, de la justice et de la raison. » Voir aussi le commentaire de Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, pp. 71 et s.

⁵³ / Il s'agit du chapitre 7 du livre II des *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), pp. 58 et s. ; v. aussi l'annexe 1 aux *Principes de politique* de 1815, in *Écrits politiques*, *op. cit.*, pp.510 et s.

⁵⁴ / Sur le libéralisme moral de Constant, v. Lucien Jaume, *L'individu effacé*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

Monarchie de Juillet, cette même distinction, sous-entendant peut-être que Rossi aurait été inspiré par Sieyès dans cette réflexion sur les droits⁵⁵.

44. Au-delà de l'énoncé de la délimitation entre la sphère étatique et celle des individus, se pose la question de la garantie de la limitation de la souveraineté
45. 2) Comment garantir la limitation de la souveraineté ? La question du pouvoir neutre
46. On sait que, pour Constant, cette limitation passe d'abord par l'affirmation du pouvoir de l'opinion publique, d'où son insistance dans la défense d'un droit comme la liberté de la presse et, dans un deuxième temps seulement, par la distribution et la balance des pouvoirs⁵⁶. Or, c'est sur la question de la séparation des pouvoirs, et en particulier sur la nécessité de créer un pouvoir tiers, arbitre entre l'exécutif et le législatif, que Constant se rapproche de la pensée de Sieyès, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ait largement emprunté à ce dernier⁵⁷.
47. Ainsi, reconnaissait-il en 1830 : « (...) on pourrait dire, quelque bizarre que paraisse l'assertion, quand on se retrace toute la vie de Sieyès, qu'il a contribué, plus que personne à poser les bases de la monarchie constitutionnelle. Il a le premier, en France, établi et prouvé que le chef, placé au haut de la hiérarchie politique, devait choisir, mais non gouverner. Son grand-électeur, à quelques subtilités près, dont on s'est emparé pour rendre sa théorie ridicule, est le type exact et utile d'un roi tel qu'on doit le désirer. Choisir est sa fonction, renvoyer est son droit. S'il sort de cette sphère pour agir lui-même, il abjure sa nature et trouble l'État, en compromettant sa propre inviolabilité. »⁵⁸
48. Un roi inviolable qui devait choisir, mais non gouverner : c'était reconnaître à l'abbé la paternité de ce pouvoir neutre, dont Constant avait fait la théorie dans son manuscrit, les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, puis dans les *Principes de politique* de 1815, et montré qu'il était aussi bien compatible dans un système républicain que dans un régime monarchique. Pour autant, une étude plus poussée tendrait à montrer que le pouvoir neutre, tel qu'il a été initialement forgé par Constant sous le Consulat, n'entretient que des relations assez lointaines avec le grand électeur de

⁵⁵ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments (...)*, op. cit., t. 1, p. 549.

⁵⁶ / Voir les *Principes de politique* de 1815, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 321.

⁵⁷ / On notera en effet que Constant prône un système de collaboration des pouvoirs (v. les *Fragments d'un ouvrage abandonné (...)*, op. cit., notamment pp. 447-448), assez éloigné de la spécialisation accentuée décrite par Sieyès en l'an III, en vertu de laquelle chaque organe (le Tribunat, le gouvernement, la législature, le jury constitutionnaire) dispose de compétences spécifiques. Mais, comme on va le voir, les deux auteurs se retrouvent sur la nécessité d'un pouvoir intermédiaire, arbitre entre les pouvoirs.

⁵⁸ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques (...) », art. cit., t. 11, p. 120. Précisons que Constant écrit ces lignes au moment où le débat fait rage entre publicistes royalistes et libéraux sur les pouvoirs dont dispose effectivement Charles X. C'est de ce débat que sortira la fameuse formule : « le roi règne, mais ne gouverne pas. » Sur ce point, v. Alain Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2002, pp. 88-89.

Sieyès et même plus largement, avec la réflexion de celui-ci sur l'existence d'un pouvoir conservateur.

49. Dans les *Fragments*, ce pouvoir neutre qui est un organe collégial dont les membres sont élus à vie, est présenté comme se distinguant à la fois du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. « Le but du pouvoir préservateur est de défendre le gouvernement de la division des gouvernants, et défendre les gouvernés de l'oppression du gouvernement. »⁵⁹ Et, pour atteindre ce but, le publiciste libéral, tout en rejetant tout pouvoir de nomination qui détruirait sa neutralité⁶⁰, propose deux prérogatives : le droit de dissolution des assemblées législatives et le pouvoir de destituer les dépositaires du pouvoir exécutif. Si ce pouvoir préservateur « est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs »⁶¹, il apparaît également, d'une certaine manière, comme le pouvoir judiciaire entre les pouvoirs et les citoyens, puisqu'il a le droit de faire grâce ou de commuer les peines, ainsi que « d'accueillir les pétitions des citoyens contre les actes de l'autorité. »⁶² Sur ce dernier point, Constant précise sa pensée : « Je voudrais que le pouvoir préservateur eût spécialement la mission d'appeler l'attention du pouvoir exécutif sur les attentats de ses agents contre la liberté individuelle »⁶³, avant d'ajouter quelques pages plus loin, à propos des actes arbitraires commis par le pouvoir exécutif : « Les citoyens réclament, le pouvoir administratif les dénonce. Le pouvoir législatif en accuse les auteurs. Le pouvoir préservateur annule les actes. »⁶⁴
50. En dépit de l'apparente contradiction entre ces deux citations, il semble bien que le pouvoir préservateur, tel qu'il est conçu dans les *Fragments*, ait la possibilité non seulement d'alerter le pouvoir exécutif contre des actes administratifs commis par des fonctionnaires contre la liberté individuelle, mais aussi d'annuler ces actes. Il aurait donc la possibilité d'exercer, pour employer le vocabulaire du contentieux administratif, un recours hiérarchique, mais aussi de faire disparaître rétroactivement un acte administratif.
51. Enfin, le pouvoir préservateur de Constant aurait le droit de « sanctionner les changements et perfectionnements nécessaires à la constitution »⁶⁵, signifiant qu'il serait associé à la révision de la Constitution.
52. Le rapprochement avec le grand électeur, institution placée par Sieyès au sommet de la pyramide institutionnelle qu'il avait élaborée en l'an VIII, semble apparemment assez artificiel. Certes, le grand électeur est élu à vie. Mais il s'agit d'un seul magistrat, dont l'existence est censée assurer

⁵⁹ / Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 387.

⁶⁰ / Voir le chapitre VII « Des attributions destructives de la neutralité du pouvoir préservateur » du livre VIII des *Fragments*, *ibid.*, pp. 385 et s. On notera en revanche que le Grand Électeur de Sieyès avait pour fonction essentielle de nommer et de destituer les chefs de gouvernement qui étaient, dans son esprit, deux consuls : v. Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, Paris, P. Renouard, 1836, p. 26

⁶¹ / *Fragments*, *op. cit.*, p. 390.

⁶² / *Ibid.*, p. 436.

⁶³ / *Ibid.*

⁶⁴ / *Ibid.*, p. 450.

⁶⁵ / *Ibid.*, p. 448.

« l'unité du pouvoir exécutif »⁶⁶, et dont la fonction essentielle, outre une fonction de représentation de la nation à l'étranger, est de nommer les chefs du gouvernement, ce que Constant refusait à son pouvoir préservateur.

53. On a pu voir également, dans la construction constantienne, une sorte de mixte entre le jury constitutionnaire de l'an III et le Sénat de la Constitution de l'an VIII, deux institutions issues des réflexions de Sieyès⁶⁷. Le Sénat de l'an VIII est certes revendiqué comme un modèle par le publiciste libéral pour l'édification de son pouvoir préservateur dans une constitution républicaine. Mais il ne cache pas les défauts de cette institution qu'il n'a choisis que pour donner un repère utile à ses lecteurs, en vue de mener à bien sa démonstration⁶⁸. Il retient en tout cas du Sénat de l'an VIII les fonctions à vie et l'inéligibilité à tout autre emploi, mais condamne, comme on l'a vu, tous ses droits de nomination des législateurs, des membres de l'exécutif, des juges...⁶⁹.
54. Les liens avec le jury constitutionnaire, tel que l'avait présenté Sieyès sous deux moutures différentes les 2 et 18 thermidor an III, paraissent, pour leur part, très ténus. D'abord, quant à leur composition : le jury est un organe de 108 membres, renouvelable par tiers tous les ans et dont les membres sont cooptés par le jury lui-même, alors que le pouvoir préservateur est une institution composée de membres élus indirectement par le peuple pour la durée de leur vie.
55. Ensuite, quant à leur mode de fonctionnement : le jury constitutionnaire ne peut juger qu'en droit, soit qu'il se prononce sur les violations ou atteintes faites à la Constitution, soit qu'il statue, en tant que « jury d'équité naturelle », pour pallier une lacune de la loi⁷⁰ ; de plus, comme le précise

⁶⁶ / Voir Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁷ / Voir Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, Bibl. des Histoires, 1995, pp. 239 et s.

