

École de droit de la Sorbonne – Droit public et droit fiscal

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public

présentée et soutenue publiquement

le 11 décembre 2019

par

Margaux BOUAZIZ

**Significations et interprétations de l'article 16 de la Déclaration
des droits de l'homme et du citoyen de 1789**

Contribution à l'histoire de la notion de constitution

sous la direction de M. le Professeur Michel VERPEAUX

Jury

M. Arnaud LE PILLOUER, Professeur, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense, rapporteur

M. François SAINT-BONNET, Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas, rapporteur

M. Bernard DOLEZ, Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

M. Guillaume TUSSEAU, Professeur, Sciences Po

M. Michel VERPEAUX, Professeur émérite, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur

À Henri

Remerciements

Mes remerciements vont d'abord au Professeur Michel Verpeaux qui m'a proposé de travailler sur l'article 16 et m'a offert ainsi un très beau sujet. Je lui suis aussi reconnaissante de la liberté qu'il m'a laissée dans l'orientation de mes recherches et de l'attention exigeante qu'il a portée au suivi de ma thèse et à la relecture de mes travaux. Ses remarques, conseils et encouragements furent très précieux.

Je remercie également les Professeurs Arnaud Le Pillouer, François Saint-Bonnet, Bernard Dolez et Guillaume Tusseau de me faire l'honneur de faire partie du jury et de bien vouloir évaluer mon travail.

Je voudrais aussi exprimer toute ma gratitude envers le Professeur Otto Pfersmann pour la formation intellectuelle et l'exigence scientifique qu'il a essayé de me transmettre par ses enseignements, pour le temps qu'il m'a accordé pour discuter de mes recherches et pour les précieux conseils qu'il m'a donnée.

Je remercie également Pasquale Pasquino qui m'a encouragée dans mes choix scientifiques et a souvent accepté de discuter de mes recherches et de leurs orientations. Ses recommandations et son soutien furent une aide considérable.

Les Professeurs Xavier Philippe, Pierre Brunet et Éric Desmond ont accepté de me rencontrer pour discuter de mes recherches, qu'ils trouvent dans ces lignes l'expression de ma reconnaissance.

À la Professeure Vanessa Barbé, qui m'a soutenue, encouragée et relue, je témoigne toute mon amitié et ma gratitude pour son aide et ses conseils.

À mes parents, qui m'ont apportée leur soutien continu tout au long de ces années de thèse, à mon compagnon, aux ami.es et membres de ma famille qui m'ont écoutée, soutenue et encouragée, j'exprime ici toute mon affection et ma reconnaissance. Je remercie particulièrement ceux qui m'ont aidée à corriger mon manuscrit mon père, Rodolphe, Bertrand, Mathilde, Marie, Garance, Pascal, Nina, Louise, Julia, Clémentine, Arthur, Brice et Sixtine.

Liste des principales abréviations

AP	Archives Parlementaires
art. cit.	article cité
Baudouin	Collection générale des Décrets rendus par l'Assemblée Nationale
BN	Bibliothèque Nationale
CE	Conseil d'État
Cons. const.	Conseil constitutionnel
cons.	considérant
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Duquesnoy	Journal d'Adrien Duquesnoy
EDL	L'Esprit des lois
Flammermont	Remontrances du Parlement de Paris au XVIII ^e siècle
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
Le Hodey	Journal des États-Généraux
loc. cit.	loco citato
op. cit.	opus citatum
préc.	précité(e)
PV	Procès-verbal
RDP	Revue du droit public
Réimp. Mon.	Réimpression de l'ancien Moniteur
RFDC	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
spéc.	spécialement
vol.	volume

Avertissement

L'orthographe des textes reproduits datant des XVII^e et XVIII^e siècles a été modernisée. En revanche, les majuscules ont toutes été maintenues.

Conformément aux conventions en usage, une majuscule a été mise aux mots désignant une personne, un acte, un événement historique ou une institution identifiés (le Roi, pour désigner Louis XVI, le Parlement de Paris, la Constitution de 1791, la Déclaration de 1789, l'Assemblée des Notables, les Ordres, la séance de la Flagellation, la Révolution, les États-généraux, les Notables). En revanche, il n'a pas été mis de majuscules aux termes ne désignant pas une institution ou un acte en particulier (les parlements, les projets de déclaration, les rangs, la notion de constitution).

Le symbole « / » est employé pour indiquer qu'un saut de ligne a été supprimé dans une citation.

SOMMAIRE

Partie 1. L'origine de l'article 16 : les mutations des conceptions du pouvoir politique et l'invention de la constitution aux XVII^e et XVIII^e siècles

Chapitre 1. La constitution de la société, une création des philosophes jurnaturalistes et contractualistes

Chapitre 2. Le développement des constitutionnalismes parlementaire, patriote et royaliste dans la seconde moitié du XVIII^e siècle

Partie 2. L'adoption de l'article 16 : la consécration de la conception patriote de la constitution

Chapitre 3. Le schisme au sein du constitutionnalisme libéral et la victoire du constitutionnalisme patriote

Chapitre 4. La consécration juridique d'une conception patriote de la constitution

Partie 3. La mythification de l'article 16 de la Déclaration de 1789

Chapitre 5. L'article 16 comme élément de théorie politique

Chapitre 6. L'article 16 comme norme constitutionnelle

Introduction générale

« L'histoire d'un concept n'est pas, en tout et pour tout, celle de son affinement progressif, de sa rationalité continûment croissante, de son gradient d'abstraction, mais celle de ses divers champs de constitution et de validité, celle de ses règles successives d'usage, des milieux théoriques et multiples où s'est poursuivie et achevée son élaboration. »

Michel FOUCAULT¹

« I have always stressed that the approach I commend is addressed only to those who are interested in trying to recover the historical identity of philosophical texts. But of course you can do all sorts of things with such texts besides trying to understand them. You can seek solace in them, you can deconstruct them, you can paper the walls with them if you like. I have never been an enemy of such pluralism; I have simply been talking about something else. »

Quentin SKINNER²

1. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Il fut adopté le 26 août 1789 par l'Assemblée nationale.

Le point de départ de la présente recherche est un constat : l'invocation très fréquente de l'article 16 dans la doctrine publiciste contemporaine et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans les manuels de droit constitutionnel, il est quasiment toujours cité pour définir la notion³ de constitution et celle de séparation des pouvoirs. Dans la jurisprudence

1 Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 11.

2 [T.d.A.] « J'ai toujours souligné que l'approche que je préconise s'adresse seulement à ceux qui veulent essayer de retrouver l'identité historique de textes philosophiques. Mais bien sûr, à part chercher à les comprendre, vous pouvez faire toutes sortes de choses avec de tels textes. Vous pouvez y chercher du réconfort, vous pouvez les déconstruire, vous pouvez vous en servir de papier peint si vous le voulez. Je n'ai jamais été l'ennemi d'un tel pluralisme ; je parle simplement d'autre chose. », « On Encountering the Past – Interview with Quentin Skinner » par Petri KOIKKALAINEN Sami SYRJÄMÄKI, in *Finnish yearbook of political thought*, vol. 6., 2002, p. 34 et s.

3 Le terme notion est employé dans le sens de « notion-concept », c'est-à-dire pour désigner l'association d'un ensemble d'idées abstraites un mot. Voir sur ce point Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER (dir.), *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle. Journée d'études du 23*

constitutionnelle, il est invoqué par le Conseil constitutionnel dans un tiers des décisions QPC, et dans un quart des décisions DC depuis 1988⁴. Ces deux types d'interprétation ne se placent pas sur le même plan. Dans le cas des manuels, il s'agit de resituer l'article 16 dans le cadre d'une histoire des idées constitutionnelles. En revanche, dans le cas du Conseil constitutionnel, l'objet de cette interprétation est d'en déduire une norme juridique. Le premier type d'interprétation présuppose un certain attachement à la signification historique de ce terme, alors que le second n'implique pas nécessairement le souhait de se conformer à la signification originelle de l'article. Ce dernier fait donc l'objet de diverses interprétations lui attribuant diverses significations.

Les termes de signification et d'interprétation sont ici pris dans le sens qu'ils ont dans le langage courant⁵. L'interprétation de l'article 16 est le processus par lequel un individu ou un groupe d'individus attribue à cet article une, ou plusieurs, idées ou normes, c'est-à-dire qu'il en détermine une signification⁶. Le choix du pluriel dans le titre de l'étude se justifie par l'existence d'une pluralité de significations attribuées à l'article 16, chacune étant le résultat de processus d'interprétation, susceptibles d'être également analysés.

La thèse n'adopte pas une attitude sceptique vis-à-vis de la possibilité de la connaissance de la signification d'un texte au moment de son adoption. Si une réponse définitive ne peut certainement être apportée, une tentative de reconstruction du sens originel, aussi imparfaite soit-elle, semble pouvoir être entreprise. Elle doit néanmoins prendre en compte les critiques adressées aux recherches de significations originelles, notamment celle relatives à l'intentionnalisme⁷.

À partir de la reconstruction de cette signification originelle, la recherche entreprise vise à déterminer si les interprétations contemporaines de l'article 16, qu'elles soient doctrinales ou jurisprudentielles correspondent à la signification historique de cet article. Parmi les significations

novembre 2002, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 55.

4 Au 1^{er} octobre 2019, l'article 16 a été invoqué par le Conseil constitutionnel dans 233 QPC, sur 703, et dans 139 DC, sur 540 (ce chiffre correspond à la période janvier 1988-octobre 2019). 1988 est la première année où le Conseil s'est expressément fondé sur l'article 16 pour prendre une décision.

5 « Au sens le plus large et le plus général, une interprétation suppose une relation entre deux ensembles de telle sorte que l'ensemble de départ est constitué de signes (ou *interpretandum*) et l'ensemble d'arrivée (*interpretans*) d'actions qui s'y rapportent, quel que soit le mode de ce rapport. Elle constitue soit l'action de se référer à l'ensemble de départ soit le résultat de cette action. Mais les manières de se référer à un ensemble de signes peuvent être formellement et matériellement extrêmement différentes selon le degré de détermination de l'*interpretans* et le médium par lequel l'action se réalise. Formellement, une interprétation sera contenue dans l'intervalle dont les ultimes limites sont d'une part une simple mention de l'*interpretandum* et d'autre part une stricte réplique. Matériellement, l'*interpretans* peut consister en toute sorte d'action suffisant à la référence formelle. Il peut s'agir d'un texte ou de toute production de signes, d'un jeu, de toute suite plus ou moins coordonnée d'actions. » Otto PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in *L'interprétation constitutionnelle, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004* sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 33.

6 Dans cette thèse aucune distinction n'est faite entre la notion de sens et celle de signification, qui sont employées de manière interchangeable.

7 Voir *infra*, Méthode.

attribuées à l'article 16, il serait ainsi possible d'évaluer leur degré d'éloignement vis-à-vis de sa signification originelle. L'étude ne présuppose pas pour autant un devoir de respecter la signification originelle d'un texte, mais cherche simplement à interroger la pertinence de se référer à un texte lorsque l'interprétation qui en est donnée est très éloignée de cette signification historique.

Après avoir abordé la question de l'utilité de l'étude (I) et de la délimitation de son objet (II), il convient d'en exposer la méthode (III), les sources (IV) et la démonstration générale (V).

I. Utilité de l'étude

2. Une telle étude pourrait ne pas apparaître immédiatement nécessaire. De nombreux travaux ont déjà été consacrés à la Révolution, à la Déclaration, à la notion de constitution et à celle de séparation des pouvoirs. Il apparaît légitime de se demander si ces études ne répondent pas déjà à la question de la signification de l'article 16 à la Révolution. La première limite des recherches déjà entreprises sur cette question réside dans les sources qu'elles ont retenues (A). En dehors de cette question, les études existantes apparaissent insuffisantes pour comprendre et analyser les significations et interprétations de l'article 16. Peu de recherches ont été consacrées à l'analyse des questions constitutionnelles, c'est-à-dire des éléments relatifs à l'organisation du pouvoir politique, contenues dans la Déclaration (B) et celles portant sur les notions de constitution, de société (C), de séparation des pouvoirs et de garantie des droits (D) ne permettent pas d'en déterminer la signification dans l'article 16. Enfin, s'agissant du droit constitutionnel contemporain, il n'existe pas d'étude d'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine portant sur cette disposition (E).

A. Le problème des sources du début de la Révolution

3. Concernant la Révolution, la plupart des travaux juridiques se heurtent à un problème de sources, spécialement pour les débuts de la Révolution. L'historiographie révolutionnaire a, depuis longtemps, fait la critique des *Archives parlementaires* établies sous la Troisième République⁸. Pourtant, en raison de la difficulté de l'accès aux sources de cette période, les travaux juridiques s'en remettent le plus souvent à ces archives pour étudier les débats parlementaires de la Révolution. Ce choix, qui s'explique pour des raisons pratiques, apparaît néanmoins discutable, spécialement s'agissant de la période allant de l'ouverture des États-généraux à la fin de l'année

8 Par exemple, dès 1901, François-Alphonse AULARD explique qu'il « ne [s'est] jamais servi de ces Archives pour les débats des Assemblées. Le récit des séances qu'on y trouve est fait sans méthode, sans critique, sans indication de sources. On ne sait pas ce que c'est. Si ce recueil est officiel par son mode de publication, les comptes rendus des débats qu'il contient ne sont pas officiels, et n'ont aucun caractère d'authenticité. » *Histoire politique de la Révolution française, origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, 2 vol., Armand Colin, 1901, p. XII.

1789°.

Pour cette période, cela conduit notamment à exclure de l'étude des débuts de la Révolution les discours des privilégiés et certains actes royaux. Le débat qui a lieu du mois de mai au mois d'août 1789 est alors présenté de manière extrêmement tronquée, ce qui ne permet pas une pleine compréhension du contexte politique. Cette lecture conduit souvent à penser la Révolution comme une révolte contre l'absolutisme, ce qui ne prend en compte ni les tendances libérales de certains ministres du Roi et d'une partie des privilégiés, ni la bataille que mène le Tiers contre les Ordres privilégiés. Seuls les discours des patriotes sont analysés et ces discours sont coupés de leur contexte plus large d'énonciation.

L'abandon des *Archives parlementaires* au profit de sources plus hétérogènes a permis à la présente recherche de présenter de nouveaux résultats sur des questions qui avaient déjà été abordées sur la base des *Archives parlementaires*. Les sources choisies sur cette période donnent moins l'impression de l'accès à un débat parlementaire dans les formes qu'il peut prendre aujourd'hui. Néanmoins, elles permettent un nouvel éclairage sur les débats du début de la Révolution.

Ce problème du choix des sources et de la vision partielle du débat constituant de la Révolution qu'elles offrent est par exemple illustré dans la thèse de Pierre Duclos portant sur la notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789¹⁰.

B. L'insuffisance des études consacrées aux questions constitutionnelles contenues dans la Déclaration

4. S'agissant de la Déclaration, l'ouvrage de Stéphane Rials apparaît comme une référence tant pour les juristes que pour les historiens. Il précise dans son avant-propos qu'il a fait « le choix de privilégier dans [sa] présentation la question de la signification des droits de l'homme et du citoyen et de laisser en partie dans l'ombre [...] non seulement la question de la souveraineté mais l'étude des linéaments ambigus du constitutionnalisme ultérieur que comporte la Déclaration. »¹¹ Aussi, s'il consacre quelques pages à l'article 16¹², il ne fait pas des notions de constitution et de séparation des pouvoirs l'objet central de son étude.

L'important travail de Stéphane Rials informe néanmoins sur l'intérêt d'entreprendre une telle recherche historique, tant du point de vue de l'histoire des idées politiques, que de l'histoire politique elle-même¹³. S'agissant de l'aspect proprement historique du processus d'adoption de la

9 Voir *infra*, Sources.

10 Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932.

11 Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", 1988, p. 15.

12 *Ibid.*, p. 251-255 et 373-376.

13 « Outre l'intérêt propre que l'histoire de la production d'un tel texte présente, elle permet d'une part d'éviter certains des probables contresens multipliés par ceux qui le prennent en lui-même – ce qui peut être de bonne méthode pour un juge mais ne saurait l'être pour qui essaie de comprendre quelle(s) signification(s) subjective(s) il a pu revêtir

Déclaration, l'essentiel se trouve dans son ouvrage. Cependant, l'utilisation d'autres sources dans la présente étude permet d'apporter un éclairage nouveau sur certains aspects¹⁴.

5. La déclaration, étudiée à de nombreuses reprises¹⁵, l'a donc peu été sous l'angle des principes politiques qu'elle pose et souvent en utilisant uniquement les *Archives parlementaires* pour étudier les débats révolutionnaires. La présente étude entend ainsi proposer une présentation de l'origine à la fois intellectuelle et politique de l'article 16.

C. L'insuffisance des études consacrées à l'histoire des termes de constitution et de société

6. Concernant la notion de constitution, la plupart des ouvrages qui y sont consacrés s'intéressent au concept de constitution, et ce indépendamment de l'emploi du terme de constitution lui-même. La question de la signification de ce terme au XVIII^e siècle est le plus souvent évacuée pour se concentrer sur le concept, qui pourrait se retrouver sous des terminologies variées. La littérature sur ce point est extrêmement abondante. Le travail de Paul Bastid offre un panorama général de l'histoire de l'idée de constitution¹⁶. Sur la période médiévale, l'ouvrage de référence est celui de J. G. A. Pocock¹⁷. Avec des délimitations temporelles incluant le XVIII^e siècle, il est

pour ses auteurs – et d'autre part de ne pas éluder certaines des questions qui se sont posées en cours de route – fallait-il une déclaration ? et, si oui, fallait-il une déclaration autonome au regard de la constitution ? fallait-il une déclaration des droits ou une déclaration des droits et des devoirs ? – mais dont, une fois un parti adopté, rien n'a subsisté dans le document final. » *Ibid.*, p. 15.

14 Stéphane Rials explique qu'il a fait « le choix de privilégier, certes non exclusivement, [les *Archives parlementaires*] en dépit de certains de ses défauts souvent – à bon droit – soulignés. » *Ibid.*, p. 15.

15 Voir par exemple : George JELLINEK, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'Histoire du droit constitutionnel moderne*, 1902 ; Émile BOUTMY, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek » in *Annales des sciences politiques*, Tome XVII, Juillet 1902, p. 415 ; George JELLINEK, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy) » in *R.D.P.*, Tome XVIII, p. 25 ; Vincent MARCAGGI, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Fontemoing, 1912 ; Jean MORANGE, *La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789)*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} éd., 2002 ; Gérard CONAC, Marc DEBENE, Gérard TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire analyse et commentaires*, Economica, 1993 ; Jean-Pierre DUBOIS, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 43 ; Michel GANZIN, « La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif » in Jean IMBERT, Henri MOREL, Germain SICARD, Michel GANZIN, Antoine LECA, Christian BRUSCHI, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 81 ; Patrick WACHSMANN, « Déclaration ou constitution des droits ? » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 44 ; *Id.*, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » in *Droits*, n°2, 1985, p. 13 ; Marcel THOMANN, « Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits » in *Droits*, n°8, 1988, p. 55 ; Michel TROPER, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 13.

16 Paul BASTID, *L'idée de constitution*, coll. « Classiques », série politique et constitutionnelle, Economica, 1985.

17 §6. J. G. A. POCKOCK, *The ancient constitution and the feudal law. A study of English historical thought in the Seventeenth century*, Cambridge University press, Cambridge, 1957, rééd. 1987 ; *L'ancienne constitution et le droit féodal. Étude sur la pensée historique dans l'Angleterre du XVII^e*, P.U.F., 2000.

possible de citer les études d'Élie Carcassonne¹⁸, d'Élina Lemaire¹⁹, de Philippe Pichot-Bravard²⁰, d'Apostolos Papatolias²¹, de Claude Courvoisier²² et de Mauro Barberis²³.

7. Quelques travaux se sont concentrés plus précisément sur le terme de constitution et sa construction conceptuelle. Dans le contexte anglais, l'article de Gerald Stourzh²⁴ apporte un éclairage bienvenu, mais il ne traite pas du cas français. En France, les premiers travaux sur le vocabulaire révolutionnaire sont anciens. Ferdinand Brunot consacre un tome entier de son *Histoire de la langue française* à la Révolution et à l'Empire²⁵. Deux thèses dédiées au vocabulaire révolutionnaire de la seconde moitié du XVIII^e siècle paraissent dans le premier quart du XX^e siècle²⁶. Toutefois, ces travaux lexicologiques ne font que rendre compte des mutations et des évolutions du langage sans rechercher les causes de telles mutations ou les raisons politiques de telles évolutions. Cette question a été abordée notamment dans la thèse d'Arnaud Vergne²⁷ et dans un article de Wolfgang Schmale²⁸ qui traitent de la place qu'a pris la notion de constitution dans les discours des parlements et des cours de l'Ancien Régime.

Plusieurs études ont été consacrées à la signification du terme de constitution chez certains auteurs. Pasquale Pasquino consacre un ouvrage à *Sieyes et l'invention de la constitution en France*²⁹, et Jacques Guilhaumou a étudié cette notion chez Sieyes³⁰ en lien avec celle de norme et

18 Élie CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, réimpression de l'édition de Paris, 1927.

19 Elina LEMAIRE, *Grande robe et liberté, La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2010.

20 Philippe PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011.

21 Apostolos PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, coll. « Bibliothèque européenne Droit constitutionnel-Science politique », Sakkoulas/Bruylant, 2000.

22 Claude COURVOISIER, « L'idée de Constitution dans les cahiers de doléances » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 67.

23 Mauro BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 117.

24 Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 35. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 157.

25 Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours, Tome VI, Le XVIII^e siècle, Première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques*, Armand Colin, Paris, 1966, p. 427 et s.

26 Max FREY, *Les transformations du vocabulaire français à l'époque de la Révolution (1789-1800)*, P.U.F., Paris, 1925 ; Ferdinand GOHIN, *Les transformations de la langue française pendant la deuxième moitié du XVIII^e siècle (1740-1789)*, Paris, 1903.

27 Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, coll. « Romanité et modernité du droit », De Brocard, 2006.

28 Wolfgang SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991, p. 459.

29 Odile Jacob, 1998.

30 Sur le choix de cette orthographe sans accent voir Pasquale PASQUINO, *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, 1998, p. 197.

de nation³¹. Édouard Tillet a consacré un article aux usages qu'en fait Montesquieu dans ses écrits. Un article récent d'Olivier Beaud propose une histoire du concept de constitution en France ; cet article se concentre principalement sur deux auteurs : Montesquieu et Sieyès. M. Reale a consacré une étude à la place de cette notion dans l'œuvre de Rousseau³².

D'autres recherches se sont concentrées sur un courant idéologique précis. Michel Ganzin s'est intéressé au concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste³³, Bernard Herencia à celui des physiocrates³⁴.

Enfin, plusieurs études d'histoire sont dédiées au débat sur l'existence de la constitution à la veille de la Révolution, mais cette vision partielle de l'histoire de cette notion perd un peu de vue le cadre plus large dans lequel s'inscrit ce débat³⁵. Elle conduit notamment à présenter les conceptions défendues par les privilégiés comme classique ou descriptive, alors que l'étude des périodes antérieures à la Révolution conduit à relativiser une telle affirmation.

L'ensemble de ces travaux ne suffit néanmoins pas à déterminer précisément la signification, ou les significations du terme de constitution en 1789, encore moins lorsque ce dernier est associé à celui de société.

8. S'agissant de l'étude de l'emploi du terme de constitution au cours de la Prérévolution³⁶ et de la Révolution, les travaux disponibles se sont peu concentrés sur l'emploi de ce terme dans les institutions de l'Ancien Régime. Pourtant, la notion de constitution n'apparaît pas à la Révolution ; elle est présente et débattue à la fois dans les institutions et dans des écrits juridiques et politiques dès la moitié du XVIII^e siècle, et avec une plus grande intensité à compter des années 1770. Les députés de 1789 n'inventent donc pas cette notion ; ils en héritent. Pour comprendre l'emploi qu'ils en font, et en particulier la rupture ou la continuité que représente cet usage, il apparaît nécessaire d'avoir une perspective plus large sur la signification des notions de constitution et de société.

La thèse d'Arnaud Vergne, consacrée aux cours et aux assemblées à la fin de l'Ancien

31 Jacques GUILHAUMOU, « Sieyès et la "langue propre" du législateur-philosophe. Constitution, norme et nation » in *La genèse de la norme, colloque de la société d'histoire et d'épistémologie des sciences du langage (SHESL), janvier 1994*, Archives et documents de la SHESL, Seconde série n°11, Tour, Juin 1995.

32 M. REALE, « constitution » in *Dictionnaire de Jean-Jacques Rousseau* sous la direction de Raymond TROUSSON et Frédéric S. EIGELDINGER, Paris, Honoré Champion, 1996, p. 173.

33 Michel GANZIN, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste » in *Association Française des historiens des idées politiques, La constitution dans la pensée politique, Acte du colloque de Bastia (7-8 septembre 2000)*, P.U.A.M., 2001, p. 167.

34 Bernard HERENCIA, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 378, octobre-décembre 2014, p. 3.

35 Marina VALENSISE, « La constitution française » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 441 ; Henri DURANTON, « La France a-t-elle une Constitution ? Un aspect du débat idéologique à l'aube de la Révolution » in *Cahiers de l'Institut de recherches marxistes*, n° 32 « La Révolution française modèle ou voie spécifique ? », 1988, p. 142-152.

36 Sur ce terme voir *infra*, Bornes temporelles.

Régime, présente les différentes conceptions et utilisations pratiques de la notion de constitution dans ces institutions. Néanmoins, la période de la Prérévolution n'y fait pas l'objet d'une étude séparée. Pour la pleine compréhension de cette notion à la Révolution, il est apparu pertinent, en s'appuyant notamment sur cette étude, d'analyser la redéfinition dont elle fait l'objet à cette époque. En outre, il a paru intéressant de non seulement de reconstituer le discours des cours, mais également de les comparer à celui qui pouvait être tenu dans des brochures paraissant à la même période. Enfin, Arnaud Vergne, s'étant intéressé au discours d'opposition des cours souveraines et des différentes assemblées ayant participé au débat public de la fin de l'Ancien Régime, a laissé libre le champ des travaux liminaires des États-généraux et de l'Assemblée nationale qui, à la veille de l'adoption de la Déclaration des droits, apparaissent comme particulièrement éclairants pour comprendre le sens du mot « constitution » en 1789.

S'agissant de cette dernière période, les discours du Roi et des ministres sur la notion de constitution ont été peu étudiés. De même, parmi les débats ayant eu lieu avant la réunion des Ordres, la plupart des travaux ne se sont appuyés que sur ceux qui se déroulent au sein de l'Assemblée des députés du Tiers devenue ensuite Assemblée nationale. Les discussions se déroulant hors de cette assemblée n'ont pas été analysées par la doctrine juridique. La notion de constitution défendue par les conservateurs au printemps 1789 est largement méconnue : les discours tenus dans les chambres des Ordres privilégiés, et les débats entre les représentants des Ordres et ceux du Tiers-état au sein des conférences pour la vérification des pouvoirs, aussi appelées conférences conciliatoires, font dans la présente étude l'objet d'un examen approfondi.

9. S'agissant de la notion de société, elle a fait l'objet de moins de travaux. Certains articles ont pu se concentrer sur la notion de société chez un auteur en particulier comme l'article de M. Reale consacré à l'usage de ce terme chez Rousseau³⁷ ou celui de Jean-Fabien Spitz dédié à la distinction entre société et gouvernement chez Locke³⁸. En philosophie politique, les développements sur les théories du contrat social sont extrêmement nombreux³⁹, mais ces présentations s'intéressent rarement à la circulation du terme de société, Jean Terrel et Simone Goyard-Fabre ont, pour leur part, étudié les théories du contrat social, sans nécessairement s'attacher à l'emploi de ce mot. D'un point de vue historique, les sociétés de pensée furent étudiées

37 « Société / État civil », in *Dictionnaire de Jean-Jacques Rousseau* sous la direction de Raymond TROUSSON et Frédéric S. EIGELDINGER, Paris, Honoré Champion, 1996, p. 858.

38 Jean-Fabien SPITZ, « Les sources de la distinction entre société et gouvernement chez Locke » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 247.

39 Voir par exemple, Simone GOYARD-FABRE, *L'interminable querelle du contrat social*, éd. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1983 ; Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Seuil, 2001.

par Augustin Cochin⁴⁰ et Fred E. Schrader⁴¹.

La première étude relative au terme de société est dû à Ferdinand Brunot⁴². Cette réflexion a été poursuivie par Sonia Branca-Rosoff et Jacques Guilhaumou⁴³. Elle a été complétée par l'important cycle de conférences que Bruno Bernardi consacre à l'histoire du concept de société civile⁴⁴. Ces études très riches sur la notion de société, ne la relient pas souvent à celle de constitution. Il est apparu intéressant de voir les rapports qu'entretiennent les notions de société et de constitution dans les écrits de théorie politique.

10. L'étude des institutions et celle des idées politiques sont restées pour l'essentiel isolées l'une de l'autre, ou se sont mutuellement exclues. Les travaux de Keith Michael Baker font à cet égard figure d'exception⁴⁵. L'article que Michel Pertué consacre à la notion de constitution à la fin du 18^e siècle⁴⁶, et qui rend compte de manière fidèle d'une certaine conception de la constitution à cette période, ne considère pas comme réellement pertinentes les recherches relatives à l'emploi de cette notion par les parlements d'Ancien Régime. Cette exclusion se justifie par l'idée qu'il serait illusoire de penser que les parlementaires « auraient occupé un lieu neutre, extérieur aux conflits internes des milieux dirigeants et par conséquent de réinscrire les rapports des cours souveraines avec la royauté dans un cadre judiciaire réel et serein »⁴⁷. Il enjoint à ne pas « être dupe de la parole des parlementaires qui poussaient à sa limite l'exercice de leurs prérogatives judiciaires pour tenter de jouer un rôle qui n'était pas le leur »⁴⁸. Ces affirmations ne semblent pas réellement contestables. Néanmoins, les patriotes n'ont pas non plus occupé un lieu neutre et la notion de constitution qu'ils forgent sert également à défendre leurs intérêts. Dans la présente étude le parti patriote est défini comme celui défendant, à la suite des théoriciens jusnaturalistes et contractualistes, l'idée qu'une

40 Augustin COCHIN, *Les sociétés de pensée et la démocratie*, 1920.

41 Fred E. SCHRADER, « Les sociétés secrètes et la Révolution (1740-1789) : sociabilités et socialisations » in *Cahiers d'histoire de l'institut de recherches marxistes*, n°32, « La Révolution française, modèle ou voie spécifique ? », p. 136.

42 Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours, Tome VI, Le XVIII^e siècle, Première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques*, Armand Colin, Paris, 1966, p. 100 et s.

43 Sonia BRANCA-ROSOFF, Jacques GUILHAUMOU, « De "société" à "socialisme" : l'invention néologique et son contexte discursif. Essai de colinguisme appliqué » in *Langage et société*, n°83-84, Colinguisme et lexicographie, 1998, p. 39-77 ; Jacques GUILHAUMOU, « Nation, individu et société chez Sieyès » in *Genèses*, n° 26, Représentations nationales et pouvoirs d'Etat, 1997, p. 4-24.

44 Bruno BERNARDI, « Société civile: genèse et actualité d'un concept » cycle de séminaire dont la retranscription est disponible en ligne, <https://rousseau2.wordpress.com/etudes-dhistoire-conceptuelle/>.

45 Keith Michael BAKER, « Constitution » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 537 ; Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, 1993.

46 Michel PERTUÉ, « La notion de constitution à la fin du 18^e siècle » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle. Journée d'études du 23 novembre 2002* sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 39.

47 *Ibid.*, p. 42.

48 *Ibid.*

société composée d'individus libres et égaux, disposant de droit naturels et sociaux, a la compétence, en tant que nation, d'établir une constitution.

L'étude de l'emploi de la notion de constitution dans la doctrine patriote et celle de son usage dans les débats institutionnels sont donc souvent séparées, ce qui ne permet pas une pleine compréhension de la signification de cette notion à la veille et au début de la Révolution.

D. L'insuffisance des études consacrées aux notions de garantie des droits et de séparation des pouvoirs en 1789

11. Concernant la notion de séparation des pouvoirs à la Révolution, l'étude de référence sur le sujet est l'ouvrage de Michel Troper⁴⁹. Cette thèse, par une étude des mécanismes constitutionnels des constitutions révolutionnaires, identifie deux modèles de séparation des pouvoirs qui sont parfois en concurrence, parfois combinés à la Révolution : la balance des pouvoirs et la séparation des autorités. Cette étude, dont l'apport est indéniable, fait néanmoins une lecture des débuts de la Révolution discutable, l'analysant comme un simple rejet de l'absolutisme. Cette vision partielle de la période des débuts de la Révolution s'explique certainement par le choix des sources de l'étude : les *Archives parlementaires*. Cela conduit à ne prendre en compte ni les discussions constitutionnelles de la Prérévolution, ni les discours des conservateurs exprimés hors de l'Assemblée nationale.

L'interprétation que Michel Troper fait de la notion de séparation des pouvoirs dans l'article 16 est guidée par l'idée qu'elle n'est qu'un principe purement négatif : le rejet de la concentration des pouvoirs. Cette conclusion est due à une analyse partielle et rétrospective. En premier lieu, elle ne prend en compte que le cadre des discussions dans l'Assemblée pour considérer le principe comme consensuel. En second lieu, elle repose sur l'idée que puisque les députés de l'Assemblée nationale de 1789 ne sont pas parvenus à se mettre rapidement d'accord sur une séparation des pouvoirs, c'est que cette notion était indéterminée pour eux. Il apparaît pertinent d'entreprendre une étude de la notion de séparation des pouvoirs contenue dans l'article 16, qui ne soit pas simplement déduite d'événements postérieurs, mais repose au contraire sur l'analyse des discussions antérieures à son adoption.

12. L'autre travail d'ampleur mené sur la notion de séparation des pouvoirs est celui de Carlos-Miguel Pimentel⁵⁰. Ces recherches approfondies et précises offrent une perspective claire de

49 Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

50 Carlos-Miguel PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, vol. 102, no. 3, 2002, p. 119-131 ; « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs » *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction

l'histoire de l'idée de séparation des pouvoirs. Elles ne s'attachent néanmoins pas précisément à déterminer la signification de l'expression de séparation des pouvoirs à l'été 1789.

13. S'agissant de la notion de garantie des droits à la Révolution, peu d'études y ont été dédiées. Patrice Rolland⁵¹ a consacré un important article à la garantie des droits dans la Constitution de l'an III, mais cette analyse ne remonte pas jusqu'à l'année 1789. Ce que recouvrait à cette notion l'été 1789 reste donc peu connu.

14. La présente étude se propose donc de rechercher quels groupes réclament une séparation des pouvoirs et une garantie des droits, de rechercher quelles peuvent être les sources de cette idée et de comprendre face à quelles autres conceptions des buts et des modalités de l'organisation politique elle est construite. L'étude des discours des conservateurs permet d'identifier notamment la défense d'une autre séparation, celle des Ordres, et la réclamation de la garantie de droits qui ne sont pas attachés à des individus, mais à des corporations.

E. L'absence d'étude d'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine constitutionnelles relatives à l'article 16

15. Concernant l'invocation de l'article 16, peu d'études y ont été consacrées. Pour la période révolutionnaire, la thèse d'Isabelle Anselme est limitée à l'invocation de la Déclaration sous la législative et l'invocation de l'article 16 ne fait pas l'objet d'une étude spécifique, mais est intégrée aux développements relatifs à la séparation des pouvoirs⁵².

S'agissant de l'invocation de l'article 16 dans la doctrine constitutionnelle, aucune étude n'a été menée pour analyser comment la doctrine constitutionnaliste l'interprète. L'utilisation qu'en fait le Conseil constitutionnel a fait l'objet de davantage d'études qui analysent les droits et principes qu'il fonde sur cet article. Néanmoins, ces travaux restent, pour l'essentiel, guidés par la volonté d'étudier un ou plusieurs droits ou principes, mais non l'invocation générale de l'article 16. Un article a été consacré à la jurisprudence du Conseil constitutionnel a qualifié l'article 16 de clef de voûte des droits et libertés⁵³. Cet article vise essentiellement à faire l'éloge de la jurisprudence du Conseil. Les études jurisprudentielles sont dans l'ensemble relativement indifférentes à la signification originelle de l'article 16, sans nécessairement analyser les mécanismes d'interprétation

d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 9.

51 Patrice ROLLAND, « La garantie des droits » in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, Actes du colloque de Dijon 3 et 4 octobre 1996*, Editions de l'Université de Dijon, 1998, p. 28.

52 Isabelle ANSELME, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain », L.G.D.J., 2013.

53 Régis FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44, Juin 2014, p. 9.

mis en œuvre. En conséquence, aucune comparaison systématique entre la signification historique supposée de cette disposition et l'interprétation qu'en donne le Conseil n'a été entreprise.

16. En s'appuyant sur les résultats des recherches historiques, l'étude se propose de comparer la signification originelle, telle qu'elle est reconstituée, avec les significations qui lui sont attribuées. Cette comparaison a pour but, d'abord, de mesurer la distance entre la signification historique de la disposition et son interprétation et, ensuite, de tenter de comprendre comment se construisent et s'élaborent de nouvelles significations, souvent relativement éloignées du sens qu'avait ce texte au moment de son adoption.

II. Définition de l'objet de l'étude

17. La détermination de la signification originelle de l'article 16 ainsi que l'étude de ses interprétations contemporaines implique d'engager des recherches à la fois sur le contexte de production de l'article 16 et sur ses contextes d'interprétation.

La présente étude propose de renouveler la question de l'analyse de l'article 16 de la Déclaration : premièrement, en retenant une approche de l'histoire des idées et de l'histoire politique appuyée sur un cadre plus large que l'immédiate Révolution ; deuxièmement, en mobilisant des corpus n'ayant pas fait l'objet d'une étude approfondie par des juristes ; troisièmement, en employant pour les analyser des méthodes différentes de celles habituellement employées.

Avant d'aborder la question de la méthode et des sources, il convient de délimiter l'objet (A) et les bornes temporelles de la présente étude (B).

A. Délimitation de l'objet

18. L'étude des significations et des interprétations de l'article 16 aurait pu recouvrir presque l'ensemble du droit constitutionnel, et une bonne partie de l'histoire des idées politiques. Les concepts de constitution, de société, de séparation des pouvoirs et de garantie des droits recouvrent un champ extrêmement étendu. Les droits et principes consacrés par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 renvoient également à des notions très larges : la séparation des pouvoirs, le droit au juge, la sécurité juridique ainsi que le droit au procès équitable et à des procédures justes et équitables.

L'importance du champ conceptuel entourant l'article 16 exclut une étude exhaustive de chacun des concepts qui s'y rattachent. L'étude se concentre donc sur l'article 16 comme texte. Deux décisions ont guidé la recherche. Premièrement, pour comprendre la signification de l'article

16 au moment de son adoption, une analyse retrospective est menée. L'étude s'attache à une perspective lexicale des termes de l'article 16, à l'exclusion de la recherche de la même « idée » sous d'autres termes. Ainsi, la définition des corpus étudiés est guidée par la présence des mots de l'article 16 dans ces corpus, et principalement des mots de constitution et de société. Deuxièmement, pour l'étude des interprétations de l'article 16 postérieure à son adoption, le critère est celui de l'invocation de l'article 16, et non simplement de la parenté avec l'idée qu'il semblerait contenir.

19. La nécessité d'étendre les bornes temporelles de l'étude au delà de la simple période révolutionnaire s'est rapidement imposée, afin de saisir pleinement le contexte dans lequel s'insère l'adoption de l'article 16. En excluant de l'analyse les éléments extérieurs au débat ayant lieu dans l'Assemblée, il n'apparaît pas possible de saisir pleinement sa signification. Du point de vue politique, l'article 16 est une prise de position sur ce qu'est une constitution, et cette prise de position ne peut être considérée comme consensuelle que si les éléments pris en compte se limitent aux discussions ayant lieu dans l'Assemblée le 26 août 1789. Si un cadre plus large est retenu, incluant par exemple les diverses prises de positions de l'Ordre de la Noblesse ou de certaines institutions de l'Ancien Régime, alors l'article 16 n'a plus un caractère consensuel. Il est au contraire un acte politique visant à invalider la conception de la constitution défendue par les royalistes, les parlementaires et les conservateurs. Il justifie la Révolution, autant qu'il trace les lignes communes des projets des patriotes. L'analyse du constitutionnalisme conservateur permet aussi de révéler qu'il n'est pas au service du despotisme ou de l'absolutisme, et donc que la lecture de l'article 16 comme simple rejet du despotisme ou de la monarchie absolue est extrêmement partielle.

De même, si le contexte pertinent n'est pas limité à la période de la Révolution, les transformations que connaît la notion de constitution peuvent apparaître plus clairement. L'étude de la circulation de ce concept en France, à compter des années 1750, permet d'identifier quels groupes mobilisent cette notion, comment ils la définissent, à quels fins ils l'utilisent. Cette étude permet ainsi de repérer l'existence de différentes conceptions de la constitution mises en concurrence, spécialement à compter des années 1770. L'analyse des sources philosophiques des théories constitutionnalistes est également apparue pertinente pour comprendre les références mobilisées, à des degrés divers, par l'ensemble des constitutionnalismes.

Dans le cadre de cette étude, la notion de constitutionnalisme ne revoient pas nécessairement à un mouvement des idées politiques qui aurait pour objet d'obtenir la limitation du pouvoir par le droit. Elle est simplement employée pour désigner l'utilisation du terme de constitution en vue de

défendre une position politique ou juridique. Cette notion sert à caractériser les stratégies discursives utilisant le terme de constitution en identifiant quels acteurs ou institutions emploient ce mot, quand et à quelles fins ils l'emploient et ce qu'ils veulent faire en l'invoquant. Cette définition du constitutionnalisme est donc différente du sens habituellement admis pour ce terme, puisqu'elle se concentre non sur l'idée de limitation et de réglementation du pouvoir politique, qui pourrait être dénotée par de nombreux termes, mais s'intéresse uniquement à l'invocation de la constitution. Un constitutionnalisme se caractérise alors par l'existence d'une doctrine relativement uniforme qui tend généralement à défendre les intérêts du groupe qui s'en prévaut.

Le choix d'une contextualisation large permet notamment de comprendre qu'une notion de constitution très proche de la conception patriote est défendue par les parlementaires au cours de la Prérévolution, alors qu'une partie de ce même groupe s'attèle à redéfinir cette notion à partir de l'été 1788 dans un sens très conservateur. L'analyse de ces discours successifs fait apparaître l'absence de caractère neutre et descriptif de la notion de constitution défendue par certains privilégiés à la Révolution.

Cette prise en compte d'un contexte étendu permet d'analyser les inflexions que connaît la notion de constitution et de percevoir la diversité de ses acceptions non comme une forme de confusion temporaire due au fait que ce concept serait mal dégrossi, mais au contraire comme une concurrence entre de conceptions différentes de la constitution, conduisant parfois à une redéfinition afin de servir de nouveaux intérêts. La présente étude se propose ainsi d'étudier ces différents courants afin d'en identifier les spécificités et les points communs, pour restituer le caractère pluraliste du constitutionnalisme de l'Ancien Régime, et rompre avec la présentation d'un mouvement unitaire et progressif. L'objectif étant de comprendre dans quel cadre s'inscrit l'adoption de l'article 16 et à quel mouvement il appartient. À cet égard, il est apparu pertinent pour pleinement comprendre les notions de constitution et de société de relier l'étude de trois champs souvent relativement séparés : l'histoire des idées politiques, l'histoire du droit public et l'histoire politique de la Révolution.

20. S'agissant des interprétations contemporaines, il a semblé pertinent de tenter d'offrir un panorama des diverses idées ou principes juridiques rattachées aujourd'hui à l'article 16 tant par la doctrine que par le Conseil constitutionnel. L'étude de la doctrine s'est particulièrement concentrée sur son invocation dans les manuels de droit constitutionnel et dans les constructions visant à le proposer au Conseil constitutionnel comme nouveau fondement pour un droit ou un principe donné. L'étude de la jurisprudence a été limitée à l'analyse du rattachement d'une norme constitutionnelle

à l'article 16, à la fois pour voir le lien qui existe ou non avec la signification originelle de ce texte et pour comprendre par quel processus ces nouvelles significations ont été attribuées.

Le constat d'une dissociation entre la signification originelle de l'article 16 et la plupart de ses interprétations ont conduit à tenter de déterminer comment de nouvelles significations étaient apparues. Pour comprendre les interprétations de l'article 16 en tant qu'élément de théorie politique, plusieurs théories constitutionnelles des XIX^e et XX^e siècles ont été étudiées. Pour analyser ses interprétations en tant que norme constitutionnelle, les recherches ont porté à la fois son invocation dans la Constituante et dans la Législative, puis dans la doctrine juridique pour inciter le Conseil à faire évoluer sa jurisprudence.

B. Bornes temporelles

21. La recherche a été triplement limitée d'un point de vue temporel.

La première délimitation concerne les écrits philosophiques et politiques étudiés : cette délimitation temporelle est liée à la présence, dans ces textes, des termes de constitution et de société. Elle se concentre ainsi essentiellement sur le XVII^e et XVIII^e siècles.

La seconde concerne la détermination du contexte politique pertinent de l'adoption de la Déclaration. Trois périodes historiques successives ont été retenues. La première est celle de la crise de la Monarchie dans le temps relativement long, à compter du règne de Louis XV, et en particulier à compter de la parution de l'*Esprit des lois*, en 1748. La délimitation de cette première période (1748-1787) a été guidée par les travaux d'Arnaud Vergne⁵⁴, de Jean Égret⁵⁵ et de François Olivier-Martin⁵⁶, relatifs aux affrontements entre les Rois, Louis XV et Louis XVI, et les parlements d'Ancien Régime. La seconde période est souvent désignée sous le nom de Prérévolution. Ce terme est celui de Pierre Caron ; il fut repris dans l'ouvrage éponyme de Jean Égret⁵⁷. La Prérévolution correspond aux années 1787 et 1788 et s'étend de la réunion de la première Assemblée des Notables, en février 1787, à la convocation des États-généraux en janvier 1789. Enfin, la dernière période concernée est celle du début de la Révolution elle-même jusqu'à l'adoption de la Déclaration à la fin du mois d'août 1789. Dans une moindre mesure, pour étudier la réception immédiate de l'article 16 de la Déclaration dans l'Assemblée, l'étude des discussions de l'Assemblée nationale a été étendue jusqu'en janvier 1793.

54 Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, éd. cit.

55 Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970.

56 François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997.

57 « À une extension qui situe à 1788 ou 1787, ou même plus tôt encore, le début de la Révolution, je préfère l'admission d'une étape intermédiaire, à étudier en soi : la Prérévolution. La notion et le mot ont d'ailleurs dès à présent acquis droit de cité. » Pierre CARON, *Manuel pratique pour l'étude de la Révolution française*, Paris, 1947, p. 7 ; Jean ÉGRET, *La Prérévolution française, 1787-1788*, P.U.F., Paris, 1962.

La dernière délimitation est relative à l'étude de la réception de l'article 16. Pour les besoins de l'étude, cette réception a été essentiellement limitée à la période contemporaine et à la doctrine juridique. Elle a toutefois été étendue à l'histoire de ces doctrines contemporaines des lendemains de la Révolution à nos jours. Ont ainsi été mobilisés des écrits contre-révolutionnaires, ceux des premiers constitutionnalistes écrivant sous la Monarchie de Juillet, ainsi que quelques auteurs de la Troisième République, qui sont considérés comme les représentants de la « doctrine classique ». Pour la période contemporaine, l'étude s'est concentrée sur les références à l'article 16 dans les manuels de droit constitutionnel, dans le contentieux constitutionnel et dans les écrits le concernant. Cette période s'étend environ du début des années 1980 à nos jours.

22. Une fois ces restrictions matérielles et temporelles définies, il restait à déterminer la méthode et les corpus pertinents, d'une part, pour comprendre la signification des notions de constitution, de société, de garantie des droits et de séparation des pouvoirs en 1789 et, d'autre part, pour analyser les constructions politiques et juridiques fondées sur l'article 16 tant immédiatement après son adoption que depuis les années 1970, à compter desquels le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle à la Déclaration.

III. Méthode

23. À rebours d'une histoire du droit souvent attachée à reconstituer les continuités⁵⁸, la présente étude s'est davantage concentrée sur la recherche des ruptures, dans le cadre d'une méthodologie proche de celle définie par Michel Foucault dans *L'archéologie du savoir*⁵⁹. Pour comprendre les notions de constitution et de société, son objet n'est pas de retrouver ces « idées » sous des terminologies différentes, mais au contraire de comprendre pourquoi et comment apparaît dans le langage des idées politiques un nouveau terme, de tenter de définir ce qu'il recouvre et d'identifier qui l'utilise et à quelles fins⁶⁰. S'agissant de l'article 16, elle vise à déterminer le cadre discursif

58 Sur cette opposition voir notamment François SAINT-BONNET, « Nemo auditur suam propriam methodum allegans » in *L'interprétation constitutionnelle, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisé à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004* sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 95.

59 « Et le grand problème qui va se poser – qui se pose – à de telles analyses historiques n'est donc plus de savoir par quelles voies les continuités ont pu s'établir, de quelle manière un seul et même dessein a pu se maintenir et constituer, pour tant d'esprit différents et successifs, un horizon unique, quel mode d'action et quel support implique le jeu de transmissions, des reprises, des oublis et des répétitions, comment l'origine peut étendre son règne bien au-delà d'elle-même et jusqu'à cet achèvement qui n'est jamais donné, – le problème n'est plus de la tradition et de la trace, mais de la découpe et de la limite ; ce n'est plus celui du fondement qui se perpétue, c'est celui des transformations qui valent comme fondation et renouvellement des fondations. On voit alors se déployer tout un champ de questions dont quelques-uns sont déjà familières, et par lesquelles cette nouvelle forme d'histoire essaie d'élaborer sa propre théorie : comment spécifier les différents concepts qui permettent de penser la discontinuité (seuil, rupture, coupure, mutation, transformation) ? » Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, éd. cit., p. 12-13.

60 « Définir ces *objets* sans référence au *fond des choses*, mais en les rapportant à l'ensemble des règles qui permettent

dans lequel cet article a été adopté, ce qu'il voulait dire au moment de son adoption, et ce que voulaient faire ceux qui l'adoptèrent. Enfin, elle a pour objet de saisir comment les interprétations contemporaines de cet article ont également été construites historiquement.

24. La doctrine juridique a beaucoup écrit sur la notion de constitution. Elle s'est le plus souvent concentrée sur le concept de constitution, et ce indépendamment de l'emploi du terme même. L'idée de constitution peut alors se retrouver tant dans la *politeia* d'Aristote que dans les lois fondamentales de l'Ancien Régime⁶¹. La question de savoir ce qui était entendu par le terme de constitution au XVIII^e siècle, ou encore pourquoi l'usage de ce terme pour désigner cette idée s'est développé, n'est pas l'objet de ces investigations.

Lorsque la doctrine constitutionnaliste s'est intéressée à l'emploi de ce mot, elle s'est peu arrêtée sur l'usage stratégique et politique qui en est fait⁶². L'idée qu'un terme pourrait ne pas simplement être un objet neutre, mais un outil dans le cadre d'une lutte politique n'est que rarement explorée. La doctrine juridique reste donc souvent indifférente à la fois à l'aspect linguistique des concepts juridiques et à la question de l'historicité même des concepts et des termes qu'elle utilise.

Ces limites relatives à l'interprétation de la notion de constitution se retrouvent s'agissant de l'analyse de l'article 16. La signification de cet énoncé vieux de plus de deux cents ans est habituellement considérée comme immédiatement accessible par le lecteur contemporain. La reconstruction de la signification des concepts qu'il contient, dans le contexte de son adoption, n'est pas considérée comme nécessaire à la pleine compréhension du texte. Cette analyse très largement décontextualisée est justifiée soit par l'idée que les concepts juridiques seraient relativement intangibles, et donc qu'ils seraient les mêmes à la Révolution et au XXI^e siècle, soit par celle de l'impossibilité de connaître les intentions des constituants, soit enfin par des théories de l'interprétation juridique d'après lesquelles la signification historique d'un texte est sans lien avec sa signification juridique.

Les apories d'une analyse historique détachée d'une analyse linguistique et réciproquement ont depuis longtemps été soulignées dans le champ historique. Des liens entre l'analyse historique

de les former comme des objets d'un discours et constituent ainsi leur conditions d'apparition historique. Faire une histoire des objets discursifs qui ne les enfonceraient pas dans la profondeur commune d'un sol originaire, mais déploierait le nexus des régularités qui régissent leur dispersion. » *Ibid.*, p. 69.

61 Voir par exemple Paul BASTID, *L'idée de constitution*, coll. « Classiques », série politique et constitutionnelle, Economica, 1985 ; François SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » in *Droits*, n°32, 2000, p. 7 ; J. G. A. POCOCK, *L'ancienne constitution et le droit féodal. Étude sur la pensée historique dans l'Angleterre du XVII^e*, P.U.F., 2000 ; J. G. A. POCOCK, *The ancient constitution and the feudal law. A study of English historical thought in the Seventeenth century*, Cambridge University press, Cambridge, 1957, 1987.

62 Les travaux d'Arnaud VERGNE font à cet égard figure d'exception puisqu'il consacre une partie entière de sa thèse à la question de l'utilisation de la notion de constitution par les parlements. Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, éd. cit., p. 385-500.

et l'analyse linguistique se sont tissés dès la fin des années 1960, dans le cadre de programmes scientifiques développés à la fois en France, au Royaume-Uni et en Allemagne. Si les méthodes ne sont pas strictement identiques, l'idée commune à ces projets est que l'analyse du langage ne peut se faire indépendamment du contexte historique d'énonciation et que l'analyse des événements historiques ne peut se dispenser des mots qui sont employés dans le cadre de ces événements, et dont l'emploi même peut constituer un événement.

Cette idée est notamment défendue par Jacques Guilhaumou qui estime qu'« *a contrario* d'une analyse de discours du côté de la linguistique qui ne se préoccuperait pas de l'historicité des langues et d'une autre analyse de discours, présentement du côté de l'histoire, qui s'en tiendrait exclusivement au contenu des pratiques langagières sans analyser les formes, nous continuons donc à maintenir l'exigence d'un lien étroit entre histoire et linguistique. »⁶³

Il convient d'aborder le cadre méthodologique général (A), avant de préciser la méthodologie de la présente étude (B).

A. Cadre méthodologique général : histoire, linguistique et droit

25. En 1974, Émile Benveniste estimait que « Toute l'histoire lexicale et conceptuelle de la pensée politique est encore à découvrir. »⁶⁴ Depuis cette période, plusieurs travaux ont été consacrés à cette question⁶⁵.

D'abord, la méthodologie développée par Michel Foucault dans *L'archéologie du savoir*, permet de remettre au centre l'énoncé et l'usage politique de la langue⁶⁶. Ses travaux furent accompagnés de ceux menés en linguistique notamment par Renée Balibar⁶⁷ et Jacques Guilhaumou⁶⁸. Le vocabulaire politique et l'usage politique du vocabulaire fait alors l'objet d'étude en France⁶⁹. De la même manière, des historiens s'intéressent au rôle politique que joue le langage

63 Jacques GUILHAUMOU, *Discours et événement. L'histoire langagière des concepts*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2006.

64 « Deux modèles linguistiques de la cité », *Problèmes de linguistique générale*, II, Gallimard, 1974, p. 272.

65 Pour une étude détaillée sur l'histoire linguistique et politique voir Jacques GUILHAUMOU, *Discours et événement. L'histoire langagière des concepts*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2006.

66 « Ainsi conçu, le discours cesse d'être ce qu'il est pour l'attitude exégétique : trésor inépuisable d'où on peut toujours tirer de nouvelles richesses, et chaque fois imprévisibles ; providence qui a toujours parlé par avance, et qui fait entendre, lorsqu'on sait écouter, des oracles rétrospectifs : il apparaît comme un bien – fini, limité, désirable, utile – qui a ses règles d'apparition, mais aussi ses conditions d'appropriation et de mise en œuvre ; un bien qui pose par conséquent, dès son existence (et non pas, simplement dans ses “applications pratiques”) la question du pouvoir ; un bien qui est, par nature, l'objet d'une lutte, et d'une lutte politique. » Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, éd. cit., p. 166.

67 Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985.

68 Jacques GUILHAUMOU, « À propos de l'analyse de discours : les historiens et le “tournant linguistique” » in *Langage et société*, n° 65, 1993, p. 5 ; Jacques GUILHAUMOU, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Kimé, Paris, 2002.

69 « Formation et aspects du vocabulaire politique français XVII^e-XX^e siècles », Colloque du Centre de Lexicologie Politique – E.N.S de Saint-Cloud (26-28 avril 1968), publié dans les *Cahiers de lexicologie*, n°XIII à XV, Didier-

comme Régine Robin⁷⁰, Raymonde Monnier⁷¹, Roger Barny⁷², Antoine de Baecque⁷³. François Furet⁷⁴, Keith Michael Baker⁷⁵ et Dale Van Kley⁷⁶. En parallèle, en Allemagne et au Royaume-Uni des réflexions similaires se développent. L'école de Cambridge, spécialement avec Quentin Skinner, développe des méthodes d'interprétation et d'analyse des textes philosophiques mettant l'accent sur le contexte politique et linguistique de production de ces discours⁷⁷, en s'appuyant notamment sur les travaux de John L. Austin⁷⁸. Dans le champ philosophie, ces méthodes sont reprises en France notamment par Jean-Fabien Spitz⁷⁹. En Allemagne, Reinhard Koselleck renouvela également l'histoire des concepts⁸⁰.

Ces nouvelles perspectives méthodologiques invitent à comprendre comment certaines expressions, certains termes sont définis, utilisés et instrumentalisés dans un contexte politique et dans le cadre de stratégies discursives définies. Elles s'intéressent autant au contenu des discours qu'à leur vocabulaire, au contexte de leur production et aux acteurs qui les tiennent. Cette étude des usages du vocabulaire peut également s'appliquer aux questions relatives à l'usage d'un texte.

Larousse, Paris, 1968-1969 ; Jacques GUILHAUMOU, *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989.

70 Régine ROBIN, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970.

71 Jacques GUILHAUMOU, Raymonde MONNIER (dir.), *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle, Journée d'études du 23 novembre 2002*, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003.

72 Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789). Des théories parlementaires au rousseauisme*, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997 ; *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire. Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution (débat politiques et sociaux) suivi de Montesquieu dans la Révolution*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1995 ; *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit naturel et histoire*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1993 ; *Rousseau dans la Révolution le personnage de Jean-Jacques et les débuts du culte révolutionnaire (1787-1791)*, The Voltair Foundation, Oxford, 1986 ; *Prélude idéologique à la Révolution française. Le Rousseauisme avant 1789*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1985.

73 Voir par exemple l'étude sur l'usage de la figure de style de la métaphore corporelle par Antoine de BAECQUE, *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*, coll. « essai histoire », Calmann-Lévy, 1993.

74 Voir notamment François FURET, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio Histoire », Gallimard, 1978.

75 Keith Michael BAKER, « Constitution » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 537 ; Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIIIe siècle*, Payot, 1993.

76 Dale VAN KLEY, « Du parti janséniste au parti patriote » in *Jansénisme et Révolution, Actes du colloque de Versailles tenu au Palais des congrès les 13 et 14 octobre 1989*, sous la direction de Catherine MAIRE, Paris, Chronique de Port-Royal, n° 39, 1990, p. 115.

77 Sur les théories de Quentin SKINNER voir notamment *Meaning and context. Quentin Skinner and his Critics* sous la direction de James TULLY, Polity Press, 1988 ; en langue française, voir Jean-Fabien SPITZ, « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner » in *Droits*, n° 10, 1989, p. 133.

78 J. L. AUSTIN, *How to do thing with words, The William James Lectures delivered at Harvard University*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

79 Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001 ; *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, coll. Léviathan, P.U.F., 1995 ; Jean-Fabien SPITZ, « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner » in *Droits*, n° 10, 1989, p. 133.

80 Reinhart KOSELLECK, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, préface de Sabina LORIGA, trad. Jochen HOOCK et Marie-Claire HOOCK, EHESS, 2016 (première édition en Allemand en 1979).

B. Méthodologie de la présente étude

26. S'agissant de la notion de constitution, la description de son émergence comme un processus continu et linéaire et la recherche d'une continuité d'Aristote à aujourd'hui ne permettent pas d'appréhender la rupture que représente l'introduction de cette nouvelle notion, ni de comprendre la nouveauté de l'objet qu'elle vient désigner. S'il y a toujours eu du constitutionnalisme, pourquoi une nouvelle notion émerge-t-elle ? Si les hommes du XVII^e siècle entendaient « constitution » par « loi(s) fondamentale(s) », pourquoi ont-ils arrêté de parler de « loi(s) fondamentale(s) » pour parler de « constitution » ? De même, pourquoi les constituants de 1789 se réfèrent à la constitution de « toute société » et non à celle de « tout État » ou de « tout royaume » ? Enfin, pourquoi estiment-ils qu'il est nécessaire de déterminer la séparation des pouvoirs, et non la séparation des Ordres, et d'assurer la garantie des droits de l'homme et du citoyen, et non ceux des Ordres et des corporations ? Quelle rupture conceptuelle a eu lieu pour que les constituants adoptent l'article 16 en ces termes et qu'ont-ils fait l'adoptant ? Comme l'écrit Michel Foucault, « la description des événements du discours pose une tout autre question : comme se fait-il que tel énoncé soit apparu et nul autre à sa place ? »⁸¹

La Révolution marque une rupture politique et juridique dans le fonctionnement de l'État, mais cette rupture est débattue et écrite avec les mots du XVIII^e siècle. Le vocabulaire politique des constituants de 1789 n'est pas inventé à la Révolution, mais au contraire hérité des Lumières et des acteurs politiques de l'Ancien Régime. Leur langue politique se comprend et s'analyse au regard à la fois des écrits produits au cours du XVIII^e siècle en philosophie politique et en droit public et des débats ayant lieu au sein des institutions de l'Ancien Régime. Le réseau de signification dans lequel s'insère l'article 16 lui préexiste ; les notions qu'il mobilise furent élaborées avant son adoption⁸². Néanmoins, par l'adoption de l'article 16, les constituants agissent sur la signification des mots qu'ils emploient, dans le cadre d'une politique de la langue déterminée. Comme l'a souligné Keith Michael Baker⁸³, ils fixent les significations acceptables des termes qu'ils définissent. Une pleine

81 Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, éd. cit., p. 42.

82 « Or, quand nous nous mettons à considérer de nouveau la Révolution française comme un phénomène essentiellement politique, nous découvrons qu'elle n'a pas simplement fait irruption en sortant de derrière les décors de l'Ancien Régime. Au contraire, les événements qui la firent naître furent improvisés et joués sur une scène bien éclairée et bien peuplée de personnages, et exprimés dans un langage qui leur donna leur signification fondamentale par rapport à un drame politique ininterrompu. L'espace conceptuel dans lequel la Révolution française fut inventée, l'édifice de significations par rapport auquel les actions fort disparates de 1789 revêtirent une cohérence symbolique et acquirent une force politique, sont une création de l'Ancien Régime. Si les révolutionnaires en virent à ressentir profondément que leurs actions et leurs déclarations prenaient le caractère d'une rupture radicale, cette affirmation, elle aussi, se constitua historiquement (et se déploya rhétoriquement) à l'intérieur d'un champ linguistique ou symbolique existant. » Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, 1993, p. 12-13.

83 « Nul n'est à l'abri du jeu virtuel de la discursivité. / Jamais ce n'a été plus évident qu'au temps de la Révolution française, où des acteurs successifs intervenaient dans la concurrence révolutionnaire pour fixer des significations publiques, sans cesse balayés par la force d'un langage que chacun d'eux se montrait incapable de maîtriser. Or ce

compréhension de l'article 16 s'inscrit donc nécessairement dans une histoire de la langue politique qui exige de faire l'archéologie des notions qu'il contient.

De même, les interprétations de l'article 16 ne peuvent pleinement se comprendre qu'en fonction de leur contexte sémantique, conceptuel et politique. Les différents acteurs qui l'invoquent ne lui attribuent pas la même signification et leurs interprétations sont également en partie prédéterminées par les références dont ils disposent et le contexte dans lequel ils s'expriment.

27. L'apparition de la notion de constitution, qui peut s'analyser, du point de vue linguistique, comme un néologisme de sens et, du point de vue de la théorie politique, comme une innovation conceptuelle, ne peut être comprise dans sa spécificité qu'en étant appréhendée comme une rupture et qu'en recherchant avec quoi ont voulu rompre ceux qui l'ont inventée et ce qu'ils voulaient faire en l'inventant.