⁶⁸ / Voir Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, pp. 379 et s.

⁶⁹ / Voir l'article 20 de la Constitution de l'an VIII.

⁷⁰ / Il y aurait beaucoup à dire sur ce point. On ne suivra pas ici la démonstration de Michel Troper (« Sieyès et le jury constitutionnaire », *Mélanges Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, spéc. pp. 275 et s.) pour qui le jury constitutionnaire, en tant qu'il est « jury d'équité naturelle », ne serait pas un tribunal mais plutôt un législateur, au motif que, par un acte de volonté, il énoncerait et traduirait dans le droit positif les principes du droit naturel, alors que la Révolution française aurait adopté une conception du pouvoir judiciaire qui empêchait les juges d'interpréter les lois, c'est-à-dire de les refaire. Si cette dernière conception a été celle de la Constituante qui avait même créé le référé législatif, elle a en pratique été rapidement contestée par le pouvoir judiciaire, notamment par le Tribunal de cassation qui s'est affranchi dès le Directoire, de la tutelle des Assemblées pour élaborer ses théories jurisprudentielles (v. Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 2001, pp. 284-285.) En l'an VIII, Portalis, tout en critiquant très fermement le référé législatif, soutiendra que les juges disposent d'une faculté d'« interprétation par voie de doctrine » qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. » (*Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, éditions Confluences 1999 (rééd.), p. 22.) Il admettra même que les juges statuent en équité. Pour Sieyès, l'utilisation du terme « jury » n'a jamais exclu, bien au contraire, la fonction de juger. Son projet d'organisation judiciaire, présenté en mars 1790, en témoigne (v. *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France*, Paris, Imprimerie Nationale, mars 1790, spéc. pp. 28 et s.) La formation du jury constitutionnaire qui, dans son projet de l'an III, doit statuer en équité, est bel

l'article XVII du projet présenté par Sieyès le 18 thermidor : « Le jury constitutionnaire ne peut rendre aucun arrêt du propre mouvement. » Cette dernière disposition signifie que, comme un véritable tribunal, le jury ne peut s'auto saisir et prendre des arrêts de règlement⁷¹. Le pouvoir préservateur de Constant, s'il est « le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs », comporte pourtant une différence essentielle avec ce dernier. Effectivement, il ne peut prendre le temps nécessaire pour mener ses recherches, car il n'a pas affaire à des individus qui ne peuvent opposer aucune force à leur juge. « Les pouvoirs publics au contraire, fait remarquer Constant dans un passage qui vaut d'être cité, et surtout le pouvoir exécutif, ont toujours à opposer au pouvoir préservateur une force physique supérieure à celle dont il se trouve revêtu. Il ne peut donc procéder contre eux, comme le pouvoir judiciaire, contre les individus ; car il serait anéanti, avant d'avoir instruit le procès ; il faut que sa rapidité supplée à ce qui lui manque de force. Mais par cela même que la destitution du pouvoir exécutif doit se prononcer sans accusation et sans jugement, elle ne doit être suivie d'aucune peine. »⁷² En prenant l'exemple de la destitution du pouvoir exécutif, le publiciste libéral démontre donc qu'il doit s'agir d'une prérogative discrétionnaire utilisée en opportunité, sans respect de formes spécifiques, et à la propre initiative du pouvoir neutre. Et il prévient : « Vous serez toujours obligé d'organiser, soit contre le pouvoir exécutif, soit contre ses agents, des moyens de répression. Or, moins ces moyens seront discrétionnaires, plus ils seront accompagnés de formes lentes, plus le pouvoir exécutif averti (...) pourra se mettre en défense, et provoquer le désordre par sa résistance. »⁷³ Nous sommes bien loin du fonctionnement normal d'une juridiction !

56. Enfin, leurs compétences apparaissent très nettement distinctes. Le pouvoir préservateur de Constant dispose de cinq prérogatives essentielles : la dissolution des assemblées législatives ; la destitution du pouvoir exécutif ; le droit de faire grâce ; le droit d'appeler l'attention du pouvoir exécutif sur des actes administratifs contestés par les citoyens et éventuellement de les annuler ; la sanction des modifications à la Constitution. Or, aucune de ces prérogatives, à l'exception notable du droit de grâce, n'est attribuée au jury constitutionnaire, dans les deux projets successifs de Sieyès.

et bien un tribunal chargé de protéger les droits de l'homme, insuffisamment garantis par la loi : « Nulle part, explique-t-il, l'universalité des droits n'a été mise sous une égale et entière protection de la loi ; vous venez de le reconnaître dans le souvenir de quelques erreurs graves de toute législation. Nos neveux pourront en signaler davantage. Mais du moins (...) qu'ils nous aient l'obligation d'avoir enfin institué un *tribunal des droits de l'homme* » (Discours du 18 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 42.) Il ne peut d'ailleurs se saisir lui-même, à l'instar d'un tribunal : « Les justes précautions qu'il faut prendre consistent à ne pas laisser à la section constitutionnaire d'équité naturelle le droit de se mettre d'elle-même en mouvement ; elle ne le pourra que sur une proposition formelle, venue d'ailleurs. » (*ibid.*, p. 43.) Et ses décisions ont la même force obligatoire qu'un jugement : « Nous avons cru qu'il était nécessaire de donner à un jugement d'équité naturelle la force obligatoire qu'ont les sentences ordinaires de nos tribunaux (...) » (*ibid.*, p. 40.)

⁷¹ / Si le jury pouvait rendre des arrêts de sa propre initiative, « ce serait, écrit Sieyès, lui donner une action trop forte sur toutes les parties de l'établissement public » (Discours du 18 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 37.)

⁷² / Benjamin Constant, *Fragments (...), op. cit.*, p. 391.

⁷³ / *Ibid.*, p. 395.

57. Le droit de dissolution des assemblées et la destitution des membres de l'exécutif sont des compétences politiques qui ne figurent pas dans les propositions de l'abbé en l'an III ; la réclamation contre des actes administratifs et leur éventuelle annulation ne sont pas non plus prévues dans les propositions de Sieyès : le 2 thermidor, ce dernier propose que le jury ait pour « mission spéciale de juger et prononcer sur les plaintes en violation de constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature »⁷⁴, c'est-à-dire contre les actes législatifs ; dans le projet du 18 thermidor, il est prévu un article VI qui dispose : « le jury constitutionnaire prononcera sur les violations ou atteintes faites à la constitution qui lui seraient dénoncées contre les actes, soit du Conseil des Anciens, soit du Conseil des Cinq-Cents, soit des assemblées électorales, soit des assemblées primaires, soit du tribunal de cassation (...) »⁷⁵ On constatera, à la lecture de ces dispositions, qu'il n'est fait aucunement allusion à un contrôle des actes administratifs. Le jury constitutionnaire n'est pas plus habilité à sanctionner, c'est-à-dire à adopter, une quelconque révision de la constitution, mais seulement à proposer des modifications sur lesquelles se prononcera le Conseil des Anciens qui seul détient le pouvoir constituant⁷⁶.
58. Le droit de grâce qui permet, notamment dans des procès pénaux, de suspendre l'application d'une loi qui apparaîtrait trop sévère dans certains cas d'espèce, rejoint sans nul doute la troisième fonction du jury constitutionnaire, présentée le 18 thermidor, à savoir celle de juridiction d'équité naturelle qui ferait prévaloir la justice sur une loi inique⁷⁷. Or, il n'est pas certain du tout que Constant ait puisé dans les propositions de l'abbé la source de son information. Le droit de grâce est en effet inséré par Benjamin dans le chapitre 13 du livre VIII des *Fragments*, au sein duquel on le voit discuter les objections de Madame de Staël et les réflexions de Necker. À la première qui s'inquiète des prérogatives limitées du jury constitutionnaire qui sera tenté dès lors, pour renforcer son autorité, de constater davantage d'infractions⁷⁸, Constant répond en s'appuyant expressément sur les observations critiques que Necker venait de présenter dans son livre, les *Dernières Vues de politique et de finance*, à propos du Sénat de l'an VIII. L'ancien ministre de Louis XVI jugeait en effet qu'on avait donné à cette institution une autorité disproportionnée par rapport à ses moyens réels qui en faisait une abstraction sans véritable

⁷⁴ / Article IV du projet du 2 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...)*, op. cit., p. 30.

⁷⁵ / *Ibid.*, p. 45. On relèvera que les actes contrôlés ne sont plus ici des lois, mais des actes émanant notamment de chaque assemblée législative, impliquant sans doute un contrôle de procédure législative et non pas un contrôle au fond (sur ce point, v. Michel Troper, art. cit., p. 273.)

⁷⁶ / Voir les articles X et suivants du projet du 18 thermidor, *ibid.*, p. 46.

⁷⁷ / Voir l'article XIV du projet du 18 thermidor, *ibid.*, pp. 46-47.

⁷⁸ / Comme le note Henri Grange (*Fragments (...)*, op. cit., note 66, pp. 495-496), c'est un passage des *Circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution* qui est plus spécialement visé : « Le jury constitutionnel de Sieyès devait juger des infractions à la constitution, proposer les amendements tous les dix ans, venir au secours d'un citoyen lésé dans sa liberté civile. Premier inconvénient : étant de la même nature que les deux autres ; second : n'avoir pas d'autres fonctions. Vivre d'infractions. » (op. cit., p. 397.)

effectivité⁷⁹. Il semble par conséquent que des prérogatives du pouvoir neutre de Constant, telles que le droit de grâce et la faculté de réclamer contre les actes administratifs, soient d'abord issues des échanges qui eurent lieu entre les différents représentants du groupe de Coppel.

59. Que le Sénat de l'an VIII, dont on sait qu'il était largement inspiré par le Collège des Conservateurs que Sieyès avait proposé en Brumaire⁸⁰, ait servi de base de discussion à l'auteur des *Fragments* dans l'élaboration d'un pouvoir préservateur applicable à la République, cela est indéniable et se révèle au fil des pages du manuscrit. En revanche, le jury constitutionnaire, tel que le concevait Sieyès en l'an III⁸¹, n'apparaît pas comme une référence pour Constant qui ne l'évoque jamais. Sans doute peut-on voir dans la différence de mission assignée aux deux institutions une des principales raisons de cette omission : tandis que le conventionnel fait du jury un tribunal suprême gardien de la constitution et de la justice contre l'iniquité de la loi⁸², le théoricien du pouvoir neutre y voit un pouvoir intermédiaire entre l'exécutif et le législatif, distinct du pouvoir judiciaire⁸³, et chargé de garantir le bon fonctionnement de la séparation des pouvoirs. Le jury constitutionnaire, pouvoir sous forme juridictionnelle, est le gardien de la constitution ; le pouvoir neutre de Constant, institution affranchie des formes juridiques et agissant à la manière d'un organe politique, est le gardien de la séparation des pouvoirs.
60. Contrairement à Madame de Staël qui, en 1798, proposait de réunir les attributs du jury constitutionnaire à la puissance du Conseil des Anciens⁸⁴, et contrairement à l'exemple du Sénat de l'an VIII qui répondait, au moins partiellement à ce vœu, Constant n'a jamais admis que son pouvoir neutre puisse exercer une mission juridictionnelle, qu'il s'agisse de contrôler la constitutionnalité de la loi ou d'être un juge d'équité.

⁷⁹ / Voir Jacques Necker, *Dernières vues de politique et de finance*, s.l., 1802, pp. 35 et s.

⁸⁰ / Sur le Sénat de l'an VIII, v. Jean Thiry, *Le Sénat de Napoléon (1800-1814)*, Paris, Éditions Berger-Levrault, 1932 ; Jacques Bourdon, *La Constitution de l'an VIII*, thèse lettres, Paris, 1942.

⁸¹ / Notons que le Collège des Conservateurs de l'an VIII, dont les membres étaient nommés à vie par cooptation, et qui incluait des pouvoirs de nomination et de destitution des gouvernants différait sensiblement du jury constitutionnaire : sur ce point, v. Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, pp. 32 et s.

⁸² / Sans doute faudrait-il préciser ici que le jury, plus que le juge de la loi, est le « juge du jugement », tant il est vrai que le législateur apparaît lui-même comme un juge dans la vision de Sieyès. Voir, sur ce point, Lucien Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Historia Constitucional*, n° 3, juin 2002, pp. 199 et s. (v. le site internet : hc.rediris.es) Constant s'en est pris vivement à cette assimilation du législateur à un tribunal, dans un passage des *Fragments* qui est une allusion à peine voilée au discours du 2 thermidor : « Dans la même constitution dont nous conservons encore des restes (il s'agit de la Constitution de l'an III), l'on a séparé la discussion de la décision, et réduit au silence la portion du pouvoir législatif particulièrement investie du droit de consentir la loi. L'on a comparé le corps législatif à un tribunal, et l'on a dit que des juges ne devaient pas être des plaideurs. Admirable chose qu'une comparaison pour fausser les idées. Les juges dans les tribunaux peuvent interroger les parties. L'on refuse au corps législatif le droit d'interroger les orateurs qui discutent devant lui. Un seul mot est quelquefois nécessaire pour éclaircir une question. Le corps législatif n'a pas la faculté de faire prononcer ce mot. » (*Fragments d'un ouvrage abandonné (...)*, *op. cit.*, pp. 271-272.)

⁸³ / Constant note dans les *Fragments* : « Pourquoi ne pas réunir le pouvoir préservateur au pouvoir judiciaire ? Parce qu'il est impossible de passer d'une autorité discrétionnaire à l'exercice d'une autorité astreinte à des formes. » (*ibid.*, p. 381.)

⁸⁴ / Madame de Staël, *Des circonstances actuelles (...)*, *op. cit.*, p. 163.

61. Certes, on pourra dire que Constant retrouve ce souci de Sieyès de trouver un pôle de stabilité au sein de la constitution, afin de « conserver » - le mot est important – l'équilibre des institutions et finalement, leur existence même. On sait que la tâche apparaissait d'une grande complexité au sein d'une République qui ne possédait pas, de l'aveu même de Benjamin, une institution comparable à la royauté héréditaire qui joue traditionnellement, dans une monarchie, le rôle du pouvoir neutre⁸⁵. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que le pouvoir préservateur, dans une Constitution républicaine, emprunte en réalité la plupart des fonctions d'un monarque, tel qu'on pouvait les voir à l'œuvre dans la monarchie britannique, à l'exception notable du droit de nommer les ministres⁸⁶. Et l'on comprend alors que Constant n'ait guère eu de difficultés à faire du monarque un pouvoir neutre dans sa conception de la monarchie constitutionnelle, développée en 1815 dans les *Principes de politique*⁸⁷.
62. Bref, le rapprochement entre les écrits d'un Sieyès et ceux d'un Constant sur la nécessité d'un pouvoir neutre laissent certes apparaître des convergences, sans doute fortuites, mais qui ne permettent pas d'affirmer qu'il y ait eu, de la part du second, une véritable réception, même sous la forme d'une adaptation, des idées du premier. Néanmoins, par le jeu des comparaisons, on pourrait certainement trouver des affinités entre le pouvoir neutre du publiciste de Coppet dans sa version royaliste de 1815, et le grand électeur de Sieyès qui apparaît comme une tentative, dès l'an VIII, de « monarchiser » la République. Ce dernier ne déclarait-il pas que « sans être roi, ce magistrat qui était à vie, avait dans sa prérogative de quoi produire tout le bien qu'on attend de la royauté »⁸⁸ ?

II – Sieyès, théoricien de la souveraineté nationale

63. La doctrine publiciste française au tournant des années 1900, s'est attachée à présenter Sieyès comme le principal théoricien de la souveraineté nationale, ce qui a conduit à reconnaître la postérité de sa pensée dans ces deux grandes théories que sont la théorie de la

⁸⁵ / Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 398 : « (...) il y a, dans le pouvoir monarchique, deux pouvoirs : le pouvoir exécutif investi de prérogatives positives, et le pouvoir royal, composé de souvenirs et d'illusion religieuses ou traditionnelles, ce dernier est en quelque façon un pouvoir neutre entre le peuple et le pouvoir exécutif proprement dit qui est toujours délégué à des ministres. »

⁸⁶ / *Ibid.*, note e, pp. 403-404 : « Le pouvoir préservateur doit être ce qu'est le pouvoir monarchique en Angleterre, avec les différences exigées par la nature du gouvernement républicain. Le pouvoir préservateur, étant élu et tiré du sein du peuple, ne permet pas les prestiges de la Royauté héréditaire. Il y a, par conséquent, diverses attributions qui doivent lui être refusées. Il doit avoir le droit de destituer le pouvoir exécutif ; comme le roi d'Angleterre a le droit de destituer le ministère, qui est véritablement le pouvoir exécutif ; mais le pouvoir préservateur ne doit pas être investi du droit de nommer le pouvoir exécutif, comme le roi d'Angleterre nomme les ministres, parce que les fautes des hommes nommés par le pouvoir préservateur retomberaient sur lui. »

⁸⁷ / Voir les *Principes de politique* de 1815, chapitre II : « De la nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, pp. 323 et s.