Une analyse linguistique et une analyse conceptuelle, isolées l'une de l'autre, apparaissent insuffisantes pour caractériser pleinement la signification d'un terme de philosophie ou de théorie politique. S'agissant du terme de constitution, l'analyse linguistique nous apprend que ce terme a changé de sens, ou qu'un sens nouveau s'est ajouté aux sens qu'il avait précédemment. Cette analyse ne saisit pas l'apparition de ce terme dans un champ nouveau. Elle ne perçoit pas le fait que la philosophie et la théorie politique, et même les acteurs politiques, emploient un terme qu'ils n'employaient pas auparavant. Ce nouveau sens est constaté, mais les raisons de son émergence, les acteurs œuvrant à sa promotion ne sont pas que rarement étudiés. L'analyse conceptuelle est quant à elle relativement indifférente aux termes employés pour désigner un concept. D'après cette lecture, il est possible d'estimer que des auteurs n'employant jamais le terme de constitution disposent d'un concept de constitution, qu'ils désignent pas une autre terminologie. Attachée à retrouver la continuité conceptuelle d'une notion prédéfinie, l'approche conceptuelle ne peut pleinement expliquer l'apparition d'un nouveau terme.

La présente étude se propose d'abord de retracer l'histoire des termes contenus dans l'article 16 en relevant leurs occurrences dans différents types d'écrits. Le point de départ de la recherche est la recension des définitions du terme de constitution dans les dictionnaires philosophiques et politiques de l'Ancien Régime. Cette recherche est accompagnée d'une recension des occurrences du terme de constitution dans des écrits de philosophie politique de la fin du XVII^e siècle à la seconde moitié du XVIII^e. Le croisement de ces deux sources permet de mettre en lumière leur

phénomène, si théâtralement révélé par la Révolution, ne lui appartient pas exclusivement ; plus explicite et plus véhémente après 1789 (et, en définitive, plus dangereuse), cette concurrence pour fixer les significations publiques s'était engagée longtemps auparavant, et de façon parfaitement consciente. Qu'une encyclopédie – c'est-à-dire un dictionnaire critique, instrument de définition publique des termes – soit devenue le grand point de ralliement des Lumières, c'est simplement l'indice le plus évident de cette réalité. » *Ibid.*, p. 17-18.

intertextualité⁸⁴. Plusieurs dictionnaires philosophiques reproduisent des chapitres d'ouvrages, notamment des passages du *Droit des gens* de Vattel⁸⁵. Ces mêmes ouvrages sont souvent largement inspirés de ceux qui les ont précédés, ayant recours à la même terminologie, aux mêmes formules, reprenant parfois le même plan. L'ouvrage de Vattel s'inspire par exemple de la traduction que Barbeyrac donne de Pufendorf ainsi que de l'ouvrage Burlamaqui⁸⁶, écrit également sur le modèle de celui de Pufendorf⁸⁷. La reconstitution de ce réseau de signification permet de voir comment se construisent les notions contenues dans l'article 16 et en particulier les notions de constitution et de société.

Une fois mise en lumière cette archéologie des notions de constitution et de société dans le champ de la théorie et de la philosophie politique, il est apparu pertinent de voir quelle avait été l'utilisation de ces notions en France dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. L'étude s'est alors appuyée, d'une part, sur les discours des institutions politiques de l'Ancien Régime, en particulier le Roi et le Parlement de Paris, et, d'autre part, sur les textes ayant influencé les discours de ces institutions. La définition de ce corpus d'influence s'est faite au moyen de recherches déjà menées en histoire du droit et en histoire politique. Au sein de ces corpus, les occurrences de constitution ont également été recherchées afin de déterminer l'emploi qui en était fait. Le terme de société est pour l'essentiel absent de ces discours ; la notion de constitution est alors liée à celle de monarchie ou de royaume.

Ensuite, les recherches ont porté sur les discours des institutions politiques au cours de la Prérévolution et au début de la Révolution, avant la réunion des États-généraux. Il s'est agi non seulement des discours du Roi, de ses ministres et du Parlement de Paris, mais également de ceux d'autres institutions : Assemblées de Notables, parlements et cours, Assemblée du Clergé, Assemblée de la Noblesse de Bretagne et Assemblée des États du Dauphiné. En outre, une sélection de pamphlets ayant pour objet soit la constitution, soit le soutien ou la critique des discours institutionnels ont également été étudiés. Là encore, le terme de constitution et, le cas échéant, celui de société ont été recensés.

Enfin et en dernier lieu, l'étude s'est concentrée sur la période de la Révolution, de la convocation des États-généraux à l'adoption de la Déclaration, en s'appuyant alors à la fois sur des

84 Cette notion, inventée par Julia Kristeva, correspond à l'idée que « dans l'espace d'un texte plusieurs énoncés, pris à d'autres textes, se croisent et se neutralisent. » Julia KRISTEVA « Le texte clos » in *Langages*, 3e année, n° 12, 1968, Linguistique et littérature, p. 103.

85 Emer de VATTEL, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758.

86 Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751.

87 Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean BARBEYRAC, 3 tomes, Londres, Jean Nours, 1740.

sources officielles, des journaux et des projets de déclaration, discours et opinions ayant fait l'objet d'une publication.

Dans la période menant à la convocation des États-généraux, l'étude des discours des institutions de l'Ancien Régime, et en particulier des évolutions idéologiques très rapides que connaissent certaines d'entre elles, est apparue particulièrement révélatrice du caractère malléable de la notion de constitution et de l'utilisation stratégique qui pouvait en être faite. La décision de convoquer les États-généraux conduit ainsi à une recomposition de l'idéologie constitutionnelle, qui ne peut pleinement être comprise que par comparaison avec la période antérieure. De même, pour saisir le cadre dans lequel se déroule le débat constitutionnel ayant lieu au début de la réunion des États-généraux puis dans l'Assemblée nationale, il est apparu nécessaire de s'intéresser non seulement aux discours tenus au sein de l'Assemblée des députés du Tiers, qui devient rapidement l'Assemblée nationale, mais également aux discours tenus dans les Ordres privilégiés ainsi qu'à ceux du Roi et de ses ministres. L'adoption de l'article 16 est pleinement comprise dans ce cadre plus large comme étant à la fois un élément relativement consensuel au sein des patriotes, mais également comme le moyen d'opérer la Révolution à l'égard du Roi et des Ordres privilégiés.

28. Pour l'ensemble des discours étudiés, la recherche a tenté de déterminer, par le relevé des occurrences de la notion de constitution et de société, le contenu conceptuel de ces notions en fonctions des groupes qui les mobilisent, mais également d'identifier ce qu'ils voulaient faire en les invoquant. Elle a tenté d'analyser les corpus de discours philosophiques et politiques sélectionnés en suivant les méthodes développées par Michel Foucault et Quentin Skinner. Ces deux auteurs imposent une triple exigence : en premier lieu, celle de ne pas prendre les textes en soi, mais de les replacer dans leur contexte ; en second lieu, celle de remettre la langue et les usages linguistiques au centre de la détermination du contexte d'énonciation ; en troisième lieu, celle de considérer les actes de langage comme des événements⁸⁸. En ce sens, l'adoption de l'article 16 peut s'analyser comme un événement politique et discursif majeur, tant du point de vue de l'histoire de la Révolution que de celle de la notion de constitution.

La reconstitution du contexte d'énonciation d'un texte implique, comme nous y invite Régine Robin, non pas de leur poser nos questions, mais de se poser la question de leurs questions⁸⁹.

⁸⁸ « En effet, il s'agit de montrer, d'une étude à l'autre, que les auteurs considérés ne se contentent pas de conceptualiser dans une situation spécifique, mais qu'en écrivant, ils investissent le contexte dans leur mouvement argumentatif par des actes de langage : ils disent donc quelque chose au sens performatif du dire, ils sont agissants. » Jacques GUILHAUMOU, *Discours et événement. L'histoire langagière des concepts*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2006, p. 52.

⁸⁹ « Ainsi l'étude des cahiers de doléances a plus d'un siècle d'existence. Mais on ne lit les cahiers qu'en fonction des questions qu'on leur pose. Interroger les cahiers de doléances, en dernière analyse, ce n'est pas seulement leur poser des questions, pénétrer dans l'ordre de leurs raisons mais c'est plus exactement leur poser la question de leurs

Pour analyser l'usage d'un terme, il convient de se référer au champ sémantique de ce terme, afin de déterminer quels sont les termes qui y sont associés et ceux avec lesquels il est mis en opposition⁹⁰. Par exemple, il n'est pas toujours facile de savoir si la notion de constitution est employée dans le sens d'ordre ou de norme. En revanche, il peut être aisé et peut-être plus intéressant d'identifier à quoi elle se rapporte (la société, le royaume, l'État) et à quoi elle est associée (les droits des Ordres ou des individus, la séparation des pouvoirs ou des Ordres, la souveraineté de la nation, etc.)

La définition du contexte implique de tenter de définir le « système de la discursivité ». Michel Foucault estime à cet égard que « s'il y a des choses dites – et celles-là seulement –, il ne faut pas en demander la raison immédiate aux choses qui s'y trouvent dites ou aux hommes qui les ont dites, mais au système de la discursivité, aux possibilités et aux impossibilités énonciatives qu'il ménage. »⁹¹ La délimitation de ces possibilités et la reconstitution des rapports d'oppositions peut permettre de comprendre ce que fait un individu ou un groupe produisant un énoncé. Quentin Skinner estime également que participe à la définition d'un contexte d'énonciation, la détermination de ce qu'il était possible de dire à un moment donné et de la place prise par l'énonciateur dans ce champ de possibilité⁹².

Le contexte doit permettre de comprendre ce qu'essaie de faire celui qui produit l'énoncé. Dans le cas de l'article 16, il doit permettre de saisir non seulement pourquoi les patriotes adoptent

questions. » Régine ROBIN, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970, p. 271.

90 « Le lexique n'est pas une collection de termes qui se juxtaposent mais un tout structuré, un système fait d'associations et d'oppositions, chaque unité dépendant étroitement de sa position dans la chaîne lexicale, de sa position et non d'un sens univoque explicite, fixé une fois pour toutes. C'est donc pas les contextes qu'il faudra préciser le sens et la valeur d'un terme. » Régine ROBIN, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970, p. 294.

91 Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, éd. cit., p. 177.

« La question, par exemple, ne serait pas de déterminer à partir de quel moment apparaît une conscience révolutionnaire, ni quels rôles respectifs ont pu jouer les conditions économiques et le travail d'élucidation théorique dans la genèse de cette conscience ; il ne s'agirait pas de retracer la biographie générale et exemplaire de l'homme révolutionnaire, ou de trouver l'enracinement de son projet ; mais de montrer comment se sont formés une pratique discursive et un savoir révolutionnaire qui s'investissent dans des comportements et des stratégies, qui donnent lieu à une théorie de la société et qui opèrent l'interférence et la mutuelle transformation des uns et des autres. » *Ibid.*, p. 264.

92 « La question essentielle à laquelle nous sommes alors confrontés, en étudiant n'importe quel texte, est qu'est-ce que son auteur, en écrivant au moment où il a écrit, pour le public auquel il voulait s'adresser, a pu en pratique avoir l'intention de communiquer en énonçant cet énoncé particulier [...] Le "contexte" est à tort traité comme le facteur déterminant de ce qui est dit. Il doit plutôt être traité comme le cadre principal pour aider à décider de quelles significations conventionnellement reconnues, dans une société de ce type, il aurait été en principe possible pour une personne d'avoir voulu communiquer. » [T.d.A.]

« *The essential question which we therefore confront, in studying any given text, is what its author, in writing at the time he did write for the audience he intended to address, could in practice have been intending to communicate by the utterance of this given utterance. [...] The "context" mistakenly gets treated as the determinant of what is said. It needs rather to be treated as an ultimate framework for helping to decide what conventionally recognizable meanings, in a society of that kind, it might in principle have been possible for someone to have intended to communicate.* » Quentin SKINNER, « Meaning and Understanding in the History of Ideas(s) » in *History and Theory*, Vol. 8, n° 1, 1969, p. 48-49.

cet article et cette formulation, mais également ce qu'il veulent faire en l'adoptant. Quentin Skinner considère à cet égard qu'un texte ne peut s'analyser qu'en comprenant le débat plus général dans lequel il s'insère⁹³. Dans le cas de l'article 16 ce contexte ne semble pas pouvoir se limiter à la discussion ayant lieu le 26 août 1789 dans l'Assemblée nationale.

La principale objection adressée aux démarches originalistes est qu'il n'est pas possible connaître les intentions des auteurs d'un texte, spécialement quand cet auteur n'est pas un individu, mais une Assemblée de plusieurs centaines de personnes⁹⁴. L'analyse linguistique et contextualiste permet dans une certaine mesure de dépasser ce problème. L'énoncé d'un texte n'est plus compris simplement comme la somme des choix individuels des acteurs qui décident de l'adopter, mais il s'analyse comme une prise de position dans le cadre d'un contexte linguistique et politique plus large. L'analyse du texte repose alors, au-delà de l'analyse linguistique, sur la reconstitution de son contexte d'énonciation, pour comprendre ses conditions de production.

29. Pour l'étude des interprétations de l'article 16, la recherche a tenté de déterminer quel contenu est donné à cet article et à quelles fins il est invoqué. Elle s'est concentrée à la fois sur la période qui suit immédiatement l'adoption de cet article à la Révolution et sur la production constitutionnelle française, doctrinale et jurisprudentielle, depuis les années 1970 environ. Seuls les discours invoquant expressément l'article 16 ont été retenus. Là encore, une perspective contextuelle

93 « Je considère qu'établir un argumentaire est toujours argumenter contre quelqu'un ; c'est toujours raisonner pour et contre une certaine conclusion ou un plan d'action. Dès lors, l'activité d'interpréter un texte qui contient de tels raisonnements requerra de nous (pour schématiser) de suivre deux types d'approches qui me semblent fondamentalement inséparables, bien qu'elles soient souvent séparées d'une telle façon que la seconde est négligée. La première tâche est évidemment de retrouver la substance de l'argumentaire en lui-même. Si nous voulons toutefois parvenir à interpréter le texte, à comprendre pourquoi son contenu est tel qu'il est et non autrement, nous avons encore une tâche à accomplir : retrouver ce que l'écrivain peut avoir voulu dire en argumentant de la façon dont précisément il a argumenté. Pour ce faire, nous devons pouvoir rendre compte de ce qu'il *faisait* en présentant son argumentaire : quel ensemble de conclusions, quelle plan d'action, il soutenait ou défendait, attaquait ou répudiait, ridiculisait avec ironie, méprisait avec un silence polémique, et ainsi de suite sur toute la gamme des actes de langage compris dans l'acte extrêmement complexe de communication intentionnelle envisagée que tout travail de raisonnement discursif peut constituer. » [T.d.A]

« *I take that to mount an argument is always to argue with someone, is always to reason for or against a certain conclusion or course of action. This being so, the business of interpreting any text that contains such forms of reasoning will always require us (to speak over-schematically) to follow two connected lines of approach which seem to me ultimately inseparable, though they are often separated in such a way that the second is overlooked. The initial task is obviously to recapture the substance of the argument itself. If we wish, however, to arrive at an interpretation of the text, an understanding of why its contents are as they are and not otherwise, we are still left with the further task of recovering what the writer may have meant by arguing in the precise way he argued. We need, that is, to be able to give an account of what he was doing in presenting his argument: what set of conclusions, what course of action, he was supporting or defending, attacking or repudiating, ridiculing with irony, scorning with polemical silence, and so on and on through the entire gamut of speech-acts embodied in the vastly complex act of intended communication that any work of discursive reasoning may be said to comprise.* » Quentin SKINNER, « The idea of a negative liberty : philosophical and historical perspectives » in Richard RORTY, J.B. SCHNEEWIND, Quentin SKINNER, (dir.) *Philosophy in history. Essays on the historiography of philosophy*, Cambridge university press, 1984, p. 201.

94 Sur ce point voir *infra*, Chapitre 6, Section 2, § 1.

plus large est également apparue nécessaire pour saisir pleinement les idées constitutionnelles héritées des XIX^e et XX^e siècles qui teintent les lectures contemporaines de l'article 16. La détermination de ce contexte, pour la fin du XVIII^e et le XIX^e siècles, a été guidée par les travaux menée à la fois en droit constitutionnel sur l'histoire de l'enseignement de cette discipline et en histoire des idées sur les doctrines de la Contre-révolution, comme celles de Jacques Godechot⁹⁵, de Gérard Gengembre⁹⁶ et de Stéphane Rials⁹⁷. Pour les Troisième, Quatrième et Cinquième Républiques, les écrits retenus ont été ceux d'auteurs considérés comme « classiques » dans le champ du droit public.

L'étude s'est alors attachée à retrouver dans ces écrits constitutionnels des interprétations de l'article 16. Elle a été un peu plus largement étendue à la recherche dans ces écrits constitutionnels de critiques de la notion de constitution, telle qu'elle est définie par les patriotes et l'article 16. Ainsi, la référence implicite à cette définition est apparue, particulièrement dans les écrits contre-révolutionnaires, comme un élément d'explication des interprétations postérieures de l'article 16. À compter de la Troisième République, la recherche a été étendue aux références à l'article 16 dans le contexte non seulement de la définition de la constitution, mais également de l'appréhension des concepts de séparation des pouvoirs et de garantie des droits.

L'étude a pris en compte les divers débats propres au champ juridique sur l'interprétation de la Déclaration des droits pour analyser l'utilisation stratégique de l'article 16 et tenter de comprendre les normes fondées sur cet article, ainsi que ce que font ceux qui l'invoquent lorsqu'ils l'interprètent. La méthode employée pour analyser les interprétations de la constitution et celles de l'article 16 est donc la même.

IV. Sources

30. Lorsqu'une étude décide de se concentrer sur un relevé d'occurrences de termes ou d'invocation d'un article, afin de déterminer l'évolution de leur signification, se pose la question de la détermination du corpus pertinent. Pour les périodes précédant la Révolution, et celles qui lui sont postérieures, le corpus retenu est rarement exhaustif. En revanche, pour la période charnière de l'été 1789 l'objectif a été de constituer un corpus relativement exhaustif des discours tenus à propos de la constitution, dans les institutions de l'Ancien Régime et dans les États-généraux puis dans l'Assemblée nationale. Pour l'étude de l'interprétation de l'article 16, les débats de l'Assemblée

95 Jacques GODECHOT, *La contre-révolution, Doctrine et Action, 1789-1804*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1961 ;

96 Gérard GENGEMBRE, *La Contre-Révolution ou l'histoire désespérante*, Histoire des idées politiques, Imago, 1989 ; « La Contre-Révolution et le refus de la constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 55.

97 Stéphane RIALS, *Révolution et Contre-révolution au XIX^e siècle*, Diffusion Université culture, Albatros, 1987.

nationale jusqu'à la fin de la monarchie constitutionnelle ont été étudiés ainsi que, pour la période contemporaine, l'intégralité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et une sélection d'écrits doctrinaux. Enfin, pour tenter de présenter la construction des mythes attachés à l'article 16, l'étude a été étendue à des écrits publicistes parus sous la Révolution, la Restauration, la Monarchie de Juillet et les Troisième et Quatrième Républiques. Les sources sont ici présentées dans l'ordre chronologique⁹⁸.

A. Sources du XVII^e siècle et du XVIII^e siècle jusqu'à la Révolution

31. La première période considérée recouvre les XVII^e et XVIII^e siècles. Sur cette période, l'enjeu est de déterminer quelle place avait la notion de constitution et celle de société, dans les écrits de philosophie politique et dans les discours des institutions politiques.

Le premier corpus doit permettre d'identifier les emplois de constitution et de société dans le langage ordinaire. Les entrées des dictionnaires et des encyclopédies consacrées à ces notions constituent ce corpus, ainsi que l'intégralité de la quatrième édition du dictionnaire de l'Académie. La recherche des occurrences des termes de constitution et de société a été étendue à plusieurs écrits en langues française et anglaise de philosophie politique, ceux étant le plus souvent cités comme ayant participé à l'élaboration de ces notions. Cette liste a été élaborée en s'appuyant sur les ouvrages consacrés à l'histoire des idées politiques par Simone Goyard-Fabre⁹⁹, Jean Terrel¹⁰⁰, Jean-Fabien Spitz¹⁰¹ et Quentin Skinner¹⁰².

Ce corpus comprend principalement : Hotman (*La Gaule française*), Grotius (*Le droit de la guerre et de la paix*), Hobbes (*De Cive, Leviathan*), Pufendorf, dans la traduction de Barbeyrac (*Le droit de la nature et des gens*), Locke (*Two Treatises of Government*), Lawson (*An examination of the political part of Mr. Hobbs His Leviathan, Politica Sacra et Civilis*), Rousseau (*Du contrat social*), Burlamaqui (*Principes du droit politique, Principes du droit naturel*), Montesquieu (*De l'Esprit des lois*), Butel-Dumont¹⁰³, Vattel (*Le droit des gens*) et Delolme (*Constitution d'Angleterre*). Dans ce corpus, et pour chaque texte, ont été relevées les occurrences des termes de société et de constitution, en français, en anglais et parfois en latin¹⁰⁴.

98 Pour la majorité des sources l'orthographe a été modernisée.

99 Simone GOYARD-FABRE, *L'interminable querelle du contrat social*, éd. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1983.

100 Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Seuil, 2001.

101 Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001.

102 Quentin SKINNER, *The foundations of modern political thought*, 2 vol., Cambridge University Press, 1978.

103 Georges-Marie BUTEL-DUMONT, *Histoire et commerce des colonies anglaises, dans l'Amérique septentrionale. Où l'on trouve l'état actuel de leur population, des détails curieux sur la constitution de leur gouvernement, principalement sur celui de la Nouvelle-Angleterre, de la Pensilvanie, de la Caroline, de la Géorgie*, 1755.

104 Voir *infra*, Chapitre 1, Section 1, § 2.

32. Premièrement, sur la base du corpus constitué des dictionnaires, encyclopédies et écrits politiques en Français, une première recherche avant tout lexicale a été menée. Elle visait simplement à définir les différents sens des mots constitution et société au XVIII^e siècle, à la fois dans le langage ordinaire et dans celui des idées juridiques et politiques.

Deuxièmement, sur la base du corpus constitué des écrits politiques, pour chaque auteur, le concept de constitution et de société qu'ils mobilisent a été défini d'après la référence aux occurrences de ces termes, et non à un concept prédéterminé de constitution ou de société. L'objectif était d'établir comment ces discours avaient forgé les notions de constitution et de société, par l'emploi qu'ils en faisaient. Le relevé de ces occurrences a également pu éclairer la relation de ces deux termes.

33. Sur une période un peu plus étendue, un corpus secondaire a été établi pour tenter de déterminer la singularité des notions de constitution et de société vis-à-vis d'autres notions qui ont pu être considérées comme leurs précédents. En s'appuyant sur les recherches d'historiens du droit, et en particulier de celle d'André Lemaire¹⁰⁵ et de Pierre Michaud-Quantin¹⁰⁶, des précédents sémantiques¹⁰⁷ de ces termes ont pu être identifiés, sur la base desquels un corpus secondaire a pu être élaboré pour venir compléter le corpus précédent. Ce corpus complémentaire comprend notamment les traductions d'Aristote par Oresme¹⁰⁸, certains écrits de Claude de Seyssel¹⁰⁹, Nicolas de la Mare¹¹⁰, Bodin¹¹¹, ou encore Bossuet¹¹². Les occurrences des termes identifiés comme précédents sémantiques de la notion de constitution ont été recherchées afin d'en définir les contours conceptuels et de tenter d'identifier la spécificité du terme de constitution par rapport à ces précédents.

105André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907.

106Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Vrin, 1970.

107Sur cette notion, voir *infra*, Chapitre 1, Section 2, § 1.

108ORESME, traduction de ARISTOTE, *Ethiques et politiques*, 1397 ; traduction de ARISTOTE, *Le livre de politiques d'Aristote*, 1489.

109SEYSSEL, *La grand' monarchie de France, composée par mess. Claude de Seyssel lors evesque de Marseille, & depuis archevesque de Thurin, adressant au Roy treschrestien, François premier de ce nom. Avec la Loy salicque, qui est la première & principale loy des François*, Paris, Galiot du Pré, 1557.

110Nicolas de LA MARE, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prerogatives de ses magistrats ; toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent*, Tome 1, Paris, Jean et Pierre Cot, 1705.

111Jean BODIN, *Les six livres de la Republique de Jean Bodin angevin*, Genève, 1629.

112BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte, à Monseigneur le Dauphin*, ouvrage posthume, 2 vol., Paris, Pierre Cot, 1709 ; *Discours sur l'histoire universelle à Monseigneur le Dauphin pour expliquer la suite de la religion et les changements des empires*, 1681, nouvelle édition, 1873.

34. Pour la seconde période considérée, la recherche s'est concentrée sur le contexte politique français de la seconde moitié du XVIII^e siècle, en vue d'identifier quels groupes politiques se réapproprient les théories précédemment évoquées et de déterminer dans le cadre de quelles stratégies discursives ils se prévalent de la constitution. S'agissant de la notion de constitution dans les discours des Cours et Assemblées de l'Ancien Régime, la thèse Arnaud Vergne fournit une analyse approfondie de ses différents emplois. La thèse de Roger Bickart consacrée à la notion de souveraineté nationale dans les discours des parlements¹¹³ fut également très utile. Sur le plan institutionnel, la présente étude s'est appuyée sur ces importants travaux et sur les remontrances du parlement de Paris, et les textes qui les accompagnent, dans l'édition établie par Jules Flammermont¹¹⁴.

La définition du corpus, d'un point de vue doctrinal, a été guidée par les travaux d'André Lemaire¹¹⁵, l'ouvrage très complet d'Élie Carcassonne¹¹⁶, les écrits de Jean Égret¹¹⁷ et l'étude de Keith Michael Baker¹¹⁸.

Pour le contexte français, le corpus ainsi défini comprend principalement les ouvrages de Montesquieu (*L'Esprit des lois*), du parlementaire Le Paige (*Lettres historiques*)¹¹⁹, des physiocrates Quesnay¹²⁰, Du Pont de Nemours¹²¹, Le Mercier la Rivière¹²² et Victor Mirabeau¹²³, du royaliste Moreau¹²⁴, et les *Maximes du droit public*¹²⁵. Là encore, les occurrences des termes de constitution et de société ont été relevées afin de déterminer le concept qui y correspondait pour chacun de ces

113 Roger BICKART, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932.

114 *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Imprimerie nationale, 1888- 1898.

115 André LEMAIRE, *op. cit.*, 1907.

116 Élie CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, réimpression de l'édition de Paris, 1927.

117 Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970 ; *La Prérévolution française, 1787-1788*, P.U.F., Paris, 1962 ; *Les derniers états du Dauphiné. Romans (septembre 1788 – janvier 1789)*. Thèse complémentaire pour le doctorat, Grenoble, 1942.

118 Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, 1993.

119 Adrien LE PAIGE, *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du parlement ; sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du Royaume*, première partie, 1753, seconde partie, 1754.

120 François QUESNAY, *Le droit naturel*, 1765 ; *Despotisme de la Chine in Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 3 à 6, Paris, Lacombe, 1767.

121 Pierre-Samuel DU PONT DE NEMOURS, Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, Étienne CLAVIÈRE, *Œuvres posthumes de M. Turgot ou Mémoire de M. Turgot sur les Administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce Plan, et des Observations d'un Républicain sur ces Mémoires ; et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces Administration dans les Monarchies*, Lausanne, 1787, BN Lb39-370 ; Pierre Samuel DU PONT DE NEMOURS, François QUESNAY, *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain, recueil publié par Du Pont*, 1768-1769.

122 LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1767.

123 Victor Riqueti de MIRABEAU, *Éloge historique de Sully in Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 7 et s., Paris, Lacombe, 1770 .

124 Jacob-Nicolas MOREAU, *Les Devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice dédié au Roi*, 1775 ; *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française, précédé de l'historique de toutes nos assemblées nationales, dans deux mémoires, où l'on établit qu'il n'est aucun changement utile dans notre Administration, dont cette Constitution même ne nous présente les moyens*, Paris, 1789, 2 vol., BN Le4-61.

125 Claude MEY, *Maximes du droit public français (2e éd.)*, tirées des capitulaires, des ordonnances du royaume et des autres monuments de l'histoire de France, 1775.

auteurs, ainsi que l'usage stratégique qu'ils en faisaient.

35. La période la Prérévolution a fait l'objet d'une étude plus approfondie. La détermination des sources institutionnelles pertinentes pour cette période s'est faite, pour l'essentiel, sur la base des travaux de Jean Égret¹²⁶ et de François Olivier-Martin¹²⁷.

Le corpus ainsi déterminé comprend, le procès-verbal des deux Assemblées de Notables¹²⁸, les documents relatifs à la séance royale du 19 novembre 1787 et au lit de justice du 8 mai 1788, ainsi que les arrêtés de résistance, remontrances et mémoires adoptés par diverses institutions de l'Ancien Régime (cours, parlements, États provinciaux et Assemblée du Clergé) et les actes royaux cassant ces résistances. L'étude utilise les sources ayant fait l'objet d'une publication contemporaine de la Prérévolution et les recueils établis par Jules Flammermont¹²⁹ et Isambert¹³⁰.

Elle s'appuie enfin sur un ensemble de brochures commentant ces événements. L'objectif était d'en consulter un nombre suffisamment important pour pouvoir identifier des arguments et raisonnements revenant fréquemment, afin de déterminer une tendance générale. Les brochures ont été sélectionnées selon deux critères. Le premier est quantitatif : celles qui avaient « constitution » dans leur titre ont été consultés. Le second est qualitatif : à cette liste ont été ajoutées les brochures ayant un intérêt historique national ou local, cet intérêt étant déterminé par les travaux historiques consacrés à la période considérée. Des brochures Volney, Rabaut Saint-Étienne, Lanjuinais, Condorcet et Target ont été consultées, aussi bien que des brochures anonymes ou d'auteurs peu connus. À ces sources toutes publiées s'ajoute la correspondance de Brissot qui offre une claire représentation du caractère délibéré et organisé de la stratégie discursive visant à invoquer la notion de constitution à des fins politiques au cours de la Prérévolution¹³¹.

B. Sources de la Révolution

36. Pour la période des débuts de la Révolution, l'étude a privilégié la recherche des sources

126Jean ÉGRET, « La Fayette dans la première Assemblée des Notables (Février-Mai 1787) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 125, Janvier-Mars 1952, Armand Colin, p. 1-31 ; Jean ÉGRET, « La seconde Assemblée de Notables (6 novembre - 12 décembre 1788) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 115, Juillet- Septembre 1949, Armand Colin, p. 193-228 ; Jean ÉGRET, « La dernière assemblée du Clergé de France (5 Mai-5 Août 1788) » in *Revue Historique*, T. 219, Fasc. 1 (1958), P.U.F. pp. 1-15.

127François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997.

128Procès-verbal de l'assemblée de notables, tenue à Versailles en l'année MDCCLXXXVII, Imprimerie Royale, Paris, 1788, disponible sur Gallica et *Procès-verbal de l'assemblée de notables, tenue à Versailles en l'année MDCCLXXXVIII*, Imprimerie Royale, Paris, 1789, disponible sur Gallica.

129*Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, publiées par Jules FLAMMERMONT, tome troisième, 1768-1788, Imprimerie nationale, 1898.

130*Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par MM. JOURDAN, DECRUSY, ISAMBERT, 29 vol., 1821-1833, spéc. vol. 28.

131Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *J.-P. Brissot mémoires (1754-1793), [suivi de] correspondance et papiers*, publié avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, 3 vol., 1912.

permettant de comprendre le débat institutionnel ayant lieu à partir de la décision de réunir les États-généraux jusqu'à l'adoption de l'article 16. La campagne des pamphlets se déroulant à compter de l'annonce de la réunion des États-généraux a été étudiée sur la base d'un ensemble de brochures sélectionnée d'après les critères évoqués précédemment. Des écrits de Brissot et Mounier ont été étudiés à côté de ceux d'auteurs peu connus ou anonymes. La volonté d'identifier les arguments couramment employés a conduit à placer sur le même plan des écrits considérés comme mineurs et des ouvrages considérés comme plus importants dans l'histoire des idées politiques. Le pamphlet de Sieyès *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, qui a fait l'objet de nombreuses études, n'a pas été placé au centre de l'étude afin de ne pas attribuer à un mouvement politique complexe les idées d'un seul homme. L'étude conjointe d'écrits considérés comme mineurs et d'oeuvres ayant eu une autre postérité permet de se forger une meilleure idée du climat intellectuel de cette période.

Ensuite, la recherche s'est concentrée sur le débat entre le Roi, les Ordres privilégiés et les députés du Tiers en étudiant aussi bien les publications officielles de ces différentes institutions que des documents n'ayant pas le même statut, mais permettant de comprendre les discussions ayant lieu en leur sein.

37. S'agissant des débats dans les États-généraux et l'Assemblée nationale, l'impossibilité de s'en remettre aux *Archives parlementaires* implique de s'appuyer sur un ensemble de sources hétérogènes. L'étude de ces sources, jusque là peu connues des juristes, permet de renouveler utilement l'étude de la notion de constitution dans les débuts de l'Assemblée nationale et notamment de prendre en compte la position défendue par les privilégiés au cours de cette période.

Antoine de Baecque, en s'appuyant sur une méthodologie historique rigoureuse, a reconstitué le débat sur les droits de l'homme dans l'Assemblée¹³². Cet ouvrage a été d'une aide précieuse. Néanmoins, pour aborder la question de la signification de l'article 16, il est apparu nécessaire d'étendre les recherches au-delà des débats strictement consacrés à la Déclaration, pour s'intéresser à ceux ayant pour objet de discuter la constitution, non pas simplement au sein de l'Assemblée nationale, mais également dans les chambres des Ordres privilégiés, ainsi que dans les conférences conciliatoires organisées en vue de déterminer les modalités de vérification des pouvoirs.

Le choix des sources s'est appuyé sur les travaux des historiens de la Révolution, et

¹³²Antoine de BAECQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988.

notamment ceux de Georges Lefebvre, d'Anne Terroine¹³³ et d'Antoine de Baecque¹³⁴. Il s'agit des collections de lois et recueils établis après la Révolution (1), des procès-verbaux (2), des discours, des motions et des projets de déclaration (3), enfin des journaux et mémoires (4).

1. Les collections de lois et recueils

38. Pour l'ensemble des textes relatifs à la législation, l'étude s'est essentiellement appuyée sur la collection Baudoin¹³⁵ qui fournit l'ensemble des décrets, arrêtés et déclarations de l'Assemblée des communes et de l'Assemblée nationale. Elle s'est, de manière accessoire référée, pour les actes émanant du Roi, à la collection du Louvre¹³⁶ et la collection Duvergier¹³⁷. Sur la convocation des États-généraux, il a été utile de se référer au recueil d'Armand Brette¹³⁸. À ces recueils, s'est ajoutée la consultation d'actes imprimés par l'imprimerie royale ou l'imprimerie de l'Assemblée nationale, consultables à la Bibliothèque nationale.

Sur les deux séances royales du 5 mai et du 23 juin 1789, l'étude s'est référée au *Recueil relatifs aux séances des États-généraux*¹³⁹ élaboré par Georges Lefebvre, Anne Terroine et Olga

133« Des trois Ordres, la Noblesse seule tint, dès le début, procès-verbal de ses séances. Le Clergé chargea l'un de ses secrétaires provisoires de tenir un journal, se réservant de le transformer en compte rendu officiel lorsque l'Ordre serait constitué ; ce jour ne vint jamais : le Journal de Thibault, curé de Souppes et député du bailliage de Nemours, nous est conservé et on l'a publié de nos jours ; mais il n'existe pas de procès-verbal authentique du Clergé. Quand au Tiers-état, soucieux d'éviter qu'on pût le représenter comme organisé en ordre distinct, il n'adopta aucun procédé provisoire, et ce fut seulement après qu'il eut pris, le 12 juin, l'initiative de vérifier les pouvoirs de tous les députés sans distinction, en donnant défaut contre les non-comparants, que commença la rédaction d'un *Procès-verbal des séances des députés des Communes*, auquel succéda, à partir du 17, celui de l'Assemblée nationale. Le 10 décembre, un décret désigna, il est vrai, trois commissaires pour établir un *Récit des séances des députés des communes depuis le 5 mai 1789 jusqu'au 12 juin suivant* : bien qu'authentifié par l'Assemblée constituante, il ne présente pourtant pas le caractère d'un procès-verbal proprement dit.

« D'autre part, les procès-verbaux que nous possédons – et la remarque vaut d'ailleurs pour tous ceux des assemblées révolutionnaires – diffèrent profondément d'un compte rendu sténographique : ils sont brefs et incomplets ; ils s'abstiennent de nommer les orateurs et les auteurs des motions qu'ils signalent.

« Le recours à des sources complémentaires est donc indispensable. Si les papiers des assemblées, conservés dans la série C des Archives nationales, se recommande naturellement à l'attention, la contribution fondamentale provient de la presse, ainsi que des rapports et discours imprimés par ordre des assemblées ou sur l'initiative particulière de leurs membres. » Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, mai - juin 1789*, Tome 1, vol. 1, CNRS, 1953-1962, Préface, p. V-VI.

134Antoine de BAECQUE, « Le débat des droits de l'homme à l'Assemblée constituante juillet-août 1789 » in *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 51.

Voir également François-Alphonse AULARD, *Histoire politique de la Révolution française, origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, 2 vol., Armand Colin, 1901, Avertissement.

135Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale, et sanctionnés ou acceptés par le Roi.

Pour une brève histoire de la collection Baudoin et des références relatives à cette dernière, voir <http://collection-baudouin.univ-paris1.fr/accueil/historique-de-la-collection-baudouin/>. Elle a été intégralement numérisée et retranscrite et est disponible en ligne <http://collection-baudouin.univ-paris1.fr/decrets-lois/>.

136Collection générale des lois, proclamations, instructions et autres actes du pouvoir exécutif publiés pendant l'Assemblée nationale constituante et législative, depuis la convocation des États-généraux jusqu'au 31 décembre 1791.

137Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnance, Règlements, avis du Conseil-d'État publiée sur les éditions officielles du Louvre ; de l'imprimerie nationale, par Baudoin ; et du Bulletin des Lois.

138Armand BRETTE, *Recueil de documents relatifs à la convocation des États généraux de 1789*. tome 1(-4), Paris, Imprimerie nationale, 1894.

139Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, 2 tomes, 4 volumes, CNRS, 1953-1962.

Ilovaïsky. Ce même recueil fut consulté quant aux séances de l'Ordre de la Noblesse¹⁴⁰. Ces recueils contiennent notamment des pièces inédites n'ayant pas fait l'objet d'une publication par ailleurs. Ils sont accompagnés d'un appareil critique conséquent permettant une meilleure appréhension du contexte historique.

2. Les procès-verbaux

L'Assemblée des députés du Tiers commence à tenir un procès verbal à compter du 12 mai. Il est intitulé procès-verbal de l'Assemblée des communes, et devient, à compter du 17 et de sa constitution en Assemblée nationale, le *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*. Ainsi, du 5 mai au 12 juin aucune source officielle provenant de l'Assemblée des députés du Tiers n'existe. Un *Récit des Séances des Députés des Communes depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant*¹⁴¹ fut rédigé sur ordre de l'Assemblée mais ce décret ne date que du 10 décembre 1789, ce récit a donc fait l'objet d'une écriture largement postérieure au déroulement des faits. En outre, le procès-verbal établi par les députés du Tiers, puis l'Assemblée nationale est très bref et factuel, car l'Assemblée a refusé une retranscription des débats, qui serait venue affaiblir son autorité¹⁴². Sont également annexés, à certaines séances, dans la publication du procès-verbal de l'Assemblée nationale, des discours, rapports et motions dont la sélection est certainement imputable à l'archiviste Camus.

Le *Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs*, aussi appelé conférences conciliatoires, a également fait l'objet d'une publication¹⁴³. Au cours de ces séances, les représentants des députés des trois Ordres, et les ministres du Roi, ont tenté de s'accorder sur les modalités de la vérification des pouvoirs. La discussion sur cette question est l'occasion d'un vif

140Olga ILOVAÏSKY, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, mai-juin 1789, tome 2, Les séances de la Noblesse 6 mai-16 juillet*, 2 vol., 1974-1983.

141*Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France, Tenues en l'année 1789 et suivantes ; Précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789*, Tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1791, BN Le27-13, p. 1-162.

142Cette idée est rejetée une première fois les 20 et 22 mai « M. de la Borde de Méréville a fait une motion pour proposer de nommer 24 membres de l'assemblée pour travailler provisoirement à un journal de l'ordre du tiers, afin de constater tout ce qui s'était passé depuis l'ouverture des états, et en rendre un compte public. [...] Cette motion été discutée jusqu'à la fin de la séance ; surlendemain [...] on la discuta encore. M. Crémère, marchand de fer à Vendôme la rejeta, en exposant qu'un semblable journal serait dangereux en faisant la censure de tous les députés. / On alla aux voix, et la motion de M. de Méréville fut rejetée à la pluralité. » États-Généraux, *Lehodey*, I, p. 50.

Elle est à nouveau rejetée le 23, « L'Auteur [Target d'après États-Généraux, *Lehodey*, I, p. 50] a consenti à cette réduction, d'après laquelle son amendement, qu'il a de nouveau soutenu, s'est borné à ce que, dès à présente, un Journal clair, simple et précis, fût rédigé par deux ou quatre personnes choisies par les autres Membres de l'Assemblée, lequel Journal public par la voie de l'impression, et envoyé aux Constituants dans tous les Bailliages, contiendrait le récit fidèle de tous les actes et de toutes les démarches que feraient les Députés des Communes pour parvenir à la réunion des Ordres. » *Récit des séances*, p. 42.

« Un honorable membre exposa que si le procès-verbal était sec et net, il était de peu d'utilité ; que si l'on se permettait des réflexions, les rédacteurs devenaient les censeurs de l'assemblée, que cela aigrirait les esprits, que le meilleur parti était le silence. » États-Généraux, *Lehodey*, I, p. 50.

143*Idem*, p. 189-296.

débat sur la constitution, où chacun défend sa position.

L'Ordre de la Noblesse, s'étant constituée dès le 11 mai 1789, tient un Procès-verbal du 6 mai au 11 juillet 1789 qui fut également publié¹⁴⁴. Pour l'Ordre du Clergé, un journal a été tenu par un de ses membres, qui devait servir de procès-verbal lorsque cet Ordre se serait constitué, mais cet événement n'ayant jamais eu lieu le journal des débats n'a jamais été revêtu d'un caractère officiel. Il a néanmoins fait l'objet d'une publication¹⁴⁵.

3. Les discours, motions et projets de déclaration

39. À côté de ces procès-verbaux, qui ne retracent pas précisément les débats, différents discours publiés ont été consultés. Les discours étaient souvent réécrits et parfois largement modifiés avant leur publication, ils étaient même occasionnellement écrits *a posteriori*. Leur publication ne permet donc pas d'établir qu'ils ont été prononcés tels quels. Néanmoins, ces textes offrent une indication du type d'arguments utilisés. Ils permettent, dans une certaine mesure, de reconstituer le système de la discursivité.

Pour les séances de l'Ordre de la Noblesse et du Clergé, plusieurs discours et déclarations publiés ont pu être consultés à la Bibliothèque nationale. Pour l'Assemblée nationale, les textes imprimés – discours, rapports et motions – consacrés à la Déclaration et à la constitution et relatifs aux séances des mois de mai à août 1789, ont été consultés. Une partie d'entre eux est annexée aux procès-verbaux de l'Assemblée nationale. La majorité de ce corpus a été constitué par ceux se trouvant à la Bibliothèque nationale. Enfin, des recherches menées aux Archives nationales dans la série AD/XVIIIc, dite Camus, ont permis de trouver des motions – en l'occurrence des projets de déclaration – inédites à ce jour. Les recherches menées tant à la Bibliothèque nationale qu'aux Archives nationales ont permis de trouver près d'une dizaine de projets de déclaration émanant de membres de l'Assemblée et ne se trouvant pas dans les recueils déjà établis et publiés¹⁴⁶.

4. Les journaux et mémoires

40. Pour prendre connaissance des débats, la recherche s'est appuyée principalement sur deux journaux paraissant sur cette période : le *Journal des États-Généraux*¹⁴⁷ publié par Le Hodey et *Le Point du Jour*, publié par Barrère¹⁴⁸. Elle s'est parfois référée au *Courrier de Provence* de Mirabeau,

144 Procès-verbal des séances de la chambre de l'ordre de la noblesse, aux États généraux, tenues à Versailles en 1789, 1792.

145 Ouverture des États-Généraux, Procès-Verbaux et récit des Séances des Ordres du Clergé et de la Noblesse jusqu'à leur réunion à l'Assemblée Nationale, Paris, Imprimerie Nationale, 1791, BN Le27-6.

146 Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", 1988 ; Antoine de BAËCQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'an 1 des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988.

147 *Journal des États-Généraux, convoqués par Louis XVI, le 27 avril 1789, ouvrage accueilli et très intéressant où se trouvent toutes les Motions, Délibérations, Discours, et opérations de l'Assemblée, séance par séance.*

148 *Le Point du Jour, ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'Assemblée Nationale.*

au *Courrier de Versailles*¹⁴⁹ et au *Patriote français* de Brissot¹⁵⁰, qui paraît à partir du 28 juillet 1789, ainsi qu'à d'autres brochures visant à donner un récit des débats dans l'Assemblée. Elle s'est enfin servie du journal de Duquesnoy¹⁵¹ et quelques lettres de Maupetit¹⁵².

C. Sources de la Contre-révolution, de la Restauration et de la Monarchie de Juillet

41. L'étude des écrits de la Contre-révolution, de la Restauration et de la Monarchie de Juillet vise à déterminer l'évolution de la signification de la notion de constitution, et la manière dont cette évolution a influencé la doctrine constitutionnaliste des Troisième, Quatrième et Cinquième Républiques.

Ont été étudiées plusieurs déclarations des frères du Roi, les futurs Louis XVIII et Charles X¹⁵³, édictées avant la Restauration. Pour la doctrine de la Contre-révolution, la détermination du corpus s'est appuyée sur les travaux de Jacques Godechot¹⁵⁴, Gérard Gengembre¹⁵⁵ et Stéphane Rials¹⁵⁶, ainsi que sur les renvois de certains écrits à d'autres ouvrages. Il comprend principalement les ouvrages d'Edmund Burke¹⁵⁷, de Bonald¹⁵⁸ et de Maistre¹⁵⁹, auxquels s'ajoutent deux ouvrages écrits par d'anciens magistrats *Le rétablissement de la monarchie*, paru 1793, et le *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, paru en 1795.

Le choix des écrits des premiers constitutionnalistes a été guidé à la fois par les travaux sur

149 *Le Courrier de Versailles à Paris et de Paris à Versailles* par M. Gorsas, citoyen de Paris, 1789.

150 *Le Patriote français : journal libre, impartial et national par une société de citoyens, dirigé par J. P. Brissot de Warville*, 1789.

151 Adrien DUQUESNOY, *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, publ. pour la Société d'histoire contemporaine par Robert de Crèvecoeur, Tome 1, Paris, 1894.

152 Lettres de Michel-René MAUPETIT, député à l'Assemblée nationale, 1789-1791, *Bulletin de la commission historique et archéologique de la Mayenne*, 2e série, XVIII-XIX, 1902-1903.

153 *Lettre de Monsieur, et de M. le comte d'Artois, au Roi leur frère, avec la déclaration signée à Pilnitz le 27 août 1791, par l'Empereur et le Roi de Prusse, Lettre au Roi par M. le Prince de Condé, M. le Duc de Bourbon, M. le Duc d'Enghien*, 10 septembre 1791 ; *Déclaration du régent de France*, 28 janvier 1793, BN Lb41-508 ; *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955 ; *Déclaration du Roi, Saint-Ouen*, 2 mai 1814, BN Lb45-99.

154 Jacques GODECHOT, *La contre-révolution, Doctrine et Action, 1789-1804*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1961 ;

155 Gérard GENGEMBRE, *La Contre-Révolution ou l'histoire désespérante*, Histoire des idées politiques, Imago, 1989 ; « La Contre-Révolution et le refus de la constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 55.

156 Stéphane RIALS, *Révolution et Contre-révolution au XIX^e siècle*, Diffusion Université culture, Albatros, 1987.

157 Edmund BURKE, *Reflections on the revolution in France, and on the proceedings in certain societies in London, relative to that event in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris, by the right honourable Edmund Burke*, Londres, 1790 ; *Réflexions sur la Révolution de France et sur les procédés de certaines sociétés à Londres relatifs à cet événement, en forme d'une lettre qui avait dû être envoyée d'abord à un jeune homme à Paris, par le right honourable Edmund Burke*. Traduit de l'anglais sur la troisième édition en 364 pages, 1810-1820.

158 BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*, par M. de B***, 1796 ; *Pensées sur divers sujets, et discours politiques*, Paris, 1817 ; *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : "Considérations sur les principaux événements de la Révolution française"*, Paris, 1818 ; *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société ; Méditations politiques tirées de l'Évangile*, Paris, 1830.

159 MAISTRE, *Considérations sur la France*, seconde édition, revue par l'Auteur, Londres, mars 1797 ; *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Saint-Petersbourg, 1814.

l'enseignement du droit constitutionnel, et par la recherche de manuels de droit constitutionnel écrits à la Restauration par des auteurs peu connus. Ce corpus comprend notamment des écrits de Constant¹⁶⁰, Berriat-Saint-Prix¹⁶¹, Henrion de Pansey¹⁶², Ortolan¹⁶³, Fritot¹⁶⁴ et Rossi¹⁶⁵.

D. Sources de la Troisième, Quatrième et Cinquième Républiques

42. Pour les Troisième et Quatrième Républiques, le choix des sources a été mené à la fois par la recherche de développements consacrés à l'article 16 dans les ouvrages des auteurs de la doctrine dite « classique », et par la consultation des premiers ouvrages exclusivement consacrés à la séparation des pouvoirs. Le corpus finalement constitué comprend les ouvrages de Aucoc¹⁶⁶, Fuzier-Herman¹⁶⁷, Saint-Girons¹⁶⁸, Carré de Malberg¹⁶⁹, Duguit¹⁷⁰, Hauriou¹⁷¹, Esmein¹⁷², Vedel¹⁷³, Ducrocq¹⁷⁴, Joseph-Barthélemy et Duez¹⁷⁵.

Pour la Cinquième République, l'ensemble des manuels de droit constitutionnel publié depuis 2017 ont été consultés pour y relever les références à l'article 16. L'étude s'est également référée à l'intégralité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ainsi qu'aux travaux considérés comme déterminants pour l'évolution de cette même jurisprudence relative à l'article 16.

Plan.

43. L'étude est d'abord consacrée à l'origine de l'article 16 ; ce terme se prend ici dans le sens des circonstances de l'apparition d'un phénomène. Elle a pour objet de comprendre comment les

160 Benjamin CONSTANT, *Des réactions politiques par Benjamin Constant, seconde édition, augmentée de l'examen des effets de la terreur*, An V (1797) ; *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle par Benjamin de Constant*, Paris, 1814 ; *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France ; par M. Benjamin Constant, Conseiller d'État*, Paris, mai 1815 ; *De la doctrine politique, qui peut réunir les partis en France, par M. Benjamin de Constant*, Paris, décembre 1816.

161 BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, 1836.

162 HENRION DE PANSEY, *Des pairs de France et de l'ancienne Constitution française, par M. le président H. d. P.*, Paris, 1816.

163 ORTOLAN, *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle : cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, 1831.

164 FRITOT, *Cours de droit naturel, public, politique et constitutionnel*, Paris, 1827, 2 vol.

165 ROSSI, *Cours de droit constitutionnel : année scolaire 1835-1836, semestre d'été*, 1836.

166 Léon AUCOC, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879.

167 Édouard FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, 1880.

168 Antoine SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881.

169 Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à théorie générale de l'État*, Sirey, 1920.

170 Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., 5 vol., 1927-1928 ; « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 99, 336 et 567.

171 Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Recueil Sirey, Paris, 1930.

172 Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 1909.

173 Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949.

174 Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., 2 vol., Paris, 1881.

175 JOSEPH-BARTHÉLEMY, Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933 ; JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, 4^e éd., Dalloz, 1938.

mots de l'article 16 sont apparus dans le vocabulaire philosophique et politique et ce qui a justifié l'emploi d'une nouvelle terminologie. L'étude propose de considérer que l'article 16 a pour origine les mutations des conceptions du pouvoir politique et l'invention de la notion de constitution aux XVII^e et XVIII^e siècles. (*Partie 1*)

Le relevé des occurrences des notions de constitution et de société dans les dictionnaires, les encyclopédies et les écrits politiques ont fait apparaître le lien intime qui lie l'apparition de ces deux notions dans le champ de la philosophie politique. Le concept de « constitution de la société » apparaît ainsi comme une création des philosophes jusnaturalistes et contractualistes. (*Chapitre 1*)

En France, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, trois constitutionnalismes co-existent, s'allient parfois en même temps qu'ils entrent en concurrence. La notion de constitution, conceptualisée par les philosophes jusnaturalistes et contractualistes, est introduite en France et adaptée à ce contexte politique. Elle est d'abord utilisée par ceux qui défendent les parlements et leurs prérogatives, mais les soutiens du Roi ne tardent pas à procéder à la redéfinition de cette notion en faveur de l'autorité royale. Elle est enfin invoquée par certains pour dénoncer le fonctionnement de l'Ancien Régime et le critiquer. Le développement de ces trois constitutionnalismes parlementaire, royaliste et patriote, a eu une influence sur la place qu'a pris la notion de constitution dans l'Ancien Régime, sur la valeur positive attachée à cette notion, ainsi que sur sa définition. (*Chapitre 2*)

44. L'idéologie patriote, reposant sur le rejet de société corporatiste, la promotion de l'individualisme et de la souveraineté nationale parvient à faire prévaloir sa conception de la constitution à la Révolution. L'adoption de l'article 16 est la consécration de cette conception. (*Partie 2*)

À compter de l'été 1788, les constitutionnalismes se redéfinissent. Alors que le parti parlementaire avait progressivement embrassé le constitutionnalisme patriote, plusieurs parlements changent de doctrines. Plusieurs membres des Ordres privilégiés s'expriment au sein d'institutions ou à titre personnel pour réclamer en faveur d'une constitution antique. Un nouveau constitutionnalisme apparaît, peu intéressé par les droits des parlements, il se concentre sur la séparation et l'indépendance des Ordres. Ce constitutionnalisme peut être qualifié de conservateur. Le libéralisme des privilégiés se distingue alors clairement de celui des patriotes. Il se produit donc un schisme au sein du constitutionnalisme libéral, qui se résout par la victoire du parti patriote à la fois sur le parti conservateur et sur le Roi. (*Chapitre 3*)

L'adoption de l'article 16 de la Déclaration vise à déterminer publiquement et légalement la définition de la notion de constitution. Il est le symbole de la victoire des patriotes, qui consignent,

dans un texte à forte portée symbolique, la seule signification acceptable de la notion de constitution. L'article 16 se comprend par conséquent dans le cadre d'un débat sur la notion de constitution. Il est une prise de position que ses auteurs espèrent définitive dans le cadre d'une discussion qui dépasse largement celle qui se déroule à l'Assemblée le 26 août 1789. Il reflète la conception patriote du pouvoir politique, héritée notamment des théories jusnaturalistes et contractualistes. (*Chapitre 4*)

45. Enfin, ces recherches permettent de mettre en évidence le caractère essentiellement mythique des significations attribuées à l'article 16 au regard de sa signification originelle. (*Partie 3*)

Les lectures de l'article 16 en théorie politique sont souvent largement teintées par des théories s'étant développées après son adoption. Les diverses constructions doctrinales de XIX^e et XX^e siècles se stratifient alors sur la signification originelle de l'article 16 qui s'estompe largement pour laisser place à des préoccupations contemporaines de celle ou celui qui l'interprète. (*Chapitre 5*)

Un tel constat est d'autant plus frappant s'agissant de l'interprétation de l'article 16 en tant que norme constitutionnelle. Dans ce contexte, le but de l'interprète n'est généralement pas de replacer cet article dans le cadre d'une histoire intellectuelle et politique, mais de déduire une norme constitutionnelle de cette disposition générale. La distance avec la signification originelle de l'article est alors encore plus grande et il remplit, en contentieux constitutionnel, une fonction assez éloignée de son sens initial. (*Chapitre 6*)

Partie 1. L'origine de l'article 16 : les mutations des conceptions du pouvoir politique et l'invention de la constitution aux XVII^e et XVIII^e siècles

Toute l'histoire lexicale et conceptuelle de la pensée politique est encore à découvrir.

Émile BENVENISTE¹⁷⁶

46. La notion de constitution de la société est au cœur de l'article 16 de la Déclaration qui contient l'idée, d'une part, qu'une société doit avoir une constitution et, d'autre part, que la constitution est relative à la société et non à la monarchie, à l'empire ou au royaume. L'émergence de la notion de constitution, en France, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle est le résultat d'une profonde mutation des conceptions du pouvoir politique qui se traduit tant dans les doctrines politiques développées aux XVII^e et XVIII^e siècles que dans les actes et discours des institutions de l'Ancien Régime.

La recherche des occurrences de la notion de constitution et de société dans les dictionnaires, les encyclopédies spécialisées et les écrits politiques fait apparaître la manière dont ces notions émergent et se construisent dans une dépendance mutuelle pour exprimer l'idée d'un ordre politique artificiel, créé volontairement. La recherche des occurrences du terme de constitution, dans les discours des théoriciens de la monarchie française et les acteurs de l'Ancien Régime, révèle leur capacité à se saisir de cet appareil théorique pour développer des constitutionnalismes empruntant à ces théories et les adapter à leurs revendications.

¹⁷⁶« Deux modèles linguistiques de la cité », *Problèmes de linguistique générale*, II, Gallimard, 1974, p. 272.

47. La notion de constitution de la société est une invention des XVII^e et XVIII^e siècles. La recherche des occurrences du terme de constitution et de société dans les dictionnaires, les encyclopédies et les écrits philosophiques de cette période met en lumière leur origine jusnaturaliste. Le recours à ces notions atteste du changement de paradigme dans la conception du pouvoir politique. L'État est progressivement conçu comme un artefact créé par des individus libres et égaux : le terme de société permet d'exprimer cette idée. Le pouvoir politique est également conçu comme limité et établi par un acte de la société : la constitution désigne cet acte (chapitre 1).

L'article 16, contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, fut fortement inspiré par ces considérations tirées des principes du droit naturel. Néanmoins, la recherche de l'emploi du terme constitution et des invocations du droit naturel et de la raison dans les discours des institutions politiques de l'Ancien Régime révèlent également que les références à ce nouveau courant idéologique ne sont pas simplement l'œuvre des « révolutionnaires de 1789 ». Les notions de raison, de droit naturel et de constitution, très fréquemment associées à celle de nation, forment un appareil idéologique dont se saisissent d'abord les parlements d'Ancien Régime, puis, en réaction à ce mouvement de résistance, le Roi et ses ministres. L'Ancien Régime ne connaît donc pas de notion de « constitution traditionnelle » ou de « constitution coutumière »¹⁷⁷ au sens où cette constitution ne serait que la continuation de la théorie des lois fondamentales¹⁷⁸. L'invocation de la constitution, du droit naturel et de la raison est initialement conçue comme un outil de résistance politique face au pouvoir royal. Une fois ces thèmes devenus incontournables, le Roi et ses ministres se les réapproprient pour les redéfinir en leur faveur. Ces notions entrent donc dans les discours institutionnels français en raison de la résistance parlementaire. Au fur et à mesure que cette résistance s'intensifie, les discours des privilégiés se rapprochent des thèses des patriotes. La seconde moitié du XVIII^e siècle voit donc émerger trois constitutionnalismes en France : celui des parlementaires, celui des patriotes et enfin celui des royalistes (chapitre 2).

177 Sur ce présupposé voir *infra* Chapitre 5, Section 1.

178 Sur cette notion voir notamment André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907 ; François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997.

Chapitre 1. La constitution de la société, une création des philosophes jusnaturalistes et contractualistes

48. Afin de déterminer la signification de l'article 16, il apparaît nécessaire de le replacer dans son contexte d'énonciation, et en particulier de comprendre comment et dans quels discours émerge la notion de constitution de la société aux XVII^e et XVIII^e siècles.

La recherche des occurrences des termes de constitution et de société, d'une part, dans les dictionnaire et encyclopédies du XVII^e et XVIII^e siècles et, d'autre part, dans les écrits des philosophes de cette même période permet de rendre compte des différentes significations de ces termes autant que de leur construction conceptuelle.

En dehors des dictionnaires et encyclopédies, la sélection des ouvrages dans lesquelles les recherches ont été effectuées est fondée sur la reconstitution d'un réseau d'intertextualité entre les écrits philosophiques du XVII^e et XVIII^e siècles relatifs à la notion de constitution de la société. En français, la définition de la constitution donnée par Vattel eut un très grand succès et fut reprise par de nombreux dictionnaires et encyclopédies. Néanmoins, elle est, pour l'essentiel, une reprise de définitions antérieures comme celle de Burlamaqui, qui reprenait lui-même la traduction que Barbeyrac donna de Pufendorf. Ces derniers discutaient les écrits de Hobbes. En Anglais, Lawson publie ses écrits comme des réponses directes aux travaux de Hobbes ; et ses écrits influencèrent Locke. Hobbes comme Pufendorf se référaient pareillement à Grotius. D'une manière générale, ces auteurs considèrent Cicéron comme Aristote comme des classiques s'agissait de la définition de la société. De même, Hotman apparaît comme une référence pour les théoriciens contractualistes comme Locke. Ce dernier reconnaît également sa dette à l'égard de Pufendorf et, en retour, Barbeyrac, le traducteur de Pufendorf, se réfère fréquemment à Locke et fut certainement influencé par lui dans son emploi des termes de constitution et de société dans la traduction qu'il donne des œuvres de Pufendorf. L'ensemble de ces écrits peut donc s'analyser comme un réseau de circulation des notions de constitution et de société qu'ils définissent. L'étude de l'intertextualité des écrits de

philosophie politique permet ainsi de révéler la co-construction des notions de constitution et de société dans le contexte d'un changement de paradigme dans la conception du pouvoir politique et de la production normative. Ce réseau de textes permet de faire apparaître l'émergence de la notion de constitution de la société et son caractère novateur dans le contexte des XVII^e et XVIII^e siècles.

Les termes de constitution et de société sont développés et conceptualisés simultanément et en relation l'un par rapport à l'autre. Au cours de cette période, d'une part, la notion de constitution connut une extension de ses significations et la société fut théorisée comme un artefact résultant d'un contrat (section 1). D'autre part, le terme de constitution fut employé pour désigner l'acte fondateur de cette société et cette conceptualisation permit d'inventer une nouvelle hiérarchie des normes (section 2).

Section 1. L'extension des significations de la notion de constitution et l'invention d'une conception contractualiste et artificielle de la société aux XVII^e et XVIII^e siècles

49. Comme l'écrit Ferdinand Brunot à propos du mot « social », il faut « se garder avec le plus grand soin de confondre l'histoire des mots et l'histoire des choses, et la raison principale en est que souvent il ne s'agit point véritablement d'idées nouvelles. Il ne se lève pas d'astres nouveaux dans la nuit, mais, à contempler fixement ceux qui avaient toujours lui, les observateurs les voient jeter de nouveaux feux. »¹⁷⁹

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, la notion de constitution fait l'objet de nouveaux emplois en philosophie. Ce terme polysémique permet de désigner aussi bien un processus créateur, qu'un ordre ou une norme. Son utilisation dans le champ philosophique dénote l'évolution des conceptions du pouvoir politique et des sources du droit autant qu'il conduit à l'extension des significations de ce terme. Ce nouvel investissement de la notion de constitution conduit à l'employer, seule ou accompagnée d'un adjectif ou d'un complément du nom, pour désigner soit un ensemble de lois transmises par la tradition, soit l'ensemble des éléments composant l'État, soit l'ensemble des règles régissant l'État, soit la forme de gouvernement ou l'ensemble des lois fondamentales (§ 1). Le terme de constitution évolue également grâce au colinguisme franco-latin et franco-anglais où il est employé pour exprimer l'artificialité de l'ordre politique. De même, le terme de société est utilisé pour mettre l'accent sur l'origine contractuelle de l'organisation étatique (§ 2). Enfin, la notion de société fait l'objet d'une profonde mutation à partir du XVI^e siècle, qui conduit, d'une part, à généraliser l'emploi de ce terme et, d'autre part, à concevoir la société comme le

¹⁷⁹Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Tome VI, Le XVIII^e siècle, Première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques, 1, Armand Colin, Paris, 1966, p. 101.

résultat de l'association volontaire d'individus libres et égaux (§ 3).