⁸⁸ / Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, p. 30.

représentation (A) et celle du pouvoir constituant (B). Cela n'a pas empêché les auteurs de s'affronter sur la compréhension que l'abbé avait de ces deux théories.

A – Sieyès, théoricien du gouvernement représentatif

64. Les publicistes français, des théoriciens libéraux du groupe de Coppet aux professeurs de droit de la III^{ème} République, ont retenu la leçon de Sieyès, donnée en 1789 et en l'an III, à propos du gouvernement représentatif. S'il y a nécessité de la représentation, ce n'est pas seulement parce que les individus ne disposent pas tous de l'instruction suffisante pour participer à la chose publique et qu'ils seraient dans l'incapacité de s'assembler, dès lors qu'ils vivent dans un grand pays. C'est également parce qu'en désignant des représentants, ils disposent de plus de temps pour s'occuper de leurs affaires et de leur vie privée, ce qui garantit une meilleure sauvegarde de leur liberté individuelle. La liberté des Modernes de Constant, exposée dans le fameux discours à l'Athénée Royal, fait incontestablement écho aux grands discours de Sieyès de 1789 et de l'an III, où il n'est question que de suprématie du gouvernement représentatif sur la démocratie et de poursuite des intérêts individuels. Être libre, c'est désigner des représentants et non pas être législateur, dans une démocratie qui condamnerait « les hommes à bivouaquer toute leur vie. »⁸⁹
65. Esmein et Carré de Malberg ne s'y tromperont pas qui établiront une filiation entre Montesquieu et Sieyès quant à la conception de la représentation. Le gouvernement représentatif n'est pas, comme l'avait suggéré Rousseau, un pis-aller par rapport à ce modèle que serait la démocratie directe, mais bien une alternative crédible, seule à même de faire fonctionner un grand État moderne⁹⁰. Il n'en demeure pas moins que les écrits de Sieyès vont être l'occasion, pour les juristes de la III^{ème} République qui cherchent dans les débats à la Constituante les origines du droit public français, de s'affronter sur la nature du régime représentatif.
66. 1) Le débat Esmein/ Duguit :
67. Pour Adhémar Esmein, Sieyès est, avec Montesquieu et De Lolme, l'un des pères du gouvernement représentatif. Il se fonde, pour sa démonstration, sur un passage du discours sur le veto royal du 7 septembre 1789, ainsi que sur son discours du 2 thermidor an III. Le représentant est, dans cette conception, appelé à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple, qui est censé vouloir par sa volonté et par sa bouche⁹¹. Et, comme il le fait remarquer en s'appuyant sur les opinions de l'abbé en 1789 et sur l'autorité de la Constitution de 1791, le député n'est pas le mandataire de ses électeurs, mais de la nation tout entière. De sorte qu'est interdite toute représentation des intérêts

⁸⁹ / Expression que Sieyès emploie dans son grand discours du 2 thermidor an III (v. Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 16.)

⁹⁰ / Voir Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922 (rééd. CNRS 1962), t. 2, pp. 207 et s.

⁹¹ / Adhémar Esmein, *Éléments (...), op. cit.*, t. 1, pp. 402 et s.

individuels ou particuliers, ainsi que tout mandat impératif⁹². Utiliser le terme de mandat serait du reste inapproprié pour définir la représentation.

68. Or, Léon Duguit n'accepte pas cette interprétation. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, il reconnaît certes que le député élu ne tient pas ses pouvoirs de ses électeurs, qu'il ne reçoit pas un mandat de la circonscription qui le nomme, mais le parlement lui, acquiert ses pouvoirs de la nation qui l'élit. « Le parlement est le *mandataire représentatif* de la nation »⁹³. Il y a un mandat, ce mandat, c'est « le vœu national », ainsi que le reconnaissait Sieyès lui-même dans son discours du 7 septembre 1789. « Le mandat, ajoute Duguit, est donné, non par la circonscription électorale au député qu'elle élit, mais par la nation entière à l'assemblée qui est élue par elle ; et celle-ci représente la nation, c'est-à-dire qu'en vertu du mandat qu'elle reçoit, la volonté qu'elle exprime est considérée comme étant la volonté même de la nation. »⁹⁴ S'il existe un mandat, contrairement à ce que pense Esmein, il n'est pas vrai que les députés soient appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple. Même si les députés n'ont pas de compte à rendre à leurs électeurs, l'assemblée tout entière doit rendre des comptes au corps électoral tout entier, ce qui influe nécessairement sur les décisions des représentants qui ne sauraient être arbitraires. Les élections générales organisées à des époques rapprochées, la dissolution du parlement par le Chef de l'État, voire le référendum sont autant de moyens pour établir une concordance entre les votes du parlement et la volonté du corps des citoyens.
69. La nation devient, dans cette vision duguiste, une entité concrète, à laquelle le Parlement doit rendre des comptes. Il est dès lors compréhensible que Duguit puisse déceler, dans un passage du discours du 2 thermidor an III, l'appel à une représentation professionnelle de la nation au sein de l'Assemblée⁹⁵. Mais cette interprétation est récusée à juste titre par Paul Bastid qui démontre que Sieyès ne dit pas que les trois professions citées – l'industrie rurale, l'industrie citadine, l'industrie culturelle – ont un droit à la représentation, mais qu'il faut veiller à ce que l'Assemblée soit composée d'hommes appartenant à ces différentes professions, afin de permettre une meilleure délibération parlementaire qui doit dégager l'intérêt général, compromis entre des intérêts particuliers et non pas somme des intérêts privés à satisfaire⁹⁶. L'enjeu serait donc délibératif et non pas représentatif.
70. La conception de Duguit qui fait de la nation un acteur social décisif, n'est pas celle qui va perdurer dans la doctrine française. Ce qui va être retenu

⁹² / *Ibid.*, t. 1, pp. 312 et s.

⁹³ / Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3^{ème} édition, 1928, t. 2, p. 645.

⁹⁴ / *Ibid.*, t. 2, p. 646.

⁹⁵ / Le passage cité par Duguit est le suivant : « Si l'on voulait instituer le mieux en ce genre, dans mon opinion, on adopterait une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, de l'industrie citadine et de celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme, et le jour viendra où l'on s'apercevra que ce sont là des questions importantes. » (*ibid.*, t. 2, p. 760.)

⁹⁶ / Voir Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...)*, *op. cit.*, note 75, pp. 75-76.

de la pensée de Sieyès, chez les publicistes français, c'est le théoricien de la souveraineté nationale, au sens où Carré de Malberg va la définir.

71. 2) La théorie de l'organe, selon Carré de Malberg
72. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg qui procède à une enquête sur les origines révolutionnaires du système français de la représentation nationale⁹⁷, revisite la pensée de Sieyès ; celui-ci lui apparaît comme l'un des constituants les plus décisifs et les plus représentatifs de la période 1789-1791. S'appuyant en particulier sur le discours du 7 septembre 1789⁹⁸, il y décèle les caractéristiques suivantes :
- a) la nation présente un caractère unitaire. Il ne s'agit pas de la collection de tous les individus avec leurs différences qui vivent sur le territoire mais de l'ensemble des nationaux envisagés dans leur qualité identique de citoyens. Du fait de l'unité de la nation et de l'indivisibilité de la souveraineté nationale, seule la nation est en droit d'être représentée et non les citoyens.
 - b) La nature du gouvernement représentatif est distincte du gouvernement démocratique. Contrairement à ce qui se passe dans une démocratie, la nation ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants. Selon Sieyès, dans le gouvernement représentatif, ce que les citoyens remettent à leurs députés, c'est leur confiance, ce ne sont pas des instructions. Il n'existe pas de mandat impératif car les citoyens n'ont aucune participation à la puissance législative. Dans le gouvernement représentatif, le citoyen n'est qu'électeur, alors que dans la démocratie, il est législateur.
73. Le paradoxe de cette interprétation de Carré de Malberg est qu'elle nie en réalité toute idée de représentation. Pour qu'il y ait normalement représentation, il faut en effet un représenté qui va exprimer une volonté et un représentant. Or, il n'y a pas de représenté : les citoyens n'ont pas de volonté législative représentable. Ils élisent mais ne donnent pas leur avis sur les lois à faire. Quant à la nation, il s'agit d'un être abstrait qui, par définition, n'a pas de volonté. Il n'y a pas non plus de représentant, le député étant indépendant vis-à-vis de ses électeurs qui n'ont rien à lui transmettre de toute façon.
74. En revanche, il y a un organe, l'Assemblée, qui va vouloir pour la nation, qui va déterminer la volonté de la nation, cette dernière ne pouvant s'exprimer que par l'Assemblée. Ce que Carré de Malberg démontre ici, c'est que la théorie de l'organe, présentée à son époque comme de création allemande, est en réalité en germe dans la pensée des constituants de 1789, et en particulier chez Sieyès, dont il cite le fameux

⁹⁷ / Voir Raymond Carré de Malberg, *Contribution (...), op. cit.*, t. 2, pp. 232 et s.

⁹⁸ / Comme le précise Carré de Malberg, « on remarquera que ce discours définit le gouvernement représentatif dès le début de l'ère nouvelle du droit public, avec une sûreté et une précision qui n'ont pas été dépassées depuis lors. » (*ibid.*, t. 2, p. 257.)

mot : « Le peuple ou la nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la Législature nationale. »⁹⁹

75. Cette interprétation de la pensée de Sieyès à propos de la représentation est rendue possible par l'interprétation que fait Carré de Malberg de l'idée de nation chez les révolutionnaires et en particulier chez l'abbé. La nation serait donc conçue en 1789 comme un être abstrait, un concept, dont la volonté ne serait qu'une fiction juridique exprimée en toute indépendance par des organes institués à cette fin. Néanmoins, cette conception de la souveraineté de la nation était inconnue à l'époque de la Constituante et se rapprocherait plutôt de la souveraineté de la raison, forgée par les doctrinaires dans la première moitié du XIX^{ème} siècle¹⁰⁰.
76. Or, il apparaît que cette présentation est une stylisation, voire même une déformation de la pensée de Sieyès.
77. D'abord, il faut noter que le terme de « nation » est utilisé de manière très fluctuante par l'abbé : s'il peut désigner, dans un sens proche de Carré de Malberg, un ordre juridique, la nation étant, si l'on peut dire, révélée par les institutions, il renvoie le plus souvent à un groupe humain vivant, voire même peut être employé comme synonyme de patrie. En tout état de cause, la nation est généralement comprise comme un groupe d'hommes qui, en tant que corps, a une volonté et des buts¹⁰¹.
78. De plus, la théorie de la représentation de Sieyès, comme l'a bien souligné Lucien Jaume, présente une difficulté majeure : la nation est tantôt vue comme ce qui précède et fonde la représentation, tantôt comme ce qui

⁹⁹ / Sur la théorie de l'organe qui serait à l'œuvre dans la pensée révolutionnaire de 1789, *ibid.*, t. 2, pp. 281 et s. Pour une analyse de cette théorie et son application aux débats constituants de 1789-1791, v. Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica et P.U. d'Aix-Marseille, 1992, pp. 58-59 ; Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2003, pp. 226 et s. ; Pierre Brunet, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, P.U. de Strasbourg, 1997, pp. 273-293.

¹⁰⁰ / Voir Guillaume Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éditions du CNRS, 1985. Cependant, la thèse de cet auteur, selon laquelle « l'Assemblée nationale estimait que la nation souveraine n'était qu'une collectivité de citoyens capables de participer effectivement à l'expression de l'opinion commune » apparaît, dans le sens inverse de Carré de Malberg, tout aussi schématique et réductrice. Voir, sur ce point, les observations critiques de Stéphane Rials, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (la représentation : continuité ou nécessité) » in Association Française des Constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica et P.U. d'Aix-Marseille, 1990, p. 53 et d'Éric Maulin, *op. cit.*, note 4, pp. 230-231. Elle ne peut, en tout cas, pas être acceptée pour la conception de la nation chez Sieyès.

¹⁰¹ / Voir Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, note 5, pp. 167-168. Cf. en ce qui concerne l'utilisation du terme « peuple » par Sieyès, les contributions de Jacques Guilhaumou et d'Andreï Tyrsenko, in Hélène Desbrosses, Bernard Peloille, Gérard Raulet (dir.), *Le peuple. Figures et concepts. Entre identité et souveraineté*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2003, pp. 49 et s. et 57 et s. La ressemblance entre les termes de « nation » et de « peuple » chez les hommes de 89, et en particulier chez Sieyès, avait déjà été relevée par Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, traduction par Lilyane Deroche, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993 (1^{ère} édition, 1928), pp. 214-215.

résulte de la représentation¹⁰². Ainsi, dans *Qu'est-ce que le Tiers État*, Sieyès écrit : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. » Mais dans le discours du 7 septembre 1789, Sieyès déclare : « Je sais qu'à force de distinctions d'une part et de confusion de l'autre, on est parvenu à considérer le vœu national comme s'il pouvait être autre chose que le vœu de la représentation de la nation, comme si la nation pouvait parler autrement que par ses représentants. »

79. Comment concilier ces deux textes ? Soit, on considère que la nation existe antérieurement, mais qu'elle n'a pas de volonté, et que seul le représentant lui donne cette volonté. Même si cette interprétation paraît déroutante, elle tendrait à prouver que la nation ne peut être considérée que du point de vue du représentant, dans une acception assez maladroite de la théorie hobbesienne de la « personne artificielle »¹⁰³.
80. Une autre interprétation peut cependant être proposée. En réalité, Sieyès, qui entend décrire la création d'une association politique, ne parle pas de la même chose : dans le premier cas, la nation existe naturellement, mais elle a déjà une volonté. C'est ce qu'il appelle la « *volonté commune* ». Elle a une volonté « pour déterminer les besoins publics et les moyens d'y pourvoir »¹⁰⁴. Cependant, il arrive que les associés deviennent trop nombreux et répandus sur un territoire trop grand pour exercer eux-mêmes leur volonté commune. Ils vont alors désigner des représentants et leur confier une part de cette volonté commune, afin qu'ils l'exercent. Comme le précise l'abbé, à ce stade, « (...) ce n'est plus la volonté commune *réelle* qui agit, c'est une volonté commune *représentative*. Deux caractères ineffaçables lui appartiennent ; il faut le répéter. 1° Cette volonté n'est pas pleine et illimitée dans le corps des représentants, ce n'est qu'une portion de la grande volonté commune nationale. 2° Les délégués ne l'exercent point comme un droit propre, c'est le droit d'autrui ; la volonté commune n'est là qu'en commission. »¹⁰⁵

¹⁰² / Voir Lucien Jaume, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, pp. 204-205.

¹⁰³ / *Ibid.*, p. 205.

¹⁰⁴ / Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 66. Cf. les *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, s.l., 1789, p. 17 : « Dès que nous supposons une association, il lui faut la liberté de vouloir, de s'engager, soit envers d'autres associations, soit envers ses propres membres, soit envers des individus étrangers. Pour remplir des besoins communs, il faut une volonté *commune*. Cette volonté doit être naturellement le produit général de toutes les volontés particulières (...) »

¹⁰⁵ / *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p.66. Cf. . les *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, *op. cit.*, pp. 19 et 21 : « A mesure que le nombre des Citoyens augmente, il leur devient difficile, impossible même de se réunir pour confronter les volontés particulières, pour les concilier et connaître le vœu général. Il faut donc que la communauté se partage en plusieurs districts, et que chaque division commette quelques-uns des associés pour porter son vote à un *rendez-vous* commun. Mais bientôt on reconnaît que la méthode de détacher de simples porteurs de votes est essentiellement vicieuse, en ce que les Députés, obligés de s'en tenir scrupuleusement à l'avis de leurs commettants, ne pouvant point se concilier entre eux, il devient souvent impossible de tirer de la totalité des votes une volonté commune : or c'est la *volonté commune* qu'il faut (...) La Communauté se détermine donc à accorder plus de confiance à ses Mandataires. Elle les fonde de procuration, à l'effet de se réunir, de délibérer, de se concilier, et de vouloir en commun : alors, au lieu de simples porteurs de votes, elle a de vrais Représentants. »

81. Il existe par conséquent deux temps de la nation : elle se forme, dans l'état de nature, par le consentement unanime des individus qui la composent. Mais, une fois que le corps social est créée et qu'une constitution est rédigée, elle devient un être silencieux, dont la volonté ne peut être exprimée que par un Corps de législateurs qui lui ressemble. Pourtant, ne connaissant ni forme, ni limites, et disposant d'un pouvoir inaliénable, elle est toujours en mesure de se manifester à nouveau, soit par la résistance à l'oppression, soit par le pouvoir constituant¹⁰⁶. Il n'y a pas deux états distincts de la nation, mais un seul : la nation demeure à l'état de nature¹⁰⁷, elle est un « non-lieu juridique » qui peut toujours reprendre ce qu'elle a concédé, puisqu'elle est la détentrice ultime de la souveraineté¹⁰⁸.
82. Il n'en demeure pas moins que pour l'abbé, le mode normal d'expression de la nation est la représentation qui s'exerce par une assemblée de députés élue par les citoyens. C'est à elle seule que doit revenir l'attribution essentielle d'adopter la loi, « expression de la volonté des gouvernés. »¹⁰⁹ Le roi, en revanche, n'est pas associé à la formation de la loi, car il n'est que « le premier citoyen », dépositaire du pouvoir exécutif qui n'est qu'un pouvoir subordonné¹¹⁰. On sait que Sieyès ne sera pas

¹⁰⁶ / Sur ce point, voir l'analyse d'Olivier Beaud (*La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 223 et s.) qui distingue, au sein du pouvoir constituant chez Sieyès, un pouvoir déconstituant – il s'agit là d'un droit à l'insurrection – et un pouvoir reconstituant.