§ 1. La constitution, un vocable polysémique et évolutif

50. Les significations du terme constitution sont ici définies grâce aux dictionnaires du XVIII^e et aux occurrences de ce terme chez certains philosophes du XVIII^e siècle. Au cours de cette période, le terme de constitution est de plus en plus fréquemment employé en philosophie et, en particulier, en philosophie politique pour décrire le droit naturel, l'origine des sociétés, le fonctionnement de l'État et la réglementation de l'ordre politique. L'emploi de ce terme polysémique permet l'extension de ses significations. Les significations traditionnelles du termes de constitution (A), sont donc mises à profit en philosophie politique (B) et permettent l'extension de ses significations (C).

A. Les significations traditionnelles du mot « constitution »

51. Le mot « constitution » est dérivé du latin *constitutio* venant de *constituere* (*cum – statuere*) qui signifie littéralement « mettre debout » et au sens figuré « établir dans une situation légale », « instituer quelque chose », « fonder »¹⁸⁰. « Au passif, le verbe signifie “être bien conformé physiquement” et, plus généralement “être composé de” »¹⁸¹. Au XVIII^e siècle, la constitution peut désigner un processus créateur (1), l'ordre qui résulte de cette création (2) ou encore une norme (3).

1. La constitution comme processus créateur

52. « Constitution » peut signifier le processus de création d'un objet ou d'une situation. Arnaud Vergne relève ainsi que « le premier sens traditionnel se décline autour des idées de création et d'établissement »¹⁸². Ce sens existe tant dans le langage courant où la constitution est une création, le plus souvent divine (b), que dans un sens spécifique et juridique, où la constitution est l'établissement d'un acte ou d'une situation juridique (a).

180Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000, p. 865.

181*Ibid.*

182Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, coll. « Romanité et modernité du droit », De Brocard, 2006, p. 29.

a. La constitution comme établissement juridique

53. Au sens juridique, une « constitution » est l'acte d'instituer, d'établir juridiquement quelque chose. La première édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, datant de 1694, la définit comme « établissement, création d'une rente ou d'une pension ». Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, définit la constitution de rente comme « un établissement et une création de rente constituée à prix d'argent » et la constitution de Procureur comme « un acte par lequel un Procureur déclare au Procureur de la partie adverse, qu'il occupera pour celui qui le constitue »¹⁸³.

Si la constitution est le processus d'établissement juridique, elle peut aussi désigner, dans un sens plus général, une création divine ou humaine.

b. La constitution comme création divine ou humaine

54. Dans le langage courant, la constitution peut désigner le processus d'établissement d'un ordre. Féraud donne comme cinquième sens au mot constitution celui de : « construction : la constitution du corps humain, la constitution du monde »¹⁸⁴. Burlamaqui se réfère par exemple à « la sagesse du Créateur dans la constitution de l'homme »¹⁸⁵.

Il s'agit donc du processus de création d'un certain ordre, d'une certaine organisation. La constitution peut également désigner uniquement cet ordre.

2. La constitution comme ordre

55. La constitution est l'ordre qui résulte de la création. Elle ne désigne alors plus le processus mais le résultat de cette construction. Trois emplois peuvent être distingués : la constitution est d'abord, dans le sens le plus courant, la matière d'un objet (a). Puis, elle désigne aussi le tempérament du corps humain (b). Enfin, elle est la manière dont une chose est faite (c).

a. La constitution comme matière : la constitution comme composition et organisation d'un objet

56. Le premier sens que le *Dictionnaire de l'Académie française* donne au mot constitution de 1694 à 1835 est celui de « composition ». Féraud aussi retient cette définition¹⁸⁶. La « constitution » désigne alors l'ensemble des éléments composant, de manière ordonnée, un objet¹⁸⁷. En relevant les emplois du mot dans le *Dictionnaire de l'Académie française*, il est possible de constater que ce terme est très fréquemment employé pour désigner la composition de l'air, la météorologie, le

183 Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes, de pratique*, Nouvelle édition, revue, corrigée, augmentée, 1769, Tome 1er, p. 356.

184 Jean-François FÉRAUD, *Dictionnaire critique de la langue française*, vol. 1, 1787, p. 556.

185 Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, 1, II, 8, 1747, Dalloz, réédition 2007, p. 22.

186 Jean-François FÉRAUD, *op. cit.*, p. 556.

187 Voir en ce sens : Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 33 : « il ressort de cette deuxième acception générale et traditionnelle l'idée d'un certain état des choses qui supposerait un assemblage ordonné de ses composants. »

temps qu'il fait avec l'emploi de l'expression « constitution de l'air »¹⁸⁸. Féraud donne pour exemple du sens de composition « la forme et la matière forment la constitution du corps naturel »¹⁸⁹. Arnaud Vergne fournit à l'appui de cette acception du mot constitution de nombreux exemples¹⁹⁰.

Burlamaqui l'emploie pour décrire l'organisation et la composition du corps humain : « les instincts se trouvent nécessairement les mêmes dans tous les hommes, par une suite naturelle de la *constitution* de leur corps, et de l'union de ce corps avec l'âme »¹⁹¹.

Dans ces différents emplois du mot « constitution », l'accent est mis sur les éléments composant le tout davantage que sur les relations entre ces différents éléments : la « constitution » c'est la matière qui fait l'objet et non la manière dont il est fait. L'emploi de ce mot à propos du corps humain fut tellement abondant qu'il fût consacré dans l'expression « être de bonne ou de mauvaise constitution ».

b. La constitution comme tempérament du corps humain

57. Le mot constitution est employé sans complément du nom dans l'expression « être de bonne/mauvaise constitution ». La constitution est alors une propriété, une qualité du corps humain. Il s'agit du « tempérament » et de la « complexion du corps humain »¹⁹². Être de bonne constitution signifie être fort, robuste, résistant grâce à une bonne disposition des organes internes.

Cette expression figure dans le *Dictionnaire de l'Académie* dès sa première édition¹⁹³. Par exemple, le « tempérament », la « constitution » et la « complexion corporelle » définissent le nom commun naturel qui peut être « fort & robuste » ou « vigoureux »¹⁹⁴. L'individu « de bonne

188Ainsi, « beau » se dit « de la constitution de l'air et du ciel. Beau temps. beau jour. il fait un beau soleil. beau clair de lune. belle nuit. ». Doux est défini ainsi : « en parlant de la constitution de l'air, il signifie, Qui est d'une température agréable, qui n'est ni trop chaud ni trop froid. Un air doux. un temps doux. il fait bien doux. une douce température d'air. » À propos de la définition du mot temps, le dictionnaire écrit : « on dit encore en parlant de la constitution de l'air. Voilà un temps qui promet du chaud, du froid, de la pluie, &c. pour dire, Voilà un temps qui donne lieu de croire qu'il fera chaud, qu'il fera froid, qu'il pleuvra, &c. ». À propos du mot serein : « qui est clair, qui n'est troublé par aucun vent, par aucun nuage. Il ne se dit proprement que de la constitution de l'air. Un temps clair & serein. un beau jour & bien serein. le ciel, l'air estoit serein. pendant une nuit claire & sereine. » Pour prendre un dernier exemple : « vain, se dit aussi en parlant de la constitution du temps ; & on dit, que Le temps est vain, Lors que le temps est bas & couvert, & qu'il fait un chaud estouffant ». *Dictionnaire de l'Académie française*, 1ère édition, 1694.

189Jean-François FÉRAUD, *op. cit.*, p. 556.

190« Il désigne avant tout et de façon très générale le “tempérament” ou la “complexion” d'une chose. [...] Par touches successives, les dictionnaires parus sous l'Ancien Régime ont précisé cette définition générale. Ils lui ont d'abord adjoint le sens de “composition” ou encore d’“assemblage”. Ainsi, d'après le dictionnaire de Furetière, le mot constitution désigne l’“assemblage de plusieurs parties pour faire la composition d'un tout” et selon celui de Richelet, il signifie la “manière dont une chose est faite”. Quant au Grand vocabulaire français, il en donne une illustration imagée, rappelant que “la chair et les os entrent dans la constitution de l'animal”. » Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 31-32.

191Nous soulignons. Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, éd. cit., p. 19.

192*Dictionnaire de l'Académie française*, 4ème édition, 1762, vol. 1, p. 238.

193*Ibid.*, vol. 1, p. 238.

194*Ibid.*, vol. 2, p. 109.

constitution, qui n'est point sujet à estre malade »¹⁹⁵ est qualifié de « sain » et « L'on dit en termes de Médecine, qu'Un malade est un bon sujet, ou un mauvais sujet, pour dire, qu'Il est d'une bonne ou d'une mauvaise constitution. »¹⁹⁶ En conséquence, un homme « est bien constitué » ou « a le corps bien constitué » lorsqu'il « est de bonne complexion, qu'il est bien composé au dedans. »¹⁹⁷ En revanche, la « mollesse des chairs est une marque d'une mauvaise constitution, d'une mauvaise disposition »¹⁹⁸.

Dans ces expressions, le terme « constitution » désigne la manière donc le corps est composé et organisé. Il peut ainsi renvoyer à la disposition des éléments du corps humain, à sa structure. Ce vocable est d'ailleurs employé pour désigner la manière dont une chose est faite.

c. La constitution comme manière : la constitution comme structure, ordonnancement, disposition

58. La constitution ne désigne plus ici les éléments composant un tout mais la manière dont ces éléments sont agencés, disposés, ordonnés, les uns par rapport aux autres. La constitution comme structure, ordonnancement et disposition d'un objet est le dernier sens donné au mot par le *Dictionnaire de l'Académie française* ou celui de Féraud. La constitution alors est « l'ordre et l'arrangement » dans le contexte de « constitution des parties du corps humain » ; ou encore, pour « les philosophes », dans le même sens, c'est « l'ordre et la situation des parties du monde entre elles » dans le contexte de « constitution du monde »¹⁹⁹. Il n'est plus tant question des parties qui composent le tout que de la manière dont elles se distinguent les unes des autres. L'accent n'est pas mis sur le contenu mais au contraire sur la structure.

Ainsi, selon le *Dictionnaire de l'Académie française*, la fable peut être « le sujet, l'argument d'un Poëme Épique, d'un Poëme Dramatique, d'un Roman. La *constitution de la fable* d'un tel Poëme. La fable est bien disposée, bien conduite »²⁰⁰.

Bossuet l'emploie pour décrire l'ordre naturel résultant de la création divine²⁰¹.

59. Cet ordre naturel des choses, résultant de la création divine, peut être créateur d'obligations pour les individus. Pufendorf, traduit par Barbeyrac, en fournit un exemple éloquent lorsqu'il écrit :

195 *Ibid.*, vol. 2, p. 434.

196 *Ibid.*, 1762, vol. 2, p. 774.

197 *Dictionnaire de l'Académie française*, 1ère édition, 1694, vol. 2, p. 504.

198 *Ibid.*, vol. 2, p. 80.

199 Jean-François FÉRAUD, *op. cit.*, p. 556.

200 Nous soulignons. *Dictionnaire de l'Académie française*, 4ème édition, 1762, vol. 1, p. 705.

201 « Jusqu'au déluge toute la nature était plus forte et vigoureuse ; par cette immense quantité d'eaux que Dieu amena sur la terre, et par le long séjour qu'elles y firent, les suc qu'elle renfermait furent altérés ; l'air, chargé d'une humidité excessive, fortifia les principes de la corruption, et la *première constitution de l'univers* se trouvant affaiblie, la vie humaine, qui se poussait jusques à près de mille ans, se diminua peu à peu. » Nous soulignons. BOSSUET, *Discours sur l'histoire universelle à Monseigneur le Dauphin pour expliquer la suite de la religion et les changements des empires*, 1681, nouvelle édition, 1873, p. 136.

« si certaines Actions sont dites naturellement Honnêtes ou Déshonnêtes, c'est parce que *la constitution de la Nature* dont il a plu à Dieu de revêtir les Hommes, demande absolument qu'on fasse ces Actions ou qu'on s'en abstienne. »²⁰² En conséquence, la constitution de la nature fait figure de loi morale : « L'erreur vincible, c'est celle où l'on pouvait s'empêcher de tomber, si l'on eût pris tous les soins moralement possibles, c'est-à-dire, autant que la *constitution ordinaire des choses humaines* le permet. »²⁰³ Cette idée et cette formulation sont reprises par Burlamaqui²⁰⁴.

La constitution est en ce sens une prescription naturelle ou divine provenant d'une autorité supérieure. Le terme de constitution signifie d'ailleurs également la norme édictée par une autorité souveraine et humaine.

3. La constitution comme norme

60. La constitution désigne, dans un sens très ancien venant du latin, la loi du souverain en droit public (a). Dans un sens plus récent, elle est l'ensemble des règles de fonctionnement d'un organe ou d'une institution (b).

a. Les constitutions comme lois du souverain en droit public

61. *L'Encyclopédie* considère que la constitution « signifie en général établissement de quelque chose »²⁰⁵. Ainsi, elle rapproche la constitution de dot ou de procureur des constitutions ecclésiastiques ou des constitutions du Prince. Toutefois, ces dernières ont une signification spécifique. Il ne s'agit pas de l'établissement d'une situation juridique mais l'établissement de l'acte juridique du souverain, l'énoncé d'une norme juridique supérieure.

Le mot « constitution », le plus souvent employé au pluriel, peut alors signifier « ordonnance, loi, règlement »²⁰⁶. Ferrière estime que la constitution « dans sa propre signification est un établissement, une ordonnance, une décision d'un règlement qui se fait par autorité du Prince ou des Supérieurs »²⁰⁷. Il était alors classique de distinguer, d'une part, entre les constitutions ecclésiastiques et civiles (ou du prince) et, d'autre part, entre les constitutions générales et particulières.

202Nous soulignons. Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, vol. 1, Londres, Jean Nours, 1740, p. 31-32.

203Nous soulignons. *Ibid.*, vol. 1, éd. cit., p. 58-59.

204« Mais l'ignorance est involontaire, et l'erreur est invincible, si elles sont telles que l'on n'ait pu ni s'en garantir, ni s'en relever, même avec tous les soins moralement possibles, c'est-à-dire, à en juger selon la *constitution des choses humaines et de la vie commune*. » Nous soulignons. Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, éd. cit., p. 17.

205Denis DIDEROT, Jean le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 4, 1754, p. 62.

206*Dictionnaire de l'Académie française*, 1ère édition, 1694.

207Claude-Joseph de FERRIÈRE, *op. cit.*

62. Les constitutions civiles, ou du Prince, sont des actes royaux unilatéraux. *L'Encyclopédie* les définit comme : « tout ce qu'il plaît au prince d'ordonner, soit par forme d'ordonnances, édits et déclarations, soit par lettres patentes ou autrement. C'est ainsi que chez les Romains tout ce que les rois et les empereurs jugeaient à propos d'ordonner, soit par lettres ou par édit avait force de loi ; et cela s'appelaient *constitutiones principum* »²⁰⁸. Ferrière²⁰⁹ et *l'Encyclopédie méthodique*²¹⁰, en donnent des définitions similaires. Les « constitutions ecclésiastiques » sont également des actes unilatéraux émanant d'autorités religieuses. *L'Encyclopédie méthodique*²¹¹ les définit comme « des lois faites pour le gouvernement de l'église, par ceux qui ont le pouvoir d'en faire. »²¹²

63. Les constitutions générales ont en principe un caractère général et impersonnelle et ont en principe pour objet le droit public et l'administration de l'État. Elles « sont les lois que le Roi fait publier dans son Royaume, et qui obligent tous ses sujets [...] ces *Constitutions générales* réglementent principalement ce qui est de *droit public* »²¹³. Les constitutions particulières, en revanche, sont des actes qui ne concernent que certaines personnes physiques ou morales. En conséquence elles ne sont pas rendues publiques et se sont pas opposables aux tiers²¹⁴.

64. Lorsque le mot constitution est employé au sens de constitutions générales du Prince, les mots « loi », « ordonnance », « édit » et « constitution » semblent presque synonymes. L'« édit » est ainsi défini comme « Loy, Ordonnance, Constitution du Souverain »²¹⁵. De même, la loi est une « Constitution écrite qui ordonne ce qu'il faut faire, & qui deffend ce qu'il ne faut pas faire »²¹⁶. C'est ce qu'explique Ferrière lorsqu'il écrit : « il y a en France trois sortes de *constitutions générales* de nos Rois ; savoir, les Ordonnances, les Édits et les Déclarations »²¹⁷. Dans ce contexte, « constitution » est synonyme de « Loi ». L'un est d'ailleurs défini par l'autre²¹⁸. Les

208 Denis DIDEROT, Jean le Rond D'ALEMBERT, *op. cit.*, p. 62.

209 La « constitution du Prince, est tout ce que le Roi veut avoir force de Loi. Le droit de faire des Lois est le principal effet de la Souveraineté, et ce qui le caractérise le mieux. Aussi nos Rois dans les Lois qu'ils font, insèrent cette clause : Car tel est notre plaisir. Parmi nous, comme chez les Romains, les Constitutions du Prince sont ou générales ou particulières. », Claude-Joseph de FERRIÈRE, *op. cit.*

210 « Constitution, *loi* est le nom qu'on donne souvent aux ordonnances et règlements faits par autorité du prince ou des supérieurs. » *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, dédiée et présentée à monseigneur Hue de Miromesnil, garde des sceaux de France, Tome troisième, 1783, p. 260.

211 *Ibid.*

212 *Ibid.*

213 Nous soulignons. Claude-Joseph de FERRIÈRE, *op. cit.*

214 Elles « sont des règlements particuliers qui ne se publient point, et qui concernent que certaines personnes, corps ou communautés et compagnies ; ensorte qu'elles n'ont point force de loi à l'égard des autres ». *Ibid.*

215 *Dictionnaire de l'Académie française*, 1ère édition, 1694, vol. 1, p. 333.

216 *Ibid.*, p. 667.

217 Nous soulignons. Claude-Joseph de FERRIÈRE, *op. cit.*

218 La loi « est une *Constitution* ou une ordonnance générale, qui vient d'une autorité souveraine, et qui résout selon la

« constitutions » sont souvent considérées comme des lois comme les autres, soumises à l'enregistrement des parlements²¹⁹. Elles ne se distinguent donc pas des autres lois.

65. Les constitutions générales sont donc les règles, le plus souvent de droit public, édictées par une autorité souveraine qu'il s'agisse du Roi ou d'une autorité religieuse qui vont s'imposer à l'ensemble des sujets soumis à cette autorité. « Constitution » peut également s'employer au pluriel pour désigner un ensemble de lois politiques : « cette Cité estoit gouvernée par de bonnes Constitutions »²²⁰.

Le roi, en faisant des constitutions générales, crée un ordre dans son administration. Par métonymie, la constitution peut désigner cet ordre et l'ensemble des règles qu'il institue pour un organe spécifique.

b. La constitution comme règlement d'une institution

66. Comme le relèvent Arnaud Vergne²²¹ et Édouard Tillet²²², le terme de constitution peut désigner les règles de fonctionnement d'un organe. Les institutions disposent d'une constitution, faite par le souverain, qui les établit juridiquement et les régit. Dans ce cas, la constitution désigne simultanément : la création de l'organe, la loi souveraine qui l'établit, l'ensemble des règles de fonctionnement de cette institution et l'ordre que ces règles créent.

Cet emploi du terme constitution est ancien, il se trouve en latin et au pluriel pour désigner les règles de fonctionnement d'un ordre religieux. Ainsi, par exemple, le corps de règles qui régit la société des jésuites s'appelle les *Constitutiones Societatis Jesu* et fût rédigé dans la première moitié du XVI^e siècle. En conséquence, l'emploi de « constitutions » pour désigner un corps de règles écrites régissant le fonctionnement d'une société et l'exercice du pouvoir en son sein est très ancien,

raison une chose, avec injonction d'obéir à sa décision ». Nous soulignons. *Ibid.*

219 Ferrière écrit ainsi que « tous les Juges, tant laïques qu'ecclesiastiques, sont obligés de s'y conformer dans leurs Jugements ; mais il faut pour cela qu'elles soient enregistrées aux Parlements et autres Cours souveraines : car elles n'ont effet que le jour de l'enregistrement » *Ibid.*

« En fait de lois politiques les *constitutions générales* sont les ordonnances, édits et déclarations, qui obligent tous les sujets du prince. C'est pourquoi elles sont publiées et enregistrées dans les cours supérieures et autres tribunaux, afin que la loi soit certaine et connue » *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence* éd. cit., p. 260.

220 *Dictionnaire de l'Académie française*, 1^{ère} édition, 1694, vol. 1, p. 238.

221 « Très souvent il [le mot constitution] a servi à désigner l'organisation d'un tribunal ou d'une cour souveraine, un peu moins fréquemment celle du conseil du roi ou d'une assemblée délibérante, et plus rarement encore pour caractériser la façon dont est constitué un corps, une communauté ou un ordre. Les Assemblées de Notables l'ont également très fréquemment utilisé en 1787 comme en 1788. Quant aux rédacteurs des cahiers de doléances des États-généraux, ils y ont recouru assez souvent tant dans des emplois généraux, pour désigner par exemple l'organisation des assemblées de l'Ancien Régime, que dans des expressions plus spécifiques comme "constitution de l'armée". » Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 33-34.

222 Le terme de constitution est utilisé « pour désigner des règles propres à certains institutions ». Édouard TILLET, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIII^e siècle : l'exemple de Montesquieu » in Association Française des Historiens des Idées Politiques, *Pensée politique et droit, actes du colloque de Strasbourg (11 - 12 septembre 1997)*, coll. « histoire des idées politiques », P.U.A.M., 1998, p. 370.

mais il n'est pas courant. Le recours à ce terme pour décrire le fonctionnement interne des organes de l'État ne se généralise qu'aux XVII^e et XVIII^e siècles.

67. Hobbes se réfère par exemple à la réglementation des cours de justice en Angleterre en employant le terme de constitution²²³. Lors de l'Assemblée des Notables de 1787, Calonne, qui est alors Contrôleur général des finances, présente la création de nouvelles Assemblées paroissiales, de district et provinciales et emploie le terme de constitution pour désigner leur organisation, leur institution et leur réglementation²²⁴. Ce sens du mot se retrouve, par exemple, dans la série de décrets de l'Assemblée nationale consacrée à la « constitution civile du clergé »²²⁵. Cette dernière vient fixer l'ensemble des règles de fonctionnement du Clergé français.

Cet emploi de « constitution » comme corps de règles organisant une institution préfigure sa signification politique : la constitution de l'État peut être considérée comme le corps de règles organisant l'institution qu'est l'État²²⁶. Cependant, le pouvoir d'administrer et de créer des institutions pour ce but semble appartenir au Roi²²⁷ alors que le droit de réglementer l'État n'a pas de titulaire certain au XVIII^e siècle.

La polysémie du mot constitution permet de signifier simultanément plusieurs idées. Ainsi, en employant le même mot, il est possible de désigner l'établissement, la composition, l'essence, le règlement de l'objet constitué. Les théoriciens politiques jouent alors sur l'ambiguïté du mot constitution pour en étendre la signification.

223 Nous soulignons.

« *These properties of just and rational judicature considered, I cannot forbear to observe the excellent constitution of the courts of justice established both for common and also for public pleas in England.* »

« Ce qui apparaît propre à l'exercice juste et rationnel de la justice étant considéré, je me garderai de ne pas observer l'excellente constitution des cours de justice établies aussi bien pour les procès communs que pour les procès publics en Angleterre. » *Leviathan*, chap. 23, Gallimard, coll. « folio essais », 2000, p. 378.

224 « Ainsi par une réaction utile et mutuelle, les Assemblées paroissiales et les Assemblées de district formeront et éclaireront les Assemblées provinciales ; et les Assemblées provinciales dirigeront les Assemblées de district et celles des paroisses. / Il résultera de cette *constitution*, que les volontés du Roi seront toujours expliquées à ses Sujets, par les organes qu'eux-même auront choisis ; que l'Administration sera toujours éclairée, et jamais arrêtée dans sa marche » » Nous soulignons. *Procès-verbal de l'assemblée de notables, tenue à Versailles en l'année MDCCLXXXVII*, 1788, p. 107.

225 *Collection Baudouin*, vol. 4, p. 63.

226 Voir *infra* C.

227 Ce droit de réglementer seul l'administration est néanmoins remis en cause au cours du XVIII^e siècle.

B. L'évolution du mot constitution en philosophie politique

68. En recherchant les occurrences du mot constitution dans les œuvres classiques des philosophes politiques du XVII^e et XVIII^e (Pufendorf, Burlamaqui, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Locke, Bossuet, etc.), il est possible de retracer l'évolution des emplois du mot constitution et leur diversité.

Trois évolutions relativement simultanées sont observables concernant l'emploi de ce mot en philosophie politique. D'abord, le mot constitution est progressivement utilisé dans un sens nouveau pour désigner l'essence même de l'être qui est constitué (1). Ensuite, l'importance de la métaphore anthropomorphique pour décrire l'État, la société ou même le peuple conduit à utiliser « constitution » à propos du corps social (2).

1. La constitution comme essence de l'être constitué résultant d'un ordre naturel

69. Le mot constitution est, dans la littérature philosophique, souvent employé pour désigner l'essence, la nature profonde de l'être constitué, ce qui lui serait profondément inhérent²²⁸.

Dans les *Principes du droit naturel*, Burlamaqui fait très fréquemment référence à la constitution de l'homme²²⁹. Il désigne alors par cette expression la nature humaine. La constitution de l'homme est ainsi à distinguer de la constitution du corps humain. Dans ce dernier cas, l'intérêt est porté uniquement sur le corps de l'individu : la disposition de ses organes, la circulation de ses humeurs, etc²³⁰. En revanche, la constitution de l'homme renvoie à ce qui est inhérent à l'individu en tant qu'il appartient au genre humain. Un individu peut être mal constitué, avoir une mauvaise constitution, mais la constitution de l'homme est commune à l'humanité entière²³¹.

Pour lui et bon nombre de ses contemporains, la constitution de l'homme est intimement liée à sa nature. Les deux termes sont d'ailleurs employés comme synonymes²³². Pour beaucoup, cette nature humaine est le résultat de la création divine²³³. Il considère que cette constitution, cet ordre

228Comme le souligne Gérard STOURZH « “nature” et “constitution” signifi[ent] fondamentalement la même chose », « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 38. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 165.

229Nous avons relevé une soixantaine d'occurrences.

230Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, A, 2, b.

231« n'oublions pas non plus d'observer qu'il y a cette différence entre l'état primitif et l'état accessoire, que le premier étant comme attaché à la nature de l'homme et à sa *constitution*, telle qu'il les a reçues de Dieu, cet état est, par cela même, *commun à tous les hommes*. » Nous soulignons. Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, I, IV, 12, éd. cit., p. 36.

232« Le seul moyen de parvenir à la connaissance des Lois Naturelles, c'est de considérer avec attention la nature de l'homme, sa *constitution*, les relations qu'il a avec les êtres qui l'environnent, et les états qui en résultent. En effet le terme même de Droit Naturel, et la notion que nous en avons donnée, font voir que les principes de cette Science ne peuvent être puisés que dans la nature même et dans la *constitution* de l'homme. » Nous soulignons. *Ibid.*, II, IV, 5, p. 108.

233« En effet, Dieu étant l'Auteur de la nature des choses et de notre *constitution*, si par une suite de cette nature

mis par Dieu dans les hommes, doit être le fondement du droit naturel ; c'est d'elle que découlent les lois de la nature :

« Tout ce qui est dans la nature de l'homme et dans sa *constitution primitive et originare*, et tout ce qui est une suite nécessaire de cette nature et de cette *constitution*, nous indique certainement quelle est l'intention ou la Volonté de Dieu par rapport à l'homme, et par conséquent nous fait connaître les Lois Naturelles. »²³⁴

Cette conception de la constitution, bien qu'uniquement appliquée à l'être humain, préfigure l'évolution du concept de constitution dans le champ politique. La constitution est à la fois une création, un ordre et une norme supérieure. C'est la création de Dieu qui a donné à l'homme son essence, sa nature profonde. De cette nature découle alors un ensemble de règles et de principes auxquels ce dernier doit obéir.

Montesquieu²³⁵ et Rousseau²³⁶ emploient également le terme de constitution pour se référer à la nature humaine. Pour l'un comme pour l'autre, cette dernière résulte d'un ordre naturel des choses. Toutefois, ils ne consacrent pas de développements importants à cette question.

L'idée que la nature humaine est à l'origine d'un ensemble cohérent de normes est développée, à la suite de Burlamaqui, par les physiocrates. Ainsi, lorsqu'ils traitent de « notre constitution » d'un point de vue politique, ils se réfèrent en réalité à la constitution de l'homme²³⁷.

Chez ces auteurs, l'expression « constitution de l'homme » n'a pas une fonction neutre et descriptive. L'ordre qu'elle représente est un ordre qui doit être respecté car il résulte d'une volonté supérieure et fonde, au moins partiellement, l'ordre juridique. Des considérations similaires existent à propos de l'État et la comparaison entre l'ordre social et l'être humain est facilitée par la métaphore anthropomorphique.

et de cette *constitution*, nous sommes raisonnablement déterminés à juger d'une certaine manière, et à agir en conformité ; l'intention du Créateur est assez manifeste, et nous ne pouvons plus ignorer quelle est sa Volonté. » Nous soulignons. *Ibid.*, II, II, 8, p. 100.

234 Nous soulignons. *Ibid.*, II, IV, 5, 1747, p. 108.

235 « Avant toutes ces lois, sont celles de la nature, ainsi nommées, parce qu'elles dérivent uniquement de la *constitution* de notre être. » MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, GF Flammarion, 1979, vol. 1, p. 125.

236 « Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de *changer pour ainsi dire la nature humaine*, de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoive en quelque sorte sa vie et son être ; d'altérer la *constitution de l'homme pour la renforcer* ; de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons reçue de la nature. » ROUSSEAU, *Du Contrat social*, II, VII, GF Flammarion, 2001, p. 75.

237 « Il est dans *notre constitution* de tendre toujours vers notre meilleur état possible nous y sommes entraînés par la pente naturelle du désir de jouir qui naît et meurt avec nous ainsi dans les sociétés naissantes la propriété foncière a dû nécessairement être à l'état le plus avantageux. » LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1767, réédition, 1910, p. 175.

Voir également *infra*, Chapitre 2. Section 1, § 3.

2. L'importance de la métaphore anthropomorphique en philosophie politique

70. Ferdinand Brunot est certainement l'un des premiers à étudier le rôle qu'a joué la métaphore anthropomorphique dans le cadre de la philosophie politique. Il souligne la fréquence du recours à des images pour expliciter des idées, l'usage récurrent des comparaisons et des métaphores²³⁸. Brunot relève également de nombreux emprunts à l'anatomie, à la physiologie et à la médecine²³⁹.

L'emploi de la métaphore corporelle dans le champ politique ne date pas du XVIII^e siècle, comme en attestent les travaux de Kantorowicz sur les deux corps du Roi²⁴⁰. Cependant, elle semble avoir connu un essor particulier à la fin du XVIII^e siècle car elle y remplit une fonction particulière. Antoine de Baecque, relève ainsi, dans sa thèse consacrée au *Corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*²⁴¹, que :

« la première valeur du “corps” à la fin de l'Ancien Régime » est d'être « un mot qui dit tout [...] qui peut, à lui seul, décrire chaque individu du royaume, physiquement, médicalement de la tête aux pieds, souder les multiples communautés, toutes ces personnes, ces gens de métier, ces marchands, ces administrateurs auxquels il est permis, par lettres patentes dûment enregistrées, de s'assembler et de “former corps”, ou, enfin, de prendre en charge le système français dans son entier, modèle politique, religieux, monarchique d'organisation de l'État et de la société. »²⁴²

L'État est également conçu et analysé comme un corps politique : « L'expression de *corps politique* n'était pas nouvelle. Elle s'employait dans deux sens, celui de corps chargé d'intérêts publics, et celui de groupe d'hommes vivant en société organisée »²⁴³. Elle permet de décrire et d'analyser le fonctionnement du pouvoir politique. Cette image fut abondamment utilisée par Rousseau dans le *Contrat social* et « À partir de ce moment l'expression [de corps politique] devient commune dans tous les ouvrages relatifs à la politique. On peut dire qu'elle est à la mode. Elle le restera longtemps. »²⁴⁴

Cette image permet également une appréciation critique de l'État et de son organisation et le mot « constitution » joue alors un rôle centrale dans l'analyse de l'objet corps politique : ce dernier peut être bien ou mal constitué, sa constitution doit être « bonne », « saine », « forte », « robuste » ;

238Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours, Tome VI, Le XVIII^e siècle, Première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques*, Armand Colin, Paris, 1966 p. 84-85 et p. 97 et s.

239Ibid. p. 90-91. Voir également en ce sens : Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 40. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 165 : « Dans le discours politique et constitutionnel pendant la première moitié du XVII^e siècle, prévaut la notion de “constitution” en tant que “disposition”, en tant que “qualité” du corps politique par analogie au corps physique ; et celle-ci survit au cours du XVIII^e siècle. ».

240Ernst KANTOROWICZ, *Les Deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris, Gallimard, 1989.

241coll. « essai histoire », Calmann-Lévy, 1993.

242Op. cit., p. 14.

243Ferdinand BRUNOT, op. cit., p. 425.

244Ibid. p. 426.

lorsque la constitution « s'altère », il est en péril²⁴⁵.

71. Pufendorf, pour critiquer certains comportements ou certaines organisations politiques, utilise aussi le détour de la métaphore. Ces organisations ou ces comportements sont considérés comme des maladies attaquant la personne qu'est l'État²⁴⁶. Rousseau utilise cette image pour justifier la règle selon laquelle un territoire ne doit pas être trop étendu :

« Comme la nature a donné des termes à la stature d'un homme bien conformé, passé lesquels elle ne fait plus que des Géant ou des Nains, il y a de même, eu égard à la *meilleure constitution d'un État*²⁴⁷, des bornes à l'étendue qu'il peut avoir, afin qu'il ne soit ni trop grand pour pouvoir être bien gouverné, ni trop petit pour pouvoir se maintenir par lui-même. Il y a dans tout corps politique un *maximum* de force qu'il se saurait passer, et duquel souvent il s'éloigne à force de s'agrandir. »²⁴⁸

Il poursuit : « c'est ainsi qu'un *corps trop grand pour sa constitution* s'affaisse et périt sous son propre poids »²⁴⁹, faisant ainsi référence tant au corps humain qu'au corps politique. Il insiste sur le fait qu'« une saine et forte constitution est la première chose qu'il faut rechercher »²⁵⁰. Cette métaphore lui permet de légitimer un discours critique à l'égard de perspectives impérialistes.

72. L'emploi de cette image n'est toutefois pas réservé aux théoriciens du droit naturel. Dans sa *Politique*, Bossuet considère par exemple que pour la conservation de l'État :

« il faut : en premier lieu, y entretenir au dedans une *bonne constitution*.

« En second lieu, profiter des secours qui lui sont donnés.

« En troisième lieu, il faut sauver les inconvénients dont il est menacé.

« Ainsi se conserve le corps humain, en y maintenant une *bonne constitution* : en se prévalant des secours dont la faiblesse des choses humaines veut être appuyée : en lui procurant les remèdes convenables contre les inconvénients, et les maladies dont il peut être attaqué.

« La *bonne constitution du corps de l'état* consiste en deux choses : dans la religion, et dans la justice. Ce sont les principes intérieurs, et *constitutifs* des états. »²⁵¹

La constitution de l'État est comparée à celle de du corps humain. La religion comme la justice sont ainsi présentées comme des remèdes protégeant le corps politique d'éventuelles

245Ces exemples sont tous tirés du *Contrat social*, mais ces expressions se retrouvent chez de nombreux auteurs.

246« il est certain que plusieurs États, aussi bien que chaque Personne en particulier, sont sujets à un très grand nombre de défauts et de maladies ; ensorte que ceux qui en ont le moins passent en quelque manière pour parfaits. Ces maladies viennent, ou de la malice humaine, ou de la *mauvaise constitution de l'État* » Nous soulignons. Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, VII, V, §X, Tome III, Londres, Jean Nours, 1740, p. 164.

247Nous soulignons.

248ROUSSEAU, *Du Contrat social*, II, IX, éd. cit., p. 81.

249Nous soulignons. *Ibid.*, p. 82.

250*Ibid.*, p. 83.

251Nous soulignons. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte, à Monseigneur le Dauphin, ouvrage posthume*, vol. 2, Paris, Pierre Cot, 1709, p. 1-2.

maladies, ce qui les rend naturellement indispensables.

L'emploi de cette métaphore laisse penser que la constitution du corps politique est comme la constitution du corps humain, le résultat d'un ordre naturel et non artificiel mais cette conception tend à évoluer au cours des XVII^e et XVIII^e siècles.

C. L'extension des significations du mot constitution en philosophie politique

73. Comme le relève Gerald Stourzh²⁵², le glissement sémantique qu'a subi le mot de « constitution » au XVIII^e siècle résulte d'un double mouvement. D'une part, avec la remise en cause de la souveraineté royale, les « constitutions » établies par le souverain vont devenir des règles supérieures s'imposant au roi lui-même. D'autre part, les écrits philosophiques et politiques des Lumières vont se saisir du mot de « constitution » pour définir la forme d'un gouvernement.

L'expression constitution de l'État ou du royaume semble assez tôt employée. Toutefois, il est encore difficile de savoir s'il s'agit d'une nouvelle signification ou simplement de l'emploi d'un mot du langage courant dans un domaine spécifique. Cette expression désigne le plus souvent l'essence de cet État, sa structure, sa forme, sa composition. Le mot constitution reste ainsi employé avec un complément du nom.

L'expression « constitution de l'État » désigne l'ensemble des lois transmises par la tradition qui le régissent (1) ou l'ensemble des éléments le composant (2). Elle peut aussi renvoyer à la forme et la structure de l'État, c'est-à-dire l'ensemble des règles régissant l'ordre politique (3). Enfin, elle qualifie parfois l'ordre fondamental régnant dans l'État (4).

1. La constitution comme ensemble de lois transmises par la tradition

74. Les « constitutions » peuvent désigner l'ensemble des lois de la cité²⁵³. La constitution peut alors, par synecdoque, désigner toutes les constitutions, comme « la loi » désigne « toutes les lois ».

La première occurrence de cet emploi se trouve dans l'*Indice et recueil universel de tous les mots principaux de livres de la Bible*, datant de 1564. Cet ouvrage renvoie à l'évangile selon Marc, chapitre 7 verset 13, en considérant qu'il est possible d'y trouver un emploi du mot constitution au

252« Je suggère qu'il y a deux origines tout à fait différentes dans l'application du mot "constitution" à la sphère du gouvernement (dans le sens le plus large). On trouve la première, et qui est de loin la plus importante, dans l'application des analogies entre la nature et la politique, ou, pour être plus précis, dans le transfert aux corps constitués ou politiques d'un terme qui est normalement appliqué au corps physique. On trouve la seconde origine dans la montée en importance autour du milieu du XVII^e siècle du terme juridique "constitutions" (toujours utilisé au pluriel), dont, en dernière analyse, on peut retrouver la trace jusqu'au *constitutiones* du droit romain et du droit canon. » Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 38. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 161-162.

253Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, A, 3, a.

sens de « par votre constitution ». Ce verset est traduit, dans une édition de la Bible contemporaine provenant du même éditeur²⁵⁴, par « Mettans la parolle de Dieu a neant par vostre ordonnance que vous auez ordonnee : et faites plusieurs autres choses semblables. » « Ordonnance » traduit alors παραδόσει (παράδοσις, *paradosis* au datif) qui peut signifier une transmission verbale ou écrite, d'où a été tiré le sens de transmission de récits, de doctrines, de traditions²⁵⁵. Walther Von Wartburg, dans son *Dictionnaire étymologique et historique du galloroman*, en déduit qu'il s'agit du premier emploi du mot constitution dans le sens d'« ensemble des lois, institutions, transmises par la tradition »²⁵⁶.

La constitution de l'État désigne alors un corps de lois supérieures. Elle peut également renvoyer à la composition de l'État, c'est-à-dire à être l'ensemble des éléments qui le forme.

2. La constitution comme ensemble d'éléments composant l'État

75. Cet emploi de l'expression constitution de l'État est le plus transparent et le plus évident. La constitution signifiant, dans son sens premier la composition, la constitution de l'État est l'ensemble des éléments qui forment l'État. Ces éléments peuvent être des Ordres ou des États. Ce sont des organisations politiques d'un niveau inférieur qui, réunies ensemble, forment l'État.

La distinction des Ordres différencie les individus selon le groupe social auquel ils appartiennent. L'État est donc formé de la réunion de ces groupes d'individus. La constitution de l'État désigne alors leur assemblage. Rousseau l'exprime clairement lorsqu'il écrit : « les longs débats, les dissensions, le tumulte, annoncent l'ascendant des intérêts particuliers et le déclin de l'État. / Ceci paraît moins évident quand deux ou plusieurs ordres entrent *dans sa constitution* »²⁵⁷.

Lorsque l'État est composé d'autres États, sa constitution résulte de l'assemblage de plusieurs entités territoriales distinctes. Montesquieu explique par exemple que « la *constitution fédérative* doit être composée d'États de même nature, surtout d'États républicains »²⁵⁸. La constitution fédérative forme donc un État fait d'États : « c'est une société de sociétés, qui en font une nouvelle »²⁵⁹.

Dans ce contexte, la « constitution » désigne bien l'ensemble des éléments composant l'État. Elle peut aussi se rapporter aux rapports qu'entretiennent les différents éléments composant cet État, c'est-à-dire aux principes régissant l'ordre politique.

254 *La Bible, qui est toute la sainte Ecriture*, par Nicolas Barbier et Thomas Courteau, 1562.

255 Anatole BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, Hachette, Paris, 1885, p. 1461.

256 Walther VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique et historique du galloroman*, vol. 2, p. 1084.
<https://apps.atilf.fr/lecteurFEW/lire/volume/20/page/1084>

257 Nous soulignons. ROUSSEAU, op. cit., IV, II, p. 141.

258 Nous soulignons. MONTESQUIEU, op. cit., IX, II, vol. 1, p. 266.

259 Montesquieu, op. cit., IX, I, vol. 1, p. 265.

3. La constitution comme ensemble de règles régissant l'ordre politique

76. Le mot constitution sert à désigner la forme de gouvernement et l'ensemble de règles régissant l'ordre politique. Les premières occurrences du terme datent de la fin du XVI^e siècle, mais l'emploi de constitution en ce sens est alors très marginal. Comme le relève Arlette Jouanna²⁶⁰, « le mot constitution fut marginalement employé au cours de la Ligue, notamment dans un texte de 1591, mais il ne s'imposa pas, et ne figure pas dans les textes nobiliaires du XVI^e et du XVII^e siècle ; son emploi ne se répandra vraiment qu'au XVIII^e »²⁶¹. Ce n'est donc qu'un siècle et demi plus tard que cet emploi du terme constitution se systématisa et se généralisa. Cela peut être illustré par des exemples tirés des écrits de Bossuet, de Pufendorf, de Rousseau ainsi que du *Dictionnaire de l'Académie française*.

Au XVI^e siècle, sous la Ligue, Guillaume Du Vair est l'un des premiers à donner à la notion de constitution de l'État le sens d'ensemble de principes régissant l'État (a). La constitution de l'État devint ensuite, de manière plus précise, la forme de gouvernement ou l'ensemble des lois fondamentales (b).

a. La constitution comme ensemble de principes régissant l'État

77. L'ouvrage de Guillaume Du Vair, *Actions et traités oratoires*, s'ouvre sur un texte intitulé : « après les barricades sur ce que l'on proposa au Parlement de la part de la ville de s'unir avec le peuple, et aviser au bien public de l'État ». Ce texte date donc vraisemblablement de l'année 1588. Dans la période agitée que fut la Ligue, il reproche à certains acteurs politiques d'avoir fait « tout ce qu'ils ont peu pour nous dépouiller de l'autorité et la dignité que la *constitution de l'Estat* donnoit à cette compagnie [le Parlement] »²⁶². Dans des écrits datant probablement de 1596, il décrit la « constitution de l'État d'Angleterre » comme suit :

« Bien que l'Angleterre soit Septentrionale, la température de l'air y est douce à cause des pluies qui y règnent les deux tiers de l'année pour le moins. Il y pleut de tous vents. La terre est arrosée de forces fleuves, mais quasi tous petits. Elle est fertile en grains, et bonne en pâturages, et a des fruits de plusieurs espèces fort abondamment. Il y a eu des vignes, et en a-on arraché encore depuis quatre ans. Il y a des mines de plomb et d'étain fort bonnes, et quelques-unes d'argent, mais peu fructueuses. Les habitants du Royaume sont divisés en trois Ordres, l'Église, la Noblesse, et le Peuple. De ces trois est composé leur Parlement, qui sont les États, où se décident les grandes affaires du Royaume, et où s'accordent les levées de deniers et subventions. Mais il n'entre au Parlement de l'Église que les Prélats ; de la Noblesse que les Barons qui sont environ soixante quatre et non plus. Le reste des Ecclésiastiques et de la Noblesse

260 Arlette JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989.

261 *Ibid.*, p. 317.

262 Guillaume DU VAIR, *Les oeuvres de messire Guillaume Du Vair reveues par l'auteur avant sa mort et augmentées de plusieurs pièces non encore imprimées*, 1641, p. 564.

donnent leur voix parmi le Peuple et par députés. »²⁶³

Il poursuit ainsi sa description en donnant le statut dont dispose les nobles, leur biens, leurs emplois lorsqu'ils en ont un. Il fait de même concernant le peuple. Il précise le fonctionnement de la justice, des universités, l'économie du pays et l'organisation des pratiques religieuses. Il décrit également les rôles respectifs de la reine, des ministres et du Parlement. Enfin, il traite des rapports de l'Angleterre avec les puissances étrangères. Dans cette conception, la notion de constitution englobe le climat, le territoire et ses ressources, l'ordre social et politique. La décrire conduit à traiter de politique, de religion et d'économie, trois sphères qui n'étaient pas encore clairement distinguées.

Guillaume Du Vair, comme ses contemporains, ne font pas un emploi fréquent du terme de constitution et de l'expression « constitution de l'État » pour désigner l'ordre politique. Ces derniers peuvent ainsi encore apparaître comme des raretés au XVI^e siècle. Ce n'est que dans la seconde moitié du XVII^e siècle que l'emploi de constitution pour désigner la forme du gouvernement se développe.

b. La constitution comme forme de gouvernement ou ensemble de lois fondamentales

78. Selon Walther Von Wartburg, Bossuet est le premier à employer constitution au sens de « loi fondamentale qui détermine la forme de gouvernement »²⁶⁴. Bossuet se réfère à la « constitution d'état » pour désigner l'ensemble des règles régissant la succession de la Couronne²⁶⁵. L'expression « constitution d'état » désigne alors l'ensemble des lois fondamentales²⁶⁶ ; il s'agit du corps de règles et principes, résultant de l'histoire et de la tradition, qui régissent l'ordre politique. Il emploie également le mot constitution comme synonyme de forme de gouvernement²⁶⁷. Pour lui, la constitution du royaume est formée par l'origine divine du pouvoir, la royauté et les règles de succession.

263[Orthographe simplifiée] *Ibid*, p. 1169.

264 *Dictionnaire étymologique et historique du galloroman*, vol. 2, p. 1084.
<https://apps.atilf.fr/lecteurFEW/lire/volume/20/page/1084>

265 « Où les filles succèdent, les royaumes ne sortent pas seulement des maisons régnantes ; mais de toute la nation : or il est bien plus convenable que le chef d'un état ne lui soit pas étranger : et c'est pourquoi Moïse avait établi cette loi : Vous ne pourrez pas établir sur vous un roi d'une autre nation ; mais il faut qu'il soit votre frère. Ainsi la France où la succession est réglée selon ces maximes, peut se glorifier d'avoir la *meilleure constitution d'état* qui soit possible, et la plus conforme à celle que Dieu même a établie. » Nous soulignons. BOSSUET, *op. cit.*, p. 65.

266 Sur la notion de « lois fondamentales » voir *infra*, ce chapitre, Section 2, D.

267 « Nous avons donc établi par les écritures que la royauté a son origine dans la divinité même : Que Dieu l'a aussi exercé visiblement sur les hommes dans les commencements du monde ; qu'il a continué cet exercice surnaturel, et miraculeux sur le peuple d'Israël, jusqu'au temps de l'établissement des rois : Que l'exclusion du sexe né pour obéir, était naturel à la souveraine puissance. Ainsi nous avons trouvé, que par l'ordre de la divine providence, la *constitution de ce royaume* était dès son origine la plus conforme à la volonté de Dieu, selon qu'elle est déclarée par ses écritures. Nous n'avons pourtant pas oublié : qu'il paraît dans l'antiquité *d'autres formes de gouvernements* sur lesquels Dieu n'a rien prescrit au genre humain : ensorte que chaque peuple doit suivre comme un ordre divin le gouvernement établi dans son pays ; parce que Dieu est un Dieu de paix, et qui veut la tranquillité des choses humaines. » Nous soulignons. BOSSUET, *Politique...*, vol. 2, éd. cit., p. 69-70.

Dans la première moitié XVIII^e siècle, l'emploi de l'expression constitution de l'État pour désigner la forme de gouvernement semble se généraliser au point d'apparaître dans le *Dictionnaire de l'Académie*. Il se trouve dès la troisième édition du *Dictionnaire de l'Académie*, datant de 1740. Il ne figure pas à l'entrée « constitution », mais l'article consacré au gouvernement précise : « Il se dit aussi pour la *constitution d'un État*. Le Gouvernement de France est Monarchique. Le Gouvernement de Venise est Aristocratique »²⁶⁸.

Le mot constitution n'a pas encore réellement changé de signification mais l'expression « constitution de l'État » ou « constitution du royaume » prend un sens spécifique : il s'agit de la forme du gouvernement, des modalités d'exercice et de transmission du pouvoir politique. Ces expressions furent employées en philosophie politique, notamment par Barbeyrac et Rousseau. Dans le chapitre V du livre VII du *Droit de la nature et des gens*, consacré aux « diverses formes de Gouvernement »²⁶⁹, Barbeyrac, traduisant Pufendorf, emploie l'expression « constitution de l'État » pour désigner la forme du gouvernement, c'est-à-dire l'ensemble des règles régissant l'exercice du pouvoir politique dans cet État²⁷⁰. Rousseau emploie cette expression dans un sens similaire²⁷¹. Pour lui, fixer la constitution revient ainsi à déterminer la manière dont le pouvoir politique s'exerce et à désigner les titulaires de ce pouvoir.

79. Cette évolution de l'emploi du mot constitution présuppose une évolution idéologique. Le pouvoir exercé par l'autorité royale n'est plus souverain – si tant est qu'il ne l'ait jamais été ; il est limité par une loi supérieure. La constitution devient ainsi la loi souveraine s'imposant à tous, y compris au Roi. Néanmoins, dans la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles, l'État n'est pas simplement maintenu par des règles et principes régissant l'ordre politique. Aussi, la notion de constitution sert-elle également à désigner l'essence de l'État qui peut résider dans ses mœurs et traditions.

4. La constitution comme ordre fondamental dans l'État

80. L'essence de l'État, ce sans quoi il n'est plus, est désigné par l'expression « constitution de

268 Nous soulignons, *Dictionnaire de l'Académie française*, 1740, vol. 1, p. 769.

269 Samuel von PUFENDORF, *op. cit.* VII, V, §X, Tome III, éd. cit., p. 154.

270 « dans l'administration actuelle du Gouvernement on s'éloigne souvent de la manière propre et naturelle qui convient à la constitution de l'État ; comme, par exemple, lorsque dans une Démocratie le Peuple charge de certaines affaires quelque peu de personnes, ou même une seule personne ». Ibidem.

« Il a plus de difficulté à expliquer la constitution des États qui ne sauraient être rapportés ni aux formes saines et régulières, ni à une simple corruption du Gouvernement. La plupart des savants croient que le plus court est de les appeler GOUVERNEMENT MIXTES, c'est-à-dire, composés d'un certain mélange des formes simples. » Ibid., VII, V, §XII, éd. cit., p. 166.

271 « Il ne suffit pas que le peuple assemblé ait une fois fixé la *constitution de l'État* en donnant la sanction à un corps de lois : il ne suffit pas qu'il ait établi un Gouvernement perpétuel ou qu'il ait pourvu une fois pour toutes à l'élection des magistrats. » ROUSSEAU, *op. cit.*, III, XIII, p. 126.

l'État ». Il s'agit de tout élément consubstantiel à l'État. Cet élément « constitutif » peut se rattacher à l'ordre social. Par exemple, Bossuet emploie le mot constitution pour désigner ce qui inhérent à l'ordre social même s'il ne s'agit pas à proprement parler de l'organisation politique mais davantage des mœurs²⁷². Rousseau avance que la « constitution de l'État », ce qui le maintient, réside en réalité dans les mœurs, les coutumes et l'opinion. La constitution ne se confond ainsi pas avec les lois politiques, qu'il présente séparément, et désigne alors un ordre supérieur et immanent²⁷³. Cette idée semble directement inspirée des auteurs grecs et latins comme en atteste cette considération de Montesquieu : « Platon ne craint point de dire que l'on ne peut faire de changement dans la musique, qui n'en soit un dans la Constitution de l'État »²⁷⁴.

Au XVIII^e siècle, la constitution est un vocable irréductiblement polysémique et très fréquemment employé. Il peut presque tout dire : la création, l'ordre, la norme, l'essence, la substance, la structure, la disposition, le tempérament. Il permet de décrire ou de prescrire ; de rendre compte d'un état ou d'un processus. Les potentialités de signification qu'il contient sont presque infinies, ce qui en fait une ressource précieuse pour les philosophes des Lumières. Cette polysémie fait aussi sa faiblesse en raison de l'imprécision qu'elle peut engendrer. Une note de bas de page du *Contrat social* nous indique clairement cette difficulté : « Lecteurs attentifs, ne vous pressez pas, je vous prie, de m'accuser ici de contradiction. Je n'ai pu l'éviter dans les termes, vu la pauvreté de la langue »²⁷⁵.

La notion de constitution et son évolution sont liées aux mutations de la notion de société. Ces deux notions sont forgées notamment sous l'influence de colinguismes.

§ 2. Le rôle du colinguisme dans l'évolution de la signification des mots constitution et société

81. Renée Balibar²⁷⁶ affirme que « La compétence en langues des députés révolutionnaires a été

272« Qui peut mettre dans l'esprit des peuples la gloire, la patience dans les travaux, la grandeur de la nation, et l'amour de patrie, peut se vanter d'avoir trouvé la *constitution d'État* la plus propre à produire de grands hommes. » Nous soulignons. BOSSUET, *Discours sur l'histoire universelle à Monseigneur le Dauphin pour expliquer la suite de la religion et les changements des empires*, éd. cit., p. 410.

273« À ces trois sortes de lois [politiques, civiles et criminelles], il s'en joint une quatrième, la plus importante de toutes ; qui ne se grave ni sur le marbre ni sur l'airain, mais dans les cœurs des citoyens ; qui fait la véritable *constitution de l'État* ; qui prend tous les jours de nouvelles forces ; qui lorsque les autres lois vieillissent ou s'éteignent, les ranime ou les supplée, conserve un peuple dans l'esprit de son institution, et substitue insensiblement la force de l'habitude à celle de l'autorité. Je parle des mœurs, des coutumes, et surtout de l'opinion ; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès de toutes les autres : partie dont le grand Législateur s'occupe en secret, tandis qu'il paraît se borner à des règlements particuliers qui ne sont que le cintre de la voûte, dont les mœurs, plus lente à naître, forment enfin l'inébranlable Clef. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 90.

274EDL, IV, VIII.

275ROUSSEAU, *op. cit.*, II, IV, p. 66.

276Le terme de colinguisme est emprunté à Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985.

décisive. Passer des *États-Généraux* à l'*Assemblée Nationale* peut aujourd'hui apparaître sous le jour des actes naturels. Ce n'était pas évident à l'époque. Il a fallu des semaines de réflexion aux nouveaux représentants du peuple et une solide possession du colinguisme latino-franco-anglais pour donner un sens aux termes de l'institution. »²⁷⁷ Ainsi, les députés, comme les hommes des classes supérieures au XVIII^e siècle, étaient éduqués pour lire, écrire et travailler au moins en français et en latin, et, le plus souvent, également en anglais. L'influence de ces autres langues de travail et d'étude sur l'évolution de la signification des termes constitution et société en français fût décisive.

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, les notions de constitution et de société furent transformées par le colinguisme. L'emploi latin des termes constitution et de société permit d'imaginer l'origine artificielle de l'ordre politique et de contractualiser la notion de société (A). Les emplois anglais et américains et leur traduction en français permirent une association durable entre la notion de constitution et l'idée d'une limitation du pouvoir royal (B).

A. Le glissement vers l'idée d'un ordre politique artificiel et d'une société contractualiste en raison du colinguisme franco-latin

82. Les emplois latins de constitution et constituer pour décrire la formation et la réglementation de la cité contribuent à faire évoluer la notion française de constitution et permettent de concevoir l'ordre politique comme un ordre artificiel (1). Par ailleurs, la traduction de divers concepts latins par le terme unique de société en français contribue à contractualiser cette notion (B).

1. Les emplois latin de *constitutio* et *constituo* : l'artificialité de l'ordre politique

83. En latin, le mot *constitutio*, au sens d'établissement ou de structure, est fréquemment associé à celui de *respublica* chez Cicéron (a) et chez d'autres auteurs latinistes comme Hotman (b) ou Hobbes (c).

a. La constitution de la république et du peuple chez Cicéron

84. Cicéron emploie le mot *constitutio* et le verbe *constituo* à plusieurs reprises dans son *Traité de la République*. Il les utilise pour désigner l'établissement de la cité (*civitas*)²⁷⁸, de la république (*res publica*)²⁷⁹ et du peuple (*populus*)²⁸⁰.

Pour prendre quelques exemples de ces emplois : c'est la constitution du peuple, au sens

277Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985, p. 111.

278CICÉRON, *Oeuvres complètes*, édition bilingue, sous la direction de M. Nisard, tome IV, Firmin Didot, 1869, I, II ; III, XXXIII et V, V.

279Ibid., I, VI ; I, XLV ; I, XLVI, II, XXI ; II, XXIII et XIV, IX et X.

280Ibid., I, XXVI.

d'établissement, qui crée la cité²⁸¹. Cette cité doit être « parfaitement établi[e] [*bene constitutae*] sur le double fondement des lois et des mœurs »²⁸² et « être constitué[e] de façon à vivre éternellement »²⁸³. De plus, « rien n'est comparable à la félicité d'une république bien constituée [*civitate bene constituta*] »²⁸⁴. Selon lui, « la meilleure forme de constitution politique [*optimo constitutam rem publicam*] est celle qui réunit dans un juste tempérament les trois sortes de gouvernement, royal, aristocratique et populaire »²⁸⁵.

Ainsi, le verbe constituer et le nom constitution sont chez Cicéron associés à l'organisation politique de la cité et de la république. L'idée qu'une cité ou une république doit être bien constituée et qu'un ensemble de règles et des principes garantissent cette « bonne constitution » se trouve donc déjà chez Cicéron²⁸⁶.

Il n'est néanmoins pas certain que les considérations développées par Cicéron aient directement influencé les auteurs du XVIII^e siècle, car seuls des fragments de la *République* étaient alors connus.

b. La constitution de la république chez Hotman

85. Au XVI^e siècle, de telles formules existent également dans les écrits latins. Par exemple, Hotman se réfère souvent à la sagesse de « nos ancêtres » dans la constitution de la république. Par cette expression il décrit le processus d'établissement de l'ordre politique par les « pères fondateurs » de l'État : « nos ancêtres furent gens merveilleusement sages et advisez à bien dresser le gouvernement politique [*in constituenda Respublica*] d'icelle [chose publique] »²⁸⁷.

En employant en latin le gérondif *in constituenda Respublica* (en constituant la république), il décrit un processus constituant qui établit autant qu'il régleme l'ordre politique : « admirons le grand sens et la prudence que monstrent nos Majeurs en établissant et ordonnant la forme de leur Police [*in constituenda Rep.*] »²⁸⁸

Avec cette expression, Hotman décrit l'acte d'établissement du gouvernement qui vaut autant comme récit des origines de l'ordre politique que comme réglementation de l'exercice du

281 « toute cité, c'est-à-dire toute constitution d'un peuple », « *omnis civitas, quae est constitutio populi* » *op. cit.*, I, XXVI.

Le latin *civitas* est parfois traduit par État, société, république, société civile. Pour éviter toute ambiguïté et bien que le sens en devienne un peu forcé, nous préférons employer cité.

282 *Op. cit.*, I, II.

283 *Op. cit.*, « *debet enim constitua sic esse civitas, ut aeterna sit* » III, XXXIII.

284 *Op. cit.*, V, V.

285 *Op. cit.*, II, XXIII.

286 Voir *infra*, ce chapitre, Section 1, § 3, C.

287 François HOTMAN, *HOTMAN François, Francogallia*, quatrième édition, 1586, préface, p. 5.

Voir sur le nombre d'éditions et leurs différences. André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907, p. 93.

288 François HOTMAN, *Op. cit.*, p. 114.

pouvoir :

« Ces coutumes ayans esté brievement discourues par nous, il est temps maintenant d'exposer à son reng, quelle forme on observait, pour establir le gouvernement du Royaume de France [*qualis regni Francogallici constituendi forma fuerit*]. Sur quoy, nous avons desja monstré, que le peuple s'estoit reservé toute l'autorité, non seulement d'élire, mais aussi de demettre les Roys. [...] les François ont plustost appris ceste maniere-là de dresser leur Republique [*eam Reip. constituendæ formam*] des Allemans »²⁸⁹

Chez Hotman, en latin, l'acte de constituer la république désigne ainsi l'institution et la réglementation de l'exercice du pouvoir politique. Selon André Lemaire, Grégoire de Toulouse, dans *De Republica* en 1578, serait également un des premiers à utiliser *constitutio* dans un sens moderne et politique lorsqu'il écrit que « De nouvelles lois fondamentales peuvent même être introduites, au cours des âges dans la constitution de l'État [*in regnorum constitutione*] »²⁹⁰.

Le latin médiéval semble ainsi précéder le français dans l'emploi du terme de constitution et du verbe constituer pour désigner l'institution et la réglementation du pouvoir politique.

c. La constitution de la cité chez Hobbes

86. Hobbes tente de théoriser la manière dont les cités doivent être établies, constituées. Dans *De Cive*, il emploie systématiquement le verbe constituer, *constituo*, ou le nom constitution, *constitutio*, pour décrire la manière dont les cités sont « dressées » ou formées²⁹¹. Toute sa théorie du contrat est alors associée à ces termes. Il pose ainsi toute une série de conditions permettant de déterminer si une cité est bien ou mal constituée :

« Il faut donc concevoir que tous les habitants d'une ville, ou tous les sujets d'un royaume ont conféré ce droit de guerre et de paix à un seul homme, ou à un certain conseil ; et que ce droit, que je puis nommer l'épée de guerre, appartient au même homme, ou à la même cour qui tient l'épée de justice. Car, personne ne peut contraindre les autres à prendre les armes ni à soutenir les frais de la guerre, qui n'ait le droit de punir les réfractaires. Et ainsi je conclus que, *suivant la constitution essentielle de l'État*, les deux épées de guerre et de justice sont entre les mains de celui qui y exerce la souveraine puissance. [*Summo itaque Imperio uterque Gladius, tam belli quam justitia, ex ispa civitatis constitutione et essentialiter adhæret.*] »²⁹²

La constitution essentielle de la cité détermine donc le détenteur du pouvoir de faire la guerre et de rendre la justice. Hobbes désigne, par le terme constitution, l'essence de l'État, les

289François HOTMAN, *Op. cit.*, p. 85.

290André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 129 ; Grégoire de TOULOUSE, *De Republica*, édition de Lyon, 1596, p. 489.

291Voir par exemple, HOBBS, *De Cive*, Chapitre VI, § XIII, XV, XVII ; Chapitre VII, § III, V, VII, X ; VII, VII, XII ; Chapitre X, § I, V.

292Nous soulignons. Thomas HOBBS, *Le Citoyen*, Édition de 1647 dans la traduction de S. de Sorbière (1649), ePub, Les Échos du Maquis, novembre 2013, Cette traduction comme les suivantes sont celles de Sorbière datant de 1649, Chap. VI, §VII. p. 79 ; Idem, *Elementa philosophica de cive*, Amsterdam, 1657, p. 96.

conditions de son existence²⁹³.

87. La constitution de la cité est également le processus qui la crée et qui permet aux hommes de sortir de l'état de nature et d'entrer dans l'état social²⁹⁴. Elle institue le droit de propriété qui ne peut exister hors d'elle ; elle est la fondation de la cité. Selon Hobbes, elle présuppose que soient admis le principe de majorité²⁹⁵ et celui d'obéissance²⁹⁶. L'acte de constituer la cité, ainsi soumis à des conditions rationnelles, trouve une place centrale dans la pensée de Hobbes.