¹⁰⁷ / « On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou, comme l'on dit, dans l'état de nature. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes formes civiles. N'existant que dans l'ordre naturel, leur volonté, pour sortir tout son effet, n'a besoin que de porter les caractères *naturels* d'une volonté. » (*Qu'est-ce que le Tiers État*, *op. cit.*, p. 69.)

¹⁰⁸ / On renverra sur cette question à la thèse de Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, pp. 102 et s. ; v. également Pasquale Pasquino, *op. cit.*, pp. 61 et s. : la distinction que fait cet auteur entre la nation, « corps social homogène », formé par le tiers État, et la nation, « sujet juridique », suggérant qu'il existerait deux acceptions de la nation, l'une antérieure à l'établissement politique, l'autre postérieure qui voudrait par ses représentants n'apparaît pas pleinement convaincante. D'abord, parce que la nation comme « corps social homogène » telle que la décrit l'abbé dans le chapitre 1^{er} de sa brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?* est déjà postérieure à l'établissement politique : la monarchie de Louis XVI constitue déjà un corps politique. Ensuite, parce que la nation a toujours la capacité de vouloir indépendamment de ses représentants. Comme le remarque l'abbé, « Puisqu'une grande nation ne peut s'assembler elle-même en réalité toutes les fois que des circonstances hors de l'ordre commun pourraient l'exiger, il faut qu'elle confie à des représentants extraordinaires les pouvoirs nécessaires dans ces occasions. Si elle pouvait se réunir devant vous et exprimer sa volonté, oseriez-vous la lui disputer, parce qu'elle ne l'exerce pas dans une forme plutôt que dans une autre ? Ici, la réalité est tout, la forme n'est rien. » (*Qu'est-ce que le Tiers État*, *op. cit.*, p.71.). Voir, dans un sens similaire, *Quelques idées de Constitution applicables à la ville de Paris en juillet 1789*, Versailles, Baudouin, pp. 30-31 : « Quant au POUVOIR CONSTITUANT, il est de principe qu'on ne peut le soumettre à aucune forme, à aucune règle, etc. Le pouvoir constituant est la volonté nationale ; s'exprimant, de quelque manière que ce soit, sur tout ce qui peut intéresser la Constitution. Mais quoique la volonté nationale soit, en ce sens, indépendante de toute forme, encore faut-il qu'elle en prenne une pour se faire entendre. Vingt six millions d'hommes ne s'assemblent point sur la même place publique, il faut donc des degrés intermédiaires. (...) Il est donc vraisemblable que la Nation, accoutumée à cette forme représentative, n'en voudra pas d'autre. » : ce dernier passage montre bien que si la forme représentative est la plus « vraisemblable », elle n'est pas la seule forme d'expression possible de la nation.

¹⁰⁹ / *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰ / Comme l'explique l'abbé dans une note à son discours du 7 septembre 1789 : « Dans l'ordre même des Pouvoirs *commis*, le Pouvoir exécutif n'est pas le premier : aussi ce n'est pas à titre de Dépositaire de ce Pouvoir, que le Roi est supérieur à tous. Je regarde le PREMIER

suivi, sur ce point, par la Constituante et que la Constitution du 3 septembre 1791 disposera, dans l'article 2 du titre III : « La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi. » Carré de Malberg tentera pourtant de démontrer, que le roi, bien que représentant de la nation, ne participait pas à la fonction législative, ce qui était à la fois contraire à la pensée de l'abbé qui rejetait tant le caractère représentatif du monarque que sa participation à la formation de la loi, et à celle de la majorité des constituants qui en avaient fait un représentant, associé à l'élaboration de l'acte législatif par le biais du veto suspensif¹¹¹.

83. Enfin, l'abbé, loin d'être l'inventeur du mandat représentatif, a constamment défendu l'idée que les citoyens actifs, chargés de désigner les représentants, avaient aussi la possibilité de les contrôler et de révoquer ceux qui ne rempliraient pas leur tâche. Pour lui, le mandat de droit public a toujours été comparable à un mandat de droit privé, contrairement à ce qu'avait cru interpréter de ses écrits Carré de Malberg¹¹².
84. Pourquoi existe-t-il un décalage aussi net entre la pensée de Sieyès et la réception qu'en fait l'auteur de la *Contribution* ? Au-delà de questions liées à la compréhension bonne ou mauvaise, de cette pensée, Carré de Malberg l'a utilisée, au même titre que celle d'autres constituants, pour mener une triple démonstration :
- il s'agissait de montrer que la théorie de la souveraineté nationale, telle qu'elle avait été formulée par les membres de la Constituante en 1789-1791, annonçait déjà la théorie allemande de l'organe, et qu'il y avait par conséquent une antériorité de la pensée publiciste française sur la doctrine publiciste allemande.
 - Il convenait également de souligner la supériorité de la théorie française de l'organe sur son homologue d'outre-Rhin. Car, tandis que cette dernière reposait sur le principe monarchique, consacrant le monarque comme le titulaire principal de la puissance de l'État et réduisant la nation au rang d'organe d'État subalterne, la première, reposant sur le principe de la souveraineté nationale, faisait de la nation une puissance initiale et totale, dont la volonté était exercée par une Assemblée, adoptant seule la loi¹¹³.
 - Cela lui permettait enfin d'expliquer comment l'histoire constitutionnelle française avait pu aboutir au système de la souveraineté parlementaire, caractéristique de la IIIème République. Car si la théorie de la souveraineté nationale consacrait la domination

CITOYEN comme le *Surveillant* naturel, pour la Nation, du pouvoir exécutif. » (*ibid.*, note 1, p. 4.)

¹¹¹ / Sur cette question, voir Éric Maulin, *op. cit.*, pp. 232 et s.

¹¹² / Voir la démonstration de Colette Clavreul (*op. cit.*, t. 1, pp. 195 et s., t. 2, pp. 422 et s.), faisant de Sieyès un partisan du mandat impératif. *Contra* Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p. 583.

¹¹³ / Voir Éric Maulin, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », in *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 2, spéc. pp. 20 et s.

d'un organe électif, à savoir l'Assemblée, il était compréhensible que les lois constitutionnelles de 1875, porteuses de cette théorie, aient pu fonctionner dans le sens d'une suprématie du Parlement. Les institutions de la III^{ème} République trouveraient donc leurs sources théoriques dans les débats constitutants de 1789, et notamment dans la pensée de Sieyès.

B – Sieyès, théoricien du pouvoir constituant

85. La doctrine publiciste française a également présenté Sieyès comme l'un des principaux théoriciens du pouvoir constituant. Mais elle n'en a pas fait, loin de là, le père du droit public français en la matière. En particulier, elle a majoritairement souligné que Sieyès n'était pas du tout l'inventeur de la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués¹¹⁴ et qu'il avait milité en faveur d'un pouvoir constituant illimité de la nation.
86. 1) Position de la doctrine classique
87. Ainsi, Laboulaye, au début de la III^{ème} République, a pu contester à Sieyès sa prétention d'être l'inventeur de la distinction et à la suite de La Fayette, a attribué cette invention aux Américains¹¹⁵. Il lui a en outre reproché de brouiller la distinction en admettant que l'Assemblée constituante, puis la Convention puissent être à la fois des assemblées dotées d'un pouvoir constituant et d'un pouvoir législatif¹¹⁶. Alors que la question se pose de l'élaboration d'une nouvelle constitution, Laboulaye affirme qu'il existe une souveraineté exclusive du peuple : ce dernier qui dispose du pouvoir constituant originaire élira une assemblée constituante ou un comité constitutionnel qui élaboreront un texte, puis le ratifiera par votation ; la procédure sera semblable qu'il s'agisse de la mise au point d'une nouvelle constitution ou de sa révision¹¹⁷.
88. Adhémar Esmein, se fondant sur la brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, partage l'interprétation de Laboulaye, quant à la pensée de Sieyès sur le pouvoir constituant. Celui-ci est illimité, que la nation intervienne directement ou par le truchement représentatif d'une assemblée

¹¹⁴ / On signalera la position originale de Maurice Hauriou qui reconnaît que Sieyès a bien distingué le pouvoir constituant, exercé par une assemblée élue avec un mandat de faire une constitution, et le pouvoir législatif, mais ajoute que cette théorie n'a pas connu de succès après la Révolution. Il fait notamment remarquer que l'assemblée qui a adopté les lois constitutionnelles en 1875 n'avait pas reçu mission d'élaborer une constitution (voir les *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1916, pp. 679-680.)