88. Hobbes exploite toutes les ressources de la langue latine en employant *constitution* et *constituer*. Il emploie le langage juridique de l'établissement pour considérer que la cité est une création volontaire, artificielle et juridique. En mobilisant ce champ sémantique, il fait entrer la formation des sociétés dans des considérations juridiques. La société politique n'est plus, chez Hobbes, une simple agrégation d'individus, plus ou moins fortuite ou naturelle, mais elle devient le résultat d'un acte juridique²⁹⁷. L'emploi de *constitutio* et *constituo* contribue à l'affirmation de cette idée : le vocabulaire juridique est appliqué de manière systématiquement à un objet politique. Cette révolution épistémologique semble indissociable de l'emploi de ces termes.

En 1649, Sorbière ne traduit pas systématiquement *constitutio* et *constituo* par *constitution* et *constituer*. Il préfère employer *établir*, *former* ou *fonder*. De même, lorsque Hobbes écrit en anglais son *Léviathan*, il emploie le plus souvent *instituted*, *institution* ou encore *erection*, associés à *commonwealth*. La traduction du latin ne participe pas aussi directement que l'on pourrait le penser à la diffusion du vocable « constitution ». Toutefois, les théories de la formation et de l'organisation des sociétés formulées par Hobbes dans *De Cive* sont intimement liées au verbe *constituer* et au nom *constitution*. En ce sens, il a certainement contribué à l'élaboration du concept de constitution en anglais et en français.

293 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

294 « Mais d'autant que, comme il a été prouvé ci-dessus, avant l'établissement de la société civile [*ante constitutionem civitatis*] toutes choses appartiennent à tous et que personne ne peut dire qu'une chose est sienne si affirmativement, qu'un autre ne se la puisse attribuer avec même droit (car là où tout est commun, il n'y a rien de propre) il s'ensuit que la propriété des choses a commencé lorsque les sociétés civiles ont été établies » Chap. VI, §XV, *Le Citoyen*, éd. cit., p. 84 ; *De Cive*, éd. cit., p. 106.

295 « Il faut remarquer ensuite, qu'afin de donner commencement à une société civile [*constituendæ civitatis*], chaque particulier d'entre la multitude doit demeurer d'accord avec ses compagnons, qu'une proposition étant faite dans l'assemblée, l'avis du plus grand nombre sera tenu pour la volonté de tous en général » Chap. VI, §II, *Le Citoyen*, éd. cit., p. 77 ; *De Cive*, éd. cit., p. 92.

296 « L'obligation qu'on a à la rendre ne vient pas immédiatement de cette convention par laquelle nous avons transporté tous nos droits à la ville [*civitatem*] d'où nous sommes citoyens, mais médiatement, à cause que, sans l'obéissance, le droit d'empire serait inutile, et par conséquent sans elle la société n'eût pas été formée [*constituta civitas non fuisset*]. » Chap. IV, §XIII, *Le Citoyen*, éd. cit., p. 82 ; *De Cive*, éd. cit., p. 102.

297 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

89. Comme le souligne Renée Balibar, dans *L'institution du Français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, « Jusqu'au milieu du XX^e siècle il a été indispensable d'enchevêtrer les exercices français et les exercices latins pour obtenir les pleins pouvoirs du discours écrit. »²⁹⁸ L'idée développée en latin, d'une constitution de la cité (*civitas* étant le plus souvent traduit par État ou société civile) a certainement facilité le développement de l'emploi du mot constitution dans ce contexte et dans ce sens. De Cicéron à Hobbes, l'idée de fonder la société politique se construit et permet de l'imaginer non comme une donnée historique et factuelle, mais comme un projet qu'il est possible de définir et de redéfinir. En conséquence, en latin, la notion de constitution émerge pour conceptualiser une nouvelle vision de l'ordre politique comme résultat d'un acte volontaire et juridique réglementant l'exercice du pouvoir.

L'influence de ces emplois latins sur la construction de la notion française de constitution fût décisive. Elle le fût également sur la construction du mot société. Cette fois-ci non plus en raison de l'usage du mot latin, mais en raison des traductions d'expressions latines, n'ayant pas leur équivalent en français.

2. L'influence des traductions latines sur la signification de société

90. Le mot « société » sert à traduire de nombreux concepts latins ne trouvant pas leur équivalent en français. À cet égard, Barbeyrac, qui fut le traducteur de Pufendorf et de Grotius, en français fournit un exemple topique. Il traduit évidemment *societas* par société, mais le mot société lui permet de désigner par un même vocable des expressions différentes en latin. Ainsi, *coetus* qui peut désigner une jonction, un assemblage, une rencontre ou une réunion d'homme, une assemblée ou encore une union²⁹⁹ est également traduit par société. Il en va de même s'agissant de *consociatio* (association) et surtout de *civitas*.

91. Le mot *civitas* et sa traduction très fréquente par société civile chez Barbeyrac et Sorbière contribuent à faire évoluer la signification du terme société.

Le concept latin de *civitas* excède très largement sa traduction littérale qui pourrait être la cité. Il recouvre notamment l'idée d'une réunion d'hommes qui ne forment plus qu'un. C'est ce qu'exprime Hobbes lorsqu'il décrit la fondation du *commonwealth* par accord mutuel³⁰⁰. La notion de *civitas* comporte ainsi en elle cette idée d'une union, d'unité et de communauté qui dépasse l'aspect simplement descriptif d'un lieu ou d'une assemblée d'individus.

Hobbes traduit *civitas* par *commonwealth*, mais un tel équivalent n'existe pas en français.

298BALIBAR Renée, *Op. cit.*, p. 103.

299Dictionnaire Gaffiot, p. 335.

300Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

Civitas est parfois traduit par État ou même ville. *Civitas* et *universitas* (qui peut désigner une corporation ou une communauté) sont également souvent rendues en français par corps ou corps politique. Toutefois, l'expression de *société civile* est très largement privilégiée tant par Barbeyrac que par Sorbière pour traduire tous ces termes.

Ce choix permet de mettre l'accent sur le caractère associatif et volontaire de l'ordre ainsi établi. Par leur choix de traduction, Sorbière et Barbeyrac contribuent à associer durablement les notions de société et de société civile aux théories contractualistes développées par les auteurs qu'ils traduisent. Ils contribuent ainsi à la mutation et la construction du concept français de société³⁰¹.

Le colinguisme franco-latin a joué un rôle déterminant sur l'évolution des notions de constitution et de société. Néanmoins, c'est sous l'influence anglaise que se développe l'emploi du terme constitution sans complément du nom, ni adjectif qualificatif.

B. L'association de l'idée de limitation du pouvoir royal à la notion de constitution sous l'influence anglaise et américaine

92. L'emploi de constitution sans complément du nom, ni adjectif est dû à l'influence anglaise³⁰². Il se développe d'abord au Royaume-Uni pour désigner la répartition de l'exercice des fonctions étatiques (1), puis en Amérique pour décrire les chartes des colonies anglaises (2).

1. La notion anglaise de constitution, une répartition de l'exercice des fonctions étatiques organisée par des textes

93. Au Royaume-Uni, l'emploi du terme constitution seul se développe dans la seconde moitié du XVII^e siècle et se généralise au cours de la Glorieuse Révolution³⁰³. Le mot constitution sert

³⁰¹Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2-3.

³⁰²Pour une présentation nuancée de l'influence anglaise voir Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 6-10. Sur l'influence du modèle anglais voir Édouard TILLET, *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, P.U.A.M., 2001.

³⁰³« Ce n'est pas avant la Glorieuse Révolution, que le terme "constitution" apparaît dans un acte politique fondamental. Dans la résolution de la convention qui déclara "l'abdication" de Jacques II, et la vacance du trône, Jacques fut accusé d'avoir tenté de "renverser la constitution du royaume". C'est de cette période – c'est-à-dire de l'époque de la Glorieuse Révolution – que l'on doit dater l'âge d'or de la constitution anglaise. *The British constitution or, the fundamental Form of Government in Britain* est le titre d'un ouvrage louant cette constitution, qui fut publié à Londres en 1727. Bientôt, en 1733, Bolingbroke allait donner la définition suivante :

« "Par constitution, on entend, à proprement parler, cet assemblage de lois, d'institutions et de coutumes, dérivées de certains principes établis par la raison, dirigés vers certains objectifs établis par le bien public, qui composent le système général, selon lequel la communauté a décidé d'être gouvernée... Nous appelons ce système un bon gouvernement, quand... l'administration des affaires publiques est dans son ensemble sagement poursuivie, et ce, en stricte conformité avec les principes et les objectifs de la constitution." » Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 38. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 168. Voir également en ce sens Édouard TILLET, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIII^e siècle : l'exemple de Montesquieu » in Association Française des Historiens des Idées Politiques, *Pensée politique et droit, actes du*

donc à traduire l'anglais *constitution*³⁰⁴. L'influence anglaise fût également importante s'agissant des dérivés de constitution, tel l'adjectif constitutionnel. G. von Proschwitz a établi de manière convaincante que ce terme était initialement un emprunt à la langue anglaise qui fût par la suite redéfini et réinvesti par le Français³⁰⁵.

Un exemple de cette influence anglaise peut être trouvé chez Ramsay, disciple de Fénelon d'origine écossaise. En 1721, paraît la seconde édition de son *Essay philosophique sur le gouvernement civil, où l'on traite de la Nécessité, de l'Origine, des Droits, des Bornes et des différentes formes de la Souveraineté, selon les Principes de Feu M. François de Salignac de La Motte-Fénelon*. Le terme constitution n'est pas réellement employé par Fénelon. En revanche, son disciple y recourt, surtout lorsqu'il relate l'histoire du Royaume-Uni³⁰⁶.

94. Montesquieu a donc eu des prédécesseurs, mais la présentation du système anglais qu'il donne dans la Chapitre 6 du Livre XI est sans précédent³⁰⁷. Le rôle joué par cet ouvrage dans la diffusion de la notion de constitution est incontestable³⁰⁸. Il contribue ainsi à diffuser l'emploi de constitution sans complément du nom, ni adjectif qualificatif³⁰⁹. Toutefois, Montesquieu est un traducteur plus qu'un créateur s'agissant de la constitution anglaise³¹⁰. La définition qu'il en donne correspond aux idées déjà diffusées au Royaume-Uni. Elle ressemble fortement à la présentation de Bolingbroke³¹¹. Cette conception de la constitution était largement répandue au Royaume-Uni dans

colloque de Strasbourg (11 - 12 septembre 1997), coll. « histoire des idées politiques », P.U.A.M., 1998, p. 366-367.

304« Pour la France, semble-t-il, l'exemple de la constitution anglaise et sa réception littéraire (en France) dès la première moitié du XVIII^e siècle, a accéléré l'introduction de la nouvelle signification de constitution, c'est-à-dire "constitution d'État". » Wolfgan SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991, p. 468.

305Il conclut ainsi : « Il me semble parfaitement évident que *constitutionnel* est à ranger parmi les nombreux anglicismes politiques tels *amender*, *amendement*, *majorité*, *minorité*, *motion*, *session*, *responsabilité*, qui tous se trouvent employés d'abord, presque exclusivement, à propos des affaires d'Angleterre, mais qui, à la veille de la Révolution, étaient *disponibles* – voilà qui est important – prêts à servir dans un pays constitutionnel. Voilà aussi pourquoi on est autorisé à parler, non pas de scission, mais bien de continuité, dans le vocabulaire politique français du XVIII^e siècle. » G. VON PROSCHWITZ « "Constitutionnel", anglicisme ou mot français ? » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIV – 1, Didier-Larousse, Paris, 1969, p. 12.

306Andrew Michael RAMSAY, *Essay philosophique sur le gouvernement civil, où l'on traite de la Nécessité, de l'Origine, des Droits, des Bornes et des différentes formes de la Souveraineté, selon les Principes de Feu M. François de Salignac de La Motte-Fénelon*, Londres, 1721, p. 151, 152, 155, 164.

307« Il y avait, suivant les mots de Montesquieu, une nation dans le monde qui "avait pour objet directe de sa 'constitution' la liberté politique". Une sorte d'envie, jointe aux besoins réels, ramena perpétuellement l'attention sur ce sujet. Ce fut un débordement d'articles et de livres. Celui de de Lolme est célèbre. » Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Tome IX, La Révolution et l'Empire, première partie : le français, langue nationale, Armand Colin, Paris, 1966-1967, p. 428.

308Voir en ce sens Olivier BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat » in *Jus Politicum*, « Autour de la notion de Constitution », n° 3, 2009.

309« D'un point de vue grammatical, dans ce livre [XI], le terme de constitution, omniprésent, est d'ailleurs souvent employé seul, sans qu'un adjectif ou un complément du nom lui soit accolé et vienne ainsi préciser sa signification. » Édouard TILLET, art. cit., p. 384-285.

310Voir *infra* pour la contribution de Montesquieu à l'élaboration de la notion de constitution. Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 1.

311Sur ce point voir Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth

la première moitié du XVIII^e siècle ; elle se trouve par exemple chez Hume, dans ses *Essays, Moral and political*, publié en 1741 dans lesquels il discute les thèses de Bolingbroke³¹². Dès 1734, Osborne offre un exemple de définition synthétique de la constitution anglaise :

« La Constitution d'Angleterre, est le Roi, les Lords et les Communes faisant les Lois, et le Roi exécutant ces lois ; le Pouvoir Exécutif est une part aussi essentielle de la Constitution que le Législatif : Le Gouvernement lui-même est constitutionnel ; car, lorsque le Roi exécute les Lois qui sont promulguées, et jamais, par un quelconque acte de pouvoir, ne rompt le Droit légal, Il se montre à la hauteur de la Constitution ; Il n'empiète pas non plus sur les Lois, ces règles permanentes de ses Actions, et de celles du Peuple. »³¹³

La constitution d'Angleterre renvoie ainsi à la réunion des différentes parties de la société pour faire les lois et comprend la répartition des différentes fonctions de l'État. L'idée d'une distribution des fonctions de l'État entre différents organes est ainsi formulée et largement diffusée dès les années 1730 au Royaume-Uni. L'expression de ces thèses figure dans divers brochures et journaux dont Montesquieu a certainement eu connaissance. Il reprend donc, pour l'essentiel, les thèses anglaises³¹⁴ et contribue à leur diffusion en France et au développement de l'emploi de constitution sans complément du nom, ni adjectif qualificatif.

95. L'influence de Delolme sur la diffusion de la conception anglaise de la constitution n'est pas non plus à négliger. Il introduit l'idée que l'Angleterre représente un idéal et un modèle. Il marque également une rupture claire avec les théories de la monarchie de droit divin.

Il associe la constitution d'Angleterre à des textes. Les trois « époques » de la constitution anglaise qu'il décrit correspondent à l'adoption de trois textes réglementant et limitant l'exercice du pouvoir par le Roi ; le dernier, le *Bill of Rights*, innove à ses yeux par sa nature contractuelle³¹⁵. Ce moment marque pour lui la rupture entre un ordre politique fondé sur le droit divin, conception obsolète selon lui, et un ordre politique fondé en raison³¹⁶. La constitution a donc été établie par les

to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 38. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 168.

312 Essay IV « that Politics may be reduced to a Science », *Essays, Moral and political*, Edimbourg, 1741, p. 29.

313 [T.d.A] « *The Constitution of England, is King, Lords and Commons making Laws, and the King executing those Laws ; the Executive Power is as essential a Part of the Constitution as the Legislative : The Government itself is constitutional; for, while the King executes the Laws which are enacted, and never, by any Act of Power, breaks thro' legal Right, He acts up to the Constitution; nor He invades the Laws, those standing Measures of His Actions, as well as the People's.* » F. OSBORNE, *The London Journal*, 9 février 1734 cité par G. VON PROSCHWITZ, art. cit., p. 9.

314 Le Chapitre VI du livre XI aurait été écrit par Montesquieu entre 1733 et 1739 voir en ce sens *Œuvres complètes de Montesquieu*, Voltaire foundation, Oxford, 2008, Tome 3, p. 217-218.

315 DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1774, p. 39.

316 « C'est à cette époque que se posèrent les grands et vrais principes des sociétés. Par l'expulsion d'un Roi violateur de ses serments, la doctrine de la résistance, fut mise à l'abri du doute. Par l'exclusion donnée à une famille héréditairement despotique, il fut décidé que les Nations n'appartiennent pas aux Rois. Tous ces principes d'Obéissance passive, de Droit divin, de Pouvoir indestructible, en un mot, cet échafaudage de notions funestes,

représentants du peuple pour Delolme³¹⁷ ; le vrai souverain est le peuple chez Delolme, et le Roi est le contre-poids à ce pouvoir du peuple, contrairement à Montesquieu qui conçoit le Roi comme souverain et les autres institutions comme des contre-poids³¹⁸.

Pour Delolme, la constitution est donc l'organisation du pouvoir : « Ce n'est pas du code des lois de l'Angleterre, quoiqu'il mérite des louanges, c'est de sa Constitution que j'ai fait l'éloge : c'est-à-dire de la manière dont le pouvoir s'y trouve distribué, de l'équilibre établi entre ses diverses parties et de leurs ressources réciproques. »³¹⁹ Cette organisation du pouvoir est fixée par des textes et se maintient par elle-même en raison de ses qualités intrinsèques³²⁰.

L'idée que la constitution renvoie à la répartition des différentes fonctions étatiques entre différents organes représentant les différentes parties de la société est une idée anglaise qui fut importée en France par Montesquieu et Delolme. Les anglais exportèrent cette conception dans leur colonies et la couronne leur donna des chartes, textes écrits réglementant l'exercice du pouvoir politique local, qu'il ne tardèrent pas à nommer constitution.

2. La notion américaine de constitution, un texte réglementant l'exercice du pouvoir politique

96. Les colonies américaines et leur emploi du mot constitution pour décrire leurs chartes eurent une influence en France sur l'évolution de la signification du terme constitution³²¹. Dès 1755, Georges-Marie Butel-Dumont publie un ouvrage intitulé *Histoire et commerce des colonies anglaises, dans l'Amerique septentrionale où l'on trouve l'état actuel de leur population, des détails curieux sur la constitution de leur gouvernement, principalement sur celui de la Nouvelle-Angleterre, de la Pensilvanie, de la Caroline, de la Géorgie*. Il y décrit la « Constitution de la Nouvelle-Angleterre »³²², celle de la « Pensilvanie »³²³, de la « Virginie »³²⁴, du « Maryland »³²⁵, de la « Caroline »³²⁶ et de la « Géorgie »³²⁷.

parce qu'elles étaient fausses, sur lesquelles l'autorité royale avait porté jusqu'à-là, fut détruit ; et l'on y substitua les appuis solides et durables de l'amour de l'ordre et du sentiment de la nécessité d'un gouvernement par les hommes. »
Ibid., p. 41.

317 *Ibid.*, p. 52.

318 *Ibid.*, p. 118-120.

319 *Ibid.*, p. 246.

320 *Ibid.*, p. 24 et s.

321 Sur l'influence américaine voir Olivier BEAUD, art. cit., p. 23.

322 Georges-Marie BUTEL-DUMONT, *Histoire et commerce des colonies anglaises, dans l'Amerique septentrionale. Où l'on trouve l'état actuel de leur population, des détails curieux sur la constitution de leur gouvernement, principalement sur celui de la Nouvelle-Angleterre, de la Pensilvanie, de la Caroline, de la Géorgie*, 1755, p. 107 et s.

323 *Ibid.*, p. 179 et s.

324 *Ibid.*, p. 231 et s.

325 *Ibid.*, p. 247 et s.

326 *Ibid.*, p. 276 et s.

327 *Ibid.*, p. 323 et s.

Dans son ouvrage, il détaille la manière dont sont désignés les Gouverneurs, les juges et l'assemblée générale de chaque colonie ainsi que les compétences respectives de ces organes. Il propose parfois une retranscription des chartes³²⁸, mais il les désigne par le terme « constitution ». Il compare également les différentes constitutions estimant par exemple que celle de Virginie « est moins favorable aux habitans, que celle des Colonies plus septentrionales. Le Gouverneur y a beaucoup d'autorité. Son administration par conséquent peut-être quelque fois arbitraire ; dès-là, la porte est ouverte à l'oppression. »³²⁹. Il estime en outre à propos de la Géorgie que : « Le défaut de population dans cette Colonie naît moins de sa nouveauté que de la mauvaise constitution de son gouvernement. Il ne ressemble point à celui des autres établissemens Anglois. Le peuple n'y a aucune autorité. »³³⁰

Butel-Dumont emploie donc en français le terme de constitution pour décrire un texte réglementant l'exercice du pouvoir politique. Il en profite également pour formuler des critiques à l'égard de ce qui constitue une bonne ou une mauvaise constitution en condamnant celles où l'exécutif dispose d'importantes prérogatives au détriment du peuple. La référence aux colonies d'Amérique est ainsi un moyen détourné de formuler des revendications qui seraient perçues comme séditieuses si elles n'étaient pas cachées par le paravent de la comparaison. La description de Butel-Dumont permet également de diffuser et de construire la notion de constitution comme une norme supérieure, qui peut être écrite, et qui limite l'action du souverain au profit des droits du peuple.

97. Le modèle des colonies anglaises, comme le modèle anglais offrent ainsi les premières perspectives de la notion de constitution. Au Royaume-Uni, comme dans les colonies anglaises, la constitution détermine les droits et les prérogatives de chaque partie de la société et précise la manière dont s'exerce le pouvoir politique et l'ordre de répartition des différentes fonctions étatiques. En conséquence, les constitutions sont toujours des actes qui limitent le pouvoir souverain et réglementent strictement son exercice. Ces conceptions sont importées en France par les ouvrages publiés sur le sujet, mais également par voie de presse.

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, les conflits opposant le Royaume-Uni à ses colonies américaines conduisent à mobiliser à nouveau la notion de constitution. Comme le relève G. von Proschwitz, la presse française était autorisée à écrire à propos de la politique étrangère, alors qu'elle devait s'abstenir de toute critique du régime français. Elle relata la guerre

328 *Ibid.*, p. 181 et s. pour la Pensylvanie.

329 *Ibid.*, p. 233.

330 *Ibid.*, p. 323.

d'indépendance et ses préludes en traduisant et en employant les termes qu'utilisaient les Anglais³³¹. Cette période, qui s'étend du *Sugar Act* en 1764 au traité de paix de 1783, coïncide, en France, avec l'opposition parlementaire aux réformes royales qui s'intensifie particulièrement à partir des années 1760 et avec la tentative de réforme de Maupeou de 1770³³². Comme le souligne Wolfgang Schmale, « dans la France du XVIII^e siècle, et surtout après le “coup d'État” de Maupeou en 1771, “constitution” est devenu un mot-thème du discours politique et juridique »³³³. Les récits des tensions entre l'Angleterre et les colonies d'Amérique ont contribué à cette diffusion : la synergie fut certainement grande entre des idées américaines invoquant la constitution et les parlements français revendiquant la même idée.

§ 3. *La contractualisation de la notion société aux XVII^e et XVIII^e siècles : la société comme association volontaire d'individus libres et égaux*

98. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, la communauté politique est progressivement désignée par les termes société civile³³⁴, société politique, puis société, sans adjectif qualificatif. Au cours de cette période, la notion de société connaît un essor et une évolution radicaux : d'un objet naturel et obligatoire pour les hommes, qui les place à des rangs qu'ils ne peuvent choisir, elle devient un artéfact généré volontairement par des individus libres et égaux au moyen d'un contrat. La société ne fait plus les hommes, mais les hommes font la société. D'un point de vue linguistique, le latin *societas* implique la préexistence de l'individu par rapport à la société ; la sécrétion de la société par le lien entre individus³³⁵. La *societas* latine est le produit des individus associés ; elle est générée par le lien entre ces individus.

Dans le langage courant au XVIII^e siècle, la société est présentée tantôt comme naturelle, tantôt comme produite et créée par les associés. La première édition du *Dictionnaire de l'Académie Française* donne trois sens au mot société³³⁶ : un sens général, un sens juridique et un sens mondain.

331G. VON PROSCHWITZ art. cit., p. 10.

332Voir *infra*, Chapitre 2. Section 1, § 2.

333Wolfgang SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991. p. 462.

334Sur la notion de société civile et sa naissance, il est possible de consulter la version électronique du cycle de séminaires « Société civile : recherches sur la genèse et l'actualité d'un concept. » proposé par Bruno Bernardi sur son blog.

335« En latin le terme de base est un adjectif qui se rapporte toujours à un statut social de nature mutuelle : tel est *civis*, qui ne peut se définir que dans une relation à un autre *civis*. Sur le thème de base est construit un dérivé abstrait dénotant à la fois la condition statutaire et la totalité de ceux qui la possèdent : *civis* → *civitas*.

« Ce modèle se reproduit en latin pour un certain nombre de relations typiques, caractérisant des groupements anciens de la société romaine. D'abord :

« *socius* : *societas*. Un *socius* l'est par rapport à un autre *socius*, et le cercle entier des *socii* s'intègre en une *societas* [...]

« Tout à l'opposé, dans le modèle grec, la donnée première est une entité, la *polis*. » Émile BENVENISTE, « Deux modèles linguistiques de la cité », *Problèmes de linguistique générale, II*, Gallimard, 1974, p. 278.

336Pour un panorama sur la notion de société au XVIII^e voir Sonia BRANCA-ROSOFF, Jacques GUILHAUMOU,

Dans un sens général, la société est définie comme « Frequentation, commerce, que les hommes aiment naturellement à avoir les uns avec les autres. *La société est une chose naturelle aux hommes. les hommes se deffendent, se maintiennent par la société. cet homme estoit ennemy de la société. la société naturelle. la société civile.* » Dans ce premier sens, l'interaction fait exister la société, mais la société est présentée comme naturelle. Elle est donnée et non créée. Elle est le résultat d'un instinct de l'homme³³⁷. En revanche, la quatrième édition du *Dictionnaire de l'Académie française* datant de 1762 envisage la société comme « assemblage d'hommes qui sont unis par la nature ou par des lois », attestant ainsi d'une distinction entre société naturelle et société civile, qui n'était qu'implicite en 1694. Au sens juridique, la société est le résultat de la réunion de volonté³³⁸. Cette définition et les exemples qui sont choisis mettent l'accent sur la conception volontariste de la notion de société : elle est une union, que l'on peut vouloir ou non, dans laquelle on entre par contrat, aux conditions que l'on détermine. Enfin, dans un sens « mondain »³³⁹, la société est « Une compagnie de gens qui s'assemblent ordinairement pour des parties de plaisirs. *Société agreable. c'est un homme de bonne compagnie, il faut l'admettre dans nostre société. il est fascheux, il faut le bannir de nostre société.* » Ici encore, l'accent semble mis sur le caractère volontaire d'une telle société, comme dénote l'emploi du verbe « assembler ». Il convient de relever que, dans les exemples choisis, la société est conçue comme groupement qui peut admettre ou bannir des individus.

La deuxième édition du *Dictionnaire de l'Académie Française*, datant de 1718 admet un nouveau sens au mot société : « Une Compagnie de gens qui s'assemblent pour vivre selon les règles d'un institut religieux, ou pour conférer ensemble sur certaines sciences. *La société des Jésuites. Les Pères de la société. La société royale de Montpellier, de Londres.* » La société est alors définie comme un groupement volontaire d'individus, qui ne se mettent pas simplement ensemble pour un intérêt commun, mais pour vivre ensemble sous des règles communes. Cette définition permet de décrire les organisations corporatives de l'Ancien Régime et se rapproche d'une conception politique de la notion de société.

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, la notion de société se contractualise et est donc progressivement conçue comme le produit d'individus libres et égaux. Trois figures de la société permettent une telle mutation : la société juridique (A), la société de pensée (B) et la société civile

« De "société" à "socialisme" : l'invention néologique et son contexte discursif. Essai de colinguisme appliqué » in *Langage et société*, n°83-84, Colinguisme et lexicographie, 1998, p. 39-77.

337 Voir en ce sens Sonia BRANCA-ROSOFF, Jacques GUILHAUMOU, art. cit., p. 47-48.

338 « Compagnie, union de deux ou plusieurs personnes jointes pour quelque intérêt, pour quelque affaire, & à certaines conditions. *Une société de traitans, de marchands. cette société est riche & puissante. il veut faire ses affaires à part, il ne veut estre d'aucune société. entrer en société. contract de société. la société est rompuë. le contract de société. l'acte de société.* »

339 L'expression est empruntée à Sonia BRANCA-ROSOFF, Jacques GUILHAUMOU, art. cit., p. 39-77.

ou politique (C).

A. La société juridique : un contrat organisant une communauté

99. Le XVII^e siècle hérite de deux conceptions juridiques de la notion de société qui conçoivent toutes deux la société comme un contrat organisant une communauté. D'une part, les sociétés commerciales théorisées par le Digeste (1) ; d'autre part, les sociétés religieuses et corporation (2).

1. Sociétés commerciales

100. Le Digeste prévoit au titre II de son livre XVII, que « La société peut être contractée ou pour toujours, c'est-à-dire pendant la vie des associés, ou pour ne durer qu'un certain temps, ou sous certaines conditions. »³⁴⁰ La plupart des dictionnaires de jurisprudence reprennent cette définition qui considère la société comme un contrat³⁴¹ et exige le consentement libre de tous les associés pour sa formation³⁴². Certains dictionnaires mettent l'accent sur le caractère fondateur de la société qui établit, par contrat, une communauté³⁴³. Néanmoins, ils distinguent la communauté de la société, seule cette dernière a un caractère volontaire³⁴⁴.

Le critère distinctif de la société est donc l'existence d'un contrat, écrit ou non, exprimant le consentement libre des associés et fondant ainsi une communauté. Cette notion latine de société fut reprise à la période médiévale pour fonder la théorie de l'*universitas*³⁴⁵.

2. Sociétés religieuses et corporations

101. Au Moyen-Âge, les *universitas* préfigurent une conception contractuelle de la communauté. Elles sont des groupements « où l'autorité trouve sa source dans la masse de gouvernés qui la

340« *Societas coïri potest, vel in perpetuum, id est, du vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione.* » *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduit en français par M. Hulot, Metz-Paris, 1803, p. 501.

341Par exemple, L'*Encyclopédie* prévoit : « Les sociétés qui se *contractent* entre marchands, ou entre particuliers, sont une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle ils mettent en commun entre eux tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce, ouvrage, ou autre affaire, pour en partager les profits, & en supporter la perte en commun, chacun selon leur fonds, ou ce qui est réglé par le traité de société. » Nous soulignons. Article « Société (jurisprudence) » rédigé par Boucher d'Argis.

342« Pour former une société, il faut le consentement de tous les associés. » *Ibid.*

343« La société et la communauté ne sont pas la même chose ; la société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenu d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entr'elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi *société*, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société. » M. de Felice, *Code de l'humanité, ou la législation universelle, naturelle, civile et politique*, Tome XII, Yverdon, 1778, p. 710.

344« Il y a aussi une communauté qui se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entr'elles aucune convention, ni par conséquent aucun contrat de société ; comme lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires, il y a une communauté de succession entre ces héritiers, il y a entre ces légataires une communauté de choses qui leur ont été léguées ; mais il n'y a pas entre eux de *société*. » *Ibid.* p. 710-711.

345Sur cette notion voir Pierre MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Vrin, 1970.

confèrent à des gouvernants qui en sont les dépositaires et l'exerce en son nom »³⁴⁶. L'*Encyclopédie*, dans son article consacré à la société en jurisprudence, dresse une liste de ces diverses sociétés non commerciales : elles peuvent être « relatives à la religion » (« communautés & congrégations, ordres religieux »), « aux affaires temporelles » (« les communautés d'habitans, les corps de ville »), « à l'administration de la justice » (« compagnies établies pour rendre la justice »), « aux arts & aux sciences » (colleges, les académies, & autres sociétés littéraires) ou « à des titres d'honneur » (« ordres royaux & militaires »). Le terme société permet donc de renvoyer à l'ensemble des ordres et corporations de l'Ancien Régime. Selon Pierre Michaud-Quantin, ce développement de l'emploi de terme société est en relation avec la définition du *Digeste* et atteste de la volonté de mettre l'accent sur le caractère volontaire de la communauté³⁴⁷.

Ces *universitas* disposent d'un pouvoir d'auto-organisation, qui tend à les autonomiser et à les constituer comme des ordres juridiques partiels disposant d'une autonomie normative³⁴⁸ et de la capacité de faire observer les règles qu'elle édicte³⁴⁹. Elles doivent être autorisées par le pouvoir souverain qu'il soit spirituel ou temporel³⁵⁰, mais elles acquièrent progressivement un « statut de droit public » qui « leur permet d'échapper à l'emprise de leur supérieur naturel »³⁵¹.

D'un point de vue juridique, la société se définit donc comme la création volontaire d'une communauté qui choisit librement ses règles de fonctionnement et s'assigne un but déterminé. Bien qu'elles n'aient pas d'existence juridique, les sociétés de pensée répondent à la même définition.

346 Pierre MICHAUD-QUANTIN, *op. cit.*, p. 268.

347 « Un même point de vue semble réunir ces divers emplois de *societas*, la collectivité qui est désignée par ce terme n'est pas considérée abstraitement en soi, mais sous son aspect concret de groupement de personnes à qui l'on donne ou l'on retire son adhésion, dont on renforce ou affaiblit l'association. [...] La querelle des séculiers contre les mendiants dans la décennie 1250-1260 amène à préciser encore cette notion que l'on pourrait ainsi formuler : dans l'Université il y a deux éléments, une situation juridique, i.e. *habere corpus* qui a été concédé, et le groupement formé librement par les maîtres la *societas*, à laquelle a été concédée le privilège en cause. L'autorité supérieure peut prendre toutes les décisions qu'elle veut à l'égard de l'*universitas-corporis*, mais elle ne peut rien vis-à-vis de l'*universitas-societas* qui relève de l'initiative et de la spontanéité de ses membres. [...] »

« Cette spécialisation de sens semble être en dépendance de la notion de société commerciale telle que l'exposent les diverses lois de Dig. 17.2 où il est constamment question de *coire, contrahere, societatem*, ce qui est un acte que l'on accomplit volontairement (*ex voluntate*). Innocent IV reprend l'un de ces termes dans son commentaire de la décrétale *Dilecta* en représentant par deux expressions la démarche des fondateurs d'une collectivité : ils entre ensemble (*coeunt*) dans la société, où ils constituent (*faciunt*) le collège. » *Ibid.*, p. 269.

348 « L'*universitas* tend dès qu'elle se constitue, même sous une forme très élémentaire, à se dégager de la soumission à un pouvoir étranger, imposé du dehors afin de lui substituer aussi largement que possible celui qui émane d'elle et représente la volonté collective de ses membres. » *Ibid.*, p. 268.

349 « La jouissance de libertés comme la capacité d'exercer une juridiction, c'est-à-dire sous deux aspects la possibilité d'exprimer une volonté dont la société tiendra compte, apparaissent comme des attributs de la personnalité morale et juridique par laquelle se définit l'*universitas*, que ses membres reçoivent par participation, non pas en tant qu'individus, mais en tant qu'ils lui appartiennent et la constituent. » *Ibid.*, p. 269.

350 *Ibid.*, p. 219.

351 Albert RIGAUDIÈRE, « Pratiques politiques et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles » in *Archives de philosophie du droit*, n° 41, 1997, p. 83.

B. Société de pensée et l'expérience d'une nouvelle sociabilité

102. L'expérience de la sociabilité, telle qu'elle se redéfinit dans les sociétés de pensée permet de constituer des groupements et de les concevoir comme des associations d'individus libres et égaux aptes à traiter de questions politiques, rejoignant ainsi la définition juridique de la notion de société.

Roger Chartier les décrit ainsi :

« Fondée sur le libre engagement des volontés, l'égalité entre les interlocuteurs, l'absolu désintéressement de l'exercice intellectuel, la République des lettres (qui n'est pas l'invention des Philosophes mais celle des hommes de savoir du siècle précédent) donne un modèle et un support à l'examen libre et public des questions de religions et de législation. »³⁵²

Les sociétés de pensée sont bien le résultat de la volonté des individus qui la composent et elles se constituent en vue de la poursuite d'un intérêt supérieur. François Furet explique ainsi que ces sociétés conduisent à fonder un « monde nouveau, structuré à partir de l'individu, et non plus de ses groupes institutionnels, monde fondé sur cette chose confuse qui s'appelle l'*opinion* et qui se produit dans les cafés, dans les salons dans les loges et dans les "sociétés". »³⁵³

Sans se prononcer sur la validité historique de ces thèses qui conduisent, par exemple, Augustin Cochin faire de ces sociétés la cause du jacobinisme³⁵⁴, Il est possible d'affirmer que cette nouvelle expérience de sociabilité conduit à transformer le terme de société.

La société philosophique se définit ainsi par l'association d'individus libres et égaux³⁵⁵ et contribue à concevoir la société comme une création volontaire. Néanmoins, ce fut principalement avec le développement de théories politiques contractualistes que se construisit cette nouvelle conception de la société.

C. La contractualisation progressive de la notion de société en philosophie politique

103. Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, à la suite des monarchomaques, les théoriciens du droit naturel développent une théorie de l'origine contractuelle du pouvoir politique³⁵⁶. Ils s'inspirent des modèles juridiques de la société pour imaginer que la communauté politique repose sur le consentement de ses membres. Ils construisent ainsi l'idée d'une société, résultat d'une

352 Roger CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution française*, coll. « Points », Seuil, 1990 et 2000, p. 46.

353 François FURET, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio Histoire », Gallimard, 1978, Chapitre 3, « Augustin Cochin et la théorie du jacobinisme », p. 67-68.

354 Augustin COCHIN, *Les sociétés de pensée et la démocratie*, 1920 et François FURET, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio Histoire », Gallimard, 1978, Chapitre 3, « Augustin Cochin et la théorie du jacobinisme ».

355 Voir également en ce sens Ran HALÉVI, « L'idée et l'événement. Sur les origines intellectuelles de la Révolution française », *Le Débat* 1986/1 (n° 38), p. 145-163.

356 Voir notamment Serge CHAMPEAU, « Contrat social » in *Cités*, 2002/2 (n° 10), p. 159 ; Jean-Fabien SPITZ, « Le contrat social » in *Droits*, n° 12, 1990, p. 25 ; Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Seuil, 2001 ; Simone GOYARD-FABRE, *L'ininterminable querelle du contrat social*, éd. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1983 ; Robert DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, 2nd édition mise à jour, Paris, Vrin, 1970.

association volontaire d'individus libres et égaux et non d'une agrégation naturelle d'individus hiérarchisés et soumis à une structure sociale préexistante.

Cette conception de la société politique s'est construite progressivement. Les grecs et les romains fournissent d'abord une définition de la cité qui conduit à considérer le peuple comme une association d'individus et non comme une agrégation ou multitude (1). Puis, au Moyen-Âge, émerge l'idée que le peuple dispose du droit de consentir à l'ordre politique, voire même de le créer (2). Ensuite, l'école du droit naturel conçoit les rapports qui instituent la société, comme des rapports juridiques. Si Grotius considère encore la société comme le résultat d'un processus naturel, il admet néanmoins l'idée que l'ordre politique peut être le résultat d'un contrat (3). Enfin, Hobbes et ses successeurs présentent la société comme un artefact établi par voie contractuelle (4).

1. Les conceptions antiques : le peuple est une association et non une multitude (Aristote, Cicéron et Augustin d'Hippone)

104. Suivant les conceptions antiques, la réunion des individus ne réalise une société que si elle remplit certaines conditions : la centralisation du pouvoir et la vertu des membres composant la société. L'idée que la société³⁵⁷ est une certaine forme d'association et non toute forme d'agrégation d'individus trouve sa source chez Aristote (a) et Cicéron (b).

a. La cité parfaite : une union, une centralisation du pouvoir et un but légitime (Aristote)

105. Chez Aristote, la cité est naturelle et antérieure à la famille, car « le tout, en effet est nécessairement antérieur à la partie, car une fois que le corps a péri, il n'y a plus ni pied ni main, sinon par homonymie, comme quand on parle d'une main de pierre, telle sera, en effet, la main une fois morte »³⁵⁸. Il faut entendre par là que c'est dans la cité et dans la cité seulement que l'homme réalise sa vraie nature. Cela signifie qu'il peut exister une véritable cité et des contrefaçons.

La simple alliance militaire ou commerciale ne crée pas une cité parfaite³⁵⁹. D'une part, n'est pas une cité parfaite la cité fondée sur de simples conventions sans « magistratures communes à eux tous chargées de ces questions »³⁶⁰. Il n'est pas possible de créer une cité uniquement par la

³⁵⁷Pour de plus amples développements sur les origines grecques et romaines des théories du contrat social voir Simone GOYARD-FABRE, *L'interminable querelle du contrat social*, éd. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1983, spécialement p. 19-74 : « selon les penseurs grecs, le pacte, nonobstant son polymorphisme et sa polysémie, définit toujours l'art de vivre ou la technique existentielle de la Cité en laquelle il est impensable que s'établisse une césure entre les règles morales et les normes constitutionnelles » p. 46.

³⁵⁸ARISTOTE, *Les Politiques*, I, 2 [1253a], GF Flammarion, 2015, p. 109.

³⁵⁹« Mais si ce n'est pas seulement en vue de vivre, mais plutôt en vue d'une vie heureuse qu'on s'assemble en une cité (car autrement il existerait aussi une cité d'esclaves et une cité d'animaux, alors qu'en fait il n'en existe pas par ce qu'ils ne participent ni au bonheur ni à la vie guidée par le choix réfléchi), ni en vue de former une alliance militaire pour ne subir aucun préjudice de la part de personne, ni en vue d'échanges dans l'intérêt mutuel, car alors les Tyrrhéniens et les Carthaginois, et tous ceux qui ont passé des conventions entre eux seraient comme les citoyens d'une cité unique. » *Ibid.* III, 9, 1280a, éd. cit., p. 247-248.

³⁶⁰*Ibid.*, III, 9, 1280a-1280b, éd. cit., p. 248.

conclusion de contrats entre deux cités car il n'existerait pas d'autorité centrale chargée d'exécuter ces contrats. Pour exister, la cité doit réaliser un certain degré de centralisation d'exercice du pouvoir politique. D'autre part, n'est pas non plus une cité parfaite la cité dans laquelle « ni les uns ni les autres ne se soucient des qualités que leurs partenaires devraient posséder, ni ne s'efforcent d'empêcher ceux qui leur sont liés par ces conventions d'être injustes ou affligés de quelque perversité »³⁶¹. Ainsi, la cité pour mériter ce nom doit s'occuper de la vertu politique des membres qui la composent : « Une cité est la communauté des lignages et des villages menant une vie parfaite et autarcique. C'est cela, selon nous, mener une vie heureuse et belle. Il faut donc poser que c'est en vue de belles actions qu'existe la communauté politique, et non en vue de vivre ensemble. »³⁶² La société doit donc poursuivre un but légitime, la « vie heureuse » pour mériter le nom de cité.

Pour que la cité existe, il faut donc qu'elle réalise l'union des familles par une centralisation du pouvoir et qu'elle se soucie de la vertu politique des membres qui la composent. Cicéron et Augustin d'Hippone reprirent et développèrent ces conceptions aristotéliennes.

b. La république : une union, un droit et un intérêt commun (Cicéron et Augustin d'Hippone)

106. Ce double critère de la soumission au droit et de la recherche du bien commun est repris par Cicéron, au troisième livre de son *Traité de la République*, pour définir la république et le peuple. Ce livre, et une bonne partie de ce traité, furent perdus jusqu'au XIX^e siècle où ils ne furent que partiellement retrouvés. Ainsi, ce n'est pas par Cicéron directement que cette conception du peuple est diffusée, mais par l'intermédiaire d'Augustin d'Hippone qui s'y réfère dans la *Cité de Dieu*³⁶³ et dans une de ses *Lettres*. Il transcrit en divers endroits la définition que donne Scipion de la république³⁶⁴.

³⁶¹*Ibid.*, III, 9, 1280b, éd. cit., p. 248.

³⁶²*Ibid.*, III, 9, 1280b, éd. cit., p. 250.

³⁶³Livre II, chap. XXI et livre XIX, chapitre XXI. Les traductions sont tirées de CICÉRON, *Oeuvres complètes*, édition bilingue, sous la direction de M. Nisard, tome IV, Firmin Didot, 1869.

³⁶⁴« Scipion revient au sujet principal de l'entretien ; il rappelle et met dans tout son jour la définition qu'il avait donnée de la république [*rei publicae*], selon lui la chose du peuple [*rem populi*] ; il dit que l'on doit entendre par peuple non pas toute réunion d'hommes [*omnem coetum multitudinis*], mais une société formée sous la garantie du droit et dans un but d'utilité commune [*coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum esse*]. » « *Scipio ad intermissa reuertitur recolitque suam atque commendat breuem rei publicae definitionem, qua dixerat eam esse rem populi. Populum autem non omnem coetum multitudinis, sed coetum iuris consensu et utilitatis communione sociatum esse determinat.* » AUGUSTIN, *Cité de Dieu*, Livre II, chapitre XXI ; CICÉRON, III.

« Mais tandis que, dans la discussion de la veille, il avait appelé États corrompus ceux dont le maître est injuste, il va plus loin maintenant, et déclare, en conséquence même de ses définitions, que, sous de tels maîtres, il n'y a plus de société [*rem publicam*]. Lorsqu'un tyran ou une faction domine, ce n'est plus, dit-il, la chose du peuple ; et le peuple lui-même, quand il devient injuste, cesse d'être un peuple, parce qu'il ne présente plus alors l'image d'une société formée sous la garantie du droit et dans un but d'utilité commune [*multitudo iuris consensu et utilitatis communione sociata*], ce qui est, comme on l'a vu, la véritable définition du peuple. » « *non iam uitiosam, sicut pridie fuerat disputatum, sed, sicut ratio ex illis definitionibus conexas docuisset, omnino nullam esse rem publicam, quoniam non esset res populi, cum tyrannus eam factione capesseret, nec ipse populus iam populus esset, si esset iniustus,*

D'après cette définition, la république est la chose du peuple. Elle n'existe que si elle respecte certaines conditions posées par Cicéron. L'union est celle des hommes qui passent ainsi du simple assemblage de la multitude (*coetus multitudinis, multitudo*) à l'association (*esse sociatus, vinculum*). Cette union se réalise par la concorde ou le consensus (*consensus, concordia*) et la communion (*communio*)³⁶⁵. L'union crée une communauté de droit (*jus*) et d'utilité ou d'avantage (*utilitas*).

Pour autant, rien n'indique que cette union des individus soit le résultat d'un acte volontaire. L'œuvre de Cicéron est sur ce point plus ambiguë que celle d'Aristote puisqu'il se réfère à l'idée d'une sorte de pacte (*quasi pacto*) à l'origine du gouvernement mixte³⁶⁶, mais conçoit la formation de la cité comme un processus naturel³⁶⁷ car la sociabilité elle-même est naturelle³⁶⁸. L'invocation d'un pacte semble donc être plus imagée que sérieuse. En conséquence, il paraît excessif de

quoniam non esset multitudo iuris consensu et utilitatis communione sociata, sicut populus fuerat definitus. » *Ibid.*

« Il définit en quelques mots la république [*republicam*] la chose du peuple [*rem populi*], et le peuple [*populum*] une société formée sous la garantie des droits et dans un but d'utilité commune [*esse cœtum multitudinis, juris consensu et utilitatis communione sociatum*]. » « *Breviter enim rempublicam definit esse rem populi, etc., populum esse cœtum multitudinis, juris consensu et utilitatis communione sociatum.* » AUGUSTIN, *Cité de Dieu*, Livre XIX, chapitre XXI ; CICÉRON, III.

« Qu'est-ce que la chose publique [*res publica*], si ce n'est la chose du peuple [*res populi*] ? c'est donc la chose commune [*res communis*], la chose de la cité [*res civitatis*]. Mais qu'est-ce que la cité, si ce n'est une multitude d'hommes [*multitudo hominum*] fondus dans un même corps et vivant d'une vie commune [*in quoddam vinculum redacta concordia*] ? Aussi lit-on chez les politiques romains: "Une multitude [*multitudo*] d'hommes errants et dispersés s'unit par la concorde [*concordia*] et devint une cité [*civitas*]." » « *Quid est respublica, nisi res populi ? Res ergo communis, res utique civitatis. Quid est autem civitas, nisi multitudo hominum in quoddam vinculum redacta concordia ? Apud eos enim ita legitur : "Brevi multitudo dispersa atque vaga concordia civitas facta erat."* » AUGUSTIN, *Lettres*, 138.10 ; CICÉRON, I, XXV.

365 L'emploi de l'ablatif semble indiquer le moyen ou la manière.

366 « Mais lorsque tout le monde se redoute dans un État, lorsque les individus et les ordres sont dans une défiance perpétuelle les uns des autres, alors il se forme une espèce de pacte entre le peuple et les grands, et l'on voit naître cette forme mixte de gouvernement dont Scipion nous faisait l'éloge. » CICÉRON, III, XIV.

367 « Toutes les choses excellentes ont des semences naturelles ; ni les vertus, ni la société [*rei publica*], ne reposent sur de simples conventions. Les diverses sociétés, formées en vertu de la loi naturelle que j'ai exposée, fixèrent d'abord leur séjour en un lieu déterminé et y établirent leurs demeures ; ce lieu fortifié à la fois par la nature et par la main des hommes, et renfermant toutes ces demeures, entre lesquelles s'étendaient les places publiques et s'élevaient les temples, fut appelé forteresse ou ville. Or, tout peuple, c'est-à-dire toute société établie sur les principes que j'ai posés ; toute cité, c'est-à-dire toute constitution d'un peuple, toute chose publique, qui est la chose du peuple, comme je l'ai dit déjà, a besoin, pour ne pas périr, d'être gouvernée par intelligence et conseil ; et ce conseil doit se rapporter sans cesse et avant tout au principe même qui a produit la société [*civitatem*]. Il peut être exercé ou par un seul, ou par quelques hommes choisis, ou par la multitude entière. Lorsque le souverain pouvoir est dans les mains d'un seul, ce maître unique prend le nom de roi, et cette forme de gouvernement s'appelle royauté. Lorsqu'il est dans les mains de quelques hommes choisis, c'est le gouvernement aristocratique. Quand le peuple dispose de tout dans l'État, c'est le gouvernement populaire. Chacun de ces trois gouvernements peut, à la condition de maintenir dans toute sa force le lien qui a formé les sociétés humaines, devenir, je ne dirai pas parfait ni excellent, mais tolérable ; et suivant les temps l'une ou l'autre de ces constitutions méritera la préférence. Un roi équitable et sage, une aristocratie digne de son nom, le peuple lui-même (quoique l'état populaire soit le moins bon de tous), s'il n'est aveuglé ni par l'iniquité ni par les passions, tous, en un mot, peuvent donner la société une assiette assez régulière. » CICÉRON, I, XXVI.

368 « D'autres philosophes ont traité, et avec beaucoup de raison, ce système de visions chimériques, et ont enseigné que ce n'était pas aux attaques de bêtes féroces, mais plutôt à la nature humaine, qu'il fallait faire honneur de la formation des sociétés ; que les hommes se sont rassemblés parce qu'ils ont naturellement horreur de la solitude et besoin d'être réunis à leurs semblables. » LACTANCE, *Instit.* I, IV, 10 ; CICÉRON, I, XXV.

considérer Cicéron comme le fondateur de la théorie du pacte de sujétion³⁶⁹.

Avec ces auteurs, émerge l'idée que toute agrégation d'individus ne mérite pas le nom de cité ou de république. Il faut que les hommes soient réunis par la soumission à une même autorité et au même droit et qu'il poursuivent une utilité commune. Ils ne font pas du consentement des individus le critère de la validité de la cité, mais imaginent un ordre supérieur qu'il faut respecter et qui conditionne l'existence même de la cité. Ils donnent ainsi une définition normative de la cité (parfaite) et de la république.

L'idée qu'une cité sans justice n'est pas une république est par exemple reprise par Augustin d'Hippone qui l'utilise pour montrer que, selon ces critères, Rome elle-même n'est pas une république³⁷⁰ car toute république ne reconnaissant pas Dieu est injuste et donc inexistante.

Ce type de raisonnements influence les scolastiques et nourrit la pensée de monarchomaques.

2. Les conceptions médiévales et les prémices modernes : l'ordre politique est consenti voire créé par le peuple (Ockham, Suarez et Hotman)

107. La naissance de l'individualisme conduit à reconsidérer les rapports du peuple au pouvoir politique³⁷¹. Dans un premier temps, cela conduit Ockham à renoncer à toute idée d'unité au sein de la société (a). Puis, Suarez avance l'idée que le pouvoir est institué par la volonté de la communauté politique (b). Enfin, les monarchomaques, comme Hotman, tirent toutes les conséquences de cette idée en affirmant que le peuple a créé l'ordre politique (c).

369 *Contra* Simone GOYARD-FABRE, *Op. cit.*, p. 49-56.

370 *Cité de Dieu*, livre XIX, Chap. XXI ; CICÉRON, III « Selon les définitions de Cicéron dans ses livres de la République, il n'y a jamais eu de république parmi les Romains » :

« Il [Scipion] explique ce qu'on doit entendre par garantie du droit [*juris consensus*], en montrant qu'un gouvernement ne peut donner cette garantie à un État [*republicam*] sans la justice [*justitia*]. Où la vraie justice [*justitia vera*] ne règne pas, il n'y a donc pas de droit [*jus*]. Ajoutons encore que ce qui est conforme au droit [*jure*] se fait justement [*juste*], et ce qui se fait injustement [*injuste*] est contraire au droit [*jure*]. On ne doit pas regarder comme des droits [*jura*] les iniques conventions [*constituta*] des hommes ; car les Romains eux-mêmes disent qu'il n'y a de droit [*jus*] que celui qui découle de la justice [*justitiæ*] comme de sa source, et qu'il est très-faux de soutenir, avec certains esprits mal faits, que le droit [*jus*], c'est tout ce qui convient au plus fort. Ainsi donc, dans un État où la vraie justice ne règne pas [*vera justitia*], il n'y a point de société établie sous la garantie du droit [*juris consensu sociatus cætus hominum non potest esse*] ; par conséquent il n'y a point de peuple tel que Scipion et Cicéron le définissent ; et s'il n'y a point de peuple [*populus*], il n'y a point de chose du peuple [*res populi*] ; l'État devient la chose de je ne sais quelle multitude, indigne du nom de peuple [*populi*]. Nous voyons enfin que si la république [*respublica*] est la chose du peuple [*res populi*], le peuple une société formée sous la garantie du droit, et que si le droit disparaît avec la justice, il faut en conclure nécessairement que là où la justice [*justitia*] ne règne pas, il n'y a point de république [*republicam*]. Quant à la justice [*justitia*], c'est cette vertu qui rend à chacun ce qui lui appartient. »

371 Pour de plus amples développements sur les origines médiévales et modernes des théories du contrat social voir Simone GOYARD-FABRE, *op. cit.*, spécialement p. 75-173.

a. La société comme simple agrégation d'individus : Ockham

108. L'invention de l'individualisme par Ockham conduit ce dernier à renoncer à toute idée d'unité³⁷². Ainsi il n'y a plus qu'une agrégation d'individus. Toutefois, cette rupture permet de considérer que le pouvoir politique a pour origine des volontés individuelles³⁷³. Par son individualisme, Ockham permet de repenser l'union politique comme un acte de volonté des individus et non comme une donnée transcendante. Cette évolution intellectuelle fut parachevée par Suarez.

b. Le pouvoir est institué par la volonté de la communauté politique : Suarez

109. Comme le montre Martine Pécharman³⁷⁴, Suarez³⁷⁵ pose comme condition d'existence de la société, une union ou lien moral³⁷⁶ dépassant le simple lien (*vinculum*)³⁷⁷ proposé par Cicéron. Il estime que la communauté politique doit reposer sur un consentement et donc un pacte exprès ou tacite³⁷⁸. Il rompt ainsi avec la conception aristotélicienne de la cité en considérant que la communauté a « pour cause efficiente »³⁷⁹ la volonté de tous, et non plus la nature. Sans l'expression d'une volonté, il n'y a qu'un « agrégat dont toute l'unité se réduit à une simple [...] juxtaposition inapte à produire une véritable communauté. »³⁸⁰

Suarez considère donc que le pouvoir politique réside dans la collectivité des hommes³⁸¹. Il justifie cette affirmation par l'idée que les hommes naissent libres et ne sont naturellement assujettis qu'au créateur³⁸². En conséquence, la liberté naturelle des hommes empêche que l'un d'eux dispose

372Simone GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 85-87.

373« Le droit d'établir un gouvernement a été en effet donné à tous les hommes par une attribution immédiate de Dieu. Lois divine, naturelle et humaine concourent à fonder l'autorité politique : divine, puisque le pouvoir politique provient directement de la volonté de Dieu ; naturelle, puisque l'établissement d'un tel pouvoir est conforme à la liberté de l'homme qui peut en user ou non ; humaine, car un tel pouvoir peut résulter d'une élection ou d'une concession, donation ou résignation de la part d'autrui. Tel est celui de l'empereur ; le peuple y concourt par élection, en lui accordant non seulement son consentement, mais aussi en lui transférant ce pouvoir qu'il détient originellement de manière effective, et qu'il peut lui retirer le cas échéant. » Jeannine QUILLET, « Un exemple de nominalisme politique de la scolastique tardive : les doctrines de Guillaume d'Ockham » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 65.

374Martine PÉCHARMAN, « Les fondements de la notion d'unité du peuple selon Suarez » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 104.

375Sur ce point voir, Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001, p. 43-53 ; Quentin SKINNER, *The foundations of modern political thought*, tome 2 *The age of reformation*, Cambridge University Press, 1978, p. 155 et s. ; Simone GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 149.

376« au sens de voulue par tous ceux qu'elle met en relation (car un effet n'est dit "moral" qu'en tant qu'il dépend de la volonté) » Martine PÉCHARMAN, art. cit., p. 119.

377Martine PÉCHARMAN, art. cit., p. 118.

378Ibid., p. 119.

379Ibid., p. 120.

380Ibid., p. 121.

381SUAREZ, *De legibus*, III, II, 3.

382« homo natura sua liber est et nulli subjectus nisi creatori tantum. », Ibid. III, I, 1.

d'une juridiction politique naturelle sur les autres³⁸³.

110. Chez Suarez, la société et le pouvoir politiques sont des artefacts et non des objets naturels ou résultant de la création divine. Néanmoins, il existe des nécessités naturelles qui fixent la voie que les hommes doivent suivre. Ainsi, la communauté politique est une nécessité naturelle, car une seule famille ne constitue pas une société parfaite³⁸⁴. En outre, « dans une communauté parfaite, il est nécessaire qu'il existe une puissance publique à laquelle il appartient, en vertu de son office, de rechercher et de procurer le bien commun »³⁸⁵. La formation d'une société parfaite, la recherche du bien commun et la soumission à une autorité unique sont donc des nécessités naturelles, mais elles ne peuvent se réaliser que par l'action volontaire d'hommes libres. Ainsi, le pouvoir législatif ou la capacité législative³⁸⁶, en vertu de la nature des choses, n'a pas pour origine un homme, mais toute la collectivité des hommes, car tous les hommes naissent naturellement libres³⁸⁷.

La concorde et la communauté d'intérêts qui formaient la société cicéronienne ne suffisent plus chez Suarez pour créer la communauté politique. Pour lui, le corps politique est une personne fictive créée par « les volontés de toutes les personnes qui le composent »³⁸⁸. La création de cette personne fictive n'est parfaite que lorsque cette communauté a désigné un gouvernement civil, c'est-à-dire un homme ou la réunion d'hommes dans lesquels réside le pouvoir de gouverner la communauté parfaite³⁸⁹. Ce gouvernement dispose alors, en vertu du droit naturel, du pouvoir d'édicter des lois, sous réserve du respect des conditions nécessaires pour la loi³⁹⁰. Les hommes créent ainsi une société qui dispose collectivement du pouvoir législatif.

La société politique a pour origine la volonté de la collectivité, mais elle n'existe que lorsque cette collectivité aliène son pouvoir législatif potentiel à un gouvernement civil qui dispose du pouvoir législatif réel. Ainsi, le pouvoir législatif ne coexiste pas dans la communauté et dans le chef ; il est transféré de la communauté au chef. Plus encore, la communauté n'est parachevée qu'avec l'existence de ce chef, car cela réalise une union réelle par la soumission à pouvoir unique³⁹¹. Qu'importe la forme du gouvernement, lorsque la société ou communauté parfaite est créée, le pouvoir potentiel dont elle disposait est irrévocablement transmis au gouvernement civil

383« *ex natura rei omnes homines nascuntur liberi, et ideo nullus habet iurisdictionem politicam in alium, sicut nec dominium* » Suarez, *De legibus*, III, II, 3.

384Suarez, *De legibus*, III, I, 3.

385[T.d.A.] « *in communitate perfecta necessaria est publica potestas ad quam ex officio pertineat commune bonum intendere ac procurare* » Suarez, *De legibus*, III, I, 5.

386C'est-à-dire le pouvoir d'édicter des normes.

387SUAREZ, *De legibus*, III, II, 3.

388Martine PÉCHARMAN, art. cit., p. 121.

389SUAREZ, *De legibus*, III, I, 5.

390SUAREZ, *De legibus*, III, I, 6.

391SUAREZ, *De legibus*, III, II, 4.

qu'elle a désigné et qui dispose alors d'un pouvoir réel³⁹².

Suarez reconnaît la liberté naturelle des individus et justifie ainsi sa théorie de la fondation de la communauté politique. Néanmoins, la création de cette société ne dépend pas simplement d'une volonté humaine, mais résulte également d'une nécessité naturelle, et notamment de la nécessité de rechercher le bien commun. La création de la société politique est ainsi pour l'homme un moyen de réaliser un dessein qui le dépasse. Chez Suarez la société a comme origine la volonté des hommes, mais elle est obligatoire pour eux s'ils veulent obéir à la loi naturelle qui leur impose de rechercher le bien commun. La société politique a pour cause proximale la volonté collective des hommes et pour cause ultime l'ordre naturel des choses ou la volonté de Dieu.

Suarez ne distingue pas clairement l'établissement de la société de celui du gouvernement et considère de manière générale que le pouvoir est institué par la communauté politique. En revanche, les monarchomaques comme Hotman formulent clairement l'idée que le pouvoir a pour origine la volonté du peuple.

c. Le pouvoir a pour origine la volonté du peuple : Hotman

111. Dans *FrancoGallia*, Hotman³⁹³ considère que l'origine du pouvoir politique réside dans le consentement du peuple. Le pouvoir du roi n'a pas une origine héréditaire ou divine, mais est le résultat d'un octroi du peuple³⁹⁴. Cette idée semble inspirée de la définition que les *Institutes* de Justinien donnent des constitutions, aussi appelé théorie de la *lex regia*³⁹⁵.

Selon cette définition, le peuple aliène son pouvoir au prince et lui transmet celui de faire

392« Selon Suarez, l'acte accompli par un peuple libre en constituant un chef doit être interprété – comme le discute Grotius et surtout Hobbes – comme un acte non seulement de transmission mais aussi d'abrogation de leur souveraineté originelle. » [T.d.A.] « According to Suarez, the act performed by a free people in constituting a ruler must be interpreted – in the manner later discussed by Grotius and especially Hobbes – as an act not merely of transferring but also abrogating their original sovereignty. » Quentin SKINNER, *op. cit.*, p. 184

393Sur l'influence d'Hotman sur ses successeurs voir André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907 ; sur la pensée politique d'Hotman voir Quentin SKINNER, *op. cit.*, p. 310 et s.

394« *Carolus Magnum Francogalliae regnum non hæreditate, sed populi arbitrio delatum fuisse* », « Le Royaume de la Gaule française ne fut par donné par héritage à Charlemagne, mais c'est le peuple qui lui a octroyé par sa décision libre. » [T.d.A.], HOTMAN François, *FrancoGallia*, quatrième édition, 1586, disponible sur Gallica, p. 62.

« Tout ce que nous venons de deduire maintenant, tend à ce point de faire entendre, que le Royaume de la France Gaulloise, ne pouvoit pas anciennement être transféré de peres aux enfans, comme par droit successsif, mais estre decerné et deferé au plus digne par l'advis des estats et par les voix du peuple. » Nous soulignons. François HOTMAN, *La Gaule françoise* (première édition), trad. Simon Goulart, 1574, p. 72.

395« La volonté du prince a aussi force de loi ; car, par la loi Regia, qui établit la souveraineté de l'Empereur, le peuple (*romain*) a remis toute sa puissance et toute son autorité entre les mains du prince. En conséquence il est constant qu'on doit considérer comme loi tout ce que l'Empereur établit par un rescrit, ou décide en connaissance de cause, ou ordonne par un édit : c'est là ce que nous appelons *constitutions*. » « *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem ; quum lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit. Quodcunque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcipit, legem esse constat. Hæ sunt quæ constitutiones appellantur.* » Livre 1er De la justice et du droit, Titre 2 Du droit naturel, du Droit des gens et du Droit civil, *Institutes de l'empereur Justinien, traduites en français avec le texte en regard, suivies d'un choix de textes juridiques relatifs à l'histoire externe du droit romain et au droit privé antéjustinien*, publié par M. Blondeau, 1838, p. 15.

des lois. Hotman n'adhère toutefois pas pleinement à cette conception. Pour lui, d'une part, le pouvoir de faire la loi n'est pas définitivement aliéné au roi et, d'autre part, l'institution de ce dernier conduit à établir un régime mixte. De plus, dans les *Institutes*, les constitutions étaient des lois dérivées d'un système préexistant, chez Hotman, la constitution signifie la création ou l'institution de la République. Pour Hotman, ce sont des « pères fondateurs » (*majorum nostrum*) qui ont constitué le royaume de la Gaule française. L'ordre politique est ainsi le résultat de l'expression de la volonté de ces pères fondateurs. Il rompt donc avec l'idée que le pouvoir royal provient de Dieu et se propose d'écrire un récit des origines de la monarchie.

Mêlant considérations historiques et principes généraux, il considère que le peuple dispose du pouvoir d'établir et de déposer les rois s'ils sont injustes³⁹⁶. Le peuple opprimé par un tyran peut à cette fin en appeler « à toute la congregation des Citoyens legitiment assemblée. »³⁹⁷ Il considère également que les sujets disposent d'un droit de consentir à l'impôt³⁹⁸. De manière plus générale, il estime que le roi est soumis aux lois et ne dispose en aucun cas d'une puissance absolue³⁹⁹.

112. La souveraineté appartient donc au peuple qui l'exerce par l'Assemblée de la nation ou des États-généraux⁴⁰⁰ : « la souveraine et principale administration du Royaume des Francsgaulois appartenoit à la générale et solennelle assemblée de toute la nation qu'on a appellé depuis l'assemblee des trois estats. »⁴⁰¹ Il considère que cette forme de gouvernement mixte est celle que Platon, Aristote, Polybe et Cicéron présentent comme la meilleure car elle assure un gouvernement

396« Mais maintenant passons outre pour revenir au troisième argument qui sert à prouver combien *le droit et autorité du peuple estait grande à establir et retenir les Rois* : attendu qu'il appert par tous les Annales de France que le peuple a eu plein *pouvoir et souveraine autorité de les déposer quand ils l'avoient desservy*. Et de cette puissance populaire nous en avons un exemple notable en celuy mesmes qui fut le premier déclaré Roy de France et de Gaule. Car le peuple estant informé qu'il estait tant perdu d'amour de femmes et de vin, qu'il ne vacquoit à autre chose qu'à paillardises et dissolutions, le déposé par l'avis des estats, et le contraignit de sortir du Royaume de France » Nous soulignons. François HOTMAN, *La Gaule françoise* (première édition), trad. Simon Goulart, 1574, p. 66-67.

397« que combien que toutes seditions soyent tousjours dangereuses, que néanmoins il y en a quelquefois qui sont justes et presque necessaires mais qu'il n'y en a point de si justes, ni de si necessaires, que quand le peuple foulé et opprimé par la cruauté d'un tyran, va demander secours à toute la congregation des Citoyens legitiment assemblée. » *Ibid.* p. 174-175.

398« qui est le Roy ou le Prince en ce monde, qui ait droit d'imposer tribut d'une maille sur ses sujets sans leur consentement et volonté ? sinon qu'il veuille user de violence et de tyrannie » *Ibid.* p. 178.

399« Sigisbert recite qu'ils l'osterent du siege Royaul, et y mirent un nommé Gillon en sa place. C'est un acte si vertueux et magnanime de nos ancestres fait certainement bien à noter : attendu mesmes qu'il fut fait tout au commencement et par la maniere de dire en l'enfance de ce Royaume. Qui sembla être un *advertissement pour l'advenir* : que ceux qui estoient appelez à la couronne de France, *estoyent elues pour estre Rois sous certaines loix et conditions qui leur estoient limites : et non point comme tyrans avec une puissance absolue, excessive et infinie* » Nous soulignons. *Ibid.* p. 67-68.

400« de la sacrée et inviolable autorité de l'assemblée generale des Estats et de quelle matieres on y traitoit » *Ibid.* p. 113 ; « il a fallu que les Roys mesmes, qui donnent loy aux autres, se laissent gouverner par son advis » *Ibid.* p. 172.

401 *Ibid.* p. 96-97.

tempéré⁴⁰². Il développe ainsi une théorie des freins et contre-poids qui n'est pas sans rappeler celle qu'énonce Montesquieu à la suite des théoriciens anglais :

« Car l'estat de la Royauté estant directement contraire à un gouvernement populaire, il est besoin de mettre quelques tiers entredeux, *qui serve de contre-poix*, et touchant aux deux extremeitez, autant à l'une comme à l'autre, *les tiene en egal balance* : c'est à scavoir, l'estat où quelque nombre de gens de bien et d'honneur ait le gouvernement, lequel à raison de la noblesse de race conjointe avec la suffisance, et experience aux affaires, approche de la dignité Royale : mais aussi pour autant qu'il est un degré plus bas, à cause de la sujétion qui lui est commune avec le peuple, n'est pas fort esloigné de l'estat populaire. Car il recognait un même Seigneur, et depend d'un mesme Prince, comme le reste du peuple. Mais il y a entre autres un beau passage de Cicéron où il loue hautement ceste singulierement *bonne temperature*, et établissement de gouvernement politique »⁴⁰³.

L'existence de la noblesse faisant le lien entre le roi et le peuple, assure l'existence d'un gouvernement tempéré. S'appuyant tant sur des considérations théoriques que sur une « recherche » historique des origines, il en déduit que les « pères fondateurs » auraient choisi un gouvernement mixte :

« Pourtant me semble bien, que nos Majeurs, s'estudians à maintenir leur Republique en *cette bonne temperature*, qui est meslee des trois especes de gouvernement, ordonnerent tres sagement, qu'on tiendroit tous les ans une assemblee generale de tout le Royaume, le premier jour de May : et qu'en icelle on delibereroit par le commun conseil de tous les Estats des plus grans affaires du Royaume. »⁴⁰⁴

Hotman opère ainsi une double rupture dans la pensée traditionaliste de la renaissance : il fait naître l'idée que les lois de l'État ont pu être instituées par des « pères fondateurs », et que ce n'est pas le temps seul qui crée le droit⁴⁰⁵. Ainsi, il rejette la conception traditionnelle du pouvoir qui voit dans la coutume la source du droit⁴⁰⁶ et il développe l'idée que l'ordre politique peut être une création humaine. En outre, il défend l'idée qu'il faut remonter aux origines pour connaître la réelle nature du gouvernement politique, sa constitution.

Toutefois, Hotman et ses successeurs monarchomaques ne sont pas des théoriciens du contrat social. Chez Hotman, comme chez Junius Brutus⁴⁰⁷, la société politique existe déjà et il n'y a ni interrogation sur son origine, ni explication de son émergence. Hotman ne remet à aucun moment

402« Car l'estat du gouvernement de ce Royaume, estoit tout tel, que celuy lequel au jugement des anciens Philosophes, nommément de Platon et d'Aristote, que Polybius a suyvis, est le meilleur, et le plus parfait de tous les autres : c'est à scavoir, celuy qui est composé et temperé de toutes les trois especes de gouvernement : de la Monarchie, où il n'y a qu'un Roy qui commande, de l'Aristocratie, qui est l'estat de la noblesse, où un petit nombre des plus gens de bien, a l'autorité entre mains, et de l'estat où le peuple est souverain : qui est aussi la forme de gouvernement politique, que Cic. a le plus approuvée de toutes en ses livres de la République » *Ibidem*, p. 97.

403Nous soulignons. *Ibid.* p. 97-98.

404Nous soulignons. *Ibid.* p. 99.

405Voir en ce sens André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 100-101.

406Voir en ce sens André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 89.

407Jean TERREL, *op. cit.* p. 85 et Simone GOYARD-Fabre, *op. cit.*, p. 130-134.

en cause le fait que des hommes vivent en société. De plus, les conditions de cet établissement juridique ne sont pas clairement formalisées.

Ces prémices antiques et médiévales offrent les premières représentations relatives aux sociétés politiques, à leur justice et au rôle que jouent les individus dans leur formation. D'abord, il existe des « vraies » et des « fausses » sociétés politiques. En conséquence, il est possible de disqualifier une société politique comme n'en étant pas une, si elle est imparfaite. Tel est le cas si elle ne réalise pas un degré suffisant de centralisation du pouvoir ou si elle ne se propose pas de poursuivre le bien commun. Ensuite, émerge l'idée que la société politique et le pouvoir qui réside en son sein sont le résultat de la volonté de la communauté politique. Enfin, est avancée l'idée que les hommes font les règles de l'ordre politique et créent les républiques.

Toutefois, dans ces représentations, la société politique reste largement conçue comme la réalisation de la nature humaine. En outre, les auteurs ne distinguent pas clairement la formation de la société politique de l'établissement d'un gouvernement déterminé. Les deux opérations sont considérées comme concomitantes chez Suarez et pour Hotman la communauté politique existe déjà lorsque le roi est désigné. Enfin, si la volonté humaine semble trouver une place dans l'établissement des sociétés, ce processus n'est pas juridiquement formalisé.

À partir du XVII^e siècle, et notamment avec Grotius, les relations entre gouvernants et gouvernés commencent à être pleinement conçues comme des relations juridiques. Aussi admet-il que le gouvernement soit institué par un contrat.

3. Le pacte de sujétion est un contrat juridique et l'État se distingue de gouvernement (Grotius)

113. Grotius est l'un des premiers auteurs à analyser le fonctionnement de l'État d'un point de vue purement juridique, en tant que jurisconsulte. Il analyse les pactes de sujétions comme des actes pleinement juridiques et contraignants et non comme de simples métaphores. Si sa conception de la société et de l'origine du pouvoir n'est pas contractualiste, il conçoit néanmoins que l'État puisse être le résultat d'un contrat juridique. Le souverain est alors tenu par les clauses du pacte et ses actes doivent y être conformes. Cette construction théorique représente une forme de hiérarchie des normes.

Si, pour Grotius, l'existence d'une communauté politique et le résultat d'un processus naturel (a), il admet néanmoins que le pouvoir soit institué par un contrat et il analyse ce contrat en termes juridiques (c). Cela n'est pour lui qu'une éventualité et non une nécessité. Une telle position s'explique par le relativisme politique dont il fait montre (b). Enfin, Grotius esquisse une distinction entre État et gouvernement (d).

a. La communauté politique, le résultat d'un processus naturel

114. Pour Grotius, comme pour une partie des hommes des XVII^e et XVIII^e siècles, la société reste un objet naturel. Par exemple, dans l'*Encyclopédie*, à la définition jurisprudentielle de la société, Boucher d'Argis considère que la famille, la société politique et la société du genre humain sont des sociétés naturelles⁴⁰⁸, reprenant ainsi la conception aristotélicienne et thomiste de la société politique⁴⁰⁹. De même, Bossuet définit la société comme l'ensemble des hommes soumis au même gouvernement et exclut ainsi complètement l'aspect associatif de cette dernière⁴¹⁰.

En ce sens, Grotius adopte une conception aristotélicienne et cicéronienne de la cité : la cité est un objet naturel. Chez Grotius, comme chez Aristote, la société a une origine naturelle⁴¹¹ et se forme par l'union naturelle des familles et non par un acte volontaire d'association. Le premier effet de cette association est la souveraineté⁴¹². Il est alors assez artificiel de voir chez lui la première formulation du contrat social⁴¹³, et ce pour deux raisons. D'une part, Grotius ne se propose jamais de formuler une telle théorie et ce n'est que par l'agencement de passages épars de son œuvre qu'une telle conception est « reconstituée »⁴¹⁴. D'autre part, il semble, par son relativisme, exclure

408« Chaque famille forme une *société naturelle* dont le père est le chef.

« Plusieurs familles réunies dans une même ville, bourg ou village, forment une société plus ou moins considérable, selon le nombre de ceux qui la composent, lesquels sont *liés entre eux par leurs besoins mutuels & par les rapports qu'ils ont les uns aux autres* ; cette union est ce qu'on appelle *société civile ou politique* ; & dans ce sens tous les hommes d'un même pays, d'une même nation & même du monde entier, composent une *société universelle*. » Nous soulignons.

409« Si l'homme est partie d'une famille, la famille elle-même est partie de la société politique, et c'est cette dernière qui constitue la société parfaite, selon le livre I des Politiques. C'est pourquoi, de même que le bien d'un seul individu n'est pas la fin ultime mais est ordonné au bien commun ; de même encore le bien d'une famille est ordonné au bien de la cité, qui est la société parfaite. Aussi, celui qui gouverne une famille peut bien faire des prescriptions et des statuts, ceux-ci n'auront pas raison de loi. » *Somme théologique*, [37449] I^a-II^ae q. 90 a. 3 ad. 3.

410« La société humaine peut être considérée en deux manières. Ou en tant qu'elle embrasse tout le genre humain, comme une grande famille. Ou en tant qu'elle se réduit en nations ; ou en peuples composés de plusieurs familles particulières, qui ont chacune leurs droits. La société considérée de ce dernier sens s'appelle société civile. On la peut définir selon les choses qui ont été dites, société d'hommes unis ensemble sous le même gouvernement, et sous les mêmes lois. » BOSSUET, *Politique*, vol. 1, éd. cit., p. 48.

411« L'Union de plusieurs chefs de famille en un corps de peuple ou d'État, donne au corps sur ses membres le plus grand droit qu'il puisse avoir. Car c'est la plus parfaite de toutes les sociétés ; et il n'y a aucune action extérieure de l'homme qui ou ne se rapporte par elle-même à cette société, ou ne puisse s'y rapporter à cause des circonstances. C'est pourquoi Aristote a dit, que les lois ordonnent toutes sortes de choses. » « *Consociatio qua multi patres familiarum in unum populum ac civitatem coeunt maximum dat jus corpori in partes : quia hæc perfectissima est societas : neque ulla est actio hominis externa, quæ non ad hanc societatem, aut per se spectet, aut ex circumstantiis speculare possit. Et hoc est quod ab Aristotele est proditum : [citation erronée d'Aristote, V, III], leges de omnis generis rebus præcipere.* » Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724, vol. 1, II, V, §23, p. 305-306.

412« tout peuple est une de ces sorte de corps, qui sont composés de parties séparées les unes des autres, mais réunies sous un seul nom, et par la vertu d'une même constitution [ἔξις : qui signifie bonne constitution du corps], comme dit Plutarque, ou d'un même esprit [unum spiritus], comme s'exprime le jurisconsulte Paul. Cet esprit [spiritus], ou cette constitution [ἔξις], qui forme les corps d'un peuple n'est autre chose qu'une association pleine et entière pour la vie civile [vitæ civilis consociatio plena atque perfecta] ; association, dont le premier effet est la souveraineté [summum imperium], ce grand lien [vinculum] de l'État [respublica], ce souffle de vie [spiritus vitalis], que tant de milliers de gens respirent, pour parler avec Sénèque. » *Ibid.*, vol. 1, II, IX, §3, 2.

413Voir en ce sens Jean TERREL, *op. cit.*, p. 97 et s.

414Quentin Skinner met en garde contre une telle tentation : « Premièrement, il y a le danger de convertir quelques remarques éparses et incidentes d'un théoricien classique en sa "doctrine" sur des thèmes attendus. Cela peut

tout principe général d'une origine contractuelle de l'État et de la souveraineté⁴¹⁵.

115. Sa définition juridique de l'État se rapproche également des conceptions antiques : « l'État est un Corps [*coetus*] parfait de personnes libres, qui se sont jointes ensemble pour jouir paisiblement de leurs droits [*juris*], et pour leur utilité commune »⁴¹⁶. Il est difficile de ne pas y reconnaître l'héritage d'Aristote et de Cicéron⁴¹⁷.

S'il innove en reconnaissant une liberté individuelle et en présentant les hommes comme des individus et non comme une masse, une multitude, il ne conçoit toutefois pas cette union comme une association volontaire des individus. Lorsqu'il oppose sa définition juridique de l'État à une définition politique, il précise clairement que le droit est indifférent aux rapports qui peuvent exister entre les gouvernants et les gouvernés⁴¹⁸. L'État, la *civitas*, est d'ailleurs défini par le fait qu'il est une communauté de droits et de souveraineté, et non une association d'individus libres.

générer deux types particuliers d'absurdité historique, l'un caractéristique des biographies intellectuels et des présentations synoptiques d'histoires de la pensée, dans lesquelles l'accent est mis sur les penseurs individuels (ou sur leur succession), et l'autre plus caractéristique des vraies "histoires des idées", dans lesquelles l'accent est mis sur le développement même de quelques "idées" données. Le danger particulier avec la biographie intellectuelle est celui du pur anachronisme [...] À part cette grossière possibilité d'attribuer à un auteur une signification qu'il ne pouvoir pas vouloir exprimer, car cette signification n'était pas disponible, il y a aussi le danger (peut-être plus insidieux) de trop facilement "voir dans" une doctrine qu'un auteur donné pourrait en principe avoir voulu exposer, mais qu'en fait il n'avait aucune intention d'exprimer. [...] Si tous les auteurs sont censés avoir voulu articuler la doctrine qu'on leur attribue, pourquoi échouent-ils notoirement à le faire, tellement que l'histoire se retrouve à reconstruire ses intentions implicites à partir de conjectures et de vagues allusions. La seule réponse plausible est bien sûr fatale à la prétention elle-même : après tout, l'auteur n'a pas voulu (ou même pu vouloir) énoncer une telle doctrine. » [T.d.A.] « *First, there is the danger of converting some scattered or quite incidental remarks by a classic theorist into his "doctrine" on one of the mandatory themes. This in turn can be shown to generate two particular types of historical absurdity, one more characteristic of intellectual biographies and the more synoptic histories of thought, in which the focus is on the individual thinkers (or the procession of them), and the other more characteristic of actual "histories of ideas," in which the focus is on the development of some given "idea" itself. The particular danger with intellectual biography is that of sheer anachronism. [...] Besides this crude possibility of crediting a writer with a meaning he could not have intended to convey, since that meaning was not available to him, there is also the (perhaps more insidious) danger of too readily "reading in" a doctrine which a given writer might in principle have meant to state, but in fact had no intention to convey. [...] if all the writers are claimed to have meant to articulate the doctrine with which they are being credited, why is it that they so signally failed to do so, so that the historian is left reconstructing their implied intentions from guesses and vague hints? The only plausible answer is of course fatal to the claim itself: that the author did not (or even could not) have meant after all to enunciate such a doctrine.* » Quentin SKINNER, « Meaning and Understanding in the History of Ideas(s) » in *History and Theory*, Vol. 8, No. 1 (1969), p. 7-10.

415« Grotius ne s'interroge pas sur la genèse de la société et, de ce fait, laisse totalement dans l'ombre l'idée de *pactum societatis*. » Simone GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 152.

416« Est autem Civitas coetus perfectus liberorum hominum, juris fruenti et communis utilitatis causa sociatus. » *Ibid.*, vol. 1, I, I, §14, 2.

417Voir en ce sens Jean TERREL, *op. cit.*, p. 105-107.

418« il y a une forme d'État, qui consiste dans la communauté de droits et de Souveraineté ; et une autre, qui consiste dans le rapport qu'il y a entre les Membres qui gouvernent, et ceux qui sont gouvernés. Celle-ci est l'objet des recherches d'un Politique ; et la première des réflexions d'un Jurisconsulte. » « *civitatis species una est, consociatio juris atque imperii ; altera, relatio partium inter ses earum quæ regunt, et quæ reguntur* » *Ibid.*, vol. 1, II, IX, §8, 2, p. 380.

b. Le relativisme politique de Grotius : le peuple n'est pas toujours à l'origine du pouvoir politique

116. Cette indifférence aux rapports entre gouvernants et gouvernés fait toute la modernité de Grotius qui distingue clairement le droit de la politique⁴¹⁹. Grotius est relativiste s'agissant de la forme du pouvoir politique et de la souveraineté et il se refuse à énoncer un quelconque jugement moral sur la forme du gouvernement⁴²⁰. Grotius se place donc d'un point de vue juridique et positiviste pour examiner « entre les mains de qui est le Pouvoir Souverain de chaque État. »⁴²¹

Il envisage les rapports de souveraineté comme de réels rapports juridiques et livre une analyse subtile et détaillée de différentes modalités d'exercice de la souveraineté en appuyant sa démonstration sur des exemples tirés aussi bien des auteurs antiques (Thucydide, Aristote, Tite-Live, Cicéron, Xénophon, Plutarque, Hérodote, Euripide, Polybe, Tacite, Sénèque, Homère, etc.) que des écritures saintes (David, Jésus, Moïse, etc.) La place qu'a le peuple dans l'établissement et l'exercice du pouvoir est relative et contingente pour Grotius.

117. Il résulte de son enquête qu'il n'y a pas de titulaire universel de la souveraineté et que cette question trouve des réponses contingentes : « L'État est donc, dans le sens que je viens de dire, le sujet commun de la Souveraineté. Mais le sujet propre où elle réside, c'est une ou plusieurs personnes, selon les lois et les coutumes de chaque Nation : en un mot le Souverain. »⁴²² Il va plus loin en affirmant que : « le droit de gouverner n'est pas toujours soumis au jugement et à la volonté de ceux qui sont gouvernez. Mais il paraît encore et par l'Histoire Sainte et par l'Histoire Profane, qu'il y a des Rois qui ne dépendent point du peuple considéré comme Corps. »⁴²³ Il en conclut ainsi que « la Puissance Souveraine ne réside pas toujours dans le peuple »⁴²⁴ et qu'« il est faux d'ailleurs que, comme on le suppose, tous les rois soient établis par le peuple »⁴²⁵. Le peuple n'est donc ni le souverain originel, ni un souverain perpétuel. Il réfute également la maxime, selon laquelle le salut du peuple et la loi suprême (*salus populi suprema lex est*) : « il n'est pas vrai généralement et sans restriction, que tout pouvoir soit établi en faveur de ceux qui sont gouvernés »⁴²⁶.

419« Je me suis abstenu de toucher ce qui est d'un autre sujet, comme de donner des Règles sur ce qu'il est à propos de faire ; car cela est du ressort d'une Science particulière, je veux dire de la *Politique* : et c'est avec raison qu'Aristote traite à part cette Science, sans y mêler rien d'étranger ; au lieu que Bodin la confond souvent avec le Droit que nous entreprenons d'expliquer ici. Que si en quelques endroits j'ai fait mention de l'Utile, ce n'a été qu'en passant, et pour distinguer plus clairement les questions qui s'y rapportent, d'avec celles qui doivent être décidées par les principes du Juste. » *Ibid.*, vol. 1, Discours préliminaire, §59.

420« en matière de Gouvernement Civil, il n'y a rien qui soit sans inconvénient : et il faut juger de la nature et de l'effet d'un droit, non par les idées que telle ou telle personne peut se faire de ce qui est le meilleur, mais par la volonté de celui qui a conféré ce droit » *Ibid.*, vol. 1, I, III, §17, 3, p. 150.

421*Ibid.*, vol. 1, I, III, §21, 1, p. 157.

422*Ibid.*, vol. 1, I, III, §7, 6, p. 121.

423*Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 10, p. 125.

424*Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 14, p. 128.

425*Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 14, p. 128.

426*Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 15, p. 129.

En conséquence, la légalité d'un gouvernement ne s'analyse pas, juridiquement, au regard du bénéfice que tirent les gouvernés du gouvernement. Il exclut par là l'évaluation de la légitimité du gouvernement. S'« il peut arriver et il arrive ordinairement que les Hommes se soumettent d'eux-même à l'empire de quelqu'un », « ils y sont aussi quelquefois réduits, bon gré mal gré qu'ils en aient »⁴²⁷. En conséquence, « les royaumes qu'un prince acquiert par droit de conquête »⁴²⁸ peuvent être « établis pour l'avantage du souverain », « sans que pour cela on puisse traiter ces gouvernements de tyranniques »⁴²⁹. Ce n'est que dans certains États que le peuple consent à l'autorité à laquelle il est soumis.

Grotius admet donc, avec Hotman, qu'il a lu⁴³⁰, qu'un État peut être un établissement et une création humaine⁴³¹ et qu'il convient de se référer à son origine pour savoir quel est son gouvernement⁴³². En cela, il est plutôt moderne. Toutefois, il récuse toute souveraineté populaire absolue, qu'elle soit initiale ou perpétuelle : le peuple peut ne jamais avoir été souverain être malgré tout un peuple. Il distingue alors strictement deux types de souveraineté suivant que le consentement du peuple soit à l'origine du pouvoir ou non.

c. La conceptualisation juridique du pacte de sujétion

118. Grotius analyse en terme purement juridique les cas où le gouvernement résulte du consentement du peuple. Il envisage que le pouvoir du roi soit plus ou moins étendu et que la souveraineté puisse être partagée. Le peuple peut ainsi être totalement, partiellement ou temporairement asservi⁴³³, par un pacte de sujétion⁴³⁴. Il s'agit alors d'une servitude volontaire⁴³⁵.

Quelles que soit les clauses de ce contrat, elles doivent être absolument respectées et sont juridiquement contraignantes. Ainsi, les pactes de gouvernement chez Grotius sont considérés

427 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 7, p. 124.

Cette distinction est certainement reprise par Hobbes lorsqu'il décrit l'État par institution et par acquisition (*commonwealth by Institution et by acquisition*) *Léviathan*, chap. 17. Cependant, Hobbes présume un consentement, même pour les États par acquisition.

428 Hugo GROTIUS, *Op. cit.*, vol. 2, III, VIII, §1, 1 « du droit de souveraineté que l'on acquiert sur les vaincus », p. 829 « Si l'on peut réduire à un esclavage personnel chaque particulier du parti de l'ennemi, qui est tombé entre nos mains, comme nous venons de le faire voir dans le chapitre précédent ; il n'y a pas lieu de s'étonner, que l'on puisse aussi imposer à tout le corps des ennemis, soit qu'il fasse un État entier, ou seulement partie de l'État, une sujétion purement civile, ou purement despotique, ou qui tienne de l'une et de l'autre. »

429 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 15, p. 129.

430 Dans son discours préliminaire il présente côte à côte Bodin et Hotman : « Les Jurisconsultes François sont ceux qui ont entrepris avec le plus de soin d'associer l'Histoire à l'étude des Loix : entre lesquels Bodin et Hotman, se sont fort distingués » *Ibid.*, vol. 1, §57, p. 35.

431 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §8, 15, p. 130-131 ; II, V, §17, 1, p. 302.

432 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §10, 4, p. 133 et II, VI, § 4 à 6, p. 315-317.

433 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §11, 1, p. 134.

434 *Ibid.*, vol. 1, II, V, §31, 1, p. 312.

435 Allant ainsi à directement à l'encontre de l'essai de La Boétie que les calvinistes publièrent entre 1574 et 1676 sous le nom de *Contr'un*.

comme des actes juridiques, créateurs d'obligations juridiques. Il existe de vrais « contrats des rois et des peuples »⁴³⁶, par lesquels les Rois sont liés et leur souveraineté limitée : « soit que les obligations où ils entrent regardent seulement l'exercice de leur pouvoir ou qu'elles tombent directement sur le pouvoir même »⁴³⁷. S'ils ne respectent pas les limites relatives à l'exercice de leur prérogative, leur acte est considéré comme injuste (au sens de juridiquement irrégulier)⁴³⁸. En revanche, s'il ne respecte pas les limites même de leur prérogative, leur acte est « nul en lui-même et par le droit »⁴³⁹, car il a été pris par une personne incompétence ou, comme l'écrit Grotius, « l'acte est injuste et nul en même temps, par le défaut de pouvoir »⁴⁴⁰.

Les pactes de sujétion sont ainsi analysés comme des actes créateurs de droits et d'obligations qui établissent une hiérarchie des normes. Les actes du roi doivent respecter ces conventions sous peine d'être considérés comme irréguliers voire nuls, d'un point de vue juridique.

d. L'esquisse d'une distinction entre État et gouvernement

119. Chez Grotius, le corps du « corps de peuple » peut être dissout volontairement ou involontairement⁴⁴¹. En revanche, il n'est pas possible de démembrer simplement une partie du corps du peuple par un acte de volonté du souverain. Grotius estime que, dans le cas d'un démembrement partiel du corps du peuple, il faut « le peuple même du pays, qu'on veut aliéner, y consente »⁴⁴². Il explique cela par le fait que :

« ceux qui se joignent ensemble pour former un corps d'État [*in civitatem coeunt*], contractent ensemble une société [*societatem*] perpétuelle et éternelle, à l'égard des parties intégrantes, comme on parle. [...] Le corps dont il s'agit étant d'une autre nature [que le corps naturel], je veux dire, produit par la volonté de ceux qui le composent ; pour savoir quel droit il a sur ses membres, il faut en juger par l'intention de ceux qui l'ont originairement formé. »⁴⁴³

Il est tentant de voir ici la première formulation du « contrat social ». Toutefois, Grotius n'évoque l'existence d'un contrat à l'origine de la société qu'incidemment et à une seule occurrence. Ainsi, il se pourrait qu'il utilise ici simplement une métaphore pour figurer le lien fort qui relie les membres d'un même État. Il ne développe pas, comme il l'avait fait pour le contrat de gouvernement, les clauses de ce contrat et les obligations qui en découlent. Il semble simplement ici

436 *Ibid.*, vol. 1, II, XVI, §31, p. 528.

437 *Ibid.*, vol. 1, I, III, §16, 2, p. 145-146.

438 *Ibid.*

439 *Ibid.*

440 *Ibid.*

441 « Le corps du peuple est dissout, lors que les citoyens se désunissent, ou volontairement, par l'effet d'une peste ou d'une sédition, qui fait qu'ils prennent le parti de s'en aller les uns d'un côté, les autres de l'autre ; ou malgré eux, par l'effet d'une violence qui les disperse, en sorte qu'ils ne peuvent plus se réunir, comme il arrive quelquefois des guerres » *Ibid.*, vol. 1, II, IX, §5, p. 379.

442 *Ibid.*, vol. 1, II, VI, §4, p. 315.

443 *Ibid.*

reformuler l'idée d'union et d'indivisibilité du corps politique qu'il rend par l'image d'après laquelle la souveraineté est « l'âme » du « corps de l'État »⁴⁴⁴. Dans cette logique, le principe d'union de la communauté prime celui de souveraineté qu'exerce le roi sur cette communauté, car, sans union, aucune souveraineté ne pourrait s'exercer, d'après sa définition de l'État.

120. Grotius esquisse une distinction entre l'existence de l'État et l'existence de son gouvernement. Pour lui, le gouvernement peut changer sans que l'État ne change car « en matière de corps artificiels, une seule et même chose peut avoir plusieurs formes »⁴⁴⁵. Une même communauté politique peut donc exister sous plusieurs formes de gouvernement. La dissolution du gouvernement se distingue donc de la dissolution de l'État.

Grotius semble bien distinguer la réalisation de l'union de la communauté politique du choix d'un gouvernement, mais il n'en fait pas un axe clair de sa démonstration. Dès lors, il semble délicat de considérer que cette distinction structure sa pensée. Elle ne fut réellement développée qu'ultérieurement par Lawson et Locke⁴⁴⁶.

En conclusion, pour Grotius, les sociétés politiques ont toutes en commun leur origine : l'union des hommes pour vivre ensemble sous un même gouvernement, dans le but d'une utilité commune. Il ne résulte de là aucune règle ou aucun principe de portée générale conférant des droits au peuple : il existe des peuples libres ou assujettis, qui le sont par la force ou volontairement, totalement ou partiellement. Toutefois, si un contrat de gouvernement existe il est contraignant juridiquement et doit être correctement exécuté. Il distingue ainsi l'unité d'un concept d'État, résultat de l'union d'hommes, et la diversité des formes de gouvernement. Jean Terrel affirme que : « Grotius, comme tout ceux qui l'on précédé en reste à l'idée que la cité est instituée par accord volontaire du peuple sans que ces contrats d'association et de sujétion soient des procédures juridiques rigoureusement définies. »⁴⁴⁷ Il serait peut être plus exact de dire que le contrat de sujétion est conçu par Grotius comme une réelle procédure juridique, mais il n'en va pas de même du contrat d'association ou de fondation de la société qui n'est pas pensé par lui.

En utilisant des catégories juridiques et en refusant, comme il l'écrit, de traiter de l'utile, pour ne s'intéresser qu'au juste, il sépare le droit de la politique et fonde une « science du droit de la souveraineté. » Néanmoins, ce n'est qu'avec Hobbes et ses successeurs que la cité est pleinement conçue comme étant le résultat d'un contrat.

444 *Ibid.*, vol. 1, II, VI, §6, 1, p. 316.

445 *Ibid.*, vol. 1, II, IX, §8, 2, p. 380.

446 Voir *infra*, ce chapitre Section 2, § 2, B.

447 Terrel, *op. cit.*, p. 134.

4. La société est le résultat d'un contrat (Hobbes, Pufendorf, Locke et Rousseau)

121. Avec les théoriciens du droit naturel et contractualistes, l'idée que la société a une origine purement artificielle et volontaire se développe. L'ordre social et l'État sont alors conçus comme le résultat d'un contrat entre individus du libre et égaux.

Thomas Hobbes formule l'idée que la cité a pour origine un contrat entre individus (a). Ses thèses furent ensuite reprises par Pufendorf (b). Enfin, leurs théories furent associées à la notion de société notamment par Locke, Burlamaqui et Rousseau (c).

a. La cité a pour origine un contrat entre individus : Hobbes

122. Hobbes⁴⁴⁸ se propose d'étudier la politique comme une science dans laquelle il y aurait des lois à découvrir et étudier. Il réfute l'idée d'une science politique purement contingente que semblait proposer Grotius⁴⁴⁹ et s'oppose à ses prédécesseurs qui voyaient dans la société le produit d'un instinct naturel. Pour lui, la concorde entre les hommes est le résultat de l'état social et non sa cause : le consensus n'est pas naturel, mais il est le produit d'un contrat entre les individus⁴⁵⁰. La communauté politique doit donc être créée ; elle est artificielle.

123. Chez Hobbes, comme chez Suarez, la création de la communauté politique et l'établissement d'un gouvernement sont concomitantes : la cité est créée par la désignation d'un souverain. Le simple consensus (*consensio* ou *consent*) de l'assemblée (*coetus* ou *assembly*)⁴⁵¹ des hommes ne suffit pas pour établir une cité⁴⁵² ; il faut qu'il existe une autorité souveraine. L'établissement de la cité consiste donc en la création d'une personne morale⁴⁵³ disposant du pouvoir souverain par l'union libre et volontaire des membres du corps politique⁴⁵⁴ :

448 Sur la théorie du contrat de Hobbes voir notamment Jean TERREL, *Op. cit.*, p. 133 et s.

449 « L'art d'établir et de conserver les États obéit à des règles certaines, comme le font l'arithmétique et la géométrie, non sur la pratique seulement (comme au tennis). Quant à ces règles, ni les pauvres, qui n'ont pas le temps, ni ceux qui ont eu le temps, n'ont eu jusqu'à maintenant la curiosité de les découvrir, ou la méthode. » « *The skill of making and maintaining Commonwealths consisteth in certain rules, as doth arithmetic and geometry ; not, as tennis play, on practice only : which rules neither poor men have the leisure, nor men that have had the leisure have hitherto had the curiosity or the method, to find out.* » Chap. 20, *Léviathan*, éd. cit., p. 335.

450 « Enfin je dirais que le consentement [*consensio*] ou la concorde que nous voyons parmi les bêtes est naturelle ; là où celle des hommes est contractée [*pactitia*], et par conséquent artificielle. » *De Cive*, Chap. V, §5.

451 Voir également en ce sens Jean TERREL, *op. cit.*, p. 61-62.

452 « Le consentement [*consensio*] prêté, ou la société contractée [*societas contracta*], sans une puissance supérieure et générale qui tienne les particuliers dans la crainte de la peine, ne suffit point pour donner aux hommes les assurances et les précautions qu'ils doivent avoir avant de venir à l'exercice de la justice naturelle, c'est-à-dire des lois de nature [*justitia naturales*] que nous avons établies. » *De Cive*, Chap. V, §5.

453 Voir *De Cive*, Chap. V, §VII à IX.

454 Il convient de relever, sans pouvoir le développer ici qu'une théorie similaire avait déjà été formulée par Richard HOOKER. Dans *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, il écrivait ainsi : « Nous nous plaignons tous de l'iniquité de notre temps : non pas injustement car nos temps sont malins. Mais comparez-les avec ces temps où il n'y avait pas de sociétés civiles, avec ces temps où il n'y avait aucune manière de régime public établi, avec ces temps où il n'y avait pas plus de huit personnes vivant vertueusement sur la surface de la terre ; et vous aurez sûrement de bonnes raisons de penser que Dieu nous a excessivement bénis, et nous a fait contempler des jours plus heureux.

« L'union [*Unio*] qui se fait de cette sorte, forme le corps d'un État [*civitas*], d'une Société, [*societas civilis*] et pour le dire ainsi, d'une personne civile [*persona civilis*]; car les volontés de tous les membres de la république n'en formant qu'une seule [*una persona*], l'État peut être considéré comme si ce n'était qu'une seule tête [*uno*]; aussi a-t-on coutume de lui donner un nom propre, et de séparer ses intérêts de ceux des particuliers. De sorte que ni un seul citoyen, ni tous ensemble (si vous en ôtez celui duquel la volonté représente celle de tous les autres) ne doit pas être pris pour le corps d'une ville. Je dirais donc, pour définir l'état d'une ville [*civitas*] (ce qui servira pour toutes les autres formes de gouvernements et de sociétés civiles) que c'est une personne [*persona una*] dont la volonté [*voluntas*] doit être tenue, suivant l'accord qui en a été fait [*ex pactis plurium hominum*], pour la volonté [*voluntate*] de tous les particuliers, et qui peut se servir de leurs forces et de leurs moyens, pour le bien de la paix, et pour la défense commune. »⁴⁵⁵

Tant que cette unité n'est pas réalisée, il n'y a que les volontés particulières de ceux qui forment la multitude et non de volonté propre à la cité⁴⁵⁶. C'est par la création volontaire de cette unité, que la multitude devient un peuple :

« C'est plus qu'un consentement ou une concorde; c'est une unité réelle d'eux tous en une et même personne, faite par la convention de chaque homme avec chaque homme, d'une manière telle que c'est comme si chaque homme disait à chaque homme : j'autorise et j'abandonne mon droit de me gouverner à cet homme, ou à cette assemblée d'hommes, à cette condition : que tu abandonnes ton droit à lui, et autorise toutes ses actions de cette manière. Cela fait, la multitude unie ainsi en une personne est appelée un Commonwealth; en Latin, *Civitas* »⁴⁵⁷

Pour Hobbes, la cité est donc constituée par des conventions mutuelles entre individus. Contrairement à Suarez qui n'envisageait que la collectivité des hommes comme détentrice du

« Pour mettre fin à tous ces griefs, dommages et torts mutuels, il n'y avait qu'une voix aller vers une composition et un accord entre eux, en ordonnant une sorte de gouvernement public, et en se rendant, par là, sujets de ce gouvernement auquel ils donnent l'autorité de régner et de gouverner, par eux [les personnes du gouvernement] la paix, la tranquillité, et l'heureuse condition des autres peuvent être procurées. [...] Ils donnèrent tous leur consentement commun pour être dirigé par ceux sur lesquels ils se seraient mis d'accord : sans consentement il n'y a aucune raison pour laquelle un homme devrait être seigneur ou juge d'un autre. » [T.d.A.]

« *We all make complaint of iniquity of our times : not unjustly for the days are evil. But compare them with those times wherein there were no civil societies, with those times wherein there was as yet no manner of public regiment established, with those times wherein there were not above eight persons righteous living upon the face of earth ; and we have surely good cause to think that God hath blessed us exceedingly, and hath made us behold most happy days.*

« *To take away all such mutual grievances, injuries, and wrongs, there was no way but only growing unto composition and agreement amongst themselves, by ordaining some kind of government public, and by yielding themselves, subject thereunto; that unto whom they granted authority to rule and govern, by them the peace, tranquillity, and happy estate of the rest might be procured. [...] They gave their common consent all to be ordered by some whom they should agree upon: without consent there were no reason that one man should take upon him to be lord or judge over another.* » Livre I, Chap. 10, §3-4.

455 *De Cive*, Chap. V, §IX.

456 *De Cive*, Chap. VI, §I; Chap. XII, §VIII.

457 [T.d.A.] « *This is more than consent, or concord; it is a real unity of them all in one and the same person, made by covenant of every man with every man, in such manner as if every man should say to every man: I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner. This done, the multitude so united in one person is called a Commonwealth; in Latin, Civitas.* » *Léviathan*, Chap. 17.

pouvoir potentiel, Hobbes envisage l'institution du pouvoir politique comme l'acte de chaque individu. La constitution de la cité réalise ainsi une union d'hommes en même temps qu'elle institue une puissance souveraine. Sans *summa potestas* et sans son corollaire, l'obéissance, il n'y a pas de cité⁴⁵⁸. Cette cité pour être réellement souveraine ne doit donc être soumise à aucune autorité supérieure⁴⁵⁹.

124. Chez Hobbes, la cité est purement artificielle et faite par les hommes, qui font les cités comme Dieu a fait l'homme⁴⁶⁰. Pour Hobbes, les hommes ont tous accepté de se soumettre au gouvernement auquel ils obéissent, quand bien même ils y auraient été contraints par la violence. Toutes les cités ont pour origine la peur de la violence ou de la mort. Ainsi, la cause de la soumission par la conquête est identique à celle de la soumission volontaire ; la seule différence réside dans la personne qui est crainte⁴⁶¹. De plus, les hommes sont tous également et absolument⁴⁶² soumis au souverain quelque soit la cause de leur intégration à la société.

b. La reprise des thèses hobbesiennes par Pufendorf

125. À la suite de Hobbes, Pufendorf défend l'idée que la société est une création purement volontaire. Il admet que la sociabilité humaine soit naturelle, mais il n'en déduit pas mécaniquement que la société civile l'est⁴⁶³.

Pufendorf fait sien le raisonnement de Hobbes⁴⁶⁴ : le simple consensus ne suffit pas à assurer la préservation des individus, il est nécessaire d'instituer un pouvoir souverain⁴⁶⁵. Cette institution se réalise par l'association volontaire des individus : « C'est de cette *union de volontés et de forces* que résulte le Corps Politique, qu'on appelle un État, et qui est la plus puissante de toutes les

458 *De Cive*, Chap. VI, §XIII.

459 *De Cive*, Chap. V§10.

460 « c'est l'art qui crée ce grand Léviathan appelé *Commonwealth*, ou État (en latin, *Civitas*), qui n'est qu'un homme artificiel, bien que d'une plus grande stature et force qu'un homme naturel, pour la protection et la défense duquel il a été voulu [...] les pactes et conventions, par lesquels les parties de son corps politique furent initialement faites, jointes et unies, ressemble à ce *fiat*, ou *faisons un homme*, prononcé par Dieu à la Création. » [T.d.A.] « *by art is created that great Leviathan called a Commonwealth, or State (in Latin, Civitas), which is but an artificial man, though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended [...] the pacts and covenants, by which the parts of this body politic were at first made, set together, and united, resemble that fiat, or the Let us make man, pronounced by God in the Creation.* » *Leviathan*, Introduction.

461 *Léviathan*, Chap. 20.

462 Cette soumission au souverain ne peut être qu'absolue, sous peine de menacer l'existence même de l'État. Voir notamment *Léviathan*, chap. 29.

463 « malgré toutes ces raisons d'Hobbes, l'Homme est un Animal Social, c'est-à-dire, destiné par Nature à vivre en Société avec ses semblables. Mais, supposé même que l'Homme souhaite naturellement la Société, il ne s'en suit pas de là nécessairement, qu'il ait une inclination naturelle pour la Société Civile » Samuel von PUFENDORF, *op. cit.*, vol. 3, VII, I, § 3, p. 86.

464 Voir en ce sens Simone GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 184.

465 Samuel von PUFENDORF, *Op. cit.*, vol. 3, VII, II, §IV, p. 103-105.

Sociétés et de toutes les *Personnes Morales*. »⁴⁶⁶ Pufendorf distingue ainsi la multitude du peuple car, sans véritable union entre les membres du corps politique, il n'existe pas de peuple⁴⁶⁷, mais un simple « amas de plusieurs choses » ou « assemblage de plusieurs personnes ». Il manque entre eux le lien moral théorisé par Suarez.

Chez Pufendorf comme chez Hobbes, seule une convention peut créer un corps politique⁴⁶⁸. Comme chez Hobbes, la société ne peut être créée que par la volonté de chaque individu : « chacun s'engage avec tous les autres à se joindre ensemble pour toujours en un seul corps, et à régler d'un commun consentement ce qui regarde leur conservation et leur sûreté mutuelle »⁴⁶⁹.

126. Pufendorf reprend donc la définition hobbesienne de l'État :

« une personne morale composée, dont la volonté formée par l'assemblage des volontés de plusieurs, réunies en vertu de leur conventions, est réputée la volonté de tous généralement, et autorisée par cette raison à se servir des forces et des facultés de chaque particulier, pour procurer la paix et la sûreté commune [Il reprend ensuite l'incipit de *Léviathan*, où Hobbes file la métaphore du Léviathan comme homme artificiel, fait par l'homme comme Dieu fit l'homme lui-même.] »⁴⁷⁰

Cette filiation lui est d'ailleurs reprochée par Barbeyrac, son traducteur, qui écrit en note que cette définition conduit à confondre l'État et le souverain et qu'il « a suivi trop aveuglément la définition de Hobbes »⁴⁷¹. Barbeyrac présente alors la conception traditionnelle de la métaphore anthropomorphique : « La vérité est, que l'État est un *Corps* dont le *Souverain* est le *Chef*, et les sujets, les *Membres*. »⁴⁷² En réalité, la définition proposée par Pufendorf à la suite de Hobbes permet de penser la communauté des individus indépendamment de tout chef naturel ou originel. Il

466 *Ibid.*, VII, II, §V, p. 106.

467 « Pour bien comprendre la nature de l'union qui constitue les Sociétés Civiles, il faut savoir encore, que tant que plusieurs *Personnes Physiques* ne sont pas jointe en une seule *Personne Morale*, elles n'agissent et ne contractent aucune obligation que chacun pour soi, et de son chef ; ensorte qu'il y a autant d'actions et d'obligations particulières, qu'il y a d'Individus. Il est vrai que souvent on donne à un certain nombre de gens, qui n'ont ensemble aucune liaison Morale, le nom de *Multitude*, qui semble emporter quelque union. Mais, si l'on y fait bien réflexion, on trouvera qu'alors ce n'est pas une terme collectif, ou qui désigne une seule idée composée de plusieurs autres ; comme, par exemple, une *Armée*, une *Flotte*, un *Sénat*, une *Assemblée du Peuple*, etc. et que l'on donne à entendre par-là simplement un amas de plusieurs choses, sans considérer si elles sont de même ou de différente nature, rassemblées ou dispersées ; de sorte qu'une *Multitude de gens* ne marque pas au fond un seul Corps, mais un assemblage de plusieurs personnes, dont chacun a sa volonté particulière, et la liberté de juger selon ses idées de tout ce qui peut être proposé. Ainsi on ne saurait attribuer à une telle *Multitude*, considérée par opposition aux Particuliers dont elle est composée, aucune action unique et distincte de l'action de chaque Individu, ni aucun droit particulier ; et si quelqu'un étant parmi un grand nombre de gens qui se trouve ensemble sans être unis en un seul Corps, ne consent point ou ne participe en aucune autre manière à un acte dont la plupart ou tous les autres même sont convenus ensemble, cet acte ne le regarde point du tout. » VII, II §6, p. 107-108.

468 « Afin qu'une *Multitude de gens* devienne une seule *Personne*, à qui l'on puisse attribuer une seule action, et qui ait certains droits par opposition à chaque Particulier, il faut nécessairement que tous ces gens-là ensemble aient, d'un commun accord, *uni leur volontés et leurs forces par le moyen de quelque Convention* ; sans quoi l'on ne saurait concevoir l'union de plusieurs personnes naturellement égales. » *Ibid.*

469 *Ibid.*, VII, II §7, p. 108.

470 *Ibid.*, VII, II §13, p. 117-118.

471 *Ibid.*, Note p. 117.

472 *Ibid.*

développe d'ailleurs ce raisonnement et distinguant la fondation de la communauté et l'établissement d'un pouvoir politique⁴⁷³.

Barbeyrac lui reproche également de ne pas reprendre la définition de Cicéron⁴⁷⁴. Il y a bien de Cicéron à Hobbes et Pufendorf rupture plus que continuité. Dans la conception cicéronienne, et spécialement dans la traduction qu'en donne Barbeyrac, l'union est créée par la communauté juridique et d'intérêts, et non par la volonté des individus⁴⁷⁵. Hobbes et Pufendorf innovent donc en proposant une vision purement contractuelle de la société politique.

La révolution conceptuelle imaginant la société comme le résultat d'un contrat entre individus libres et égaux est opérée par Hobbes et fut reprise par Pufendorf. Néanmoins, ils n'emploient pas le terme société ou société civile pour ce faire⁴⁷⁶. Chez Hobbes, il est toujours question de cité (*civitas* ou *commonwealth*) établie par contrat (*by covenant* ou *per pactum*). Sa volonté de faire de cette cité, plus qu'un simple accord de volontés explique peut être le fait qu'il n'ait pas recours au terme de société. Pufendorf n'emploie pas non plus ce terme, mais la traduction de leurs œuvres rend de plus en plus courant cet emploi. Ainsi, les théories qu'ils développent relativement à la cité furent associées en français à la notion de société.

c. La diffusion des termes de société, société civile et société politique : Locke, Burlamaqui et Rousseau

127. L'emploi des expressions société civile et société politique est fréquent chez Locke⁴⁷⁷ ; elles sont considérées comme équivalentes. Locke généralise également l'emploi du terme société dans un sens politique, et ce sans adjectif qualificatif⁴⁷⁸. La notion de société est au cœur de la théorie

473 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, A.

474 « la définition si souvent citée de Cicéron, et que Saint Augustin nous a conservée (*De Civitate Dei*, Lib. II, Cap. 21) "*Multitudo juris consensu, et utilitatis communione sociata*" une multitude de gens unis ensemble par des Lois communes, auxquelles ils se soumettent d'un commun accord, et par une communauté d'intérêts. » Samuel von PUFENDORF, *op. cit.*, Note p. 117.

475 La définition de l'État donnée par Jaucourt dans l'*Encyclopédie* reprend presque mot pour mot cette note de Barbeyrac, bien qu'il propose une traduction plus audacieuse de Cicéron, puisqu'il y lit un consentement des individus à l'ordre politique : « une multitude d'hommes joints ensemble par des intérêts & des lois communes, auxquelles ils se soumettent d'un commun accord ».

476 Hobbes se réfère à une seule occurrence à la *societas civilis* pour la considérer comme synonyme de *civitas*, *De Cive*, Chap. 5, §IX.

477 19 occurrences pour « civil society », 16 pour « polical society », 9 pour « politic society » (au singulier et au pluriel) dans John LOCKE, *Two Treatises of Government, In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government*, 1690.

478 Plus de 130 occurrences.

politique de Locke⁴⁷⁹. Il s'attache à systématiser le rapport de l'homme à la société⁴⁸⁰, en appelant société ce que Hobbes et Pufendorf désignaient par État (*commonwealth, civitas, state*), souverain et peuple.

Un tel emploi de terme société se trouve également dans les *Principes du droit politique* de Jean-Jacques Burlamaqui⁴⁸¹. L'adjectif civil n'est alors utilisé que lorsqu'il s'agit de distinguer la société civile ou politique de la société naturelle ou humaine qui unit tous les hommes entre eux.

Enfin, dans le *Contrat social*, Rousseau reprend à son compte l'évolution conceptuelle d'Hobbes et de Pufendorf et considère que la fondation de l'ordre social résulte de l'association d'individus faisant corps en Peuple⁴⁸². Cette définition contenue dans le *Contrat social* et reprenant les thèses de ses prédécesseurs est abondamment diffusée. Rousseau, en employant l'adjectif social pour qualifier son contrat, lie les termes de contrat et société, là où cette liaison n'était qu'implicite chez Hobbes ou Pufendorf⁴⁸³. L'ordre politique a ainsi pour origine un contrat formant une société.

Chez ces trois auteurs, la communauté politique est conçue comme le produit d'un contrat passés entre individus libres et égaux et non plus comme l'union de « parties intégrantes »⁴⁸⁴ ou de « familles » qui la composent.

479« Par conséquent, chaque fois qu'un certain nombre d'hommes sont ainsi réunis en une seule société, qu'ils renoncent, chacun pour son compte, à leur pouvoir de faire exécuter la loi de nature et le cèdent au public, là et là seulement, il existe une *société politique ou civile*. Et ceci toutes les fois qu'un certain nombre d'hommes, qui vivent dans l'état de nature, *entrent en société* pour former un seul peuple, un seul corps politique soumis à un seul gouvernement suprême ; ou encore, lorsque chacun pour lui-même s'incorpore et se joint à un gouvernement déjà existant. Car, par là même, il *autorise la société* ou, ce qui revient au même, son législatif, à faire des lois qui s'appliqueront à lui selon que le bien public de la société l'exigera ; et sa propre assistance sera requise (conformément à ses propres décisions) pour l'exécution de ces lois. » « *Wherever, therefore, any number of men so unite into one society as to quit every one his executive power of the law of Nature, and to resign it to the public, there and there only is a political or civil society. And this is done wherever any number of men, in the state of Nature, enter into society to make one people one body politic under one supreme government: or else when any one joins himself to, and incorporates with any government already made. For hereby he authorises the society, or which is all one, the legislative thereof, to make laws for him as the public good of the society shall require, to the execution whereof his own assistance (as to his own decrees) is due.* » (trad. Jean-Fabien SPITZ, P.U.F., 1994). Nous soulignons, *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 7, §89.

Dans ce court extrait, les hommes se réunissent en société, la font et y entrent. Une fois qu'elle existe l'individu autorise cette dernière à faire des lois et le bien public est défini comme celui de la société.

480Pour une analyse détaillée de la théorie du contrat chez Locke voir Jean TERREL, *Op. cit.*, p. 233-298.

481Plus d'une centaine d'occurrences dans le tome 1.

482« Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *corps politique* lequel est appelé par ses membres *État* quand il est passif, *Puissance* en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s'appellent en particuliers *Citoyens* comme participant à l'autorité souveraine, et *Sujets comme* soumis aux lois de l'État. » ROUSSEAU, *Du Contrat social*, I, VI, éd. cit., p. 53-54.

483Pour de plus amples développements sur l'emploi de l'adjectif social par Rousseau voir John LOUGH, « The Encyclopédie and the Contrat social » in *Reappraisals of Rousseau. Studies in honour of R. A. Leigh*, Manchester University Press, 1980., p. 64. L'auteur soutient que Rousseau ne le fit pas délibérément dans le but de distinguer « son » contrat du pacte de sujétion, mais cela importe peu pour comprendre l'association de ce terme à la théorie qu'il développe effectivement dans cet ouvrage. Que cela fut conscient ou non, volontaire ou non, l'idée développée dans le *Contrat social* fut durablement associée aux notions de contrat et de société.

484GROTIUS, *op. cit.*, tome 1, II, VI, §4, p. 315.

La notion de société est profondément emprunte d'une idée contractualiste au XVIII^e siècle qu'elle décrit la société juridique, de pensée ou politique. La société⁴⁸⁵ est ainsi devenue une « société des individus »⁴⁸⁶ libres et égaux⁴⁸⁷ dont elle est la créature. Ce mouvement de contractualisation de la société concerne la société politique, mais il s'étend au-delà pour remettre en cause la plupart des institutions et les considérer comme des simples produits de la volonté que cette dernière peut défaire. Comme le montre Jean Imbert, « L'individu devient le centre de la réflexion politique ; l'individu-roi affirme son primat sur la société, qu'il s'agisse de la société politique, de la société corporative, de la société familiale. »⁴⁸⁸

Les termes de constitution et de société subissent d'importantes mutations au cours du XVII^e et du XVIII^e siècles. D'abord, l'emploi du terme de constitution en philosophie politique contribue à étendre sa signification et est le témoin de l'évolution de la conception du pouvoir politique. Ensuite, les termes de constitution et de société voient leur signification évoluer en raison du colinguisme qui conduisit à les employer pour traduire des concepts étrangers, ajoutant ainsi à leur sens initial. Enfin, le terme de société sert à désigner l'ordre social et politique comme le résultat d'un contrat : la société est alors le produit de la volonté d'individus indépendants, libres et égaux.

Dans ce contexte, il devient possible de faire la société, de la constituer, c'est-à-dire de l'établir juridiquement, de lui donner corps et de la réglementer. Le terme de constitution, par sa polysémie, permet alors de désigner simultanément la création de la société, son ordonnancement et sa réglementation. C'est ainsi qu'émerge l'idée d'une constitution de la société. Les notions de constitution et de société se co-construisent donc au cours des XVII^e et XVIII^e siècles. L'histoire de la notion de constitution est, dans une certaine mesure, indissociable de l'histoire de la notion de société.

485 Sur les rapports de la société et de l'individu du Moyen-Âge aux Lumières voir Anthony BLACK, « Society and the individual from the middle ages to Rousseau : philosophy, jurisprudence and the constitutional theory » in *History of political thought*, vol. 1, n°2, Summer, June, 1980, p. 145 et Otto von GIERKE, *Community in historical perspective* ed. par Anthony Black, Cambridge University press, 1990.

486 L'expression est de Norbert Elias, *La société des individus*, coll. « Agora », Fayard, 1987, p. 107-108.

Sur l'évolution de la signification du mot individu voir : A. VIGUIER, « Le mot "individu" fait-il partie au XVIII^e siècle du vocabulaire socio-politique ? » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIII – 2, Didier-Larousse, Paris, 1968, p. 95-126.

487 Sur le développement de cette idée chez les théoriciens du droit naturel voir par exemple Vincent MARCAGGI, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Fontemoing, 1912, p. 109 et s. ; sur les liens entre égalité et liberté voir par exemple Jean-Fabien SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, coll. Léviathan, P.U.F., 1995, p. 179 et s. ; sur la naissance de l'idée d'égalité voir par exemple Pierre ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Editions du Seuil, 2011.

488 Jean IMBERT, « L'origine idéologique des "principes de 1789" » in IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.20.

Section 2. L'invention de la constitution comme acte de la société et d'une nouvelle hiérarchie des normes par des philosophes jusnaturalistes

128. La recherche des occurrences du terme de constitution dans les écrits philosophiques du XVII^e et XVIII^e siècles conduit à constater la liaison entre l'utilisation de ce terme et la théorisation du concept de constitution comme acte fondateur de la société, déterminé conformément au droit naturel, par des individus libres et égaux et conduisant à instituer un ordre de subordination au sein de cette société. D'Hobbes à Rousseau se forge l'idée d'un pouvoir constituant, comme pouvoir de déterminer et de réglementer l'ordre politique.

L'idée d'une limitation et d'une réglementation du pouvoir politique n'est pas nouvelle et, en ce sens, le concept de constitution eut des précédents sémantiques. Néanmoins, les théoriciens jusnaturalistes et contractualistes opèrent une rupture dans l'histoire des idées politiques. Leur conceptualisation de la notion de constitution est intimement liée à l'idée que l'origine du pouvoir réside dans la collectivité des individus le composant. Cette innovation conduit également à la création d'une nouvelle hiérarchie des normes venant se substituer aux conceptions antérieures du pouvoir politique : le triptyque « loi divine, lois fondamentales, loi du roi » est remplacé par celui de « droit naturel, constitution, loi ». Ces nouvelles théories sont ensuite systématisées et largement diffusées au cours du XVIII^e siècle. En ce sens, l'article 16 représente la consécration juridique de ces théories philosophiques.

Il convient ainsi d'étudier les précédents sémantiques du concept de constitution, pour comprendre comme s'exprime l'idée d'une limitation et de réglementation du pouvoir (§ 1), pour ensuite appréhender la novation que représente l'invention, par les théoriciens contractualistes anglais, de la constitution comme établissement et réglementation du pouvoir par la société (§ 2). Enfin, ce nouveau concept fut systématisé et diffusé largement en langue française par l'école du droit naturel et Rousseau (§ 3).

§ 1. Les précédents sémantiques du concept de constitution : l'idée de limitation et de réglementation du pouvoir politique

L'histoire du concept de constitution est à distinguer de l'histoire du mot constitution. L'idée qu'un ordre supérieur doit être respecté n'est pas nouvelle et peut trouver une de ses premières expressions chez l'*Antigone* de Sophocle qui, au nom de la loi divine, refuse d'appliquer la loi positive⁴⁸⁹. De même, l'idée qu'un ensemble de règles organise la transmission et l'exercice

⁴⁸⁹« CRÉON : Et ainsi, tu as osé violer ces lois (νόμους) ?

ANTIGONE : C'est que Zeus ne les (νόμους) a point faites, ni la Justice qui siège auprès des Dieux souterrains. Et je n'ai pas cru que tes édits pussent l'emporter sur les lois non écrites et immuables des Dieux, puisque tu n'es qu'un

du pouvoir existe également dans l'Antiquité grecque sous le nom de πολιτεία (*politeia*).

Toutefois, avant le XVIII^e siècle, ces idées ne sont pas exprimées par le mot constitution. Même au XVIII^e siècle, les écrits des Lumières n'ont pas acquis un vocabulaire commun sur les questions de philosophie politique. Beaucoup d'expressions variées sont utilisées pour traduire les idées rattachées aujourd'hui au mot constitution. Le passage de cette variété d'expressions décrivant des réalités et des idées différentes à l'emploi du seul terme de constitution est progressif. Le sens de ce dernier est en outre enrichi par les significations de ces expressions connexes.

L'idée d'une limitation et d'une réglementation du pouvoir politique est d'abord exprimée par les termes police et politique, dérivés du grec (A). Au fur et à mesure que la signification du terme police se restreint, celui de république émerge pour désigner tout État ou forme de gouvernement (B). Néanmoins, la signification de ce mot se restreint également pour ne plus désigner qu'un gouvernement démocratique. Le terme de gouvernement s'impose alors progressivement pour décrire le fonctionnement de l'ordre politique. Toutefois, ce terme connut aussi une restriction partielle de sa signification (C). En dernier lieu, les expressions de lois fondamentales, de l'État ou du royaume, ou encore lois constitutives, s'imposent progressivement pour désigner l'idée de règles et principes immuables et obligatoires, y compris pour le Roi (D).

A. La désignation de l'encadrement et la limitation du pouvoir royal dans la seconde moitié du XVI^e siècle, par les termes police et politique, dérivés du grec

129. À partir du XVI^e siècle et sous l'influence du grec et des traductions d'Aristote, l'emploi du mot police⁴⁹⁰ se développe pour désigner un ensemble de règles et de principes obligatoires et relatifs à l'exercice du pouvoir. Nicole Oresme fut le premier à traduire *Les Politiques* d'Aristote en langue vernaculaire⁴⁹¹. Sa traduction date de la seconde moitié du XIV^e siècle. Il utilise le mot « policie » pour traduire *politeia* ; des éditions postérieures modernisent l'orthographe en « police »⁴⁹². Le concept grec est donc progressivement intégré à la langue française. L'emploi de ce terme se développe et permet d'élaborer et de définir la « police » existant en France.

Il est possible d'observer la même évolution en anglais, avec une orthographe initialement incertaine (*policy* ou *polity*). Il fut certainement diffusé par Richard Hooker dans son ouvrage intitulé *Of laws of Ecclesiastical Polity* dont les quatre premiers livres furent édités en 1594. Il se

mortel. Ce n'est point d'aujourd'hui, ni d'hier, qu'elles sont immuables ; mais elles sont éternellement puissantes, et nul ne sait depuis combien de temps elles sont nées. Je n'ai pas dû, par crainte des ordres d'un seul homme, mériter d'être châtiée par les Dieux. » Traduction Leconte de Lisle.

Antigone oppose en grec νόμους (*nomos* à l'accusatif pluriel) à νόμιμα (*nomima*), les lois des hommes aux lois des dieux.

490 Sur l'emploi du mot police dans un sens politique au XVI^e siècle, voir Quentin SKINNER, *The foundations of modern political thought*, vol. 2, Cambridge University Press, 1978, p. 311 et s.