¹¹⁵ / Voir Edouard Laboulaye, « Du pouvoir constituant » (octobre 1871), in *Questions constitutionnelles*, op. cit., p. 397. Carré de Malberg reprendra l'argument : *Contribution (...)*, op. cit., t. 2, pp. 511-512. Carl Schmitt en revanche fait de Sieyès le grand théoricien de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués : v. *La dictature*, traduit par Mira Köller et Dominique Ségler, Paris, Éditions du Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2000 (1^{ère} édition, 1921), pp. 145 et s. ; *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 214.

¹¹⁶ / Edouard Laboulaye, « Du pouvoir constituant » (octobre 1871), in *Questions constitutionnelles*, op. cit., p. 381 : « (...) trop souvent (...) l'assemblée constituante a préféré aux idées américaines des chimères inventées par les élèves de Rousseau. C'est ce qui est arrivé dans la question qui nous occupe. Sieyès l'a emporté sur Lafayette, et en confondant le pouvoir constituant et le pouvoir législatif il a tout brouillé et tout perdu. »

¹¹⁷ / Sur ce point, voir André Dauteribes, *Les idées politiques d'Édouard Laboulaye 1811-1883*, thèse de droit, Université de Montpellier I, dactylo., 1989, t. 1, pp. 409 et s.

constituante. Une constitution pourra donc être adoptée ou modifiée par une assemblée, sans respect de formes précises. « Mais, constate alors Esmein, ce n'est pas autre chose qu'une action révolutionnaire reconnue légitime et presque en permanence. »¹¹⁸

89. Or, fait-il remarquer, cela ne correspond pas à la doctrine du droit public français, forgée par Jean-Jacques Rousseau puis reprise dans l'article 1^{er} du titre VII de la Constitution de 1791, qui a consacré un pouvoir constituant dérivé, distinct du pouvoir constituant originaire et encadré parce qu'étant un pouvoir constitué. Seul le pouvoir constituant dérivé peut modifier la Constitution : « La constitution ne peut être modifiée et révisée que par l'autorité et par la procédure qu'elle détermine elle-même ; mais elle peut sûrement être modifiée par cette autorité et conformément à cette procédure. »¹¹⁹
90. Carré de Malberg, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, fait de Sieyès le grand théoricien de la « souveraineté constituante du peuple »¹²⁰. Tout en déléguant certaines parties de sa puissance aux diverses autorités constituées, le peuple, par l'intermédiaire de représentants extraordinaires, voire même ordinaires, conserve le pouvoir constituant. Comme il garde entre ses mains le pouvoir constituant, il ne saurait être lié par la Constitution et il peut toujours la changer.
91. Mais Carré de Malberg conteste cette conception parce qu'elle lui paraît illogique :
 - a) Non seulement le peuple ne peut exercer le pouvoir constituant par la voie de la représentation, puisque celle-ci est le fruit et non la source de l'acte constitutionnel,
 - b) mais en outre, le peuple se trouvant à « l'état inorganique », personne ne peut avoir de qualité pour le représenter¹²¹.
92. Au surplus, dans l'hypothèse où il n'y aurait aucune constitution préexistante, le juriste ne peut analyser avec ses concepts l'action du peuple : il ne s'agit que de fait et non de droit.
93. En définitive, la théorie du pouvoir constituant de Sieyès, en ce que le peuple est le véritable souverain et qu'il est affranchi de toutes formes pour élaborer ou modifier la constitution, se rapproche de celle de Jean-Jacques Rousseau, pour Carré de Malberg. Le pouvoir constituant est délégué à une Assemblée par le peuple ; celui-ci, par un mandat spécial, a investi l'assemblée de la souveraineté constituante populaire qui possèdera, en cette qualité, tous les pouvoirs de la Nation. Carré de Malberg en vient donc à reconnaître que, pour Sieyès, le peuple a une volonté, qu'il donne un mandat à un corps de représentants « qui aura été, par mandat spécial, investi de la souveraineté constituante populaire, (et) possèdera aussi, en cette qualité spéciale, tous les pouvoirs

¹¹⁸ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments (...), op. cit.*, t. 1, p. 570.

¹¹⁹ / *Ibid.*, t. 1, p. 571.

¹²⁰ / Voir le dernier chapitre de la *Contribution* intitulé « Du pouvoir constituant », *op. cit.*, t. 2, spéc. pp. 487 et s. : notons que pour décrire la théorie sieyèsienne du pouvoir constituant, Carré de Malberg utilise le mot « peuple » et non plus celui de « nation. »

¹²¹ / *Ibid.*, t. 2, p. 489.

indéfiniment. »¹²² Cette assemblée, portant en elle la plénitude de puissance de la nation souveraine, pourra réunir la fonction constituante et législative.

94. Deux conséquences peuvent être tirées de cette analyse :

- l'auteur de la *Contribution* considérait qu'en matière constituante, le peuple chez Sieyès avait une nature différente que dans le fonctionnement au quotidien du gouvernement représentatif.
- Il refusait aussi de reconnaître à Sieyès la pérennité de la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, admise dans les textes constitutionnels français.

95. 2) Le pouvoir constituant selon Sieyès

96. Or, comme on l'a vu précédemment, il est erroné de considérer que le peuple – ou la nation – comporterait, dans la pensée de l'abbé, une double nature en fonction du moment, le moment constituant ou le moment législatif. « Une nation ne sort jamais de l'état de nature, et au milieu de tant de périls, elle n'a jamais trop de toutes les manières possibles d'exprimer sa volonté. »¹²³

97. Il semble également contestable de nier la distinction que consacre Sieyès entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Cette distinction est à l'œuvre dans ses écrits, dès 1789. On connaît le fameux passage de *Qu'est-ce que le Tiers État ?* à propos des lois constitutionnelles :

98. « Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. »¹²⁴

99. Comme on a pu justement le souligner, Sieyès « pose à la fois le principe de la hiérarchie juridique entre les deux types de pouvoirs et le principe libéral de leur séparation qui aboutit à la règle du non-cumul entre les fonctions constituante et constituée. »¹²⁵

100. Carl Schmitt a cru déceler, dans le rapport entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, une analogie avec la théorie spinoziste du rapport entre *natura naturans* et *natura naturata*. Source inépuisable de toutes les formes, la nation, au pouvoir illimité et illimitable, peut toujours faire surgir de nouvelles formes et les détruire à tout moment. Démiurge tout puissant, la nation peut agir par tous moyens pour constituer ou déconstituer les pouvoirs. Tel un être divin, elle n'est pas constituable – elle est toujours à l'état de nature – et sa volonté ne connaît pas de bornes. Tandis que le

¹²² / *Ibid.*, t. 2, p. 534.

¹²³ / *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹²⁴ / *Ibid.*, p. 67.

¹²⁵ / Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 316.

pouvoir constituant, n'étant obligé à rien, n'a que des droits et pas de devoirs, inversement, les pouvoirs constitués n'ont que des devoirs et aucun droit¹²⁶.