491 Nicolas ORESME, *Le livre de politiques d'Aristote*, 1370.

492 Voir par exemple, Aristote, *Le livre de politiques d'Aristote*, 1489.

trouve par exemple chez Lawson dans sa *Politica Sacra et civilis*, qui date de 1660 avec l'orthographe *polity*. Hobbes se réfère également à la *policy* dans le *Leviathan*. Il désigne alors par ce terme l'ordre politique, la forme du gouvernement⁴⁹³. En Anglais, ce nom *polity* désigne, encore aujourd'hui, un régime politique⁴⁹⁴.

En Français, il fut conceptualisé au XVI^e siècle (1), puis perdit son sens général (2). L'adjectif politique conserva en revanche une place importante (3).

1. La conceptualisation de la notion de police

La conceptualisation de la notion de police est initialement due à Claude de Seyssel qui présente clairement la fonction de la police : limiter le pouvoir royal (a). Néanmoins, le contenu des règles relatives à la police est plus indéterminé (b).

a. La police, un frein au pouvoir royal

130. Au XVI^e siècle, Claude de Seyssel⁴⁹⁵ tente de définir le contenu et la valeur juridiques de la police. Dans son ouvrage *La grand' monarchie de France*, publié en 1557, la police est, avec la religion et la justice, un des freins au pouvoir royal⁴⁹⁶. Elle est constituée d'un ensemble de lois traditionnelles permettant la préservation de l'ordre politique⁴⁹⁷. Suivant cette conception, la police a donc pour origine la volonté royale, sanctionnée par la tradition.

131. Elle s'impose au roi lui-même qui en est le gardien :

« fors que le Roy et monarque, congnoissant que par le moyen des *lois et ordonnances et louables coutumes de France concernans la police*, le royaume est parvenu à telle gloire, grandeur et puissance que lon void, et se conserve et entretient en paix, prospérité et reputation : les doit garder et faire observer le plus qu'il peult, attendu mesmement qu'il est astraict par le serment qu'il fait à son couronnement de

493« Car quiconque *ordonne et établit la police* comme le premier fondateur d'un *Commonwealth*, qu'il s'agisse d'une monarchie, d'une aristocratie ou d'une démocratie, doit avoir le pouvoir souverain sur le peuple pendant toute la durée de son action. » Nous soulignons. « *For whosoever ordereth and establisheth the policy as first founder of a Commonwealth, be it monarchy, aristocracy, or democracy, must needs have sovereign power over the people all the while he is doing of it.* » Hobbes, *Léviathan*, Chap. 40, p. 670.

494Il est à distinguer de la *policy* qui se traduit par la politique.

495Sur la théorie des lois fondamentales chez Claude de Seyssel voir Sixte de BOURBON-PARME, *Le traité d'Utrecht et les lois fondamentales du royaume*, Paris, Édouard Champion, 1914 ; André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907.

496« L'autorité et puissance du Roy est réglée et refrenée en France par trois freins [...] pour parler desdictz freins par lesquelz la puissance absoluë des Roys de France est réglée, i'en treuve trois principaulx, le premier est la religion, le second la iustice, et le tiers la police. » Claude de SEYSSSEL, *La grand' monarchie de France, composée par mess. Claude de Seyssel lors évesque de Marseille, & depuis archevesque de Thurin, adressant au Roy treschrestien, François premier de ce nom. Avec la Loy salicque, qui est la première & principale loy des François*, Paris, Galiot du Pré, 1557, p. 10.

497« *Le tiers frein est celui de la police*, c'est assavoir de plusieurs ordonnances qui ont esté faictes par les Roys mesmes, et apres confirmées et approuvées de temps en temps : lesquelles tendent à la conservation du royaume en universel et particulier. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 13.

ce faire. Parquoy faisant le contraire, offense Dieu et blesse sa conscience, et si acquiert la hayne et mal vueillance de son peuple : et outre ce, s'affoiblist la force, et par consequent diminue sa gloire et sa renommée, et particulièrement quand à ce poinct, *bien se doit garder de faire alienations de son domaine, sinon les cas permis par les loix et ordonnances.* »⁴⁹⁸

Selon Seyssel, la police permet au royaume d'accéder à la gloire et à la prospérité. En conséquence, le roi a une obligation juridique et religieuse, contractée par le serment, de respecter et d'exécuter les lois relatives à la police. Seyssel n'avance pas qu'il existe un contrat entre le roi et le peuple, mais présente tout de même la menace que représente pour le roi le fait de s'aliéner son peuple.

Seyssel offre ainsi une définition claire de la police : un ensemble de normes obligatoires pour le roi restreignant et réglementant l'exercice de son pouvoir. En revanche, le contenu de ces obligations est plus incertain.

b. La police, un ensemble de règles indéfini

132. Le contenu des règles relatives à la police est incertain, mais elles comprennent au moins les principes suivants : l'inaliénabilité du domaine public, la protection des droits des Ordres et le maintien d'un équilibre entre ces derniers⁴⁹⁹. La notion de police est ainsi associée à l'idée que la monarchie doit préserver les droits de ses sujets. Il ne s'agit pas de droits individuels, mais des droits et privilèges dont disposent chaque état, d'après les coutumes. La police a donc pour fonction de maintenir l'équilibre entre les différentes parties de l'État : les Ordres entre eux et les Ordres vis-à-vis du monarque.

133. Le concept de constitution, comme limitation et équilibre du pouvoir politique se trouve ainsi exprimé par le terme de police dans la seconde moitié du XVI^e siècle. L'emploi du terme police est relativement fréquent à cette période, et se diffuse notamment à l'occasion des débats politiques engendrés par la Ligue⁵⁰⁰. De même, le triptyque de Seyssel religion, justice, police est

498 Nous soulignons. *Ibid.*, p. 36-37.

499 « pour achever cest *article de la police* (qui est le plus difficile à demesler) fault venir au second poinct que i'ay touché en la première partie, de la conservation de ceste monarchie de France, causée par *l'entretènement des subiects de tous estatz en bon accord*, et au contentement d'un chacun : car puisque cela est la cause principale de la conservation et augmentation d'icelle monarchie, comme lon void par experience, est moult requis de l'entretenir et garder qu'elle ne vienne à roture et discord, pourtant que facilement s'en enfoyuroit la ruine de la monarchie, et la dissolution de ce corps mystique, ainsi que i'ay déclaré cy dessus. Et pour ne venir à cest inconvenient, ne fault autre chose *fors entretenir lesdictz estats un chascun en ses libertez, privilèges et louables coustumes*. Et avoir telle superintendance sur tout, que *l'un ne puisse surmonter l'autre outre mesure, ne tous trois eux ioindre contre le chef et monarque.* » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 37.

500 Par exemple : « Or est-il maintenant le propre endroit où il faut que nous considérons quelles matières se decidoyent en cette assemblée solennelle : et admirions le grand sens et la prudence que monstrent nos Maieurs en *establisant et ordonnant la forme de leur Police [in constituenda Rep.]*. Voicy donc sommairement presque toutes les matières qu'on y déliberoit : Premièrement de l'élection, ou de la deposition d'un Roy : Consequemment de la paix et de la guerre, et des lois publiques : des souverains estats et offices, gouvernemens et administrations de la

souvent paraphrasé⁵⁰¹. Cet emploi du mot se perpétue jusqu'au XVII^e siècle⁵⁰². Néanmoins, au cours du XVII^e, la signification du terme de police évolue et se restreint.

2. La restriction de la signification du terme police

Au début du XVIII^e siècle, la signification du terme de police est restreinte. La police ne désigne plus que l'ordre public régnant dans une ville (a). Néanmoins, il continue d'être utilisé marginalement dans son sens général par les philosophes des Lumières tels que Montesquieu et Rousseau (b).

a. La police, l'ordre public d'une ville

134. Au début du XVIII^e siècle, le mot police perd son sens général. Il désigne alors seulement l'ordre régnant dans une ville. Cette évolution peut s'observer dans le *Dictionnaire de l'Académie* qui passe de définition large en 1694⁵⁰³ à une définition restreinte en 1762⁵⁰⁴. La définition qu'en donne Nicolas de la Mare dans son *Traité de la police*, en 1705, atteste également de cette évolution sémantique⁵⁰⁵. Le terme de police a donc perdu son sens général et ne se réfère plus qu'à l'ordre régnant dans une ville.

Néanmoins, l'emploi politique du mot police n'a pas complètement disparu au XVIII^e siècle

chose publique : d'assigner quelque partie du domaine aux hoirs masles du Roy defunct, ou d'establi douaire aux filles [...] finalement de toutes les matières, qu'on appelle communement encore à présent, Affaires des Estats : pour autant qu'il n'estait loisible de decider de quelque affaire concernant l'estat de la chose publique, sinon qu'en l'assemblée des Estats. » Nous soulignons. François HOTMAN, *La Gaule françoise* (première édition), traduction Simon Goulart, 1574, p. 60, 104, 151 ou p. 113-114.

501 Par exemple : « Pour declarer plus particulièrement quelles loix du Royaume Monseigneur entend estre mal observées, dont il a juste crainte de voir advenir une ruine du royaume, il faut presupposer qu'il y en a de trois sortes. *Les unes concernent la religion, les autres la justice, et les autres la police* : car ce sont les trois colonnes sur lesquelles le royaume de France est fondé. » Nous soulignons. *Brieve remonstrance a la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*. 1576, p. 14, 34, 65 et 67.

502 Le dictionnaire de Jean Nicot, *Le Thresor de la langue francoyse*, datant de 1606, trouve deux significations à ce terme : d'une part « Est reglement d'un estat et communauté, soit monarchique, aristocratique, ou democratique, en denrées, habits, commerce, et autres choses concernants le bien de tous. Il vient du Grec politéia, extrait de polis, Cité, par ce que la Cité a esté le premier subject de tel reglement, qui en est emané ausdits estats, chascun desquels consiste en plusieurs villes. » et, d'autre part, « le fait et gouvernement d'une Republique, Politia ».

503 « Ordre, reglement qu'on observe dans un Estat, dans une Republique, dans une ville. *Bonne, mauvaise police. nouvelle, ancienne police. la police est admirable dans Paris. la police est l'ame du commerce. faire bien observer la police. establir la police.* »

504 « Ordre, régleme[n]t établi dans une ville pour tout ce qui regarde la sureté & la commodité des habitans. »

505 « Ce nom de Police, qui a passé des Grecs aux Romains, est parvenu jusqu'à nous dans cette même signification, mais comme il renferme toutes les différentes formes de gouvernement, et qu'il y en a de plusieurs espèces, il est équivoque. On le prend quelquefois pour le gouvernement générale de tous les États, sous quelque forme qu'il soit établis : et dans ce sens il se divise en Monarchie, Aristocratie, Démocratie, et en quelques autres parties moins parfaites, formées de différents mélanges qui se peuvent faire de ces trois premières. D'autres fois il signifie le gouvernement de chaque État en particulier ; et alors il se divise en Police Ecclésiastique, Police Civile, et Police Militaire ; *mais ordinairement et dans un sens plus limité, il se prend pour l'ordre public de chaque Ville ; et l'usage l'a tellement attaché à cette signification, que toutes les fois qu'il est prononcé absolument et sans suite, il n'est entendu que dans le dernier sens.* » Nicolas de LA MARE, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prerogatives de ses magistrats; toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent*, Tome 1, Paris, Jean et Pierre Cot, 1705.

et se trouve encore chez Rousseau ou Montesquieu.

b. Le maintien marginal de l'emploi de police dans un sens général et politique

135. Montesquieu l'emploie lorsqu'il se réfère aux cités antiques et compare la notion de police à celle de lois fondamentales⁵⁰⁶. Il emploie également le mot police dans le sens choisi par Aristote pour désigner ce qui est aujourd'hui traduit par gouvernement constitutionnel⁵⁰⁷. Il considère alors la police comme une « sorte de constitution ». Montesquieu établit ainsi un lien intellectuel et sémantique entre les concepts de police et ceux de lois fondamentales, constitution et « gouvernement constitutionnel ». Cela contribue à renforcer l'idée de synonymie entre ces termes et de parenté entre les concepts qu'ils véhiculent.

136. Rousseau se réfère également à la police pour désigner l'ensemble des règles supérieures régissant le fonctionnement de l'État⁵⁰⁸.

De manière plus singulière, Rousseau emploie le mot *politie*, peut-être en référence à Oresme et Aristote ou au Grec en général. Chez Rousseau, la *politie* désigne un ordre politique souhaitable sans que celui-ci soit clairement déterminé. Il considère ainsi que le « gouvernement féodal » est un « système absurde s'il en fut jamais, contraire aux principes du droit naturel, et à toute bonne *politie* »⁵⁰⁹. De même, à propos de la théorie des climats développée par Aristote et reprise par Montesquieu, il écrit « Les lieux où le travail des hommes ne rend exactement que le nécessaire doivent être habités par des peuples barbares, toute *politie* y serait impossible »⁵¹⁰ et en déduit que : « par l'effet du climat le despotisme convient aux pays chauds, la barbarie aux pays froids, et la *bonne politie* aux régions intermédiaires »⁵¹¹. Enfin, pour expliquer l'impossibilité d'instaurer un ordre politique satisfaisant dans les États chrétiens, il se réfère également au terme de *politie*⁵¹². La

506« Comme les peuples *qui vivent sous une bonne police* sont plus heureux que ceux qui, sans règle et sans chefs, errent dans les forêts ; aussi les monarques qui vivent sous les lois fondamentales de leur État, sont-ils plus heureux que les princes despotiques, qui n'ont rien qui puisse régler le cœur de leurs peuples, ni le leur. » Nous soulignons. EDL, V, XI, éd. cit., vol. I, p. 184.

507« On n'avait pas encore découvert que la vraie fonction du prince était d'établir des juges, et non pas de juger lui-même. La politique contraire rendit le gouvernement d'un seul insupportable. Tous ces rois furent chassés. Les Grecs n'imaginèrent point la vraie distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul ; ils ne l'imaginèrent que dans le gouvernement de plusieurs, et ils appelèrent cette *sorte de constitution, police*. » EDL, XI, XI, vol. I, p. 309.

508« Pierre avait le génie imitatif ; il n'avait pas le vrai génie, celui qui crée et fait tout de rien. Quelques-uns des choses qu'il fit étaient bien, la plupart étaient déplacées. Il a vu que son peuple était barbare, *il n'a point vu qu'il n'était pas mûr pour la police* ; il l'a voulu civiliser quand il ne fallait que l'aguerrir. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, II, VIII, éd. cit., p. 80.

509Nous soulignons., *Ibid.*, I, IV, p. 48.

510Nous soulignons. *Ibid.*, III, VIII, p. 114-115.

511Nous soulignons. *Ibid.*

512« bientôt on a vu ce prétendu royaume de l'autre monde devenir sous un chef visible le plus violent despotisme dans celui-ci. / Cependant comme il y a toujours eu un Prince et des lois civiles, il a résulté de cette double puissance un perpétuel conflit de juridiction qui a rendu toute *bonne politie* impossible dans les États chrétiens, et l'on n'a jamais

bonne politie désigne chez Rousseau un gouvernement tempéré fait pour un peuple éduqué ; elle est l'opposé du despotisme. Elle renvoie à l'idée qu'un État est bien ordonné, qu'il est bien constitué. Elle est ainsi assez proche de l'idée de police conceptualisée par Seyssel.

La notion de police préfigure ainsi celle de constitution en ce qu'elle véhicule l'idée que le pouvoir royal est limité en vue d'assurer les droits et privilèges des ordres qui le composent. Elle est proche de la notion grecque de *politeia* et ne correspond pas à une définition claire des différentes fonctions des organes étatiques.

Si le mot police reste présent dans le vocabulaire des philosophes du XVIII^e siècle, son emploi est marginal. Ce terme semble avoir déjà changé de signification et n'est plus largement employé pour désigner l'ordre politique⁵¹³. En revanche, l'adjectif « politique » trouve une place central dans la littérature sur le pouvoir et l'État.

3. Le succès de l'adjectif *politique*

137. Police n'est pas le seul mot français dérivé de *politeia*. Comme pour police, c'est Oresme qui a contribué à l'invention et à l'emploi du mot politique par ses traductions d'Aristote⁵¹⁴. Dès la fin XV^e siècle et le début du XVI^e, l'adjectif politique est employé dans de nombreuses expressions pour traiter de questions constitutionnelles : droit politique, lois politiques, corps politiques, gouvernement politique et même constitution politique.

L'expression « droit politique » est employée dès le XIV^e siècle pour désigner les « lois qui règlent les formes du gouvernement »⁵¹⁵. Au XVIII^e siècle, elle est encore courante : l'ouvrage de Jean-Jacques Rousseau est intitulé : *Du contrat social ou principes du droit politique* et fait sans doute référence aux *Principes du droit politique* de Burlamaqui. Montesquieu le définit comme les « lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés »⁵¹⁶. Il précise : « Outre le droit des gens, qui regarde toutes les sociétés, il y a un *droit politique* pour chacune. Une société ne saurait subsister sans un gouvernement. »⁵¹⁷ Le droit politique est donc celui qui régit le gouvernement.

pu venir à bout de savoir auquel du maître ou du prêtre on était obligé d'obéir » Nous soulignons. *Ibid.*, IV, VIII, p. 167.

513Il a toutefois pu servir à désigner l'ordre régnant dans une Assemblée puisque le premier règlement de l'Assemblée nationale est intitulé « Règlement de police à l'usage de l'Assemblée Nationale » (*Baudouin*, vol. 1, p. 38 et s.) Il est adopté le 29 juillet 1789.

514Voir en ce sens « Politique », étymologie, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* et « politique » Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000.

515« Politique », étymologie, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*.

516EDL, I, III, éd. cit., vol. I, p. 127.

517Nous soulignons. *Ibid.*

L'expression « lois politiques » est utilisée dès le XVI^e siècle⁵¹⁸ et son emploi se généralise au XVIII^e. Cette expression est plus neutre que celle de lois fondamentales⁵¹⁹. Qualifier ces lois de politiques revient à les identifier par leur objet – la police – et non par leur valeur. Les lois politiques ne sont donc qu'une catégorie de lois parmi d'autres. Cela est exprimé par Rousseau lorsqu'il écrit : « Entre ces diverses Classes [de lois], les lois politiques, qui constituent la forme du Gouvernement, sont la seule relative à mon sujet. »⁵²⁰

L'expression « corps politique » désigne le détenteur de la souveraineté ou la communauté d'individus vivant sous cette autorité⁵²¹. Il est, par exemple, fréquemment employé par Barbeyrac, lorsqu'il traduit Pufendorf⁵²². En outre, l'expression « gouvernement politique » se trouve dès le XVI^e siècle⁵²³ avant de céder la place à celle de gouvernement civil puis de gouvernement sans aucun qualificatif⁵²⁴. Enfin, l'expression « constitution politique » est souvent employée avant que ne se généralise le recours au mot constitution seule.

L'adjonction de l'adjectif politique permet donc l'évolution sémantique de termes plus génériques comme celui de constitution et de gouvernement et sa substantivation rendit possible la spécification d'un champ de connaissance scientifique : la politique.

Le nom police dérivé du grec *politeia* servit pendant longtemps à désigner la limitation et la réglementation du pouvoir politique. Il semble que ce n'est qu'à la faveur de la restriction de sa signification qu'émerge d'autres termes pour désigner la même idée. Le grec *politeia* est également à l'origine de l'adjectif politique qui conserva sa généralité et permit de spécifier des termes plus génériques et de les associer au fonctionnement de l'État. Ainsi, l'adjectif politique a-t-il permis l'évolution de la signification d'un certain nombre de termes relatifs à l'exercice du pouvoir. La pensée des philosophes antiques concernant la vie publique a donc influencé les termes qu'employèrent les théoriciens du pouvoir au Moyen-Âge. Si le grec *politeia* a donné police et politique, le latin *respublica* donna république.

518L'expression se trouve par exemple dans la *Brieve remontrance a la noblesse de France sur le faict de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576, p. 23 et p. 34.

519Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 1, D.

520ROUSSEAU, *Op. cit.*, II, XII, p. 90.

521Sur le développement de l'emploi de l'expression corps politique au XVIII^e siècle, voir Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours, Tome VI, Le XVIII^e siècle, Première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques*, Armand Colin, Paris, 1966, p. 425.

522Pour ne prendre qu'un exemple : « C'est de cette *union de volontés et de forces* que résulte le Corps Politique, qu'on appelle un *État*, et qui est la plus puissante de toutes les Sociétés et de toutes les *Personnes Morales*. » PUFENDORF, *Op. cit.*, vol. 3, p. 106 vol. 3.

523Voir par exemple François HOTMAN, *Op. cit.*, notamment p. 60-61 et p. 94 et s. ou *Brieve remontrance a la noblesse de France sur le faict de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576 notamment p. 47.

524Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 1, C.

B. La république, comme synonyme d'État et de forme de gouvernement

138. Près de deux siècles après la traduction d'Oresme, *Les Politiques* d'Aristote sont à nouveau traduites en langue vernaculaire par Loys le Roy dit Regius. Il emploie alors république⁵²⁵ pour traduire *politeia*. Ce choix n'est pas isolé puisque l'ouvrage de Platon *Politeia* est, encore aujourd'hui, traduit par *la République*.

Cet emploi du mot est sans doute dû au mot latin *respublica*. Il peut désigner l'État, la forme de gouvernement, le gouvernement dans ses rapports avec l'extérieur ou encore l'administration de l'État. À la fin du XVI^e siècle, « république » est très fréquemment employé pour désigner l'État⁵²⁶. Bodin en fournit un très bon exemple : la république est, pour lui, « un droit gouvernement de plusieurs familles, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine »⁵²⁷. La république est ainsi associée à la notion de gouvernement, à l'idée d'un ordre politique. La première édition du *Dictionnaire de l'Académie* en donne une définition proche en considérant que le mot république « se prend quelquefois pour toute sorte d'Estat, de Gouvernement. *On ne doit point souffrir dans une Republique bien policée &c. le mépris des loix est la peste de la Republique.* ». La notion de république est donc associée à celle d'État ou de gouvernement ; elle désigne la manière dont s'exerce le pouvoir. En ce sens, elle a un caractère moins normatif que celui de police ; elle ne renvoie pas à l'idée d'une limitation de ce pouvoir.

Toutefois, le terme de république se spécifie également au cours du XVII^e siècle et n'est plus employé que pour décrire un gouvernement démocratique⁵²⁸. Le *Dictionnaire critique de la langue française* publié par Féraud en 1787 atteste de cette évolution puisqu'il estime que le sens que lui donne l'Académie lui « paraît vieux dans cette acception ; et il me semble qu'on dit aujourd'hui *État, Gouvernement*. Les Néologues disent la *chôse publique*. » Le mot république, comme le mot police, perd donc son sens général. Sa signification fut restreinte pour ne plus désigner qu'une forme spécifique de gouvernement, le gouvernement démocratique. Le terme de république cède alors progressivement la place à celui de gouvernement.

525 Voir sur ce point Éric GOJOSSE, *Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle)*, coll. Histoire des idées politiques, P.U.F., 1998.

526 Voir en ce sens Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, tome 1, coll. « Thémis », P.U.F., 1989, p. 71-72 : « C'est seulement à l'extrême fin du XV^e que le mot État est entendu exceptionnellement dans un sens technique pour désigner la plus haute institution du droit public. Mais en fait, au cours du XVI^e siècle et sous l'influence de l'humanisme, c'est l'expression *res publica*, la "chose publique" des Romains qui fut utilisée par les publicistes jusqu'à Jean Bodin, *Les six Livres de la République* (1576). La République est conçue, plus ou moins confusément, comme communauté d'intérêts publics et patrimoine commun à l'ensemble des citoyens indépendamment d'une forme de régime politique (monarchie, aristocratie ou démocratie). »

527 Jean BODIN, *Les six livres de la République*, livre I, chap. VIII, 1629, p. 122.

528 Dès 1694, le *Dictionnaire de l'Académie française* lui donne comme sens premier « Estat gouverné par plusieurs. *La Republique Romaine. la Republique d' Athenes. la Republique de Venise, de Genes, de Hollande, &c. Rome n' a jamais eu plus d' éclat que dans le temps de la Republique. il y va du bien de la Republique. établir, former une Republique. se mettre en Republique.* »

C. Le gouvernement, comme description du fonctionnement de l'ordre politique

Comme l'écrit Gerald Stourzh⁵²⁹ « la signification du terme “gouvernement” à la fin du XVI^e siècle » « anticipe de manière importante ce que “constitution” allait signifier plus tard au XVIII^e siècle »⁵³⁰. Le terme de gouvernement vient du latin *gubernatio* qui signifie dans son sens premier la conduite d'un navire puis, par extension, la direction dans un sens général. La métaphore du navire et du gouvernail, parfois employée, rappelle cette étymologie⁵³¹. Le gouvernement désigne ainsi l'action de diriger, puis le fait d'exercer le pouvoir politique sur un groupe social qu'il s'agisse d'un État, d'une province ou d'une ville. Selon Alain Rey, c'est à la fin du XVI^e siècle, qu'il « prend une valeur politique, désignant (1588) la structure selon laquelle l'État est régi, puis le pouvoir qui assume la direction de l'État (1648, mais répandu au XVIII^e s.) »⁵³². Les expressions « gouvernement » et « forme de gouvernement » sont certainement les expressions les plus répandues aux XVII^e et au XVIII^e siècle pour décrire l'ordre politique (1). Néanmoins, le terme connaît également à cette période les prémices de la restriction de sa signification (2).

1. « Gouvernement » et « forme de gouvernement » : des expressions répandues pour décrire l'ordre politique

139. D'après la quatrième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, datant de 1762, le gouvernement désigne soit « la manière de gouverner », soit « la constitution d'un État »⁵³³, soit « ceux qui gouvernent ». Ainsi, au XVIII^e siècle, gouvernement est le terme le plus employé pour décrire l'exercice de la souveraineté, l'ordre politique et sa réglementation. En outre, l'emploi de constitution de l'État comme synonyme de gouvernement et forme de gouvernement est généralement accepté dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Néanmoins, le mot gouvernement et l'expression forme de gouvernement se trouvent bien plus fréquemment que « constitution » ou « constitution de l'État ». Pour prendre deux exemples statistiques il est possible de relever les emplois de ces termes chez Locke et Montesquieu. Dans *Two Treatises of Government* de Locke, il y a plus de 340 occurrences du mot *government* et seulement 23 occurrences du mot *constitution*⁵³⁴. Dans *l'Esprit des lois*, l'écart est moins important, mais reste significatif : plus de 420 occurrences

529Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 35. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 157.

530Ibid. p. 37 et p. 160.

531Voir par exemple, au XVI^e siècle : *Brieve remonstrance a la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576 notamment p. 65.

532Alain REY, *Dictionnaire historique de la langue Française*.

533Il s'agit de la constitution au sens de forme de gouvernement les exemples fournis étant : « Le Gouvernement de France est Monarchique. Le Gouvernement de Venise est Aristocratique. » Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, C, 3.

534Dans tous les sens du terme.

du mot gouvernement et seulement 150 du mot constitution⁵³⁵. De même, l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert ne contient pas d'entrée « constitution » au sens de constitution politique, mais dispose d'un long article consacré au « gouvernement ». Ce dernier est défini comme la « maniere dont la souveraineté s'exerce dans chaque état »⁵³⁶. Cet article discute et présente « l'origine, les formes, & les causes de la dissolution des gouvernemens »⁵³⁷. L'emploi des termes « gouvernement » et « forme de gouvernement » apparaît donc largement répandu et consensuel.

Les expressions de gouvernement et de forme de gouvernement sont essentiellement descriptives, il s'agit de rendre compte de la manière dont s'exerce la souveraineté dans un État, sans porter un jugement appréciatif. Elles furent abondamment employées au cours du XVIII^e siècle, mais elle connurent également une inflexion et leur signification est substantiellement restreinte par certains auteurs. Bodin et Rousseau s'attachent ainsi à distinguer la souveraineté du gouvernement. Ils donnèrent un sens bien plus restrictif à ce terme et contribuèrent à l'évolution de sa signification.

2. Bodin et Rousseau : la restriction de la signification du terme gouvernement

140. Bodin opère une distinction entre État et gouvernement⁵³⁸. Ainsi, il affirme qu'une Monarchie, une Aristocratie ou un État populaire peuvent être gouvernés de trois manières différentes : seigneuriale, royale ou tyrannique⁵³⁹. Il ne s'agit toutefois pas d'un régime mixte, car la souveraineté reste une et indivisible entre les mains du souverain⁵⁴⁰. Pour Bodin, le gouvernement

535 Dans tous les sens du terme. D'après le relevé de Jean EHRARD, « La notion de "lois(s) fondamentale(s)" dans l'œuvre et la pensée de Montesquieu » in *Montesquieu en 2005* sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER, Voltaire Foundation, Oxford, 2005, p. 281 et s.

536 Tome 7, 1757, p. 788.

537 *Ibid.*

538 Sur cette distinction voir notamment, André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907, p. 116 et s.

539 « toute Monarchie est seigneuriale, ou Royale ou Tyrannique : ce qui ne fait point diversité de Républiques, mais cela provient de la *diversité de gouvernement de la Monarchie*. Car il y a un bien différence de l'estat et du gouvernement : qui est une reigle de police qui n'a pas esté touchée de personne : car l'estat peut estre en la Monarchie, et néanmoins il sera gouverné populairement si le Prince fait part des estats, Magistrats, offices et loyers également à tous sans avoir esgard à la noblesse, ni aux richesses, ni à la vertu. Il se peut faire aussi que la Monarchie sera gouvernée Aristocratiquement quand le prince ne donne les estats et benefices qu'aux nobles, ou bien aux plus vertueux seulement, ou aux plus riches : aussi la seigneurie Aristocratique peut gouverner son estat populairement, distribuant les honneurs et loyers à tous les sujets également, ou bien Aristocratiquement, les distribuant aux nobles ou aux riches seulement : laquelle variété de gouverner a mis en erreur ceux qui ont mêlé les Républiques, sans prendre garde que *l'estat d'une Republique est différent du gouvernement et administration d'icelle*, mais nous toucherons ce poinct ici en son lieu. Donc, la Monarchie royale, ou légitime, est celle où les sujets obeissent aux loix du Monarque, et le Monarque aux loix de nature, demeurant la liberté naturelle et propriété des biens aux sujets. La Monarchie seigneuriale est celle où le Prince est fait Seigneur des biens et des personnes par le droit des armes, et de bonne guerre, gouvernant ses sujets comme le pere de famille ses esclaves. La Monarchie tyrannique est où le Monarque méprisant les lois de nature, abuse des personnes libres comme d'esclaves, et des biens des sujets comme des siens. La même différence se trouve en l'estat Aristocratique et populaire : car l'un et l'autre peut être legitime, seigneurial, ou tyrannique en la sorte que j'ai dit ; et le mot de Tyrannie se prend aussi pour l'estat turbulent d'un peuple forcené, comme Cicéron a très bien dit. » Nous soulignons. Jean BODIN, *Les six livres de la Republique*, 1629, p. 272-273.

540 « Disons donques, en continuant nostre propos, que ce n'est pas assez de soutenir que la Monarchie est le meilleur estat, et qui moins a d'incommodité, si on ne dit Monarchie Royale : et ne suffit pas encores de dire que l'estat

n'est que la manière d'administrer l'État et non le siège de sa souveraineté. Il est ainsi subordonné au souverain. Une telle conception de la notion de gouvernement avait pour but d'endiguer les prétentions des corps intermédiaires pour affirmer la souveraineté du roi : en redéfinissant les contours du gouvernement et en le subordonnant au souverain, Bodin asseyait la légitimité royale. Cette tentative de restriction de la notion de gouvernement échoua, au moins provisoirement.

141. Près de deux siècles plus tard, Rousseau suit le même raisonnement. Il distingue gouvernement et souverain, dans le but de soumettre le premier au second. Il entreprend donc de définir ce qu'est un gouvernement⁵⁴¹ dans un chapitre intitulé « Du Gouvernement en général »⁵⁴². Chez Rousseau, le gouvernement n'est que la « puissance exécutive »⁵⁴³, l'administration. Il est, comme chez Bodin, dans un rapport de subordination vis-à-vis du souverain⁵⁴⁴. Le gouvernement n'est donc pas la manière dont s'exerce la souveraineté dans l'État, mais simplement celui qui exécute les volontés du souverain ; il est au service de ce dernier.

Chez ces deux auteurs, le gouvernement doit être restreint dans son action et subordonné au souverain ; il doit proprement s'en distinguer. Plus encore le gouvernement est le choix libre du souverain qui peut à tout moment en changer⁵⁴⁵. Ces postures assez radicales ne transforment pas, au cours du XVIII^e siècle, la signification du mot gouvernement. Néanmoins, ces conceptions préfigurent de manière flagrante notre conception actuelle de ce qu'est le gouvernement⁵⁴⁶, même si

Royal est le plus excellent, si on ne montre aussi qu'il doit *estre tempéré par le gouvernement Aristocratique et Populaire*, c'est à dire par justice harmonique, qui est composee de la justice distributive ou Geométrique, et commutative ou Arithmétique, lesquelles sont propres à l'estat Aristocratique et Populaire : en quoi faisant, l'estat de Monarchie sera simple, et le *gouvernement composé et tempéré*, sans aucune confusion des trois Républiques. Nous avons montré ci-dessus, qu'il y a bien difference de mesler, ou plustost confondre les trois estats de République en un (chose du tout impossible) et faire que la Monarchie soit gouvernée populairement, et aristocratiquement. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 1013-1014.

541« Avant de parler des diverses formes de Gouvernement, tâchons de fixer le sens précis de ce mot, qui n'a pas encore été fort bien expliqué. » *op. cit.*, III, p. 91.

542ROUSSEAU, *op. cit.*, III, I, éd. cit., p. 92.

543« Qu'est donc qu'un Gouvernement ? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le Souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois, et du maintien de la liberté tant civile que politique. [...] J'appelle donc *Gouvernement* ou suprême administration l'exercice légitime de la puissance exécutive, et Prince ou magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration. » *Ibid.*

544« Cependant pour que le corps du Gouvernement ait une existence une vie réelle qui le distingue du corps de l'État, pour que tous ses membres puissent agir de concert et répondre à la fin pour laquelle il est institué, il lui faut un *moi* particulier, une sensibilité commune à ses membres, une force une volonté propre qui tende à sa conservation. [...] Les difficultés sont dans la manière d'ordonner dans le tout, ce tout subalterne, de sorte qu'il n'altère point la constitution générale en affermissant la sienne, qu'il distingue toujours sa force particulière destinée à sa propre conservation de la force publique destinée à la conservation de l'État, et qu'en un mot il soit toujours prêt à sacrifier le Gouvernement au peuple et non le peuple au Gouvernement. » *Ibid.*, p. 96.

545« Les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du peuple mais ses officiers, [...] il peut les établir et les destituer quand il lui plaît [...] Quand donc il arrive que le peuple institue un Gouvernement héréditaire, soit monarchique dans une famille, soit aristocratique dans un ordre de Citoyens, ce n'est point un engagement qu'il prend ; c'est une forme provisionnelle qu'il donne à l'administration, jusqu'à ce qu'il lui plaise d'en ordonner autrement. » ROUSSEAU, *op. cit.*, III, XVIII, éd. cit., p. 135.

546Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au contenu au contenu du titre III, de la Constitution du 4 octobre 1958 intitulé « le Gouvernement ».

ce glissement sémantique n'est pas alors parachevé.

Au XVIII^e siècle, le gouvernement désigne la manière dont s'exerce la souveraineté ou les titulaires de cette souveraineté. Si certains auteurs tentent de le cantonner à l'exécution des volontés du souverain, cette évolution sémantique n'est pas encore complète. La notion de gouvernement a alors essentiellement une visée descriptive et n'emporte ni l'idée d'une limitation du pouvoir, ni celle d'une détermination précise de compétences. Le terme de gouvernement n'implique pas non plus l'existence d'un corps de règles et principes indérogeables. Cette idée est rendue par l'expression de « lois fondamentales ».

D. Lois fondamentales, ensemble de règles et principes indérogeables et contraignants pour le Roi

La notion de lois fondamentales, conceptualisée au XVI^e siècle (1), fut réinvestie en un sens différent par les philosophes du XVIII^e siècle et fut alors l'objet d'importantes mutations conduisant soit à renoncer à leur caractère purement traditionnel, soit à nier leur existence (2).

1. La conceptualisation des lois fondamentales au XVI^e siècle

Au cours du XVI^e siècle, se construisent et s'élaborent des théories relatives aux lois fondamentales du royaume⁵⁴⁷. L'expression de « lois fondamentales » n'est pas la seule employée, d'autres exprimèrent la même idée : « lois du royaume »⁵⁴⁸, « lois de l'État »⁵⁴⁹, lois de la Monarchie, lois inviolables de l'ordre public, usages sacrés et inviolables⁵⁵⁰, « anciennes maximes du Royaume »⁵⁵¹, puis lois constitutives, à partir du XVIII^e siècle. Leur source semble essentiellement traditionnelles⁵⁵².

L'adjectif « fondamental » renvoie à la métaphore architecturale : ces lois sont les fondations et la structure de l'ordre politique ; sans elles, l'État s'effondre. Cette métaphore se trouve par exemple dans la *Brieve remontrance a la noblesse de France sur le fait de la*

547 Sur cette évolution voir notamment : André LEMAIRE, *op. cit.* ; Sixte de BOURBON-PARME, *Le traité d'Utrecht et les lois fondamentales du royaume*, Paris, Édouard Champion, 1914 ; François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français* suivi de *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997.

548 *Brieve remontrance a la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576 notamment p. 24, 27, 37, 49, 65.

549 Remontrances sur l'évocation du Procès du duc de la force, 1er mars 1721, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, publiées par Jules FLAMMERMONT et Maurice TOURNEUX, tome premier 1715-1753, Imprimerie nationale, 1888, p. 140.

550 *Ibid.*

551 Remontrances sur la déclaration du 24 mars 1751 portant règlement sur l'administration de l'hôpital général, *Ibid.*, p. 466.

552 « Pour les uns comme pour les autres, c'est le temps qui est le grand législateur » André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 89.

*Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*⁵⁵³. L'image de la fondation et du fondement permet de véhiculer l'idée que ces lois sont immuables et qu'elles s'imposent à tous, y compris au Roi. Ainsi, ces lois ne peuvent être changées sous peine d'entraîner avec elle la chute de l'État. Bossuet fournit à cet égard un exemple classique :

« il y a des *lois fondamentales* qu'on ne peut changer ; il est même très dangereux de changer sans nécessité celles qui ne le sont pas.

« C'est principalement de ces lois fondamentales qu'il est écrit : qu'en les violant *on ébranle tous les fondements de la terre* : après quoi il ne reste plus que la *chute des empires*. »⁵⁵⁴

Ainsi, selon cette théorie, même le roi est soumis à des règles et des principes supérieurs auxquels il ne peut déroger sans menacer l'existence même de l'État. Néanmoins, la liste des lois fondamentales est alors relativement restreinte⁵⁵⁵.

Les lois fondamentales désignent donc des principes traditionnels, obligatoires et immuables concernant l'exercice du pouvoir politique. Elles s'imposent au roi et constituent les limites de l'exercice de son pouvoir. Néanmoins, elles ne forment pas un système de normes cohérent et complet réglementant l'ordre politique. Au cours du XVIII^e siècle, la notion de lois fondamentales évoluent. S'il s'agit toujours de règles et principes limitant la souveraineté royale, leur contenu prétendu est considérablement étendu et elles font l'objet d'une redéfinition.

2. Les mutations de la notion de « lois fondamentales » au XVIII^e siècle : redéfinition abstraite et négation de leur existence

La notion de lois fondamentales évolue d'abord avec Montesquieu qui la théorise, la

553« ceux qui disent comme par commun proverbe, que le Prince est par dessus la loy, ils disent bien, mais ils l'entendent mal : car ils entendent qu'il soit par dessus la loy pour la pouvoir casser et abolir à plaisir : mais à la vérité *il est pas dessus la loy, comme l'édifice est par dessus son fondement, lequel on ne peut abattre sans que l'édifice tombe*. Aussi quand lon abbat les *loix fondamentales d'un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui sont basties dessus, tombent quand et quand*. Bien est vray qu'il y a bien en un royaume aucunes loix (voire beaucoup) qui se peuvent changer, corriger et abolir, selon la circonstance du temps et des personnes, et qualité des affaires : mais *les loix fondamentales d'un royaume ne se peuvent jamais abolir, que le royaume ne tombe bientôt apres*. » Nous soulignons. *Brieve remonstrance a la noblesse de France sur le faict de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576, p. 13-14, voir également, p. 34 et 76.

« toutes les principales loix du royaume, qui *soustiennent* la Religion, la Justice et la Police, sont aujourd'huy violees et mises sous les pieds, depuis que les estrangiers se sont emaprez du gouvernail de France. De maniere que *ces trois colonnes*, estans désemparées des bonnes loix qui les *maintiennent*, approcheroient de leur *ruine* evidente, si Dieu n'y pourvoyoit pas : et icelles *venant à tomber*, le royaume par mesme moyen *tomberait par terre*. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 65.

554Nous soulignons. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte, à Monseigneur le Dauphin*, ouvrage posthume, vol. 1, Paris, Pierre Cot, 1709, p. 30.

555Voir sur ce point notamment Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e siècle*, 2 tomes, coll. « Thémis », P.U.F., 1989 ; François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, 1948, rééd. C.N.R.S. éd., 2010 ; *Idem*, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997 ; Roland MOUSNIER, « Comment les Français du XVII^e siècle voyaient la constitution » in « Comment les Français voyaient la France au XVII^e siècle », *XVII^e siècle*, n°25-26, Bulletin de la Société d'étude du XVII^e siècle, Paris, 1955, p. 9.

systématique et l'associe à la notion de constitution (1). Par la suite, elle fit l'objet d'une déconstruction notamment par Rousseau et Mably (2).

a. La théorisation des lois fondamentales comme système de règles et de principes axiomatiques limitant le pouvoir royal et établissant celui des pouvoirs intermédiaires (Montesquieu)

142. Au XVIII^e siècle, Montesquieu fait un usage fréquent de l'adjectif fondamental⁵⁵⁶ et de l'expression loi(s) fondamentale(s)⁵⁵⁷. L'ajout de cet adjectif permet de signifier le caractère indérogeable de la loi, du principe ou de la maxime énoncés. Chez Montesquieu, les lois fondamentales sont des principes qui définissent les différents régimes politiques et qui « dérivent directement de la nature du gouvernement »⁵⁵⁸. Ces lois fondamentales sont fixes et garantissent le maintien de l'ordre politique⁵⁵⁹. Elles ne sont donc plus un ensemble de principes traditionnels successivement acquis, mais un système de règles et de principes axiomatiques.

Cette nouvelle théorie des lois fondamentales joue un rôle déterminant dans sa définition de la monarchie comme régime politique où les pouvoirs du roi sont limités par des corps intermédiaires. Il formule clairement cette idée au début du Chapitre IV du livre II intitulé : « Des lois, dans leur rapport avec la nature du gouvernement monarchique » :

« Les *pouvoirs intermédiaires* subordonnés et dépendants constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où *un seul gouverne par des lois fondamentales*. J'ai dit les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants : en effet, dans la monarchie, le prince est la source de tout pouvoir politique et civil. Ces *lois fondamentales* supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance : car, s'il n'y a dans l'État que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, *rien ne peut être fixe*, et par conséquent *aucune loi fondamentale*.

« Le pouvoir intermédiaire subordonné le plus naturel est celui de la noblesse. Elle entre en quelque façon dans l'essence de la monarchie, dont la *maxime fondamentale* est : *point de monarchie, point de noblesse ; point de noblesse, point de monarchie*⁵⁶⁰ ; mais on a un despote. »⁵⁶¹

La notion de lois fondamentales permet ainsi de légitimer la limitation des prérogatives royales par un pouvoir reconnu à la noblesse, tout en condamnant comme despotique toute monarchie réfutant ce principe. Cette notion permet également d'instituer les parlements comme

556Nous en avons trouvé 34 occurrences.

557Nous en avons trouvé 22 occurrences.

558Il écrit par exemple : Livre II, Des lois qui dérivent directement de la nature du gouvernement, Chapitre II, Du gouvernement républicain et des lois relatives à la démocratie : « Il ne peut être monarque que par ses suffrages qui sont ses volontés. La volonté du souverain est le souverain lui-même. Les lois qui établissent le droit de suffrage sont donc *fondamentales* dans ce gouvernement. » « Ses ministres ne sont point à lui s'il ne les nomme : c'est donc une *maxime fondamentale de ce gouvernement*, que le peuple nomme ses ministres, c'est-à-dire ses magistrats. » Nous soulignons, *EDL*, éd. cit., vol. 1, p. 131-132.

559« Dans les États où il n'y a point de lois fondamentales, la succession à l'empire ne saurait être fixe. » *EDL*, V, XIV, éd. cit., vol. 1, p. 188.

560Souligné par l'auteur.

561Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, p. 139.

gardiens de ces lois fondamentales par le biais de la théorie du « dépôt des lois »⁵⁶². Les principes que Montesquieu présente et qu'il avance ne sont pas nouveaux puisqu'ils s'inscrivent dans une longue tradition d'invocation des lois fondamentales du royaume⁵⁶³. Néanmoins, il innove en théorisant et en systématisant, au moyen de comparaisons, des principes qui n'avaient jusqu'alors qu'une source traditionnelle⁵⁶⁴.

Les lois fondamentales deviennent ainsi un ensemble de principes axiomatiques découverts par la raison pour former un gouvernement. S'agissant de la monarchie⁵⁶⁵, les lois fondamentales imposent une limitation du pouvoir royal, d'une part, par l'existence d'une division de la société en ordres — et surtout l'existence d'une noblesse⁵⁶⁶ — et, d'autre part, par l'existence de corps politiques intermédiaires et d'un dépôt des lois. Cette nouvelle conception des lois fondamentales se diffusa largement et fut reprise par les parlementaires de l'Ancien Régime et le Roi, en retour, tenta de redéfinir la loi fondamentale comme une obligation d'obéissance⁵⁶⁷. Un tel affrontement

562« Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt de lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie. L'ignorance naturelle à la noblesse, son inattention, son mépris pour le gouvernement civil, exigent qu'il y ait un corps qui fasse sans cesse sortir les lois de la poussière où elles seraient ensevelies. Le Conseil du prince n'est pas un dépôt convenable. Il est, par sa nature, le dépôt de la volonté momentanée du prince qui exécute, et non pas le dépôt des lois fondamentales. De plus, le Conseil du monarque change sans cesse ; il n'est point permanent ; il ne saurait être nombreux ; il n'a point à un assez haut degré la confiance du peuple : il n'est donc pas en état de l'éclairer dans les temps difficiles, ni de le ramener à l'obéissance. » *EDL*, II, IV, éd. cit., vol. 1, p. 141.

563Voir notamment sur ce point Arlette JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989.

564Voir sur ce point Jean EHRARD, « La notion de "lois(s) fondamentale(s)" dans l'œuvre et la pensée de Montesquieu » in *Montesquieu en 2005* sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER, Voltaire Foundation, Oxford, 2005, p. 267 ; Gabrielle RADICA, « Trois interprétations de la notion de "lois fondamentales" au XVIII^e siècle » in *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII^e siècle* sous la direction de Isabelle MOREAU E.N.S., 2009, p. 232-236 ; Élie CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, réimpression de l'édition de Paris, 1927.

565Sur la notion de gouvernement ou constitution monarchique chez Montesquieu voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 1.

566Cette idée s'inscrit ainsi pleinement dans la tradition politique de limitation du pouvoir royal présentée au XVI^e siècle par les Malcontents. Voir notamment sur ce point Arlette JOUANNA, *op. cit.*

567Un exemple de réception de cette théorie se trouve dans les remontrances du Parlement de Paris sur la déclaration du 24 mars 1751 portant règlement sur l'administration de l'hôpital général : « Sire, « L'observation des lois est l'affermissement des empires ; de là cette sage économie du gouvernement monarchique, tel que celui sous lequel nous avons le bonheur de vivre, où le souverain, source de tout pouvoir, veut bien se lier lui-même en établissant sous lui des *puissances secondaires* qui, par leur constitution, sont chargées du *dépôt des lois* et d'en maintenir l'exécution.

« C'est à votre parlement, Sire, que ce droit a été dévolu dans la succession des temps ; c'est lui qui par les principes de son institution est chargé de ces importantes fonctions. [...]

« vous voulez que votre déclaration soit exécutée purement et simplement. Qu'il nous soit permis de vous représenter que les modifications apposées aux arrêts d'enregistrement deviennent nécessairement partie intégrante de l'enregistrement en sorte que détruire les modifications c'est détruire l'enregistrement même, solennité qui est essentielle pour établir une loi publique dans le royaume, que nous sommes bien convaincus, Sire, que vous jugez nécessaire, *puisque telle est la loi de l'État*, loi qui loin de diminuer votre autorité en est au contraire le plus ferme appui, qui, excluant l'idée de contrainte, vous assure la plus entière obéissance de la part de vos sujets et qui, vous donnant leurs cœurs, étend votre empire jusque sur leur volonté.

« A ce discours, qui l'avait fort ennuyé, le Roi fit cette réponse : La soumission est le premier devoir de mes sujets ; c'est à mon parlement à donner l'exemple de cette *loi fondamentale de mon royaume*. » Nous soulignons. *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, éd. cit., tome premier 1715-1753, p. 467-468.

Voir également sur ce point : Élie CARCASSONNE, *Op. cit.*, spécialement p. 260-296 et André COCATRE-ZILGIEN,

conceptuel préfigure celui qui eut lieu à propos de la notion de constitution⁵⁶⁸.

Montesquieu contribue également à la redéfinition de la notion de lois fondamentales et à son association avec celle de constitution en employant l'un comme synonyme de l'autre⁵⁶⁹. Il emploie même l'expression de constitution fondamentale, notamment lorsqu'il décrit le régime politique anglais⁵⁷⁰.

Montesquieu transfigure ainsi la notion de lois fondamentales. Néanmoins, cet effort de reconceptualisation dénote la volonté de s'insérer dans cette tradition de pensée. Il redéfinit le cadre tracé par ses prédécesseurs et tente de le généraliser et de le systématiser, mais il s'inscrit dans une certaine continuité. Il n'en va pas de même de Mably, Rousseau ou Jaucourt qui tentèrent de déconstruire la notion de lois fondamentales.

b. Mably, Rousseau et Jaucourt : la déconstruction de la notion de lois fondamentales

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'idée de lois fondamentales est déconstruite notamment par Mably, Rousseau et Jaucourt, dans l'Encyclopédie⁵⁷¹.

143. Mably conteste la définition classique de la notion de lois fondamentales comme ensemble de règles et de principes épars et traditionnels. Il souhaite lui substituer une nouvelle définition qui lui donne un caractère systématique et abstrait. Il écrit ainsi dans l'avertissement de ses *Observations sur l'Histoire de France* :

« Personne n'est assez ignorant pour confondre les premières loix qu'ait eu une nation, avec ses lois fondamentales : la loi fondamentale d'un état n'est point un amas de loix proscrites, oubliées ou

« Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire » in *Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lille*, 1963, p. 33-154.

568 Voir *infra*, Chapitre 2.

569 Par exemple, dans le chapitre consacré à l'excellence du gouvernement monarchique, la définition qu'il donne de la constitution est similaire à celle qu'il donne des lois fondamentales : « Le gouvernement monarchique a un grand avantage sur le despotique. Comme il est de sa nature qu'il y ait sous le prince plusieurs ordres qui tiennent à la Constitution, l'État est plus fixe, la Constitution plus inébranlable, la personne de ceux qui gouvernent plus assurée. » *EDL, op. cit.*, V, XI, p. 183.

Il définit l'un par l'autre : « Il n'y a que la disposition des lois, et même des lois fondamentales, qui forme la liberté dans son rapport avec la constitution. » *EDL, op. cit.*, XII, I, p. 327.

570 « Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative.

« Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert. » *EDL, op. cit.*, XI, VI, p. 302.

571 Cette déconstruction ne fut pas la première. Il y eut d'abord Bodin qui les réduisit à leur strict minimum : pour lui, seuls les principes de succession sont immuables (*op. cit.*, p. 137). Hobbes alla jusqu'à nier purement et simplement leur existence en affirmant : « le roi a celui [le droit] de se choisir un successeur ; de sorte que le roi à qui la souveraineté a été absolument donnée, a le droit non seulement de la possession, mais aussi de la succession, c'est-à-dire il peut mettre celui que bon lui semble en sa place. » traduction Sorbière, *De Cive*, Chapitre 7, §XV. Néanmoins, il s'agit ici de déconstruire la notion au profit du Souverain, ce qui n'est pas la logique suivie au XVIII^e siècle.

négligées, mais *la loi qui règle, prescrit et constitue la forme du gouvernement.* »⁵⁷²

La définition qu'il retient de la loi fondamentale est d'abord une définition négative qui rejette les positions perçues comme habituelles sur la question et les qualifiant péjorativement d'amas. Il disqualifie ainsi toute entreprise visant à rappeler des lois antiques, comme le faisaient les parlementaires. Ensuite, le passage du pluriel au singulier indique un choix idéologique : les règles régissant le fonctionnement du régime politique forment un tout cohérent et complet, un système. Enfin, en se fixant comme horizon la recherche d'une telle loi, il procède à une démonstration par l'absurde : la loi fondamentale du gouvernement, telle qu'il se propose de la définir, se révèle introuvable, ce qui lui permet de démontrer son inexistence⁵⁷³.

Mably transfigure les lois fondamentales pour en faire la loi fondamentale, qui représente un système cohérent réglementant le pouvoir politique et démontre ainsi que la France ne dispose pas d'une telle norme. Rousseau va plus loin en affirmant que de telles règles ne peuvent tout simplement pas exister.

144. Rousseau attaque frontalement la théorie des lois fondamentales, en refusant purement et simplement leur existence, à plusieurs reprises, dans le *Contrat social*⁵⁷⁴. Pour Rousseau, les lois fondamentales, au sens de règles et principes s'imposant au souverain, ne peuvent jamais exister ; elles sont une impossibilité. Elles ne sont qu'une catégorie de lois, dont la valeur juridique n'est pas supérieure à celle des autres lois, et ne sont jamais contraignantes pour le peuple souverain :

« Les lois qui règlent ce rapport [du Souverain à l'État] portent le nom de lois politiques, et s'appellent aussi *lois fondamentales*, non sans quelque raison si ces lois sont sages. Car s'il n'y a dans chaque État qu'une bonne manière de l'ordonner, le peuple qui l'a trouvée doit s'y tenir : mais si l'ordre établi est mauvais, *pourquoi prendrait-on pour fondamentales des lois qui l'empêchent d'être bon ?* D'ailleurs, en tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher ? »⁵⁷⁵

572Gabriel de MABLY, *Oeuvres complètes de l'abbé de Mably*, Paris, Delaunay, 1818, p. 90-91.

573« Ainsi le but principal de Mably historien était de miner le sentiment du tout donné dans la vie politique française, de subvertir l'idée d'un ordre "constitué", reposant sur les fondations du droit et de l'histoire et gouverné par des processus essentiellement judiciaires. [...] à mesure qu'il annonce son projet, l'accent se porte sur la discontinuité et le désordre plutôt que sur une continuité historique soutenue ; sur la distanciation clinique d'avec le passé, plutôt que sur la célébration de ce passé où l'on verrait une possession nationale commune ; et sur les vicissitudes de la sujétion politique, plutôt que sur la qualité durable des formes. » Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, 1993, p. 65 voir également p. 123-153.

574« il est contre la nature du corps politique que le Souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre. Ne pouvant se considérer que sous un seul et même rapport il est alors dans le cas d'un particulier contractant avec soi-même : par où l'on voit *qu'il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple*, pas même le contrat social. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, I, VII, éd. cit., p. 54.

« il n'y a dans l'État *aucune loi fondamentale* qui ne se puisse révoquer, non pas même le pacte social ; car si tous les Citoyens s'assemblaient pour rompre ce pacte d'un commun accord, on ne peut douter qu'il ne fût très légitimement rompu. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, II, VII, éd. cit., p. 137.

575Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, II, XII, éd. cit., p. 89.

Les lois fondamentales sont donc synonymes de lois politiques et rien n'empêche de les modifier ; elles perdent ainsi leur caractère fondamental. Rousseau affirme ainsi qu'il ne peut jamais exister de lois fondamentales, au sens d'ensemble de règles limitant le pouvoir souverain. D'autres auteurs adoptèrent une position moins radicale et tentèrent de présenter les lois fondamentales comme le résultat d'un contrat entre le roi et ses sujets limitant les prérogatives du premier.

145. Jaucourt, à la suite de Pufendorf et de Burlamaqui⁵⁷⁶, redéfinit la notion de lois fondamentales dans l'article qu'il leur consacre dans l'Encyclopédie⁵⁷⁷. Il associe la notion de loi fondamentale à celle de constitution, puisqu'elle est selon lui « toute loi primordiale de la *constitution d'un gouvernement* »⁵⁷⁸. Pour lui, les lois fondamentales ont pour objet de « détermine[r] quelle doit être la forme du gouvernement, & comment on succédera à la couronne ». Sa définition est proche de celle de Mably, mais il innove quant à l'origine des lois fondamentales.

Il reprend la métaphore architecturale classique⁵⁷⁹, mais il affirme également que ces lois émanent du « corps entier de la nation »⁵⁸⁰ et sont donc « des conventions entre le peuple, & celui ou ceux à qui il défère la souveraineté ; lesquelles conventions reglent la maniere dont on doit gouverner, & prescrivent des bornes à l'autorité souveraine. »⁵⁸¹ Il mêle ainsi les théories du contrat social et du pacte de sujétion⁵⁸². Jaucourt présente ainsi les lois fondamentales comme les clauses d'un contrat qui régleme[n]te l'exercice du pouvoir politique et limite l'action du souverain.

La notion de lois fondamentales au XVIII^e siècle est ambivalente. D'une part, elle est connotée négativement dans son sens traditionnel, car elle revoie alors à ce qui ne semble être qu'un assemblage disparate de règles et de principes qui ne sont pas systématiques ou même cohérents. D'autre part, elle est connotée positivement lorsqu'elle sert à décrire un ensemble de principes rationnels formant un système limitant et régleme[n]tant l'exercice du pouvoir politique, pouvant

576Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751, p. 76 et s.

577Voir en ce sens Gabrielle RADICA, « Trois interprétations de la notion de "lois fondamentales" au XVIII^e siècle » in *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII^e siècle* sous la direction de Isabelle MOREAU E.N.S., 2009, p. 229 ; André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 235.

578Nous soulignons. *Encyclopédie*, tome 9, p. 660. Un parallèle entre lois fondamentales et constitution se trouve également à l'article « Loi de l'état », tome 9, p. 660 : « On appelle loi fondamentale de l'état, celle qui touche sa constitution ».

579« Ces reglemens sont appellés lois fondamentales, parce qu'ils sont la *base & le fondement* de l'état, sur lesquels *l'édifice du gouvernement* est élevé, & que les peuples les considerent comme ce qui en fait toute la force & la sûreté. », Nous soulignons, *Ibid.*

580*Ibid.*

581*Ibid.*

582« Ce n'est pourtant que d'une maniere, pour ainsi dire abusive, qu'on leur donne le nom de lois ; car, à proprement parler, ce sont de *véritables conventions* ; mais ces conventions étant obligatoires entre les parties contractantes, elles ont la force des lois mêmes. » *Ibid.*

avoir pour origine la volonté de la nation. Dans ce second sens, elle est souvent employée comme synonyme de constitution ce qui contribue à enrichir la signification de cette notion.

La notion de constitution eut donc de nombreux précédents sémantiques qui visaient également à définir la manière dont s'exerce le pouvoir politique. Les termes de république et de gouvernement étaient relativement descriptifs et visaient simplement à rendre compte de la manière dont la souveraineté était exercée. En revanche, les termes de police et de lois fondamentales avaient auparavant pour but d'assigner des limites à l'exercice du pouvoir souverain et d'offrir des garanties aux parties composantes l'État. En outre, la notion de lois fondamentales fut associée à l'évolution rationaliste de la pensée politique aux XVII^e et XVIII^e siècles et fut alors très fréquemment présentée comme un synonyme de la notion de constitution.

Le terme de constitution s'insère ainsi dans un champ lexical qui lui préexiste et il se nourrit également de l'ensemble de ces concepts. L'effort de définition et de systématisation, qui est l'ambition des XVII^e et XVIII^e siècles, contribue à la redéfinition et parfois à la mutation de ce vocabulaire politique⁵⁸³. Le mot constitution trouve sa place dans cette nébuleuse sémantique, mais est encore loin d'avoir le monopole dont il disposa par la suite.

Pour pleinement comprendre l'émergence du terme de constitution, il convient d'appréhender la conceptualisation dont il a fait l'objet au cours des XVII^e et XVIII^e siècles. Si le terme de constitution émerge et que son emploi se développe, cela n'est pas simplement dû à une « mode », mais résulte de l'invention d'un nouveau concept pour rendre compte d'un changement de paradigme dans la conception du pouvoir politique.

§ 2. *La constitution comme établissement et réglementation du pouvoir par la société, une invention des théoriciens contractualistes anglais*

Hobbes conçoit l'idée que des individus libres et égaux établissent l'État, par un acte volontaire et libre, en vue de garantir leurs droits. Cet État doit alors être doté d'un pouvoir illimité pour assurer cette mission. Hobbes invente donc le concept de pouvoir constituant, consacrant le caractère purement artificiel de l'ordre politique (A). Dans ce contexte, il refuse néanmoins toute division ou distribution du pouvoir. Cette idée de partage du pouvoir est rendue possible par la

⁵⁸³L'Académie française est créée en 1634 pour définir et normer la langue française.

L'*Encyclopédie* se donne pour objet, dans son Discours préliminaire, d'« exposer autant qu'il est possible, l'ordre et l'enchaînement des connaissances humaines » et de « contenir sur chaque Science et sur chaque Arts [...] les principes généraux qui en sont la base, et les détails les plus essentiels, qui en font le corps et la substance. »

Sur la question de la politique de la langue voir Jacques GUILHAUMOU, *Discours et événement. L'histoire langagière des concepts*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2006 ; *Idem*, *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989 ; Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985.

distinction qu'opèrent Lawson et Locke entre la constitution de la société et celle du gouvernement. La constitution de la société est son établissement par des individus libres et égaux. La société est la seule réelle souveraine et détermine librement la forme de gouvernement qu'elle souhaite adopter : cet acte de détermination est la constitution du gouvernement. Cette distinction entre constitution de la société et du gouvernement permet d'imaginer une distribution du pouvoir qui ne soit pas une division de la souveraineté ; elle permet de conceptualiser la notion de constitution (B).

A. L'invention du pouvoir constituant par Hobbes

Pour Hobbes⁵⁸⁴, la constitution est l'acte par lequel des individus libres et égaux confèrent un pouvoir illimité au souverain afin qu'il garantisse leurs droits. Chez Hobbes, l'établissement du pouvoir et celui de la communauté sont simultanés : la communauté politique et juridique est créée par un acte de volonté qui désigne un souverain. Là réside toute la force de sa théorie qui réfute l'idée des monarchomaques selon laquelle la communauté du peuple existe toujours et peut à tout moment récupérer le pouvoir qu'elle n'avait que délégué⁵⁸⁵. Lorsqu'ils créent cette personne artificielle qu'est l'État ; les individus instituent un pouvoir souverain.

Lorsqu'il écrit en anglais, Hobbes n'emploie pas aussi souvent *constitution*⁵⁸⁶ et *constituer*⁵⁸⁷ que lorsqu'il écrit en latin⁵⁸⁸. Pour décrire la formation de la cité, il a recours, le plus souvent, non pas à *constitution* et *constituted*, mais à *institution*⁵⁸⁹ ou *instituted*⁵⁹⁰. Il écrit par exemple que le souverain et le *commonwealth* sont « institués » par l'accord et la convention des hommes⁵⁹¹. Lorsque Hobbes emploie le terme de constitution, il désigne un acte juridique, volontaire et garant des droits des individus, qui permet d'instituer le souverain (1). Sa définition de la constitution du

584L'expression ne se trouve pas chez Hobbes, mais seulement chez Lawson en 1660, voir Pasquale PASQUINO, *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, 1998., p. 225-226.

585Une réfutation de cette théorie se trouve déjà chez Francisco SUAREZ, *De Legibus*, Livre III, chap. IV, §8.

586 26 occurrences au singulier et au pluriel dans *Leviathan*.

587 27 occurrences dans *Leviathan*.

588 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2, A.

589 46 occurrences (au singulier et au pluriel) dans *Leviathan*.

590 17 occurrences pour *instituted* ; 4 pour *institute* ; 1 pour *instituting* dans *Leviathan*.

591 « On dit qu'un *commonwealth* est institué quand une multitude d'hommes se mettent d'accord et conviennent, chacun avec chacun, qu'ils donnent la majeure partie de leur droit à un homme, ou une assemblée d'hommes, pour les représenter tous, c'est-à-dire, pour être leur représentant ; chacun, celui qui a voté pour comme celui qui a voté contre, doit autoriser toutes les actions et jugements de cet homme, ou assemblée d'hommes, de la même manière que si c'était les siens, dans le but de vivre en paix les uns avec les autres, et d'être protégés contre les autres hommes.

« Par cette institution du *commonwealth* sont dérivés tous les droits et facultés de celui, ou de ceux, auxquels le pouvoir souverain est conféré par le consentement du peuple assemblé. » [T.d.A.]

« *A commonwealth is said to be instituted when a multitude of men do agree, and covenant, every one with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given by the major part the right to present the person of them all, that is to say, to be their representative; every one, as well he that voted for it as he that voted against it, shall authorize all the actions and judgements of that man, or assembly of men, in the same manner as if they were his own, to the end to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men.*

« *From this institution of a Commonwealth are derived all the rights and faculties of him, or them, on whom the sovereign power is conferred by the consent of the people assembled.* » *Léviathan*, chap. 17 et Chap. 18.

commonwealth conduit à refuser toute division du pouvoir (2).

1. La constitution hobbesienne, un acte juridique, volontaire et garant des droits des individus permettant d'instituer le souverain

146. S'agissant du terme constitution, Hobbes l'emploie dans le sens courant et juridique de ce terme. Il l'utilise notamment pour désigner la constitution du corps humain⁵⁹², celle de la nature humaine⁵⁹³, ou encore comme synonyme de lois ou institutions créées par le souverain⁵⁹⁴. Les institutions politiques créées par le souverain, telles que les juges, sont donc « constituées » par lui⁵⁹⁵.

En outre, il a recours aux termes constitution et constituer pour désigner l'établissement premier du pouvoir politique. La notion de constitution est ainsi associée à la théorie du contrat développée par Hobbes. D'une part, la constitution du pouvoir est présentée comme la garantie des droits des individus : la « constitution d'un pouvoir civil » permet de garantir le respect des conventions passées entre les hommes⁵⁹⁶, car « avant la constitution d'un pouvoir souverain » « tous les hommes avaient droit à toutes les choses, ce qui causait nécessairement la guerre »⁵⁹⁷. D'autre part, le pouvoir est constitué au-dessus des hommes par leur propre consentement⁵⁹⁸. La constitution

592 Il se réfère par exemple à une mauvaise constitution des organes « *ill constitution of organs* », *Ibidem*, chap. 4.

593 « Car la constitution de la nature humaine est en elle-même sujette à désirer la nouveauté ». « *For the constitution of man's nature is of itself subject to desire novelty* », *Ibidem*, Chap. 29.

594 Il se réfère aux « constitutions et statuts » du souverain à plusieurs reprises. Voir par exemple : Chap. 26. « constitutions », au pluriel, dans le sens de lois édictées par le souverain (5 occurrences) ou Chap. 33 et 41.

595 « L'interprétation de la loi de nature est la sentence du juge constitué par l'autorité souveraine pour entendre et déterminer de telles litiges comme dépendants de et consistant en l'application de la loi au cas présent. » [T.d.A.] « *The interpretation of the law of nature is the sentence of the judge constituted by the sovereign authority to hear and determine such controversies as depend thereon, and consisteth in the application of the law to the present case.* » *Ibidem*, Chap. 26. Voir aussi Chap. 18.

596 « La nature de la justice consiste à maintenir des conventions valides, mais la validité des conventions ne commence qu'avec la constitution d'un pouvoir civil suffisant pour obliger les hommes à les maintenir : c'est aussi à ce moment que la propriété commence. » [T.d.A.] « *So that the nature of justice consisteth in keeping of valid covenants, but the validity of covenants begins not but with the constitution of a civil power sufficient to compel men to keep them: and then it is also that propriety begins.* » *Ibidem*, Chap. 15.

597 [T.d.A.] « *For before constitution of sovereign power, as hath already been shown, all men had right to all things, which necessarily causeth war* » *Ibidem*, Chap. 18.

598 « Il y en aurait qui iraient plus loin et qui ne tiendraient pas la loi de nature pour une règle qui conduit à la conservation de la vie de l'homme sur terre, mais à atteindre une félicité éternelle après la mort ; à laquelle ils pensent que la violation de la convention peut conduire, et conséquemment est juste et raisonnable ; tels sont ceux qui pensent qu'il est méritoire de tuer, ou déposer, ou se rebeller contre le pouvoir souverain constitué au dessus d'eux par leur propre consentement. » [T.d.A.] « *There be some that proceed further and will not have the law of nature to be those rules which conduce to the preservation of man's life on earth, but to the attaining of an eternal felicity after death; to which they think the breach of covenant may conduce, and consequently be just and reasonable; such are they that think it a work of merit to kill, or depose, or rebel against the sovereign power constituted over them by their own consent.* » *Ibid.*, Chap. 15.

« l'auteur ou le législateur est censé être évident dans tous les *Commonwealths*, car il est le souverain, qui, ayant été constitué par le consentement de chacun, est censé être suffisamment connu par chacun. » [T.d.A.] « *the author or legislator is supposed in every Commonwealth to be evident, because he is the sovereign, who, having been constituted by the consent of every one, is supposed by every one to be sufficiently known.* » *Ibidem*, Chap. 26.

« Les lois de Dieu ne sont donc que les lois de nature d'où le premier principe est que nous ne devrions pas violer notre foi, c'est, l'obligation d'obéir à notre souverain civil, que nous avons constitué au-dessus de nous par un pacte

est donc la création, l'institution d'un pouvoir. Il existe ainsi une première constitution du *commonwealth* qui précise qui a le pouvoir souverain⁵⁹⁹.

147. Chez Hobbes, il existe donc deux formes de « constitution », deux « pouvoirs de constituer » : le pouvoir de faire des constitutions, des lois, qu'il appelle le pouvoir législatif⁶⁰⁰, et le pouvoir de faire des souverains, d'instituer le *commonwealth*, qu'il est possible d'appeler pouvoir constituant. Le pouvoir de faire des lois ne connaît aucune limite, si ce n'est le maintien de l'intégralité du pouvoir entre les mains d'un seul homme ou d'une seule assemblée. En revanche, le pouvoir de faire le *commonwealth* n'existe qu'en potentialité, voire qu'en imagination, dans l'ensemble d'hommes qui le constituent. Il n'existe pas avant l'établissement du *commonwealth*, mais n'existe que par cette institution et pour son maintien.

Le rôle du consentement des individus et la nécessité de la concorde ne disparaissent pas une fois le *commonwealth* établi, car le *commonwealth* existe uniquement grâce à eux. Si les sujets cessent d'obéir au souverain, le *commonwealth* est dissout⁶⁰¹. Le souverain est donc perpétuellement « fait »⁶⁰² par les sujets. En décrivant l'origine et la nature du pouvoir politique, Hobbes esquisse l'idée qu'un État ne respectant pas les principes qu'il a énoncés n'en serait pas un. Il ébauche ainsi une notion normative de *commonwealth* qu'il associe, au moins partiellement, à celle de constitution.

2. La définition de la constitution du *commonwealth* : le refus de la division du pouvoir

148. Pour qu'un *commonwealth* (ou une société en français) existe, il doit obéir au principe fondamental de l'ordre politique défini par Hobbes : l'attribution d'un pouvoir absolu au souverain et, son corollaire qui est l'obéissance absolue des sujets. Hobbes interdit donc toute distribution ou division du pouvoir. Instituer un corps politique en ne respectant pas ce principe conduirait, selon

mutuel l'un avec l'autre. » [T.d.A.] « *The laws of God therefore are none but the laws of nature, whereof the principal is that we should not violate our faith, that is, a commandment to obey our civil sovereigns, which we constituted over us by mutual pact one with another.* » *Ibid.*, Chap. 43.

599« Et bien que l'ignorance et la sécurité des hommes soit telle que, pour la plupart, quand le souvenir de la première constitution de leur *Commonwealth* est effacé, ils ne font plus attention à quel pouvoir les défend contre les ennemis, protège leurs industries et redressent les torts lorsqu'on leur cause un dommage, pourtant parce qu'aucun homme réfléchi ne peut en douter, aucune excuse ne peut être tirée de l'ignorance de l'endroit où réside la souveraineté. » [T.d.A.] « *And though the ignorance and security of men be such, for the most part, as that when the memory of the first constitution of their Commonwealth is worn out, they do not consider by whose power they use to be defended against their enemies, and to have their industry protected, and to be righted when injury is done them; yet because no man that considers can make question of it, no excuse can be derived from the ignorance of where the sovereignty is placed.* » *Ibidem*, Chap. 26.

600Voir par exemple *Ibid.*, Chap. 26.

601« Enlevez dans n'importe quel État l'obéissance et en conséquence la concorde du peuple, et non seulement ils ne pourront pas être prospères, mais ils seront bien vite dissouts. » [T.d.A.] « *Take away in any kind of state the obedience, and consequently the concord of the people, and they shall not only not flourish, but in short time be dissolved.* » *Ibidem*, Chap. 30.

602Sur l'argument du fabricant chez Hobbes et sur sa théorie du contrat voir Jean TERREL, *op. cit.*, p. 133-232.

lui, à ce qu'il soit atteint d'une maladie congénitale. Cette image prépare ainsi la métaphore anthropomorphique d'une « mauvaise constitution » du corps politique⁶⁰³. Le pouvoir souverain est donc, par nature, indivisible chez Hobbes⁶⁰⁴.

Dans la conception normative que Hobbes donne du *commonwealth*, le pouvoir ne peut être distribué entre plusieurs organes : cela exclut, d'une part, un partage du pouvoir temporel et spirituel et, d'autre part, une répartition de l'exercice des fonctions de souveraineté. Dans le premier cas, le *commonwealth* risque la dissolution en cas de conflit entre ces deux pouvoirs⁶⁰⁵. Rousseau relève d'ailleurs la pertinence de raisonnement de Hobbes et considère que ce principe est une condition nécessaire pour qu'un État ou un gouvernement soit « bien constitué »⁶⁰⁶. Dans le second cas, le jugement de Hobbes est plus radical : un tel gouvernement n'en est tout simplement pas un, car il est divisé en trois factions indépendantes⁶⁰⁷. Tant que l'ensemble du pouvoir souverain n'est pas concentré entre les mains d'un homme ou d'une assemblée, il n'y a pas d'État, ou seulement un État irrégulier. Tellement irrégulier, d'après Hobbes, que si ce corps politique était un corps humain, il ressemblerait à une chimère monstrueuse⁶⁰⁸.

Ce principe est pour lui une loi générale aussi vraie qu'une loi mathématique : les

603« Donc, parmi les infirmités d'un *Commonwealth*, je compte d'abord celles qui viennent d'une institution imparfaite, et ressemble aux maladies d'un corps naturel, qui viennent d'une procréation défectueuse. » [T.d.A.] « *Amongst the infirmities therefore of a Commonwealth, I will reckon in the first place those that arise from an imperfect institution, and resemble the diseases of a natural body, which proceed from a defectuous procreation.* » *Ibidem*, Chap. 29.

604« Il y a une sixième doctrine, évidemment et directement contraire à l'essence du *Commonwealth*, et c'est celle-là : que le pouvoir souverain peut être divisé. En quoi consiste la division du pouvoir du *Commonwealth*, à part en sa dissolution ; car les pouvoirs divisés se détruisent mutuellement. Et pour ces doctrines les hommes sont seulement vus comme ces quelques personnes qui, faisant profession des lois, font tout leur possible pour les faire dépendre de leur propre connaissance, et non du pouvoir législatif. » [T.d.A.] « *There is a sixth doctrine, plainly and directly against the essence of a Commonwealth, and it is this: that the sovereign power may be divided. For what is it to divide the power of a Commonwealth, but to dissolve it; for powers divided mutually destroy each other. And for these doctrines men are chiefly beholding to some of those that, making profession of the laws, endeavour to make them depend upon their own learning, and not upon the legislative power.* » *Ibidem*, Chap. 29.

605« Donc lorsque ces deux pouvoirs s'opposent l'un à l'autre, le *Commonwealth* ne peut être qu'en grand danger d'une guerre civile et de la dissolution. » [T.d.A.] « *When therefore these two powers oppose one another, the Commonwealth cannot but be in great danger of civil war and dissolution.* » *Ibidem*, Chap. 29.

606« De tous les Auteurs Chrétiens le philosophe Hobbes est le seul qui ait bien vu le mal et le remède, qui ait osé proposer de réunir les deux têtes de l'aigle, et de toute ramener à l'unité politique, *sans laquelle jamais État ni Gouvernement ne sera bien constitué.* » Nous soulignons. *op. cit.*, IV, VIII, , p. 168.

607« Peu de gens comprennent qu'un tel gouvernement n'est pas un gouvernement, mais la division du *Commonwealth* en trois factions, et l'appellent une monarchie mixte ; mais la vérité est que ce n'est pas un *Commonwealth* indépendant, mais trois factions indépendantes » [T.d.A.] « *few perceive such government is not government, but division of the Commonwealth into three factions, and call it mixed monarchy; yet the truth is that it is not one independent Commonwealth, but three independent factions* », *Ibidem*, Chap. 29.

608« À quelle maladie dans un corps naturel d'homme je pourrais exactement comparer cette irrégularité d'un *Commonwealth*, je l'ignore. Mais si j'avais vu un homme qui avait un autre homme sortant de son flanc, avec une tête, des bras, un torse et un ventre à lui : s'il avait eu un autre homme sortant de son autre flanc, la comparaison aurait pu alors être exacte. » [T.d.A.] « *To what disease in the natural body of man I may exactly compare this irregularity of a Commonwealth, I know not. But I have seen a man that had another man growing out of his side, with a head, arms, breast, and stomach of his own: if he had had another man growing out of his other side, the comparison might then have been exact.* » *Ibidem*, Chap. 29.

« systèmes »⁶⁰⁹, sociétés ou corporations, ne sont « réguliers » que si « un homme, ou une assemblée d'hommes, est *constitué* représentant de tous »⁶¹⁰. Tout pouvoir organisé ne peut résider que dans les mains d'un seul organe. Pour constituer un organe, pour lui donner une constitution, il faudrait donc respecter ce principe ontologique.

En respectant cette ligne de conduite, il est possible selon lui de rendre la constitution d'un *commonwealth* éternelle :

« longtemps après que les hommes ont commencé à *constituer des Commonwealth*, imparfaits et prompts à retomber dans le désordre, des principes de raison peuvent être découverts, par une médiation consciencieuse, permettant de rendre leur *constitution*, sauf violence extérieure, éternelle. Tels sont les principes que j'ai présentés dans ce discours »⁶¹¹

Hobbes exploite ici toutes les ressources linguistiques que permettent les termes constitution et constituer (l'établissement juridique, la réglementation et la métaphore anthropomorphique).

149. Dans *De Cive* et surtout dans le *Leviathan*, Hobbes ébauche donc une conception de la constitution comme acte d'établissement et de réglementation de l'ordre politique, mais cette construction reste minimale⁶¹². Cela s'explique sans doute par le fait que les limites que Hobbes impose au pouvoir politique ne sont que des limites structurelles (et non matérielles ou positives) : si le pouvoir ne les respecte pas, il se détruit lui-même. Hobbes exprime clairement cette idée lorsqu'il discute la notion de lois fondamentales :

« Il y a aussi une autre distinction entre les lois fondamentales et non fondamentales : mais je n'ai jamais pu voir chez aucun auteur ce qu'une loi fondamentale signifie. Néanmoins, on peut très raisonnablement distinguer les lois de cette manière.

« Car une loi fondamentale dans chaque *Commonwealth* est celle dont la disparition provoque l'effondrement du *Commonwealth* et sa complète dissolution, comme un immeuble dont les fondations sont détruites. Et donc une loi fondamentale est *celle par laquelle les sujets sont obligés de maintenir quelque pouvoir qui est donné au souverain, que ce soit un monarque ou une assemblée souveraine, sans cela le Commonwealth ne peut tenir debout ; tel est le pouvoir de la guerre et de la paix, de la justice, de la nomination des officiers, et de faire quelque chose qu'il croit nécessaire pour le bien public*. N'est pas

609« Par système j'entends un nombre quelconque d'hommes unis pour un intérêt ou une affaire » [T.d.A.] *Ibidem*, Chap. 22.

610« Réguliers sont ceux où un homme, ou une assemblée d'hommes, est *constitué* représentant de tous. Tous les autres sont irréguliers. » [T.d.A.] « *Regular are those where one man, or assembly of men, is constituted representative of the whole number. All other are irregular.* » Nous soulignons. *Ibidem*, Chap. 22.

611[T.d.A.] Nous soulignons. « *long time after men have begun to constitute Commonwealths, imperfect and apt to relapse into disorder, there may principles of reason be found out, by industrious meditation, to make their constitution, excepting by external violence, everlasting. And such are those which I have in this discourse set forth* » *Ibidem*, Chap. 30.

612Sur les idées constitutionnelles de Hobbes voir Tom SORELL, « Constitutions in Hobbes's Science of Politics » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 108.

fondamentale celle dont l'abrogation n'entraîne pas la dissolution du *Commonwealth* : telles sont les lois concernant les litiges entre sujets. »⁶¹³

Chez Hobbes, la seule loi fondamentale est donc celle qui établit le souverain, en lui reconnaissant un pouvoir absolu, et le maintien par le consentement des sujets.

En conséquence, Hobbes innove en énonçant la procédure juridique permettant aux hommes de créer et de maintenir le *commonwealth*. Il définit également les éléments nécessaires à l'existence de cette personne morale ; il décrit l'essence de tout *commonwealth*. Ces éléments forment la constitution du *commonwealth*. L'innovation majeure proposée par Hobbes est de considérer que les règles qu'il énonce sont, comme celle de la géométrie⁶¹⁴, vraies partout et de tout temps. Ainsi, il rompt avec le relativisme de Grotius⁶¹⁵. Il n'ignore pas que les principes qu'il décrit ne sont pas en vigueur partout, mais il estime qu'il n'en sont pas moins vrais pour autant : « bien qu'en certains endroits du monde les hommes posent les fondations de leur maison sur le sable, il ne peut en être inféré que cela doit être ainsi »⁶¹⁶. Hobbes inaugure ainsi l'idée que la théorie et les fondements du pouvoir politique sont les mêmes partout et qu'il est possible de les connaître par l'exercice de la raison. Ce pouvoir politique est créé par des individus libres et égaux pour assurer leur protection et, pour réaliser cette fin, il dispose d'un pouvoir illimité.

La constitution hobbesienne d'un *commonwealth* est ainsi la même partout : le pouvoir du souverain est absolu et institué pour garantir les droits de sujets qui doivent obéir. Ces éléments furent discutés par de nombreux auteurs anglais après la publication du *Léviathan*⁶¹⁷. George Lawson fut l'un d'entre eux et contribua de manière importante à la construction de la notion de constitution. Locke s'inscrivit dans son sillage et fut largement diffusé en France.

613[T.d.A.] Nous soulignons. « *There is also another distinction of laws into fundamental and not fundamental: but I could never see in any author what a fundamental law signifieth. Nevertheless one may very reasonably distinguish laws in that manner.*

« *For a fundamental law in every Commonwealth is that which, being taken away, the Commonwealth faileth and is utterly dissolved, as a building whose foundation is destroyed. And therefore a fundamental law is that by which subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the sovereign, whether a monarch or a sovereign assembly, without which the Commonwealth cannot stand; such as is the power of war and peace, of judicature, of election of officers, and of doing whatsoever he shall think necessary for the public good. Not fundamental is that, the abrogating whereof draweth not with it the dissolution of the Commonwealth; such as are the laws concerning controversies between subject and subject.* » *Ibidem*, Chap. 26.

614*Ibidem*, Chap. 20.

615Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, C.

616[T.d.A.] « *though in all places of the world men should lay the foundation of their houses on the sand, it could not thence be inferred that so it ought to be.* » *Ibidem*, Chap. 20.

617Voir sur ce point John BOWLE, *Hobbes and his critics*, Franck Cass, 1969.

B. La distinction entre constitution de la société et du gouvernement et l'invention de la distribution du pouvoir : Lawson et Locke

Lawson invente la notion de constitution⁶¹⁸ en tant que loi établie par la communauté et contraignant le pouvoir politique (1). Locke développa cette théorie et donna une définition à la notion de constitution originelle établie par la société (2).

1. L'invention de la constitution par Lawson

Lawson publie en 1657 une réfutation du *Léviathan* intitulée *An examination of the political part of Mr. Hobbs His Leviathan*⁶¹⁹. En 1660, paraît sa *Politica sacra et civilis*⁶²⁰, ouvrage d'une plus grande ampleur ayant pour sous titre *Modèle du gouvernement civil et ecclésiastique dans lequel, par la doctrine positive concernant l'État et l'Eglise en général, sont débattues les principales controverses du moment concernant la Constitution de État et de l'Eglise d'Angleterre tendant à la droiture, la vérité et la paix*⁶²¹. Il prétend avoir écrit cet ouvrage avant sa réfutation de Hobbes⁶²², même s'il n'a été publié qu'ultérieurement⁶²³. Son œuvre eut une influence indéniable sur l'œuvre de Locke⁶²⁴. Lawson élabore la première théorie de la constitution de l'État.

Lawson innove dans l'emploi du terme « constitution ». Il distingue les règles de constitution des règles d'administration⁶²⁵ et fournit la première définition claire de la notion de constitution : « l'établissement d'un ordre de supériorité et de sujétion dans une communauté, par lequel elle devient un *commonwealth* »⁶²⁶. La constitution est donc entendue comme le processus

618 Nous paraphrasons ici le titre de l'ouvrage de Pasquale Pasquino, *Sieyes et l'invention de la constitution*.

619 Cet ouvrage a été réédité en 1996 aux éditions Routledge/Thoemmes.

620 Cet ouvrage a été réédité en 1992 par Conal CONDREN aux Cambridge University Press.

621 [T.d.A.] *Modell of Civil and Ecclesiasticall Government wherein besides the positive Doctrine concerning State and Church in general, are debated the principal Controversies of the times concerning The Constitution of the State and Church of England, tending to Righteousness, Truth and Peace.*

622 Dans l'épître au lecteur de *Examination*, il affirme ainsi : « *I had formerly finished a Treatise of Civil and Ecclesiastical Government, which if it had not been lost by some negligence, after an Imprimatur was put upon it, might have prevented and made void the Political part of Mr. Hobbs: and though one Copy be lost, yet there is another, which may become public hereafter.* »

623 Il est toutefois permis d'en douter car les théories présentées dans la *Politica sacra et civilis* diffèrent sur un certain nombre de points de celles figurant dans *An Examination*. Elles sont surtout bien plus élaborées. Par exemple, dans son *Examination*, il maintient la théorie du pacte de sujétion, qu'il abandonne au profit d'une théorie plus complexe et innovante par la suite. Pour une comparaison de ces deux textes voir l'introduction de la réédition de la *Politica sacra et civilis* écrite par Conal CONDREN, p. XVIII-XX.

624 Voir sur la publication de ses œuvres et sur l'influence de Lawson sur Locke : John BOWLE, *Hobbes and his critics*, Franck Cass, 1969, p. 86 et s. ; Julian H. FRANKLIN, *John Locke and the theory of sovereignty. Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, Cambridge University Press, 1978 ; Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001, p. 54-71 ; *Idem*, « Les sources de la distinction entre société et gouvernement chez Locke » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 247 ; A. H. MACLEAN, « George Lawson and John Locke » in *The Cambridge Historical Journal*, Vol. 9, No. 1 (1947), Cambridge University Press, p. 69-77 ; l'introduction de la réédition de la *Politica sacra et civilis* écrite par Conal CONDREN.

625 *Politica sacra et civilis*, Chap. 2, 2, éd. cit., p. 22.

626 « *the settling of an order of superiority and subjection in a community, whereby it becomes a commonwealth* »,

permettant d'ordonner une communauté afin qu'elle devienne un État.

Pour construire sa théorie, il distingue la communauté de l'État (a). Il reconnaît une origine contractuelle à la communauté (b) et considère qu'elle est la seule titulaire du pouvoir suprême ou pouvoir de constitution (c). Il en déduit que les pouvoirs constitués sont soumis à la constitution (d). Cette soumission permet alors de concevoir que la souveraineté soit distribuée entre plusieurs organes sans qu'elle soit pour autant divisée (e).

a. La distinction de la communauté et de l'État

150. Lawson distingue la communauté de l'État ou *commonwealth*. Selon lui, la communauté précède le *commonwealth* et l'institue. Cette idée trouve ses racines dans les conceptions médiévales du pouvoir politique qui distinguaient « deux sujets dans la personnalité de l'État »⁶²⁷ : « le Souverain et l'Assemblée du peuple »⁶²⁸. En s'appuyant sur cette théorie, les monarchomaques avaient avancé que le souverain était toujours soumis à l'Assemblée du peuple⁶²⁹. Néanmoins, ce peuple n'était pas la multitude des sujets, mais un organe constitué, comme les États-généraux en France. Pour Lawson au contraire, il n'existe pas originellement deux sujets dans la personnalité de l'État. Initialement, il n'y a qu'une communauté, qui choisit librement la forme de son gouvernement.

Des prémices de cette théorie peuvent être trouvées chez Suarez⁶³⁰, mais avec un degré de formalisation bien moindre par rapport à celui proposé par Lawson. En outre, Lawson fut un lecteur attentif de Grotius qui esquissait déjà une distinction entre l'État et le gouvernement⁶³¹. Si des précédents peuvent donc être trouvés, il semble néanmoins que Lawson soit le premier à développer l'idée d'une formation en deux temps de l'ordre politique : d'abord les individus libres et égaux forment une communauté ; ensuite, cette communauté se choisit collectivement un gouvernement.

b. L'origine contractuelle de la communauté

Lawson emprunte à Hobbes l'idée d'un contrat pour former la communauté. Il faut qu'il existe une union et qu'elle conduise à la création d'un seul corps⁶³². Cette union n'est pas simplement accidentelle ou le résultat d'un instinct naturel, mais d'un consentement rationnel et

Ibid., Chap. 2, 3, éd. cit., p. 22 ; voir aussi Chap. 4, 1, éd. cit., p. 41.

627 Otto von GIERKE, *Les théories politiques du Moyen-Âge*, traduit de l'allemand et de l'anglais par Jean de Pange, Dalloz, 2008, p. 224.

628 *Ibid.*

629 Voir en ce sens Julian H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 64-65.

630 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, C.

631 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, C.

632 « *they make up this body, not as several considered but as joined together in one* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 2, 5, éd. cit., p. 24.

juste⁶³³. Elle doit être libre et volontaire, pour être réellement consentie⁶³⁴. Tant que cette union n'est pas réalisée, les individus n'ont pas immédiatement la capacité d'être un *commonwealth*⁶³⁵. Il ajoute à ces exigences contractualistes celle de la justice⁶³⁶, renouant ainsi avec la tradition augustinienne : sans justice, il n'y a pas de *commonwealth*. Il accentua particulièrement ce dernier point pour s'opposer à Hobbes dans son *Examination*⁶³⁷.

151. Lawson insiste sur la primauté de l'appartenance à la communauté par rapport à la soumission au gouvernement : l'individu précède la communauté qui précède l'État, ou plutôt les individus font volontairement les communautés qui font volontairement les gouvernements. En conséquence, sans un consentement « médiat ou immédiat, tacite ou exprès », il n'y a pas de communauté et « même si un peuple est conquis, le vainqueur ne peut les gouverner comme des hommes sans leur consentement »⁶³⁸. En ce sens, il rejoint partiellement Hobbes⁶³⁹ :

« les hommes abandonnent la liberté illimitée, qu'ils avaient en tant que membres de la communauté, et s'obligent à une certaine règle et ordre d'infériorité. Ils se dépouillent de quelque pouvoir, prennent un rang inférieur, et s'abandonne à une volonté supérieure. À partir de cet abandon, et par lui, ils deviennent sujets, et par leur rang ils sont obligés de se soumettre. »⁶⁴⁰

Les hommes, en s'assujettissant à un gouvernement perdent une partie de leur indépendance. Néanmoins, cette sujétion reste volontaire et limitée par les règles de la justice et de la raison. De même, une souveraineté acquise injustement n'est pas acquise⁶⁴¹.

633« *This union doth not arise merely from some accident or cohabitation, or natural instinct, but from a rational and just consent* » *Ibid.*, Chap. 2, 5, éd. cit., p. 24 ; Chap. 4, 8, éd. cit., p. 47.

634« *this union [...] must be free and voluntary, for it is by consent* » *Ibid.*, Chap. 2, 5, éd. cit., p. 24.

635« *for till they be thus united, they cannot be immediately capable of, or in proxima potentia to a commonwealth, therefore, this union must be rational* » *Ibid.*, Chap. 2, 5, éd. cit., p. 24.

636« *for they [men] are bound to observe certain rules of eternal justice, so that both the things wherein they unite, and the manner of uniting must be just; and the more just the association, the more excellent and perfect the commonwealth the ordination may be.* » *Ibid.*, Chap. 2, 5, éd. cit., p. 24.

637*Examination...*, éd. cit., p. 1 et 27-28.

638[T.d.A.] « *this consent whether mediate or immediate, tacit or express is so necessary, that though a people be conquered, yet the victory cannot govern them as men without their consent.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 8, éd. cit., p. 47.

639Bien qu'il s'en défende : *Examination...*, p. 12-13. Pour de plus amples développements sur l'héritage de Hobbes chez Lawson voir d'introduction de Conal CONDREN à la réédition de la *Politica sacra et civilis*, éd. cit., p. XX.

640[T.d.A.] « *men deprive themselves of that unlimited liberty, which they had as members of a community, and bind themselves to a certain rule and order of inferiority. They divest themselves of some power, and take a lower place, and resign themselves up unto a superior will. Upon this resignation and from it, they become subject, and by their very place are bound to submit.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 15, 2, éd. cit., p. 221.

641« Comme le pouvoir doit être juste et conforme aux lois de Dieu, la sujétion doit l'être aussi, et nous ne pouvons pas être obligés de nous soumettre à une quelconque chose injuste et déraisonnable ; ni nous ne le devons et il n'est pas sage de donner un pouvoir trop grand, ou trop absolu sur toute chose, susceptible de détruire nos propriétés et juste liberté. C'est un devoir. » [T.d.A.] « *As power must be just and conformable to the laws of God, so subjection must be too, and we cannot be bound to submit in anything unjust and unreasonable ; neither ought we, neither is it wisdom to give too great, or an absolute power unto any, so as to destroy our propriety and just liberty. This is a duty.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 15, 2, éd. cit., p. 222.

Voir aussi *Examination*, éd. cit., p. 48-49.

152. Lawson donne également une place importante à l'exigence de justice. Cette dernière conditionne la validité de la constitution et de l'administration, c'est-à-dire de l'action des pouvoirs constitués⁶⁴². Ainsi, il affirme, contre les théoriciens absolutistes comme Bodin, que toute constitution qui ne serait ni juste, ni sage ne lie pas les descendants de ceux qui y ont consenti : « si cette constitution n'est ni juste ni sage : je ne vois pas comment elle pourrait lier la postérité »⁶⁴³. De manière plus essentielle, non seulement la constitution doit être conforme à cette exigence de justice, mais elle doit y conduire effectivement⁶⁴⁴. En ce sens, Lawson réalise une synthèse entre les principes contractualistes et l'exigence de justice⁶⁴⁵.

c. La communauté, seule titulaire du pouvoir suprême ou pouvoir de constitution

153. Chez Lawson, la communauté est titulaire du pouvoir suprême potentiel et peut choisir la forme de son gouvernement⁶⁴⁶. Comme chez Suarez, l'ensemble du pouvoir suprême appartient ainsi à la communauté, mais il ne peut se réaliser qu'une fois le gouvernement établi ; le pouvoir suprême n'existe jamais réellement, mais uniquement virtuellement dans la communauté.

642 *Examination*, éd. cit., p. 58.

643 « *if this constitution be neither just nor wise, I cannot see how it should bind posterity* », *Politica sacra et civilis*, Chap. 5, 9, éd. cit., p. 74.

644 « en modelant le gouvernement, nous devons spécialement faire attention à la constitution, qu'elle soit telle, qu'elle puisse, non seulement être conforme, mais effectivement conduire à la promotion de la paix et de la justice dans l'administration de l'État, et également à l'avancement de la religion chrétienne dans l'Église. » [T.d.A.] « *in modeling the government, we must have a special eye unto the constitution, that it be such, as that it may, not only be consistent with, but effectually conduce to the promoting of peace and righteousness in the administration of the state, and also to the advancement of the Christian religion in the church.* » *Ibid.*, Chap. 8, 22, éd. cit., p. 124.

645 Sur cette exigence voir Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001, p. 54-71.

646 « Cette communauté civile considérée abstraitement et antérieurement à toute forme de gouvernement non-encore introduit ou à la suite de la dissolution d'un précédent modèle, ou à la suite de l'échec de la succession, *contient, à ce moment, virtuellement un pouvoir suprême, et a la liberté et le droit de déterminer la forme [de gouvernement] qui leur plait, pour qu'il soit bon* ; néanmoins, il est vrai que ce pouvoir peut leur être ôté par un puissant envahisseur, ou d'une autre manière ; et il convient de noter que quand une forme de gouvernement est altérée ou dissoute, aucune communauté ne peut subsister, sous un gouvernement elle conserve la nature de la communauté, comme les matière et sujet du *commonwealth*, dans lequel chaque sujet doit d'abord être considéré comme un *civis*, un membre de la communauté, avant de pouvoir être conçu, comme un *subditus*, un membre du *commonwealth*. Cette association plus formelle d'une multitude, pour faire une communauté déterminée, n'entrave en rien leur société ou communion avec d'autres communautés, ou avec l'ensemble du genre humain sur terre autant que cela se peut, dans les choses qui sont susceptibles d'ajouter à leur bonheur. » « *This community civil considered abstractively and antecedently to a form of government not yet introduced, or upon a dissolution of a former model, or upon a failer of succession in a time doth virtually contain a supreme power, and hath a liberty and right to determine upon what form they please, so that it be good; thought it's true, that this power may be taken from them by a potent invader, or some other way; and here it is to be noted, that when a form of government is altered or dissolved, any community may remain, nay, under a government it retains the nature of a community, as the matter and subject of the commonwealth, wherein every subject must be considered first as civis, a member of the community, before he can be conceived, as subditus, a member of the commonwealth. This stricter association of a multitude, to make a particular community, doth no way hinder their society or communion with other communities, or with all mankind upon the earth so far as is possible, in things which may add unto their happiness.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 2, 9, éd. cit., p. 30 ; voir aussi Chap. 4, 6, p. 46 ; Chap. 4, 8, éd. cit., p. 47-48.

Ce pouvoir suprême, qu'il appelle aussi majesté réelle (*majestas realis* ou *real majesty*)⁶⁴⁷, est distinct de la majesté personnelle : « la [majesté] réelle est dans la communauté, et est plus grande que la [majesté] personnelle, laquelle est le pouvoir d'un *commonwealth déjà constitué*. Car comme vous l'avez déjà entendu, cette forme de *commonwealth* est *virtuellement en lui avant qu'il soit constitué, et leur consentement est sa fondation même*. »⁶⁴⁸ La majesté réelle n'appartient qu'à la communauté et elle prime la majesté personnelle qui est celle de l'État, une fois qu'il est établi.

154. Le gouvernement est ainsi fait par la communauté qui détient seule le « pouvoir de constitution » et le « pouvoir de dissolution » :

« Comme cette majesté réelle est le *pouvoir de modeler un état*, elle est donc toujours inhérente à cet état et ne peut jamais être séparé ; dans la mesure où, lorsqu'une forme de gouvernement est dissoute, ou en cas d'échec de succession, le pouvoir du souverain lui revient par la loi de nature, ou *plutôt il est toujours dans le peuple*. Comme cette communauté a le *pouvoir de constitution*, elle a aussi celui de *dissolution*, lorsqu'il existe une cause juste et nécessaire. »⁶⁴⁹

Pour Lawson, le pouvoir de constitution est le pouvoir de faire un État. Si Hobbes ou même Hotman avaient esquissé cette idée, Lawson semble être le premier à la formaliser en des termes aussi clairs. Le pouvoir de constitution n'appartient qu'au peuple, qu'à la communauté. Elle seule peut faire et défaire les États. Elle seule est à l'origine du pouvoir politique.

Lawson reconnaît alors sur ce fondement un droit de résistance au corps entier de la communauté ce qui constitue une avancée conceptuelle déterminante⁶⁵⁰. Ce droit appartient à la communauté en corps et non aux individus qui la compose. Ainsi, il évacue la question de l'institutionnalisation d'un tel droit de résistance en le conférant au peuple dans son entier, rompant avec les théories des monarchomaques : pour Lawson, il n'y a pas de coexistence possible du pouvoir du peuple et du pouvoir du gouvernement institué. Si le peuple entre en résistance et modifie la forme du gouvernement, il existe une rupture constitutionnelle, une révolution. La théorie de Lawson offre donc les premiers outils permettant de penser cette rupture en termes juridiques.

647 Sur cette notion et la distinction faite par Lawson entre majesté réelle et majesté personnelle, voir Julian H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 64 et s. et Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, éd. cit., p. 62 et s.

648 Nous soulignons, « *Real is in the community, and is greater than personal, which is the power of a commonwealth already constituted. For as you have heard before, this form of commonwealth is virtually in it before it be constituted, and their consent is the very foundation of it.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 8, éd. cit., p. 47.

649 « *As this real majesty is a power to model a state, so it's always inherent and can never be separated ; inso much, that when a form of government is dissolved, or there shall be a failer of succession, the power of the sovereign doth devolve unto them by the law of nature, or rather it is always in the people. As this community hath the power of constitution, so it has of dissolution, when there shall be a just and necessary cause.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 8, éd. cit., p. 47-48.

650 Voir en ce sens, Julian H. FRANKLIN, *op. cit.*, p. 64 et s.

155. Du point de vue de la théorie constitutionnelle, Lawson formule l'idée qu'une communauté est libre de choisir sa forme de gouvernement, et d'en changer si elle apparaît injuste⁶⁵¹. La communauté n'est alors liée ni par une loi divine, ni par son serment lorsqu'il s'agit de choisir la forme du gouvernement. Elle est bien tenue, dans la mesure du possible, de « constituer un gouvernement », mais elle n'est pas obligée de choisir telle ou telle forme⁶⁵². En « intercalant », la communauté entre l'individu et l'État, il permet de penser le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués.

d. La soumission des pouvoirs constitués à la constitution

156. La communauté détient seule le pouvoir de constitution et le pouvoir d'administration appartient aux organes constitués : « il faut distinguer le Souverain pour la Constitution, et le Souverain pour l'Administration »⁶⁵³. Ainsi, les lois fondamentales sont celles qui concernent la constitution et les autres concernent l'administration⁶⁵⁴.

Seule la communauté a le pouvoir d'altérer la forme du gouvernement et l'acte par lequel elle le fait s'impose au parlement qui n'a que la majesté personnelle et non la majesté réelle⁶⁵⁵. Il justifie ainsi l'impossibilité pour des pouvoirs constitués de modifier la constitution :

« Car un parlement présuppose nécessairement une forme de gouvernement sur laquelle on s'est déjà mis d'accord et par laquelle ils sont fait sujet de la souveraineté personnelle. En conséquence, il ne peuvent ni altérer ou ôter la cause par laquelle ils ont leur existence, ni toucher aux *lois fondamentales de la constitution*, car dès qu'elle cesse, ils cessent d'être un parlement »⁶⁵⁶.

Selon Lawson, les pouvoirs constitués ne peuvent pas modifier la constitution sans se détruire eux-mêmes⁶⁵⁷. Si la communauté peut transférer le pouvoir constituant au parlement, elle peut aussi élire une assemblée *ad hoc*. Ainsi, une assemblée constituante peut ressembler à un parlement, mais elle en diffère car elle est un « représentant immédiat d'une communauté, et non d'un *commonwealth* »⁶⁵⁸.

651 *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 8, éd. cit., p. 48.

652 *Ibid.*

653 « *We must distinguish between the Sovereign for the Constitution, and the Sovereign for Administration.* » *Examination*, éd. cit., p. 57.

654 « *For fundamental laws are those which concern the constitution; not fundamental, such as are made immediately to regulate the administration* » *Ibid.*, p. 108.

655 *Ibid.*, p. 15.

656 Nous soulignons, « *For a parliament doth necessarily presuppose a form of government already agreed upon, whereby there are made the subject of personal sovereignty. Therefore they cannot alter or take away the cause whereby they have their being, nor can they meddle with the fundamental laws of the constitution, which if it once cease, they cease to be a parliament.* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 8, éd. cit., p. 48.

657 *Ibid.*, Chap. 8, 16, p. 108.

658 *Ibid.*, Chap. 4, 8, p. 48 et Chap. 8, 16, p. 108.

e. La possibilité de distribuer le pouvoir en plusieurs organes sans diviser la souveraineté

157. La souveraineté personnelle est donnée à quelques personnes auxquelles on en confie l'exercice (« *who are trusted with the exercise of it* »)⁶⁵⁹. Ce « souverain personnel n'a pas pouvoir de faire des lois fondamentales concernant la constitution, mais seulement pour l'administration »⁶⁶⁰. Ainsi, en Angleterre, le pouvoir du parlement (le roi, les pairs et les communes joints) est « limité non seulement par les lois de Dieu, mais aussi par les *lois de la constitution* »⁶⁶¹. Entre ces trois organes, il n'y a pas de subordination, mais une co-ordination et ils font conjointement un organe suprême⁶⁶² qui détient la majesté personnelle. Cette dernière n'appartient donc en propre à aucun d'entre eux.

Il distingue ainsi le pouvoir législatif, appartenant à un parlement « correctement constitué et agissant dûment pour le bien public »⁶⁶³, du pouvoir constituant, qui n'appartient qu'à la communauté. Il distingue ensuite le pouvoir législatif du pouvoir exécutif qui concernant « tous les actes qui tendent à l'exécution des lois »⁶⁶⁴. Il ajoute enfin le « pouvoir de juridiction, par lequel la justice est administrée »⁶⁶⁵. Ainsi, les différentes fonctions de l'État peuvent être exercées par différents organes en suivant la répartition ordonnée par la constitution, sans porter atteinte à l'unité de la souveraineté.

Cela lui permet d'affirmer que cette majesté personnelle est « indivisible, car bien qu'elle ait plusieurs branches, qui peuvent être distinguées, elles ne peuvent être séparées »⁶⁶⁶. Elle est également inaliénable. Si l'aliénation d'une partie de la souveraineté ou sa division entraîne, comme chez Hobbes la dissolution du *commonwealth*⁶⁶⁷, elle n'empêche en revanche pas l'existence d'une distribution du pouvoir.

Ainsi, chez Lawson, la constitution est l'acte qui institue le pouvoir politique et qui le régleme. Elle se distingue des lois et s'impose aux organes de l'État. Seule la communauté a le pouvoir de la faire et de la changer et elle doit être juste pour être considérée comme valable. Pour

659 *Ibid.*, Chap. 4, 9, p. 49.

660 Nous soulignons. « *yet that personal sovereign hath no power to make fundamental laws concerning the constitution, but only for the administration* », *Ibid.*, Chap. 4, 11, p. 52 ; Chap. 8, 15-16, p. 106-107.

661 *Politica sacra et civilis*, Chap. 8, 16, p. 107 ; *Examination*, éd. cit., p. 57-58.

662 « *I think his intention is to oppose those, who affirmed King, Peers, and Commons to be co-ordinate, not subordinate powers, and all of them jointly to make up one supreme* » *Ibid.*, p. 37.

663 « *rightly constituted and duly acting for the public good* », *Ibid.*

664 « *all acts that tend to the execution of the laws* », *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 12, éd. cit., p. 52.

665 « *The last is the power of jurisdiction, whereby justice is administered* », *Ibid.*, Chap. 4, 13, p. 53.

Voir aussi *Examination*, éd. cit., p. 8 et s.

666 « *it's indivisible, for though it hath several branches, which may be distinguished, yet they cannot be separated* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 14, éd. cit., p. 55 ; voir aussi *Examination*, éd. cit., p. 29-30.

Il refuse ainsi ce que Michel Troper appelle une « séparation absolue des pouvoirs ». Voir notamment Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

667 *Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 14, éd. cit., p. 56 ; *Examination*, éd. cit., p. 133.

définir cette constitution, il s'en remet aux actes des « premiers constituteurs de l'État »⁶⁶⁸ et aux traditions. Il s'engage ainsi, comme Hotman⁶⁶⁹, qu'il a lu, dans un récit des origines : il faut « trouver notre antique constitution avant qu'elle ne soit trop corrompue, et comprendre la grande sagesse de nos ancêtres, obtenue par une longue expérience dans la constitution de notre état »⁶⁷⁰. Lawson propose donc la première définition formalisée de la notion de constitution comme l'acte établissant un ordre de supériorité et de sujétion d'une association juste qui tend à la paix et au bonheur de la communauté⁶⁷¹ et organisant une répartition du pouvoir entre différents organes.

L'idée de création d'une règle supérieure et antérieure à l'ordre politique, qui n'est valable que si elle respecte un corps de principes supérieurs, formulée par Lawson, fut reprise par Locke.

2. La conceptualisation par Locke de la constitution originelle établie par la société

Locke fait de l'homme et de la société l'alpha et l'oméga du pouvoir politique⁶⁷². Il fait d'eux les deux sujets de droits de son gouvernement civil. La loi et le pouvoir, qu'il soit public, législatif ou exécutif, sont ceux de la société, et non de l'État ou du souverain. C'est elle qui constitue, établit et donne sa confiance au législatif ; c'est elle qui fait les lois, à elle que les individus donnent leur pouvoir et qui dispose du « droit inné et originel de se préserver »⁶⁷³. S'agissant de l'homme, qu'il appelle aussi individu ou membre de la société, il dispose de droits naturels qu'il tient de la loi de nature et la société n'existe que par et pour ceux qui la font. Locke est le premier à définir en ces termes et avec ce vocabulaire le rapport de l'individu à la société.

Locke définit les contours de la notion de société. Il lui assigne comme but la garantie des droits des individus qui la composent (a). Il estime qu'elle a pour origine la volonté de la majorité de ces individus (b) et que son ordre juridique comprend une hiérarchie des normes à trois niveaux (c). Enfin, il définit sa constitution originelle comme une loi positive et suprême qui établit et régleme le pouvoir politique (d).

668« *first constitutours of the state* », *Politica sacra et civilis*, Chap. 5, 4, éd. cit., p. 62.

669« *if Hotman a better lawyer, and far greater antiquary than either Bodin or Arisaeus, be true, the kings of France are made kings and receive their crowns from the first investiture, and that upon conditions* », *Politica sacra et civilis*, Chap. 5, 4, éd. cit., p. 62.

670« *to find out the ancient constitution before it was corrupted too much, and understand the great wisdom of our ancestors, gained by long experience in the constitution of our state* » *Politica sacra et civilis*, Chap. 8, 22, p. 123 ; voir aussi *Examination*, p. 31-32, 38-43.

671*Politica sacra et civilis*, Chap. 4, 1, éd. cit., p. 41-42.

672Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, C.

673« *the native and original right it has to preserve itself* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19, §222.

a. Le but de la société : garantir les droits des individus

Locke estime que les droits des individus doivent être garantis, y compris contre le pouvoir souverain, ce qui explique son rejet de la monarchie absolue (a). Il estime même que le respect des droits des individus conditionne la validité de la constitution d'une société (b).

i. Le rejet de la monarchie absolue au nom de la garantie des droits des individus

La société est faite pour les hommes : pour qu'elle existe, il faut donc que les hommes disposent d'une autorité à laquelle ils peuvent faire appel pour les protéger, trancher les litiges et redresser les torts⁶⁷⁴. Cette fonction n'est pas très éloignée de celle que Hobbes reconnaît au souverain, à plusieurs reprises⁶⁷⁵. Toutefois, pour Locke, la société civile n'est pas compatible avec la monarchie absolue, qui n'est pas à ses yeux une forme de gouvernement⁶⁷⁶.

Il justifie l'existence d'une distribution des pouvoirs, non par la nécessité de rendre le gouvernement pérenne ou parce qu'elle serait un principe traditionnel, mais parce qu'elle est la seule organisation politique qui garantisse à l'individu des droits contre la puissance publique. Ce

674« Et cela [l'établissement de la société civile] sort les hommes de l'état de Nature pour les faire entrer dans celui de *commonwealth*, en établissant un juge sur terre ayant l'autorité de trancher les litiges et de redresser les torts qui peuvent arriver à n'importe quel membre du *commonwealth*, lequel juge est le législatif ou les magistrats nommés par lui. » [T.d.A.] « *And this puts men out of a state of Nature into that of a commonwealth, by setting up a judge on earth with authority to determine all the controversies and redress the injuries that may happen to any member of the commonwealth, which judge is the legislative or magistrates appointed by it.* » *Ibid.*, chap. 7, §89.

675C'est le huitième droit du souverain reconnu par Hobbes « Huitièmement, est annexé au souverain le droit de justice ; c'est-à-dire, d'entendre et de trancher tous les litiges qui peuvent s'élever concernant la loi, naturelle ou civile, ou concernant les faits. Car sans l'arbitrage des litiges, il n'y a pas de protection d'un sujet contre les dommages causés par un autre ; les lois concernant *meum* et *teum* sont faites en vain, et chaque homme conserve, en raison de son appétit naturel et nécessaire pour sa propre conservation, le droit de se protéger par sa force privée, ce qui est la condition de guerre, et est contraire au but pour lequel chaque *commonwealth* est institué. » [T.d.A.] « *Eighthly, is annexed to the sovereignty the right of judicature; that is to say, of hearing and deciding all controversies which may arise concerning law, either civil or natural, or concerning fact. For without the decision of controversies, there is no protection of one subject against the injuries of another; the laws concerning meum and tuum are in vain, and to every man remaineth, from the natural and necessary appetite of his own conservation, the right of protecting himself by his private strength, which is the condition of war, and contrary to the end for which every Commonwealth is instituted.* » *Léviathan*, Chap. 18.

676« En conséquence, il est évident qu'une monarchie absolue, que certains hommes considèrent comme le seul gouvernement du monde, est en fait incompatible avec la société civile, et ne peut donc pas être une forme de gouvernement du tout. Car le but de la société étant d'éviter et de remédier à ces inconvénients de l'état de Nature, duquel il résulte nécessairement que chaque homme étant juge de sa propre cause, en établissant une autorité connue à laquelle chaque membre de cette société peut faire appel s'il subit un dommage ou si un litige s'élève, et auquel chaque membre de la société doit obéir. Partout où chaque personne n'a pas une telle autorité à laquelle il peut faire appel et qui tranche les différends entre eux ; là, ces personnes sont encore dans l'état de Nature. Et tous les princes absolus le sont aussi par rapport à ceux qui sont sous sa domination. » [T.d.A.] « *hence it is evident that absolute monarchy, which by some men is counted for the only government in the world, is indeed inconsistent with civil society, and so can be not form of civil government at all. For the end of civil society being to avoid and remedy those inconveniences of the state of Nature which necessarily follow from every man's being judge in his own case, by setting up a known authority to which every one of that society may appeal upon any injury received, or controversy that may arise, and which every one of the society ought to obey. Wherever any persons are who have not such an authority to appeal to, and decide any difference between them there, those persons are still in the state of Nature. And so is every absolute prince in respect of those who are under his dominion.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 7, §90.

refus de l'arbitraire se trouvait déjà formulé chez Richard Hooker auquel Locke se réfère⁶⁷⁷. La limitation du pouvoir politique au nom du bien commun, qu'avait imaginée Lawson, est redéfinie par Locke. Elle correspond pour ce dernier à une limitation du pouvoir au profit des droits des individus ayant établi la société⁶⁷⁸. La société lockienne est donc établie et constituée par les individus. Ces derniers instituent, à leur profit, un pouvoir toujours-déjà limité par leurs droits car il n'existe que par et pour eux⁶⁷⁹.

ii. Le respect des droits des individus, condition de validité de la constitution d'une société

158. Chez Locke, ce n'est plus d'une justice transcendantale que dépend la validité et l'existence de la société civile, mais de sa capacité à garantir les droits aux individus qui la composent, y compris contre le pouvoir politique. Or, comme l'avait montré Hobbes, le prince absolu n'est soumis à aucune loi, à aucun juge. Locke utilise alors cet argument contre son auteur pour expliquer que, sous un prince absolu, il n'y a pas de société civile⁶⁸⁰. Le pouvoir ne peut ni être absolu, ni être

677« La nature humaine étant ce qu'elle est, une sorte de régime est requise par la loi de nature ; et étant donné qu'il y en a beaucoup de sorte, la nature ne lie personne, mais laisse le choix comme une chose arbitraire [au sens de librement décidée]. Au début, lorsqu'une certaine sorte de régime fut approuvée, il se peut qu'à ce moment là la manière de gouverner n'ait pas été pensée plus avant, mais tous ont permis selon leur sagesse et à leur discrétion qui devait régner ; jusqu'à ce que par expérience ils découvrent que cela était en toutes choses très inopportun, et que la chose qu'ils avaient pensée être un remède n'avait en réalité qu'augmenté la plaie qu'elle aurait dû soigner. Ils ont vu que vivre par la volonté d'un homme était la cause de la souffrance de tous les autres. Cela les a contraint à se mettre sous des lois, où tous les hommes peuvent voir leurs devoirs à l'avance, et connaître les pénalités qu'ils encourent en les transgressant. » [T.d.A.] « *The case of man's nature standing therefore as it doth, some kind of regiment the Law of Nature doth require ; yet the kinds thereof being many, Nature tieth not to any one, but leaveth the choice as a thing arbitrary. At the first when some certain kind of regiment was once approved, it may be that nothing was then further thought upon for the manner of governing, but all permitted unto their wisdom and discretion which were to rule; till by experience they found this for all parts very inconvenient, so as the thing which the had devised for a remedy did indeed but increase the sore which it should have cured. They saw that to live by one man's will became the cause of every men's misery. This constrained them to come unto laws, wherein all men might see their duties beforehand, and know the penalties of transgressing them.* » *Of the laws of Ecclesiastical Polity*, livre 1, Chap. 10, §5.

678« Mais bien que les hommes lorsqu'ils entrent en société abandonnent l'égalité, la liberté, et le pouvoir exécutif qu'ils avaient dans l'état de Nature dans les mains de la société, pour qu'il en soit disposé par le législatif autant que le bien de la société le requiert, pourtant ils le font seulement avec une intention, en chacun d'eux, la meilleure, de préserver eux-même, leur liberté et propriété (car aucune créature rationnelle ne peut être supposée changer sa condition avec l'intention de l'empirer), le pouvoir de la société ou législatif constitué par eux ne peut jamais être supposé s'étendre au-delà du bien commun, mais est obligé de garantir la sécurité de chacun en protégeant contre ces trois défauts sus-mentionnés qui rendent l'état de Nature si insécure et malaisé. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *But though men when they enter into society give up the equality, liberty, and executive power they had in the state of Nature into the hands of the society, to be so far disposed of by the legislative as the good of the society shall require, yet it being only with an intention in every one the better to preserve himself, his liberty and property (for no rational creature can be supposed to change his condition with an intention to be worse), the power of the society or legislative constituted by them can never be supposed to extend farther than the common good, but is obliged to secure every one's property by providing against those three defects above mentioned that made the state of Nature so unsafe and uneasy.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 9, §90.

679Voir par exemple *Ibid.*, chap. 9, §127 ou chap. 11, sur l'étendu du pouvoir législatif ; chap. 13, §149.

680« Car il [le prince absolu] est supposé avoir tous les pouvoirs, à la fois législatif et exécutif, en lui seul, il n'y a aucun juge qui puisse être trouvé, aucun appel ne peut être formé devant une quelconque personne, qui pourrait équitablement et indifféremment, et avec autorité décider, et duquel le dédommagement et la réparation pourraient être attendus d'un quelconque dommage ou trouble qu'il souffrirait par sa faute, ou par son ordre. » [T.d.A.] « *For he being supposed to have all, both legislative and executive, power in himself alone, there is no judge to be found,*

arbitraire, ni porter atteinte au droit de propriété, car la « loi fondamentale de la Nature »⁶⁸¹, qui est « antérieure et supérieure à toutes les lois positives des hommes »⁶⁸², conserve une force obligatoire, y compris après l'institution de l'État.

Ainsi, chez Locke, la limite et l'horizon de tout pouvoir politique sont les droits des individus qui l'ont constitué⁶⁸³. Par les droits des individus, il justifie le principe de légalité et l'impossibilité ontologique de tout arbitraire⁶⁸⁴. La société n'est plus finalisée par la recherche d'un juste transcendantal, mais au contraire par la recherche d'une justice pour chacun et contre tous, sans quoi la société n'est pas constituée. En conséquence, toute société injuste n'en est pas une, car elle est indigne du nom de société⁶⁸⁵. Locke pose ainsi la condition de validité de la constitution d'une société : le respect des droits des individus. Néanmoins, la société n'est pas simplement faite pour les individus, elle est faite par eux, ou au moins par la majorité d'entre-eux.

b. L'origine de la société : la volonté de la majorité des individus de la communauté

Pour Locke, comme pour ses prédécesseurs contractualistes, la société est un artéfact produit par la conclusion d'un contrat entre individus libres et égaux (i). Il innove toutefois en considérant que le souverain réel n'est pas la communauté ou l'autorité instituée, mais la majorité des membres composant la société (ii).

i. La société un artéfact produit par la conclusion d'un contrat entre individus libres et égaux

159. La société est non seulement faite pour les individus, mais elle est faite par eux⁶⁸⁶ : elle est instituée par le consentement d'individus libres et égaux, qui la constituent⁶⁸⁷. Le consentement des

no appeal lies open to any one, who may fairly and indifferently, and with authority decide, and from whence relief and redress may be expected of any injury or inconveniency that may be suffered from him, or by his order. » *Ibid.*, chap. 7, §90.

681 Voir notamment, *Ibid.*, chap. 11, §134 ; §140 ; chap. 14, §159.

682 [T.d.A.] « *a law antecedent and paramount to all positive laws of men* » *Ibid.*, chap. 14, §168.

683 « Et donc quiconque a le législatif ou pouvoir suprême de quelque *commonwealth*, est obligé de gouverner en établissant des lois fixes, promulguées et connues du peuple, et non par des décrets improvisés, par des juges indépendants et droits, qui doivent trancher les litiges en fonction de ces droits ; et d'employer la force de la communauté sur le territoire uniquement en exécution de ces lois, ou à l'étranger pour prévenir ou réparer les dommages étrangers et protéger la communauté des invasions. Et tout cela doit avoir pour seul but la paix, la sûreté, et le bien public du peuple. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *And so, whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth, is bound to govern by established standing laws, promulgated and known to the people, and not by extemporary decrees, by indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws; and to employ the force of the community at home only in the execution of such laws, or abroad to prevent or redress foreign injuries and secure the community from inroads and invasion. And all this to be directed to no other end but the peace, safety, and public good of the people.* » *Ibid.*, chap. 9, §90 ; voir aussi chap. 11, §136.

684 Voir aussi *Ibid.*, chap. 11, §135 ; chap. 14, §179 ; chap. 15, §171, §172 ; chap. 19, §222.

685 *Ibid.*, chap. 14, §163 ; chap. 15, §174.

686 Sur l'argument du fabricant chez Locke voir TERREL, *op. cit.*, p. 242-250.

687 « En conséquence, quiconque sort de l'état de Nature et s'unit dans une communauté doit être compris comme ayant abandonné tout le pouvoir nécessaire aux fins pour lesquelles *ils s'unissent en société* à la majorité de la communauté, à moins qu'ils se soient expressément accordés sur un nombre plus grand que la majorité. Et cela se fait simplement en *s'accordant pour s'unir en une société politique, c'est le seul contrat qu'il y ait*, ou dont il soit

individus détermine la validité de l'ordre politique⁶⁸⁸. Tout gouvernement ne reposant pas sur le consentement de ses membres est non seulement illégal, mais purement et simplement inexistant⁶⁸⁹. Comme chez Lawson et Hooker⁶⁹⁰, il ne s'agit pas d'un simple assentiment (*assent*), mais d'un réel consentement (*consent*). La société est ainsi faite par un contrat (*compact*) que les individus passent ensemble⁶⁹¹.

ii. La souveraineté de la majorité

160. Une fois la communauté créée, les individus ainsi incorporés sont libres de choisir la forme de gouvernement qu'ils croient bonne⁶⁹². Comme Lawson, il distingue bien la formation de la société de l'établissement du gouvernement. Toutefois, ce n'est pas la communauté qui agit en corps pour choisir le gouvernement, mais ce sont les individus qui opèrent ce choix. Il se trouve ainsi face au problème qu'avait déjà rencontré Pufendorf⁶⁹³ : comment un ensemble d'hommes peuvent prendre une décision au nom de la collectivité alors qu'aucune procédure de prise de décision n'a encore été choisie par la collectivité ?

Il introduit alors l'idée que le principe majoritaire doit être admis par tout être rationnel et qu'il est ainsi présumé au sein de toute communauté. Pour justifier la nécessité d'adhérer au principe majoritaire, il utilise la notion de constitution et exploite la métaphore anthropomorphique

besoin, entre des individus qui entrent en ou font un *commonwealth*. Et donc, ce qui commence et *constitue vraiment toute société politique* n'est rien d'autre que le consentement d'un nombre quelconque d'hommes libres capables de majorité, à *s'unir et de s'incorporer en une telle société*. Et c'est cela, et cela seulement, qui a ou pourrait donner un commencement à *tout gouvernement légal* dans le monde. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *Whosoever, therefore, out of a state of Nature unite into a community, must be understood to give up all the power necessary to the ends for which they unite into society to the majority of the community, unless they expressly agreed in any number greater than the majority. And this is done by barely agreeing to unite into one political society, which is all the compact that is, or needs be, between the individuals that enter into or make up a commonwealth. And thus, that which begins and actually constitutes any political society is nothing but the consent of any number of freemen capable of majority, to unite and incorporate into such a society. And this is that, and that only, which did or could give beginning to any lawful government in the world.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 8, §99.

688« Et ce pouvoir [de faire des lois] tient son origine seulement du contrat et accord et du consentement mutuel de ceux qui ont fait la communauté. » [T.d.A.] « *And this power [to make laws] has its original only from compact and agreement and the mutual consent of those who make up the community.* » *Ibid.*, chap. 15, §171.

689*Ibid.*, chap. 16, §175.

690*Of the laws of Ecclesiastical Polity*, livre 1, Chap. 10, §4.

691Sur la notion de contrat chez Locke voir TERREL, *Op. cit.*, p. 250-272.

692« Donc, en regardant aussi loin que les archives nous informent sur le peuplement du monde, et l'histoire des nations, nous trouvons communément le gouvernement en une main, mais cela n'anéantit pas ce que j'ai affirmé, c'est-à-dire que *le commencement de la société politique* dépend du consentement des individus à *se joindre en et à faire une société*, qui, lorsqu'ils sont ainsi incorporés, peuvent établir la forme de gouvernement qu'ils pensent bonne. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *Thus, though looking back as far as records give us any account of peopling the world, and the history of nations, we commonly find the government to be in one hand, yet it destroys not that which I affirm—viz., that the beginning of politic society depends upon the consent of the individuals to join into and make one society, who, when they are thus incorporated, might set up what form of government they thought fit.* » Nous soulignons. *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 8, §106.

693PUFENDORF, *op. cit.*, VII, II, §VII et voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, A.

qu'elle permet⁶⁹⁴. La notion de constitution sert à désigner simultanément l'institution du pouvoir, sa règle de fonctionnement et la composition du corps politique. La constitution de la société contient en elle le principe majoritaire. En conséquence, la majorité des individus ont naturellement tout le pouvoir de la communauté en eux⁶⁹⁵.

Cette majorité dispose du pouvoir de déterminer la forme du gouvernement et de consentir à l'impôt⁶⁹⁶. Le pouvoir législatif n'est sacré et inaltérable que parce qu'il a été institué par la communauté⁶⁹⁷. Ce pouvoir de dire qui a le pouvoir suprême, ou pouvoir constituant, n'appartient qu'à la majorité. En conséquence, le législatif, une fois constitué, ne peut jamais déléguer son pouvoir⁶⁹⁸.

Chez Locke, le pouvoir constituant n'appartient qu'au peuple, ou plutôt à la majorité des individus qui le composent⁶⁹⁹. Cette majorité peut ainsi instituer un gouvernement au moment de la fondation du gouvernement ou à la suite de sa dissolution et le législatif est toujours lié par le cadre fixé par elle.

694« Une telle constitution [qui refuserait le principe majoritaire et n'admettrait que la règle de l'unanimité] ferait vivre le puissant léviathan moins longtemps que les plus faibles créatures, et ne le laisserait pas survivre au jour de sa naissance, ce qui ne peut être admis tant que nous pensons que des créatures rationnelles pourraient désirer et constituer des sociétés uniquement pour qu'elles soient dissoutes. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *Such a constitution as this would make the mighty leviathan of a shorter duration than the feeblest creatures, and not let it outlast the day it was born in, which cannot be supposed till we can think that rational creatures should desire and constitute societies only to be dissolved.* » *Second traité...*, chap. 8, §98.