101. Une incertitude demeure sur l'identité des pouvoirs constitués. S'ils comprennent certainement le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, incluent-ils aussi le pouvoir constituant institué, c'est-à-dire le pouvoir de révision ?
102. Bien qu'une consultation des textes de 1789 pourrait laisser planer le doute, l'étude des écrits de Sieyès, au fil des années, ne laisse guère de place à l'incertitude. Le souci d'éviter une instabilité constitutionnelle permanente, qu'encourage nécessairement la défense d'un pouvoir constituant brut, indépendant de toute forme et de toutes limites, va conduire Sieyès à admettre un pouvoir constituant institué, distinct du pouvoir constituant originaire¹²⁷. Alors que celui-ci, dont le détenteur est la nation, est placé en dehors de la constitution, le pouvoir de révision est prévu par le texte constitutionnel lui-même pour qu'il puisse être adapté et perfectionné, sans bouleversement révolutionnaire. Le discours du 18 thermidor an III apporte, sur cette question, une contribution majeure de l'abbé à ce qu'il appelle « l'amélioration progressive de l'acte constitutionnel »¹²⁸, sans remise en cause totale de ce dernier. Il faut donner à la constitution « un principe de perfectionnement illimité, qui puisse le plier, l'accommoder aux nécessités de chaque époque, plutôt qu'une faculté de reproduction ou de destruction totale, abandonnée au hasard des événements. »¹²⁹ D'où l'invention du jury constitutionnaire, pouvoir constitué, à la fois chargé de contrôler la conformité des actes des assemblées parlementaires et électorales à la constitution et de proposer des modifications à la loi fondamentale. Notons que dans le projet de Sieyès, la révision est partagée entre plusieurs organes constitués : le jury constitutionnaire qui fait des propositions, les assemblées primaires qui décident de déléguer ou non le pouvoir constituant au Conseil des Anciens, le Conseil des Anciens enfin qui ne pourra que « statuer sur les

¹²⁶ / Voir Carl Schmitt, *La dictature*, op. cit., pp. 147-148 et *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 215. Schmitt a présenté une double critique à la théorie sieyèsienne du pouvoir constituant. Une critique philosophique : Sieyès, n'ayant pas reconnu une volonté précise à la nation, a rendu nécessaire l'existence du représentant comme créateur d'une volonté, et du même coup rendu vaine l'existence du mandat impératif, puisqu'il n'y avait pas de volonté substantielle initiale. Dans ces conditions, il laissait à une assemblée constituante une mission incontrôlable et illimitée (*La dictature*, op. cit., p. 149.) Une critique politique : en accordant à une assemblée nationale le pouvoir constituant, comme cela avait été fait en 1789, Sieyès associait la « théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple » et la « théorie antidémocratique de la représentation de la volonté populaire par l'Assemblée nationale constituante. » Par le truchement de la représentation, il transformait la démocratie en aristocratie (*Théorie de la constitution*, op. cit., p. 216.) La première critique traduit sans doute une perception superficielle de la représentation selon Sieyès. Car, pour ce dernier, les députés expriment bien initialement les volontés particulières de leurs électeurs, avant que le jeu de la délibération collective ne dégage, au sein de l'enceinte parlementaire, la volonté de la nation. Quant à la seconde, elle traduit l'une des obsessions de la *Théorie de la constitution* qui vise à remettre en cause la « constitution libérale d'État de droit bourgeois », accusée de trahir les idéaux démocratiques.

¹²⁷ / C'est ce que reconnaît Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 590 ; v. aussi Colette Clavreul, op. cit., t. 1, pp. 151 et s.

¹²⁸ / Discours du 18 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, op. cit., p. 38.

¹²⁹ / *Ibid.*

propositions faites, sans qu'il puisse ni les amender, ni en substituer d'autres. »¹³⁰ En l'an VIII, le Collège des Conservateurs récupèrera cette fonction de proposition¹³¹.

103. Le pouvoir de révision, parce qu'il est prévu par le texte constitutionnel et qu'il est réparti entre plusieurs organes selon une procédure rigoureuse, se distingue nettement, par les limitations qui lui sont apportées, du pouvoir constituant originaire, par définition illimité. À partir de l'an III, il tend même à prendre le pas, dans la pensée de l'abbé, sur ce dernier qu'il souhaite voir s'effacer complètement. Écoutons-le encore une fois :
104. « Dès qu'on est parvenu à asseoir du moins un acte constitutionnel sur sa véritable base, je n'aime pas qu'on lui ménage encore la chance d'une entière rénovation. Ce n'est pas à nous à dire à notre constitution : vous appellerez vous-même des époques fixes, et les déploierez avec solennité comme autant de signaux indicateurs de votre prochaine destruction. S'amusera-t-on à dire que, comme le phénix, elle renaîtra de sa cendre : la renaissance du phénix est une chimère, et le retour périodique d'une Convention peut être une calamité réelle. »¹³²
105. Certes, cette prise de position tranchait avec ce qu'il pouvait penser quelques années plus tôt¹³³. Mais elle démontre en tout cas que l'on ne peut faire le procès à Sieyès d'avoir uniquement conçu un pouvoir constituant illimité, ni distingué clairement le pouvoir constituant des pouvoirs constitués, contrairement à ce que suggérait Carré de Malberg.
106. Nous ferons deux observations pour terminer :
107. l'étude de la réception de la pensée d'un auteur est au moins aussi intéressante pour évaluer la postérité de cette pensée que pour analyser les enjeux et les traits saillants que d'autres auteurs, dans une société différente, y ont perçu à tort ou à raison : elle révèle en tout cas que non seulement certains aspects de la pensée de cet auteur peuvent être compris différemment au cours de l'histoire, mais aussi que ce ne sont pas les mêmes raisons qui justifient que l'on s'y intéresse. L'exemple du jury constitutionnaire est, à cet égard, très révélateur : la création

¹³⁰ / Article XII du projet de Sieyès du 18 thermidor an III, *ibid.*, p. 46.

¹³¹ / Voir les *observations constitutionnelles* in Christine Fauré (dir.) *Des manuscrits de Sieyès*, *op. cit.*, p. 525.

¹³² / Discours du 18 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, *op. cit.*, p. 38.

¹³³ / Voir sur ce point la *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, (Paris, Baudouin, 1789), où Sieyès, tout en distinguant le pouvoir constituant des pouvoirs constitués, ne paraît pas reconnaître un pouvoir constituant limité : « Les Pouvoirs compris dans l'établissement public sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes, qu'ils ne sont point les maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu le constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas non plus changer leur Constitution ; de même qu'ils ne peuvent rien sur la constitution des uns des autres. Le pouvoir constituant peut tout en ce genre. Il n'est point soumis d'avance à une Constitution donnée. » (*ibid.*, p. 35.) Suit un projet de déclaration des droits, dont un article XLII ainsi rédigé : « Un peuple a toujours le droit de revoir et de réformer sa constitution. Il est même bon de déterminer des époques fixes, où cette révision aura lieu, quelle qu'en soit la nécessité. A cet égard, l'intervalle le moins arbitraire est celui de la vie moyenne de l'homme, c'est-à-dire, de trente-trois ans, parce qu'il laisse l'espoir à chaque citoyen de consentir une fois dans sa vie, par lui-même ou par ses représentants, à la constitution qui fait son bonheur. » (*ibid.*, p. 51.)

institutionnelle la plus originale de Sieyès n'a, le plus souvent, été étudiée que comme une curiosité par les auteurs classiques, même lorsqu'ils étaient favorables à un contrôle de constitutionnalité¹³⁴. Elle a fait l'objet, en ces temps de règne des cours constitutionnelles, d'un nouvel examen¹³⁵.

108. C'est aussi, par le recours à la thématique de la réception, que l'on peut mesurer la portée parfois durable de certaines interprétations qui conduisent à infléchir durablement le contenu d'une pensée. Ce que l'on retient de Sieyès aujourd'hui, c'est davantage le théoricien de la souveraineté nationale et du pouvoir constituant que le théoricien de la souveraineté limitée. Pourtant, à l'heure de la découverte des bienfaits d'un État modeste et de la prévalence des droits fondamentaux, la lecture libérale de l'œuvre de l'abbé ne saurait être oubliée.

¹³⁴ / Certainement parce que leur préférence allait vers un système juridictionnel de contrôle sur le modèle américain : v. par exemple Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, p. 268 ; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, pp. 296-297.

¹³⁵ / Voir notamment l'article de Michel Troper, « Sieyès et le jury constitutionnaire », art. cit., pp. 265 et s. : l'article entend démontrer que le jury constitutionnaire, proposé par Sieyès pour des raisons essentiellement tactiques, ne peut être assimilé à une cour constitutionnelle, telle que nos démocraties libérales en connaissent aujourd'hui. Si la deuxième partie de la démonstration est globalement recevable – encore qu'il faudrait sans doute distinguer plus nettement que ne le fait l'auteur les deux versions du jury des 2 et 18 thermidor – la première est beaucoup plus sujette à caution. L'abbé n'abandonnera pas son projet d'un organe gardien de la constitution et le proposera à nouveau en l'an VIII, sous les traits du « Collège des conservateurs. » Son souci premier qui apparaît très clairement dans ses écrits postérieurs à la Terreur est de trouver les moyens de stabiliser la situation institutionnelle, de conserver la constitution existante, comme garantie de l'ordre établi. Ce que recherche avant tout Sieyès avec le jury constitutionnaire, c'est un organe « conservateur » - le mot revient tout le temps sous sa plume – qui va garder la constitution, et à travers elle, l'ordre politique institué, contre toutes les atteintes anarchiques susceptibles de lui être portées. Cette hantise de la conservation, que l'on trouve largement ancrée dans les esprits après la chute de Robespierre, mériterait de plus amples développements.