695« La majorité ayant, comme cela a été montré, sur la première union des hommes en société, tout le pouvoir de la communauté naturellement en eux, peuvent employer tout ce pouvoir à faire des lois pour la communauté de temps et temps, et exécuter ces lois par des officiers de leur choix, et alors la forme du gouvernement est une démocratie parfaite ; ou bien peuvent mettre ce pouvoir de faire les lois entre les mains d'un petit nombre d'hommes, et leur héritiers ou successeurs, et alors c'est une oligarchie ; ou bien dans les mains d'un homme, et c'est une monarchie ; si c'est à lui et ses descendants, c'est une monarchie héréditaire ; si c'est à lui à vie, mais à sa mort le pouvoir de nommer un successeur leur revient, une monarchie élective. Et ainsi faire des formes composées ou mixtes de gouvernement, comme ils le jugent bon. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *The majority having, as has been showed, upon men's first uniting into society, the whole power of the community naturally in them, may employ all that power in making laws for the community from time to time, and executing those laws by officers of their own appointing, and then the form of the government is a perfect democracy; or else may put the power of making laws into the hands of a few select men, and their heirs or successors, and then it is an oligarchy; or else into the hands of one man, and then it is a monarchy; if to him and his heirs, it is a hereditary monarchy; if to him only for life, but upon his death the power only of nominating a successor, to return to them, an elective monarchy. And so accordingly of these make compounded and mixed forms of government, as they think good.* » *Ibid.*, chap. 10, §132.

696 *Ibid.*, chap. 11, §140.

697« Ce législatif est non seulement le pouvoir suprême du *commonwealth*, mais sacré et inaltérable dans les mains dans lesquelles la communauté l'a placé. » [T.d.A.] « *This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it.* » *Ibid.*, chap. 11, §134.

698« Le peuple seul peut fixer la forme du *commonwealth*, en constituant le législatif, et en fixant dans quelles mains il doit être. Et quand le peuple a dit : "Nous nous soumettrons, et seront gouvernés par les lois faites par tels hommes, et en telles formes", personne d'autre ne peut dire que d'autres hommes peuvent faire des lois pour eux ; ils ne peuvent être liés par aucune loi autre que celles qui sont adoptées par ceux qu'ils ont choisis et autorisés à faire les lois pour eux. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *The people alone can appoint the form of the commonwealth, which is by constituting the legislative, and appointing in whose hands that shall be. And when the people have said, "We will submit, and be governed by laws made by such men, and in such forms," nobody else can say other men shall make laws for them; nor can they be bound by any laws but such as are enacted by those whom they have chosen and authorised to make laws for them.* » *Ibid.*, chap. 11, §141.

699 *Ibid.*, chap. 14, §168 ; chap. 16, §176.

c. La réglementation de la société : une hiérarchie des normes à trois niveaux

Chez Locke, les fondateurs de la société, comme les gouvernements établis, sont soumis à la loi de nature qui constitue une norme suprême et immuable. Ensuite, le législatif est soumis, non seulement à la loi de nature, mais également à la forme de gouvernement qui fut fixée par les pères fondateurs (i). La constitution de la société doit donc obéir à la loi de nature, mais elle oblige le législateur. Enfin, l'ensemble de la société est régie par les lois fixées par le législateur et les membres de la société sont contraints de s'y soumettre tant qu'il n'est pas injuste (ii). Les actes des individus et de l'exécutif sont donc soumis à la loi ordinaire.

i. La double subordination du législatif à la constitution positive et à la constitution naturelle

161. Le législatif, qui est le pouvoir suprême au sein de l'État, est toujours doublement subordonné : d'une part, il est subordonné au cadre (*frame*) fixé par la majorité ; d'autre part, il est toujours soumis à la loi de nature et à Dieu. Tant qu'il respecte ces principes, il est suprême et tous les autres pouvoirs de l'État lui sont soumis. Chez Locke comme chez Lawson, la constitution établit un ordre de subordination. Dans le treizième chapitre de son *Second Traité* consacré à la subordination des pouvoirs du *commonwealth*, Locke expose la subordination de tous les pouvoirs au législatif et celle du législatif au peuple, lorsqu'il agit contrairement à la confiance placée en lui⁷⁰⁰.

Locke fait d'ailleurs du respect des fins de la société le critère d'existence du pouvoir politique : le gouvernement est institué à des fins déterminées et, dès lors qu'il ne les respecte plus, il est automatiquement dissout⁷⁰¹. Les lois fondamentales de la nature forment donc une constitution éternelle qui conditionne la validité de la constitution positive :

« Car tout pouvoir donné avec confiance pour atteindre un but étant limité par ce but, quand ce but est manifestement négligé ou contrarié, la confiance doit être nécessairement reprise, et le pouvoir transféré dans les mains de ceux qui l'ont donné, qui peuvent le placer à nouveaux où il considère que c'est le meilleur pour leur sûreté et sécurité. Et donc *la communauté conserve perpétuellement un pouvoir suprême* de se protéger des tentatives et desseins de quiconque, même leur législateurs, lorsqu'ils sont si bêtes ou si méchants qu'ils préparent et exécutent des desseins contraires aux libertés et propriétés du

700« Bien que dans un *commonwealth constitué* reposant sur ses propres bases et agissant conformément à sa propre nature – c'est-à-dire, agissant pour la préservation de la communauté, il ne peut y avoir qu'un pouvoir suprême, qui est le législatif, auquel tous les autres sont et doivent être subordonnés, pourtant le législatif n'étant qu'un pouvoir fiduciaire d'agir pour certaines fins, il reste encore dans le peuple le pouvoir de destituer ou altérer le législatif, quand ils trouvent que le législatif agit contrairement à la confiance placée en eux. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *Though in a constituted commonwealth standing upon its own basis and acting according to its own nature—that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them.* » *Ibid.*, chap. 13, §149.

701 Voir *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19, de la dissolution du gouvernement.

sujet. Car aucun homme ou société d'hommes n'ayant le pouvoir de livrer leur préservation, ou conséquemment les moyens de le faire, à la volonté absolue et domination arbitraire d'un autre, lorsque quelqu'un les réduirait à un telle condition servile, ils auront toujours le droit de préserver ce qu'ils n'avaient pas le pouvoir de céder, et de se libérer de ceux qui envahissent *cette loi fondamentale, sacrée et inaliénable d'auto-préservation pour laquelle ils sont entrés en société.* »⁷⁰²

Lorsque la constitution positive est corrompue, elle cesse d'être valide et devient nulle *ipso facto*. La société n'est pas dissoute pour autant⁷⁰³ mais elle se trouve à nouveau dans un état « anté-archique »⁷⁰⁴. Ainsi, la société préexiste toujours au gouvernement et le bien de ses membres le prime absolument.

ii. La subordination au législatif dans un État constitué

162. Locke admet, avec Hobbes, Pufendorf et Lawson, qu'il serait impossible qu'un ordre politique fixe existe si deux puissances étaient simultanément souveraines. Il retient ainsi la solution proposée par Lawson : la communauté n'a le pouvoir suprême qu'avant l'institution d'un gouvernement ou après sa dissolution⁷⁰⁵. Lorsque le gouvernement est dissout, la communauté recouvre le droit de choisir le meilleur gouvernement⁷⁰⁶. En revanche, tant que les pouvoirs institués respectent les principes du droit naturel et le cadre de leurs pouvoirs⁷⁰⁷, c'est-à-dire tant qu'un gouvernement légal ou valide existe, il est impossible de le changer⁷⁰⁸. Dans un « *commonwealth*

⁷⁰²Nous soulignons. [T.d.A.] « *For all power given with trust for the attaining an end being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators, whenever they shall be so foolish or so wicked as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject. For no man or society of men having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another, whenever any one shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve what they have not a power to part with, and to rid themselves of those who invade this fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation for which they entered into society.* » *Ibid.* Voir aussi, *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19, §222.

⁷⁰³« Celui qui veut, avec un peu de clarté, parler de la dissolution du gouvernement, doit d'abord distinguer entre la dissolution de la société et la dissolution du gouvernement. » [T.d.A.] « *He that will, with any clearness, speak of the dissolution of government, ought in the first place to distinguish between the dissolution of the society and the dissolution of the government.* » *Ibid.*, chap. 19, §211.

⁷⁰⁴Sur ce point voir Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001 ; –, « Les sources de la distinction entre société et gouvernement chez Locke » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles ZARKA, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 247.

⁷⁰⁵« Et donc la communauté peut être à cet égard regardée comme étant *toujours le pouvoir suprême*, mais ne peut être ainsi considérée sous une quelconque forme de gouvernement, car ce pouvoir du peuple ne peut jamais se matérialiser avant que le gouvernement ne soit dissout. » Nous soulignons. « *And thus the community may be said in this respect to be always the supreme power, but not as considered under any form of government, because this power of the people can never take place till the government be dissolved.* » *Ibid.* Voir aussi, *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19, §220.

⁷⁰⁶*Ibid.*, chap. 19, §227.

⁷⁰⁷*Ibid.*, chap. 19, §§212-222.

⁷⁰⁸*Ibid.*, chap. 19, §243.

constitué », c'est-à-dire valablement établi, seul le pouvoir législatif est suprême⁷⁰⁹ et tous les pouvoirs lui sont subordonnés. Il suit donc Lawson en considérant qu'il n'y a pas de coexistence de ces deux pouvoirs suprêmes, celui de la société et celui du législatif. Une fois que les lois sont faites tous ceux qui ont contribué à les faire y sont également théoriquement soumis⁷¹⁰.

L'exécutif doit en principe exécuter les lois positives et être guidée par ces lois antérieures⁷¹¹. Cette suprématie du législatif est cependant à relativiser car Locke l'associe à une théorie de la prérogative reconnue aux détenteurs du pouvoir exécutif d'après laquelle « la prérogative n'est rien d'autre que le pouvoir de faire le bien public sans règle »⁷¹². Les dirigeants ont alors le droit de déroger à la loi positive pour le bien public et Dieu seul est juge du bon ou du mauvais usage de cette prérogative⁷¹³. Locke évoque la possibilité de fixer des limites précises à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, mais n'en fait pas une nécessité⁷¹⁴. Cette idée n'est pas sans rappeler les théories relatives à l'état d'exception.

163. La puissance suprême du législatif peut, comme chez Lawson, être détenue conjointement par plusieurs organes et l'un d'eux peut être le pouvoir exécutif⁷¹⁵. Lorsque celui qui détient le pouvoir exécutif doit consentir aux lois, il n'est pas dans un rapport de subordination vis-à-vis des autres organes et, dans cette mesure, il peut également être considéré comme suprême⁷¹⁶. Néanmoins, les membres de la société ne doivent pas lui obéir personnellement, mais en tant qu'il exécute les lois ; ils n'obéissent alors qu'à la « volonté publique de la société »⁷¹⁷. Sous cette forme de gouvernement, la puissance suprême n'est ni séparée (car elle est détenue conjointement par plusieurs organes), ni absolue (car aucun organe n'a seul le pouvoir de faire les lois), ni arbitraire (car l'organe qui exécute les lois ne peut décider seul de leur contenu). Ainsi, aucun organe n'est souverain et, en ce sens, il est possible de dire que « la société peut ainsi être solidement fondée sans le concept de souveraineté »⁷¹⁸.

En revanche, si celui qui détient le pouvoir exécutif n'a pas une part du pouvoir législatif, il

709 *Ibid.*, chap. 13, §150.

710 *Ibid.*, chap. 13, §143.

711 *Ibid.*, chap. 13, §147.

712 « For "prerogative is nothing but the power of doing public good without a rule." » *Ibid.*, chap. 14, §166.

713 *Ibid.*, chap. 14, §168.

714 *Ibid.*, chap. 14, §164.

715 Voir notamment sur ce point Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnel française*, L.G.D.J., 1973.

716 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13, §151.

717 « les membres [de la société] ne devant l'obéissance qu'à la volonté publique de la société » [T.d.A.] « *the members owing no obedience but to the public will of the society.* » *Ibid.*, chap. 13, §152.

718 Jean-Fabien SPITZ, « Les sources de la distinction entre société et gouvernement chez Locke » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles ZARKA, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 250.

« est visiblement subordonné et responsable devant lui, et peut être à loisir changé et déplacé »⁷¹⁹. Ce second modèle fut retenu par Rousseau⁷²⁰. En tout état de cause, les pouvoirs exécutif et législatif doivent être dans des mains distinctes pour que le gouvernement soit une monarchie modérée ou, plus généralement, un gouvernement bien fait (*well-framed government*)⁷²¹ ou bien ordonné⁷²².

d. La constitution originelle : loi positive et suprême qui établit et régleme le pouvoir politique

164. Dans les limites prédéterminées des lois de nature, il peut exister diverses formes de gouvernement. Pour savoir, dans un État donné, quelles sont les règles régissant l'exercice du pouvoir politique, Locke estime qu'il faut se fonder sur les origines de l'établissement du pouvoir politique, souscrivant ainsi aux conceptions d'Hotman et de Lawson. Il se réfère à des pères fondateurs (« *first framers of the government* »⁷²³) et à une « constitution originelle » (« *original constitution* ») qui est le premier acte pris par la société. Cet acte fondamental et fondateur est celui par lequel le législatif est établi :

« L'excellent but des hommes entrant en société étant la jouissance de leurs propriétés en paix et en sûreté, et les excellents instrument et moyens de cela étant les lois établies dans cette société, la *première et fondamentale loi positive* de tous les *commonwealths*, est l'établissement du pouvoir législatif, comme la première et fondamentale loi naturelle est de gouverner même le législatif. »⁷²⁴

« La constitution du législatif étant l'acte originel et suprême de la société, antérieur à toutes les lois positives en elle, et dépendant entièrement du peuple, aucun pouvoir inférieur ne peut l'altérer. »⁷²⁵

« Car l'essence et union de la société réside dans le fait d'avoir une volonté, le législatif, une fois établi par la majorité, est celui qui déclare et, en quelque sorte, garde cette volonté. La constitution du législatif est le *premier et fondamental acte de société*, par lequel des dispositions sont prises pour la continuation de leur union sous la direction de personnes et les liens des lois, faites par des personnes autorisées par eux, par le consentement et la nomination du peuple, sans lesquels aucun homme, ou nombre d'hommes, parmi eux ne peut avoir l'autorité de faire des lois qui puissent lier les autres. »⁷²⁶

719« *The executive power placed anywhere but in a person that has also a share in the legislative is visibly subordinate and accountable to it, and may be at pleasure changed and displaced.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13, §152.

720Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, C.

721*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 14, §159.

722*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 12, §143.

723*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13, §156.

724Nous soulignons. [T.d.A.] « *The great end of men's entering into society being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society, the first and fundamental positive law of all commonwealths is the establishing of the legislative power, as the first and fundamental natural law which is to govern even the legislative.* » *Ibid.*, chap. 14, §134.

725Nous soulignons. [T.d.A.] « *the constitution of the legislative being the original and supreme act of the society, antecedent to all positive laws in it, and depending wholly on the people, no inferior power can alter it* » [T.d.A.] *Ibid.*, chap. 13, §157.

726Nous soulignons. [T.d.A.] « *For the essence and union of the society consisting in having one will, the legislative, when once established by the majority, has the declaring and, as it were, keeping of that will. The constitution of the legislative is the first and fundamental act of society, whereby provision is made for the continuation of their union*

Locke emploie le terme constitution pour désigner le premier acte pris par la société, celui par lequel elle crée et réglemente l'exercice du pouvoir politique. Cette constitution originelle est une loi supérieure et antérieure à toutes les autres lois de la société ; elle est fondamentale. Elle peut, par exemple, réglementer la fréquence et la durée des sessions du pouvoir législatif⁷²⁷. La constitution originelle est ainsi chez John Locke la loi positive suprême qui réglemente l'exercice du pouvoir politique.

Locke théorise également la transition constitutionnelle c'est-à-dire le changement de constitution qui peut s'opérer soit par la restauration de la constitution originelle, soit par l'établissement d'une nouvelle constitution originelle.

e. Les révolutions : la restauration de la constitution originelle et l'établissement d'une nouvelle constitution originelle

165. L'obéissance est due à cette constitution originelle. Locke justifie ainsi la révolution par la régénération. Cette restauration de l'ordre originelle n'est pas la subversion de l'ordre politique, mais son rétablissement. Cette argumentation est favorable à la Glorieuse Révolution. Dans sa préface, il espère que son traité suffise à « établir sur le trône de notre grand restaurateur, notre présent Roi Guillaume »⁷²⁸. Une « ancienne coutume » peut donc être abandonnée au profit d'un retour aux origines, d'une restauration rectifiant les désordres introduit inévitablement et insensiblement par l'effet du temps⁷²⁹. Cette restauration, conforme au « cadre » originel du gouvernement (*original frame of the government*), est le rétablissement de l'ordre « véritable » de la société et corrige l'ordre corrompu et dégénéré. Cette rhétorique de la restauration est partiellement

under the direction of persons and bonds of laws, made by persons authorised thereunto, by the consent and appointment of the people, without which no one man, or number of men, amongst them can have authority of making laws that shall be binding to the rest. » *Ibid.*, chap. 19 §212.

727« le pouvoir de convoquer le législatif est ordinairement donné à l'exécutif, et a l'une de ces deux limitations temporelles : soit la *constitution originelle* prévoit qu'ils s'assemblent et agissent à certains intervalles ; et alors le pouvoir exécutif ne fait qu'édicter les indications relatives à leur élection et leur réunion selon les formes prévues ; soit il est laissé à sa prudence de convoquer de nouvelles élections lorsque les circonstances et les exigences du public requiert l'amendement d'anciennes ou l'édiction de nouvelles lois, ou la réparation ou la prévention de tout trouble qui est dans ou qui menace le peuple. » Nous soulignons. [T.d.A.] « *the power of convoking the legislative is ordinarily placed in the executive, and has one of these two limitations in respect of time:—that either the original constitution requires their assembling and acting at certain intervals; and then the executive power does nothing but ministerially issue directions for their electing and assembling according to due forms; or else it is left to his prudence to call them by new elections when the occasions or exigencies of the public require the amendment of old or making of new laws, or the redress or prevention of any inconveniencies that lie on or threaten the people.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13 §154.

« En supposant que la réglementation de la périodicité et de la durée de ses sessions du législatif n'est pas fixée par la constitution originelle, cela revient naturellement dans les mains de l'exécutif » [T.d.A.] « *supposing the regulation of times for the assembling and sitting of the legislative not settled by the original constitution, it naturally fell into the hands of the executive* » chap. 13 §156 ; voir aussi §153.

728*Second traité sur le Gouvernement Civil*, Préface.

729*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13 §158.

reprise à la Prérévolution puis à la Révolution sous le thème de la régénération⁷³⁰.

166. Hors du cas de la restauration de l'ordre originel, la société peut changer de gouvernement et donc adopter une nouvelle constitution originelle lorsque le gouvernement est dissout. Tel est le cas lorsque soit le législatif est altéré⁷³¹, soit les législateurs ont agi en contrariété avec la fin pour laquelle ils ont été « constitués »⁷³².

Le premier cas correspond à la situation de l'Angleterre dans la Glorieuse Révolution. Locke liste les cas dans lesquels le législatif est considéré comme altéré, dans une constitution ressemblant à la constitution anglaise⁷³³. Il y a altération du législatif lorsque le prince s'approprie le pouvoir législatif⁷³⁴, qu'il empêche le législatif de se réunir⁷³⁵, qu'il altère les élections ou mode de scrutin sans le consentement et contrairement à l'intérêt commun du peuple⁷³⁶ ou lorsque le prince ou le législatif livre le peuple à la sujétion d'une puissance étrangère⁷³⁷ ou encore lorsque le prince néglige ou abandonne sa charge⁷³⁸. L'ensemble de ces cas correspondent aux accusations prononcées contre Jacques II dans le Bill of rights de 1689. Le Roi Jacques II est accusé d'avoir « entrepris de subvertir et de détruire la religion protestante et les lois et libertés de ce royaume : en ayant pris et exercé le pouvoir de dispenser et suspendre les lois sans le consentement du Parlement ; [...] en violant la liberté d'élection des membres qui servent dans le Parlement ». Enfin, ils considèrent qu'il « a abdiqué le gouvernement » et que « le trône est vacant ». Les cas qu'il décrit et dans des cas similaires, Locke estime que le peuple a le droit d'ériger un nouveau législatif, c'est-à-dire de faire une nouvelle constitution originelle, soit en changeant les personnes, ou les formes ou les deux, d'après ce qu'ils trouveront le meilleur pour leur sécurité et leur bien⁷³⁹. Ce droit est une conséquence du droit originel qu'a la société de se préserver. Cette préservation ne pouvant être réalisée que par « un législatif établi et une exécution juste et impartiale des lois faites par lui »⁷⁴⁰. La Glorieuse Révolution est ainsi un hybride entre la restauration et l'établissement d'une nouvelle constitution à la suite de la dissolution du gouvernement. Le changement de « personnes », c'est-à-dire le choix d'une nouvelle famille régnante relève de la révolution, de l'établissement d'une nouvelle constitution. En revanche, les « formes » restent les mêmes et sont restaurées par

730 Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2 et Chapitre 3.

731 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §§214-219.

732 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §§221-222, 227.

733 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §213.

734 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §214.

735 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §215.

736 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §216.

737 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §217.

738 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §219.

739 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §220.

740 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §220.

Guillaume III qui ne fait alors que rétablir la constitution originelle⁷⁴¹.

167. Le second cas reprend pour l'essentiel le raisonnement développé dans l'acte d'accusation à l'encontre de Charles I^{er} de 1649. Locke lui emprunte également sa terminologie. Cet acte d'accusation déclare : « Charles Stuart, étant admis comme Roi d'Angleterre, par là se voyant confié (*trusted*) un pouvoir limité, de gouverner par et conformément aux lois du pays (*laws of the land*), et non autrement ; et, par cette charge (*trust*), serment et office, étant obligé d'utiliser le pouvoir qui lui est confié pour le bien et l'avantage du peuple, et pour la préservation de leurs droits et libertés ». Il est ensuite accusé d'avoir voulu s'arroger un « pouvoir illimité et tyrannique de gouverner d'après sa volonté » et de « renverser les droits et libertés du peuple », d'avoir voulu « enlever et annuler (*make void*) les fondations susmentionnées et tous les recours et remèdes contre un mauvais gouvernement qui, par les constitutions fondamentales du royaume, étaient réservés, au nom du peuple, dans le droit et le pouvoir de parlements ou réunions nationales du conseil fréquents et réguliers ». L'acte d'accusation précise alors que, par ce dessein, Charles Stuart a « déclaré la guerre au parlement actuel et le peuple par-là représenté »⁷⁴². Cette présentation théorique du pouvoir monarchique rejoint les théories des monarchomaques qui autorisent le tyrannicide lorsque le roi ne respecte pas les conditions auxquelles son pouvoir lui a été confié.

Locke reprend presque mot pour mot ce raisonnement. Il estime que « lorsque les législateurs entreprennent de prendre et de détruire la propriété du peuple, ou de les réduire en esclavage sous un pouvoir arbitraire, ils se placent dans un état de guerre avec le peuple »⁷⁴³. Il conserve ainsi la rhétorique d'une guerre entre le peuple et son roi, mais évacue l'idée d'une guerre contre l'institution du parlement qui représente le peuple. Il poursuit ensuite lorsque les législateurs⁷⁴⁴ « transgressent cette règle fondamentale de la société, et par ambition, peur, folie ou

⁷⁴¹*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13 §158.

⁷⁴²« *That the said Charles Stuart, being admitted king of England, and therein trusted with a limited power, to govern by and according to the laws of the land, and not otherwise; and by this trust, oath, and office, being obliged to use the power committed to him for the good and benefit of the people, and for the preservation of their rights and liberties; yet, nevertheless, out of a wicked design to erect and uphold in himself an unlimited and tyrannical power to rule according to his will, and to overthrow the rights and liberties of the people, yea, to take away, and make void the foundations thereof, and of all redress and remedy of mis-government, which, by the fundamental constitutions of this kingdom, were reserved, on the people's behalf, in the right and power of frequent and successive parliaments, or national meetings in council,— he, the said Charles Stuart, for accomplishing such his designs, and for the protecting of himself and his adherents, in his and their wicked practices, to the same ends hath traiterously and maliciously levied war against the present parliament, and the people therein represented.* » The Charge of the Commons of England against Charles Stuart, King of England, of High Treason, and other high Crimes, exhibited to the High Court of Justice, Saturday, the 20 of January, 1648.

⁷⁴³*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §222.

⁷⁴⁴C'est-à-dire n'importe quel organe exerçant le pouvoir législatif : soit le prince, soit l'assemblée de la noblesse, soit l'assemblée des représentants. Locke précise d'ailleurs : « ce que j'ai dit pour le législatif en général est également vrai concernant l'exécuteur suprême, qui s'étant vu doublement confié (*trust*) une part du législatif et la suprême exécution de la loi, agit contre les deux, lorsqu'il établit sa volonté arbitraire comme loi de la société. » [T.d.A.] « *What I have said here concerning the legislative in general holds true also concerning the supreme executor, who*

corruption, entreprennent de prendre, ou de mettre dans les mains d'un autre, un pouvoir absolu sur les vies, libertés et biens du peuple, par cet abus de confiance (*breach of trust*), ils abandonnent le pouvoir que le peuple avait placé en eux pour des fins opposées, et il revient au peuple, qui a le droit de reprendre sa liberté originelle, et en établissant un nouveau législatif (tel qu'il le juge convenable), pourvoit à sa sûreté et sécurité (*safety and security*) »⁷⁴⁵. Il poursuit ensuite en condamnant les atteintes à la liberté électorale par l'exécuteur suprême, qui était un des chefs d'accusation contre Jacques II. Il considère que ces atteintes constituent également un abus de confiance (*breach of trust*) et une déclaration de l'intention de subvertir le gouvernement⁷⁴⁶. Il y a donc une violation de la « première institution » du suprême exécutif, c'est-à-dire de la constitution originelle. Cette violation justifie le droit de résistance du peuple : « lorsque ceux qui ont été établis pour la protection et la préservation du peuple, de leurs libertés et propriétés les envahissent et entreprennent de leur retirer par la force ; ils se place alors dans un état de guerre vis-à-vis avec ceux qui les ont fait protecteurs et gardiens de leur paix ; ils sont proprement et au plus haut degré des *rebellantes*, des rebelles »⁷⁴⁷. Les rebelles ne sont ainsi plus ceux qui se révoltent contre le pouvoir, mais les personnes exerçant le pouvoir contrairement à la constitution originelle et à la confiance qui avait été placée en eux : « l'abus de confiance (*breach of trust*) ne préserve pas la forme de gouvernement convenue »⁷⁴⁸. Le peuple dispose donc d'un droit de résister à son agresseur⁷⁴⁹, car le roi s'est « détrôné lui-même »⁷⁵⁰. Il n'est donc même plus roi et peut être poursuivi comme toute personne qui s'est mise dans un état de guerre avec le peuple⁷⁵¹.

Les concepts de confiance (*trust*), de limitation du pouvoir par les droits et libertés du peuple et par des constitutions fondamentales, contenus dans l'acte d'accusation contre Charles I^{er} sont donc repris par Locke. Il estime qu'il s'agit des droits et libertés du peuple, mais également des

having a double trust put in him, both to have a part in the legislative and the supreme execution of the law, acts against both, when he goes about to set up his own arbitrary will as the law of the society. » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §222.

745[T.d.A.] « *Whensoever, therefore, the legislative shall transgress this fundamental rule of society, and either by ambition, fear, folly, or corruption, endeavour to grasp themselves, or put into the hands of any other, an absolute power over the lives, liberties, and estates of the people, by this breach of trust they forfeit the power the people had put into their hands for quite contrary ends, and it devolves to the people, who have a right to resume their original liberty, and by the establishment of a new legislative (such as they shall think fit), provide for their own safety and security, which is the end for which they are in society.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §222.

746Ibid.

747« *When they who were set up for the protection and preservation of the people, their liberties and properties shall by force invade and endeavour to take them away; and so they putting themselves into a state of war with those who made them the protectors and guardians of their peace, are properly, and with the greatest aggravation, rebellantes, rebels.* » *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §227.

748*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §239.

749*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §232.

750*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §239.

751*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §239.

droits naturels des individus et il théorise la constitution fondamentale ou originelle. Le pouvoir de juger si le prince respecte la constitution originelle n'appartient plus aux représentants du peuple en son nom, mais à la collectivité des individus, au « corps du peuple », qui est juge du respect par leurs mandataires de la confiance (*trust*) qu'il a placé en eux⁷⁵² et arbitre lorsque la loi est silencieuse ou douteuse⁷⁵³. Néanmoins, si le prince ou un membre de l'administration refuse de se soumettre à cet arbitrage, il ne reste que l'appel au ciel⁷⁵⁴. Par là, Locke, comme Lawson avant lui, neutralise le droit de révolte qui n'est plus institutionnalisé et met fin au dualisme de la souveraineté présent chez les monarchomaques et dans l'acte d'accusation de Charles I^{er}.

Locke offrent des outils pour penser les révolutions qui sont soit des restaurations d'une constitution originelle, soit l'instauration d'une nouvelle constitution originelle à la suite de la dissolution du précédent gouvernement. Les révolutions par établissement d'une nouveau législatif, c'est-à-dire d'une nouvelle constitution originelle, peuvent elles-mêmes être partielles (changement de personnes) ou totales (changement de forme). En dernier, l'établissement partiel d'un nouveau législatif par changement de personne peut être combiné avec le rétablissement de la constitution (comme forme) originelle du législatif. La difficulté réside alors dans l'identification de la situation dans laquelle le gouvernement a été dissout.

Locke offre la première définition de la constitution originelle de la société. La constitution de la société a un but : la garantie des droits des individus. Elle a une origine : la volonté de la majorité de ces individus. En outre, dans toute société, il existe une hiérarchie à trois niveaux : la loi de nature est supérieure à la constitution qui gouverne ceux qui font les lois et les lois gouvernent tous les membres de la société. Il existe donc trois gouvernements : le gouvernement des hommes par Dieu et la nature, le gouvernement du législatif par la constitution originelle et le gouvernement des membres de la société par les lois de la société. Il développe également, à la suite de Lawson l'idée que le pouvoir législatif peut être partagé entre plusieurs organes, sans que la société s'en trouve menacée de dissolution. Cette répartition du pouvoir est même considérée comme une nécessité pour que la société réalise son but : garantir les droits des individus qui la composent.

John Locke participe donc à la construction du concept de constitution comme acte fondateur de la société et loi antérieure, supérieure à toutes les lois positives. L'école du droit naturel élabore et diffuse une définition de la constitution de la société proche de celle présentée par Locke.

752 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §240.

753 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §242.

754 *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 14 §168 ; chap. 19 §242.

§ 3. *La systématisation et la diffusion de la notion de constitution de la société par l'école du droit naturel et par Rousseau*

L'école du droit naturel, portée par des auteurs allemands (Pufendorf, Wolff) et suisses (Burlamaqui, Vattel), développe une théorie proche de celle de Locke concernant l'origine et la réglementation du pouvoir politique et emploie également les termes de société et de constitution.

Pufendorf considère que la société est constituée par deux contrats et une ordonnance (A). Burlamaqui et Vattel diffusent une telle conception contractualiste de la constitution de la société (B).

A. La constitution de la société : deux contrats et une ordonnance (Pufendorf)

La place de Pufendorf dans l'histoire des idées politiques est singulière. Il fut lu dès sa publication en latin et eut une importante influence chez ses contemporains. En France, il connu un succès très important après la traduction de ses œuvres par Barbeyrac. Ainsi, la pensée de Pufendorf fût diffusée par la publication de *De jure naturæ et gentium* en 1672 et 1684, pour une version largement augmentée, et de *De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, en 1673 qui est une version abrégée de son précédent ouvrage. Néanmoins, la traduction et les notes de Barbeyrac, qui s'apparentent parfois à une réécriture⁷⁵⁵, permirent d'exprimer, avec une terminologie moderne des idées qui l'étaient déjà. Par exemple, il traduit souvent *civitas* par société civile, *coetus* par corps et emploie constitution dans un sens moderne.

La traduction de Barbeyrac eut ainsi une influence sur l'évolution de la notion de constitution (1). Il associe ce terme à la théorie de l'origine des sociétés et du pouvoir politiques de Pufendorf (2) et la lie à la théorie du pouvoir constituant de Pufendorf (3).

⁷⁵⁵« Lorsque les pensées de l'Auteur étaient conçues d'une manière trop serrée, je les ai étendues et développées aussi nettement qu'il m'a été possible, en suivant toujours ses principes ; comme d'autre côté j'ai retranché les répétitions inutiles et les superfluités qui ne faisaient qu'embarrasser et allonger inutilement une période. J'ai corrigé tous les endroits, où l'Auteur par une inadvertance manifeste, s'exprimait contre sa pensée, ou d'une manière peu exacte ; j'ai ajouté de petites transitions partout où elles m'ont paru nécessaires ; j'ai corrigé les fautes qu'il y avait dans la traduction des passages cités ; j'ai chassé hardiment du Texte tous ceux que j'ai jugés inutiles, et je me suis contenté de les citer à la marge, ou dans les Notes, en marquant l'endroit plus exactement, lorsque je pouvais les trouver sans me donner beaucoup de peine. [...] Lorsqu'il s'est présenté des réflexions inutiles, ou qui n'ayant qu'un rapport assez éloigné avec le sujet dont il s'agissait, interrompaient trop le fil du discours, je les ai transposées dans les Notes, ou bien à la marge si elles se trouvaient courtes ; et je les ai toujours abrégées autant que j'ai pu sans altérer la pensée de l'Auteur. Il y avait des passages qui étaient dans des endroits où ils ne convenaient pas, je les ai remis en leur place ; j'en ai fait autant des pensées et des raisonnements qui ne se trouvaient pas dans leur ordre naturel ; j'ai été même obligé en deux ou trois endroits de transposer des paragraphes entiers. [...] En certains endroits j'ai ajouté quelques mots, tirés de l'Abrégé des Devoirs de l'Homme et du Citoyen, et j'en ai même inséré quelquefois des périodes entières. [...] au reste s'il n'y avait eu que peu d'endroits où il eut fallu faire les réparations dont je viens de parler, j'en aurais toujours averti le Lecteur, et je le fis d'abord pendant quelque temps. Mais ayant vu que cela m'engageait à multiplier beaucoup mes Notes, que je pouvais remplir de quelque chose de meilleur, et à à ennuyer Lecteur par ces sortes de remarques, qui ne l'auraient instruit que des bévues de mon Auteur. » préface de Jean BARBEYRAC à Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, tome 1, Londres, Jean Nours, 1740, p. CLXVIII-CLXIX.

1. La traduction de Barbeyrac et son influence sur le vocabulaire politique

Barbeyrac, traduisant Pufendorf invente la notion de « constitution essentielle de la société »

(a). Il emploie également fréquemment le terme constitution dans un sens politique (b).

a. L'invention de la constitution essentielle de la société

168. Barbeyrac, certainement à la suite des auteurs anglais et notamment de Locke, emploie en français le mot « constitution » dans un sens politique. Ce n'est pas en traduisant le nom *constitutio* ou le verbe *constituo* qu'il emploie constitution et constituer⁷⁵⁶. En revanche, le chapitre 2 du livre 7 intitulé « *de interna civitatum structura* » est traduit par « de la constitution essentielle d'un État » dans la seconde traduction et « de la constitution intérieure de l'État » dans la première. C'est donc pour traduire le latin *structura* – qui peut désigner l'arrangement ou la disposition autant que la construction d'après le *Dictionnaire Gaffiot* – que Barbeyrac emploie constitution.

Ce chapitre, consacré à ce que Barbeyrac appelle la « constitution essentielle d'un État », a pour objet de « voir maintenant de quelle manière se forment les Sociétés Civiles, et rechercher avec soin leur constitution essentielle »⁷⁵⁷. Cette constitution essentielle de la société civile désigne ainsi les règles fondamentales qui pourvoient à l'ordonnement du pouvoir au sein de l'État. Dans ce chapitre, Pufendorf présente ses vues sur la nécessité, l'origine et la réglementation du pouvoir politique. Sont ainsi présentés sous le nom de « constitution essentielle de l'État » : la nature de la société (une union de forces et de volontés)⁷⁵⁸, sa formation (par la convention créant cette union)⁷⁵⁹, sa réglementation (par une Ordonnance qui fixe la forme du gouvernement)⁷⁶⁰, la désignation de ses gouvernants (par une seconde convention)⁷⁶¹ et le résultat de ce processus constituant (un rapport de subordination entre un ou des gouvernants et des sujets)⁷⁶².

756 Par exemple, il traduit « *de causa impulsiva constituendae civitatis* » (Chapitre premier du livre 7 de *De jure* p. 3) par « des motifs qui ont porté les hommes à former des sociétés civiles » (Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, éd. cit., tome 1, p. 83) ; *constituere* est ainsi souvent traduit par former ou établir.

757 Samuel von PUFENDORF, *op. cit.* tome 1, p. 101.

758 « C'est de cette *union de volontés et de forces* que résulte le Corps Politique, qu'on appelle un État, et qui est la plus puissante de toutes les Sociétés et de toutes les *Personnes Morales*. » *op. cit.*, tome 3, VII, II, §5, p. 106.

759 « Afin qu'une *Multitude de gens* devienne une seule *Personne*, à qui l'on puisse attribuer une seule action, et qui ait certains droits par opposition à chaque Particulier, il faut nécessairement que tous ces gens-là ensemble aient, d'un commun accord, *uni leurs volontés et leurs forces par le moyen de quelque Convention*, sans quoi on ne saurait concevoir l'union de plusieurs personnes naturellement égales. » *op. cit.*, tome 3, VII, II, §6, p. 108.

760 « Cette Société, qui représente les commencements et l'ébauche d'un État, étant une fois formée, il faut ensuite faire une *Ordonnance par laquelle on règle la forme de Gouvernement* ; sans quoi il n'y aurait pas moyen de prendre aucunes mesures fixes pour travailler efficacement à la sûreté commune » *op. cit.*, tome 3, VII, II, §7, p. 108.

761 « Après que l'on a établi d'un commun accord la forme de Gouvernement, il faut une autre Convention, par laquelle, après avoir choisi une ou plusieurs personnes à qui l'on confère le Pouvoir de gouverner la Société, ceux qui sont revêtus de cette Autorité Suprême s'engagent à veiller avec soin au Bien public ; et les autres en même temps, leur promettent une fidèle obéissance » *op. cit.*, tome 3, VII, II, §8, p. 108-109.

762 « L'État étant formé de la manière que je viens de le décrire, le Souverain s'appelle *Monarque*, ou *Sénat*, ou *Peuple*, selon que le Gouvernement est entre les mains d'une seule personne, ou de plusieurs : tous les autres s'appellent *Sujets*. » *op. cit.*, tome 3, VII, II, §10, p. 125.

b. L'emploi fréquent du terme constitution dans un sens politique

169. D'un point de vue sémantique, outre le chapitre consacré à la « constitution essentielle de l'État », Barbeyrac emploie à plusieurs reprises les termes « constitution de l'État »⁷⁶³, « constitution du Gouvernement »⁷⁶⁴ ou « constitution de la République »⁷⁶⁵. Il entend par là « une manière constante et perpétuelle de gouverner les affaires communes »⁷⁶⁶. Il exploite la métaphore anthropomorphique et architecturale que permet le terme constitution. Ainsi, la « constitution de Gouvernement » peut être « chancelante et sujette à de fréquents changements »⁷⁶⁷ ou l'État peut avoir une « mauvaise constitution » qui le rend sujet aux maladies⁷⁶⁸. Cette constitution peut alors être bonne ou mauvaise⁷⁶⁹ : « La *bonne constitution* et la force intérieure de l'État dépend sans contredit de l'union des Citoyens »⁷⁷⁰. Lorsque « la constitution des lois fondamentales rend l'expédition des affaires publiques fort lente ou fort difficile »⁷⁷¹, il y a un défaut du gouvernement.

Ainsi Barbeyrac contribue à développer l'emploi du terme constitution dans un sens politique. Il l'insère également dans une conception volontariste et contractualiste de la société politique.

2. L'origine et la réglementation du pouvoir politique : deux contrats et une ordonnance

170. Les théories de Pufendorf eurent une influence sur la construction de la notion de constitution. Locke connaissait ses écrits, dont il recommandait la lecture, et s'inspira de sa présentation de l'origine des sociétés civiles⁷⁷². Pufendorf considère que le pouvoir a une origine conventionnelle⁷⁷³. Néanmoins, il estime que les sociétés civiles ne sont pas formées par une seule convention, comme le pensait Hobbes, mais par deux conventions (*pactum*) et une ordonnance (*decretum*). La première convention forme la société, réalise l'union de forces et de volontés, par l'engagement mutuel d'individus libres et égaux⁷⁷⁴. Ensuite, « cette société, qui représente les

763 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §1, p. 154 ; §12, p. 166 ; VI, §9, p. 192 ; §17, p. 207 ; VII, §7, p. 213 ; IX, §2, p. 243, §11, p. 254, §13, p. 256.

764 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §6, p. 160 ; §14, note 1, p. 169 ; VI, §11, p. 198.

765 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §15, p. 170.

766 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §6, p. 160.

767 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §9, p. 163.

768 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §10, p. 164.

769 *Op. cit.*, tome 3, VII, IX, §4, note 2, p. 248.

770 Nous soulignons. *Op. cit.*, tome 3, VII, IX, §12, p. 255.

771 *Op. cit.*, tome 3, VII, V, §10, p. 165.

772 Voir en ce sens la préface de Jean BARBEYRAC, Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, tome 1, Londres, Jean Nours, 1740, p. CLVI-CLVII.

773 « les Lois Civiles ne sont pas, à proprement parler, des Conventions, quoique les Conventions interviennent dans l'établissement du Pouvoir Législatif de l'État. Ainsi on voit bien qu'en cela, comme dans toutes les autres matières de Politique, les Grecs ont eu devant les yeux la *constitution de leur États Démocratiques*. » Nous soulignons, *op. cit.*, livre I, chap. VI, §II, tome 1, p. 107.

774 « Supposons une multitude de gens, qui ayant vécu auparavant dans l'état de la Liberté et de l'Égalité Naturelle, veuillent désormais former entre eux une Société Civile ; il faut d'abord pour cet effet, que *chacun s'engage avec*

commencements et l'ébauche d'un État » est donc libre de choisir la forme de son gouvernement⁷⁷⁵. Enfin, intervient une dernière convention par laquelle les gouvernés promettent obéissance et les gouvernants de poursuivre le bien public⁷⁷⁶.

Pufendorf distingue ainsi, comme Lawson et Locke, l'existence de la société de celle du gouvernement et conceptualise un pouvoir constituant.

3. La théorisation du pouvoir constituant

Pufendorf définit le pouvoir constituant (a) et admet ensuite que le pouvoir souverain soit limité par la constitution ou les lois fondamentales (b).

a. La définition du pouvoir constituant

171. Ce pouvoir est exercé par « les Pères de famille qui ont établi toutes les Sociétés Civiles »⁷⁷⁷ ou « Fondateurs d'un État »⁷⁷⁸. Ce pouvoir de fondation dont disposent ceux qui forment la société civile est épuisé par l'établissement de la société politique. Il réfute, comme Lawson et Locke, la conception de la souveraineté des monarchomaques : il refuse la coexistence de deux souverainetés dont une résiderait toujours dans le peuple (souveraineté réelle) et l'autre dans le gouvernement (souveraineté personnelle)⁷⁷⁹. L'établissement du gouvernement civil institue alors un rapport de subordination où les sujets⁷⁸⁰ et les corps publics et particuliers⁷⁸¹ sont tous soumis au pouvoir souverain qui n'est lui-même soumis qu'aux lois naturelles et divines⁷⁸².

Lorsque le peuple n'a plus de souverain, il reste une société⁷⁸³, mais devient « un Corps imparfait, uni seulement par la Convention primordiale des États, qui consiste en ce que chaque Particulier est censé s'être engagé envers tous les autres à former une seule et même Société Civile. »⁷⁸⁴ Comme chez Locke, cette société se trouve ainsi à nouveau en état de choisir non seulement ses gouvernants, mais également la forme de son gouvernement⁷⁸⁵ : « c'est à tout le

tous les autres à se joindre ensemble pour toujours en un seul Corps, et à régler d'un commun consentement ce qui regarde leur conservation et leur sûreté mutuelle » op. cit., tome 3, VII, II, §7, p. 108.

Cela comprenant seulement les « pères de familles » et excluant « les Femmes, les Enfants, les Serviteurs ou les Esclaves, dont les Pères de famille représentaient les volontés comme renfermées dans la leur » *Op. cit.*, tome 3, VII, II, §20, p. 126.

⁷⁷⁵*Op. cit.*, tome 3, VII, II, §7, p. 108.

⁷⁷⁶*Op. cit.*, tome 3, VII, II, §8, p. 108-109.

⁷⁷⁷*Op. cit.*, tome 3, VII, II, §20, p. 126.

⁷⁷⁸*Op. cit.*, tome 3, VII, V, §14, p. 170.

⁷⁷⁹*Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §4, p. 184-185 ; §6, p. 187.

⁷⁸⁰*Op. cit.*, tome 3, VII, IV, §9, p. 147.

⁷⁸¹*Op. cit.*, tome 3, VII, II, §22, p. 127-130.

⁷⁸²*Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §§1-3, p. 181-184.

⁷⁸³*Op. cit.*, tome 3, VII, VII, §9, p. 216.

⁷⁸⁴*Op. cit.*, tome 3, VII, VII, §7, p. 213.

⁷⁸⁵*Op. cit.*, tome 3, VII, VII, §7, p. 213-215.

Corps du Peuple à régler la forme de Gouvernement, comme il le juge à propos »⁷⁸⁶.

Cette liberté connaît toutefois une limite : l'indivisibilité de la souveraineté. Ainsi, selon lui, pour qu'un État ne soit pas « irrégulier »⁷⁸⁷, il faut que les fonctions de souveraineté ne soient pas réparties entre différents organes⁷⁸⁸. Il rejette donc toute forme de répartition des pouvoirs⁷⁸⁹ s'opposant alors à Grotius⁷⁹⁰. Un État constitué en répartissant les pouvoirs est « faible » et il est « très-sujet à des maladies et des Guerres intestines. »⁷⁹¹ Il reprend alors la métaphore architecturale de Hobbes pour considérer que ces États n'ont pas été construits selon les règles de l'art⁷⁹².

b. Une limitation possible du pouvoir souverain par la constitution ou les lois fondamentales

Pufendorf admet que le pouvoir souverain soit limité par des règles supérieures ; la traduction de Barbeyrac emploie alternativement les termes de constitution et de lois fondamentales renforçant l'idée d'une synonymie entre ces termes⁷⁹³. La souveraineté est ainsi limitée par l'engagement des souverains, c'est-à-dire le second contrat :

« plusieurs Peuples ont jugé à propos de mettre des bornes au Pouvoir de leurs souverains, et de leur prescrire la manière dont ils doivent gouverner ; surtout depuis qu'on a remarqué, que le génie de chaque Nation, et la *constitution de chaque État [statui civitatis optime]*, demandent certaines Lois et certaine manière de Gouvernement. En limitant ainsi la Souveraineté on ne fait aucun tort aux Princes qui sont élevés sur le trône par un libre consentement du Peuple ; car s'ils ne pouvaient se résoudre à n'avoir qu'une Autorité bornée, il ne tenait qu'à eux de refuser la Couronne. La Promesse solennelle qu'ils font en l'acceptant, ne leur permet pas non-plus de travailler ensuite à renverser les *Lois Fondamentales du Royaume*, et à se rendre absolus ou par une force ouverte, ou par de sourdes pratiques. »⁷⁹⁴

Ainsi, ceux qui font la constitution peuvent limiter la souveraineté des gouvernants avec pour seule contrainte « d'établir des Règles de Gouvernement, conformes aux maximes du Droit Naturel, et à la fin légitime des Sociétés Civiles. »⁷⁹⁵

Le pouvoir constituant peut ainsi établir, comme chez Lawson et Locke, un ordre de contrainte s'imposant au souverain-même⁷⁹⁶. Cette constitution organise l'exercice du pouvoir politique et peut établir des lois perpétuelles⁷⁹⁷. Dans ce contexte, les gouvernants sont soumis aux

⁷⁸⁶*Op. cit.*, tome 3, VII, VII, §8, p. 215.

⁷⁸⁷« Il y a entre elles [les parties de la Souveraineté] naturellement une liaison si indissoluble, que si l'on suppose qu'elles soient entre les mains de différentes personnes, ensorte que chacun d'elles puisse exercer ses fonctions indépendamment de l'autre, ce n'est plus un État régulier. » *Op. cit.*, VII, IV, §9, p. 146.

⁷⁸⁸*Op. cit.*, tome 3, VII, IV, §§9-15, p. 146-173.

⁷⁸⁹*Op. cit.*, tome 3, VII, IV, §13-14, p. 151-153.

⁷⁹⁰*Op. cit.*, tome 3, VII, IV, §14, p. 152-153.

⁷⁹¹*Op. cit.*, tome 3, VII, V, §13, p. 168-169.

⁷⁹²*Op. cit.*, tome 3, VII, V, §2, p. 155 §14, p. 170.

⁷⁹³Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, D.

⁷⁹⁴Nous soulignons. *Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §9, p. 192.

⁷⁹⁵*Op. cit.*, VII, VI, §9, p. 195.

⁷⁹⁶Voir par exemple, *Op. cit.*, tome 3, VII, VIII, §8, p. 236.

⁷⁹⁷« Pour mieux pénétrer la *constitution des Gouvernements Limités [penitius natura regnorum limitatorum]*, il faut

lois ainsi établies : « ils ne sauraient de leur pure autorité, ni innover dans la *constitution* et les Lois fondamentales de l'État, ni disposer de la Succession. »⁷⁹⁸ De surcroît, ils sont évidemment soumis aux lois naturelles et divines.

172. Dans l'ensemble du Livre VII, « où l'on traite de l'origine et de la constitution des Sociétés Civiles ; des droits et des engagements du Souverain ; des diverses sortes de Gouvernement ; et des différentes manières d'acquérir la Souveraineté », Pufendorf envisage les gouvernements politiques comme le résultat de créations humaines qui ne sont réglementées que par la volonté des fondateurs de la société politique. Le pouvoir souverain ainsi institué est toutefois limité par les lois naturelles et divines et le but des sociétés politiques : « À l'égard des choses qui sont contraires au salut et à l'avantage de l'État, ou à la Loi Naturelle ; le Souverain bien-loin d'avoir droit d'y contraindre ses Sujets, ne doit pas même les vouloir, et dès qu'il se porte à quelque chose de semblable, il passe certainement les bornes de son pouvoir. »⁷⁹⁹

Barbeyrac, par la traduction qu'il fait de Pufendorf, contribue à diffuser largement le terme de constitution et à l'associer tant à la fondation qu'à la réglementation et à la limitation du pouvoir politique. La notion de constitution est alors liée à la théorie de Pufendorf selon laquelle la société politique est formée par deux contrats et une ordonnance. La constitution désigne alors : la création de la communauté politique par des individus libres et égaux, le choix d'une forme de gouvernement et sa réglementation par une norme, écrite ou non, et la désignation des gouvernants.

La pensée de Pufendorf et sa traduction par Barbeyrac eurent une grande influence sur le XVIII^e siècle. Pufendorf inspira Rousseau et est fréquemment cité dans l'*Encyclopédie*. Plusieurs auteurs venant à sa suite consacrent un chapitre à la « constitution essentielle ou intérieure de l'État ». Ce fût le cas de Vattel, de Pecquet⁸⁰⁰ et de Burlamaqui.

savoir, que les affaires de l'État se réduisent en général à deux sortes ; les unes qui sont telles, qu'on peut les régler par avance, à cause qu'elles sont toujours de même nature en quelque temps qu'elles arrivent : les autres, on ne peut décider que quand elles surviennent ; parce qu'il est impossible de prévoir les circonstances qui les accompagnent, et qui les rendent avantageuses ou nuisibles à l'État. À l'égard des premières, le Peuple d'une Monarchie limitée fait des Lois perpétuelles, que le Roi est obligé de suivre ; et pour les autres, il stipule de lui, qu'il consultera l'Assemblée du Peuple, ou des Grands du Pays. » Nous soulignons. *Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §11, p. 198.

⁷⁹⁸Nous soulignons. *Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §17, p. 207.

⁷⁹⁹Nous soulignons. *Op. cit.*, tome 3, VII, VI, §13, p. 202-203.

⁸⁰⁰Antoine PECQUET, *L'Esprit des maximes politiques, pour servir de suite à l'Esprit des lois, du président de Montesquieu*, chap. 17, 1757, 156.

B. Burlamaqui, Vattel et la diffusion de la définition contractualiste et jusnaturaliste de la notion de constitution

Burlamaqui reprend les différentes théories sur la notion de constitution et consacre de nombreux développements à cette question (1). Vattel offre une synthèse des positions de ses prédécesseurs (2) qui fût très largement diffusée (3).

1. La réunion des définitions de la constitution (Burlamaqui)

Burlamaqui publie en 1751 ses *Principes du droit politique*, fortement inspirés des écrits de Pufendorf tels que traduits par Barbeyrac. Il reprend ainsi, souvent presque mots pour mots, les développements de Pufendorf et emploie donc « constitution » exactement dans les mêmes contextes.

Il consacre ainsi un chapitre à « la constitution essentielle des États, ou de la manière dont ils se forment »⁸⁰¹ et définit la « constitution essentielle des États » comme « la manière dont ils se forment » et « la structure de ces édifices merveilleux »⁸⁰². Dans ce chapitre il reprend la théorie des deux conventions et de l'ordonnance⁸⁰³. Il retient également la même définition de la souveraineté⁸⁰⁴. Enfin, il fait sienne la distinction entre souveraineté absolue et souveraineté limitée⁸⁰⁵. Dans le cadre de cette souveraineté limitée, il formule sa conception des lois fondamentales⁸⁰⁶ qui sont des « règlements, qui restreignent l'autorité souveraine »⁸⁰⁷. Ces lois fondamentales sont établies par « le corps entier de la Nation »⁸⁰⁸. Il considère que les actes du souverain contraires à ces lois seraient « nul[s] et de nulle force »⁸⁰⁹. Burlamaqui reprend et discute l'essentiel des théories et raisonnements de Pufendorf et les formules inventées par Barbeyrac pour traduire ces théories.

173. Contrairement à Pufendorf, Burlamaqui admet l'existence de gouvernements mixtes⁸¹⁰, établis par un contrat entre les différents corps de l'État qui procède à une distribution des différents droits de souveraineté à ces corps⁸¹¹. Cette distribution est conçue comme une spécialisation des

801 Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751, partie 1, chap. IV, §1, p. 30.

802 *Ibid.*

803 *Ibid.* p. 37-38.

804 *Ibid.* partie 1, chap. 5, notamment p. 44 et chap. 7, p. 60 et s.

805 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §§16-35 p. 67-75.

806 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §36 et s., p. 76 et s.

807 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §35, p. 75.

808 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §36, p. 76.

809 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §42, p. 78.

810 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §48, p. 83.

811 *Ibid.* partie 1, chap. 7, §49-50, p. 84.

différents organes de l'État dans une fonction étatique⁸¹². Burlamaqui décrit ainsi les différentes fonctions étatiques : pouvoir législatif⁸¹³, pouvoir coactif⁸¹⁴, pouvoir judiciaire⁸¹⁵, droit d'examiner les doctrines qui s'enseignent dans l'État⁸¹⁶, pouvoir militaire⁸¹⁷, pouvoir de conclure des traités et alliances⁸¹⁸, pouvoir de créer des Ministres et des Magistrats subalternes⁸¹⁹, « droits des subsides ou des impôts »⁸²⁰. Il définit la constitution de l'État comme synonyme de forme de gouvernement :

« Il y a donc diverses formes de Gouvernements, selon les différents sujets dans lesquels la Souveraineté réside immédiatement, et qu'elle appartient ou à une seule personne ou à une seule assemblée, plus ou moins composée : et c'est ce qui fait la *constitution de l'État*. »⁸²¹

La constitution de l'État est ainsi l'ensemble des règles régissant l'exercice du pouvoir politique ; elle réglemente l'exercice de la souveraineté et est établie par ceux qui font l'État et ne peut, en principe, être modifiée qu'en respectant la procédure ayant servi à l'instituer.

Le modèle du gouvernement mixte imaginé par Burlamaqui repose sur l'établissement de la constitution des gouvernements mixtes par la nation⁸²², et « ceux qui partagent entre-eux la Souveraineté, ne sont donc, à bien dire, que les exécuteurs de la loi [exprimant la volonté de la nation], puisque c'est de la loi même qu'ils tiennent leur pouvoir. ». Ce mode d'établissement du gouvernement implique une rigidité constitutionnelle :

« En un mot, la *constitution de ces Gouvernements* [mixtes ou composés] ne peut être changée, que de la même manière et par la même méthode par laquelle on l'établit, c'est-à-dire, par le concours unanime de toutes les parties contractantes, qui ont fixé la forme du Gouvernement par le *contrat primitif d'association*.

812« Par exemple, si l'on suppose que le corps entier de la nation se réserve le pouvoir législatif, et celui de créer les principes Magistrats ; qu'elle donne au Roi le pouvoir militaire et exécutif, etc. et qu'elle confie à un Sénat composé des Principaux, le pouvoir judiciaire, celui de mettre des impôts, etc. l'on comprend bien que cela pour s'exécuter en différentes manières, entre lesquelles la prudence doit décider du choix.

« Si le Gouvernement est établi sur ce pied-là, par l'acte primordial d'association, il se fait alors une espèce de partage des droits de la Souveraineté, par un contrat ou une stipulation réciproque entre les différents corps de l'État. Ce partage produit un balancement de puissance, qui met les différents corps de l'État dans une dépendance mutuelle, qui retient chacun de ceux qui ont part à l'autorité souveraine, dans les bornes que la loi leur assigne, et qui fait ainsi la sûreté de la liberté ; car, par exemple, l'autorité royale se trouve balancée par le pouvoir du Peuple, et un troisième ordre sert comme contre-poids aux deux premiers, pour les tenir toujours dans l'équilibre, et empêcher l'un de s'élever au-dessus de l'autre. » *Ibid.* partie 1, chap. 7, §49-50, p. 84-85.

813*Ibid.* partie 1, chap. 8, §3, p. 89.

814« droit d'établir des peines contre ceux qui troublent la Société par leurs désordres, et le pouvoir de les infliger actuellement » *Ibid.* partie 1, chap. 8, §4, p. 89-90.

815« droit de connaître les différents survenus entre les Citoyens » et « d'examiner, les accusations intentés contre quelqu'un, pour absoudre ou punir par sa sentence, conformément aux lois », *Ibid.* partie 1, chap. 8, §5, p. 90-91.

816*Ibid.* partie 1, chap. 8, §6, p. 91.

817*Ibid.* partie 1, chap. 8, §7, p. 92.

818*Ibid.* partie 1, chap. 8, §8, p. 92.

819*Ibid.* partie 1, chap. 8, §8, p. 92.

820*Ibid.* partie 1, chap. 8, §10, p. 92-93.

821Nous soulignons. *Op. cit.*, partie 2, chap. 1, §3, p. 95.

822« Ce Souverain, c'est le corps même de tous les citoyens, formé par la réunion de tous les ordres de l'État ; et cette volonté suprême, c'est la loi elle-même par laquelle le corps entier de la Nation fait connaître sa volonté. » *Ibid.* partie 1, chap. 8, §21, p. 101-102.

« Cette économie du Gouvernement, cette *constitution de l'État* ne détruit donc nullement l'unité, qui convient à un corps moral composé de plusieurs personnes, ou de plusieurs corps réellement distincts et séparés, mais joints ensemble par un engagement réciproque, *par une loi fondamentale* qui n'en fait qu'un seul tout.

« Il résulte de ce que l'on vient de dire sur la nature des Gouvernements mixtes ou composés, que dans tous ces Gouvernements la Souveraineté y est toujours limitée : car comme toutes ces différentes branches ne sont pas confiées à une seule personne, mais qu'elles sont remises en différentes mains, le pouvoir de ceux qui ont part au Gouvernement se trouve restreint par cela même, et la puissance de l'un tient la puissance de l'autre en respect : ce qui produit un *balancement de pouvoir et d'autorité, qui assure le bien public et la liberté des particuliers.* »⁸²³

La constitution organise bien pour Burlamaqui une distribution des pouvoirs, c'est-à-dire des fonctions étatiques décrites, par la volonté de la nation. Cette distribution du pouvoir n'est toutefois pas envisagée comme un partage de la fonction législative, mais comme une distribution des différentes fonctions entre les organes étatiques. Cette limitation du pouvoir par sa distribution doit permettre la protection du peuple et des individus. Il estime que quand dans une monarchie, « il convient, par exemple, que le pouvoir militaire, le pouvoir législatif, et le pouvoir de lever des subsides, soient remis en différentes mains, afin qu'on ne puisse pas en abuser facilement »⁸²⁴. L'Angleterre fournit à ses yeux un exemple de ce type de gouvernement⁸²⁵.

Burlamaqui mêle ainsi les théories de Pufendorf et celles de Locke relatives à la notion de constitution pour élaborer sa propre définition. Comme chez Pufendorf, la constitution est le résultat d'un pacte fondateur établissant une nation, d'une loi réglementant l'exercice du pouvoir politique et d'un second pacte liant les gouvernants aux gouvernés. Comme chez Locke, la constitution des gouvernements mixtes, par la répartition du pouvoir qu'elle organise, assure le bien commun et celui des individus par la balance et l'équilibre. Il admet ainsi l'existence et la validité de gouvernements mixtes⁸²⁶, contrairement à Pufendorf⁸²⁷, et emploie pour les décrire la notion de constitution. Il développe finalement une théorie du gouvernement limité proche de celle de Montesquieu⁸²⁸, mais l'associe aux théories jusnaturalistes et contractualistes qui distinguent la constitution de la société de celle du gouvernement. Si la constitution du gouvernement se compose finalement des différentes parties de la société, ce n'est pas parce que le gouvernement résulte d'une alliance entre ces diverses parties préexistantes, mais parce qu'elles ont été établies par la société-nation elle-même.

823 Nous soulignons. *Op. cit.*, partie 2, chap. 1, §§24-26 p. 104-105.

824 *Op. cit.*, partie 2, chap. 2, §33, p. 127.

825 *Op. cit.*, partie 2, chap. 2, §38, p. 128.

826 Il se prononce en leur faveur au chapitre 2 de la partie 2 consacré à la meilleure forme de gouvernement, p. 112 et s.

827 *Op. cit.*, partie 2, chap. 1, §§17-27, p. 100-105 et §§31-32, p. 107.

828 Il ne s'agit pas ici d'une reprise de Montesquieu car Burlamaqui décède quelques mois avant que ne paraisse *l'Esprit des lois*. Ce dernier paraît en novembre 1748 alors que Burlamaqui décède en avril.

174. Chez Burlamaqui, la constitution est faite par un contrat passé entre les membres de la société, en vue de leurs intérêts communs et particuliers. Elle est rigide et organise l'exercice de la souveraineté, prévoyant de préférence une distribution du pouvoir entre plusieurs organes (ce qui permet une limitation de la souveraineté et une balance des pouvoirs). Vattel, qui se présente comme l'héritier de Grotius, de Pufendorf et de Barbeyrac⁸²⁹, reprit pour l'essentiel cette définition et sa synthèse fut très largement diffusée.

2. La définition synthétique de la constitution par Vattel

Vattel est fréquemment présenté comme le premier auteur livrant une définition moderne de la notion de constitution⁸³⁰ ; il reprend en réalité celle qui avait déjà été formulée par Pufendorf, Barbeyrac et Burlamaqui, mais il fut bien plus largement diffusé et repris. Chez Vattel, comme chez ses prédécesseurs, la société est faite par et pour les individus (a). Cette société fait la constitution qui est un règlement pour l'exercice du pouvoir politique (b) ; il distingue ainsi pouvoir constituant et pouvoir législatif (c). Enfin, il innove en considérant que la nation dispose du droit éternel de changer sa constitution (d).

a. Une société faite par et pour les individus

175. Il adopte une conception contractualiste de la société en se référant fréquemment à « l'Association Politique qui la forme »⁸³¹ ou au « Pacte de Société »⁸³². Il se place également dans une perspective individualiste proche de Locke lorsqu'il estime que « Le *But*, ou la *Fin* de la Société Civile est de procurer aux Citoyens toutes les choses dont ils ont besoin pour les nécessités, la commodité et les agréments de la vie, et en général pour leur bonheur. »⁸³³ La nation est donc le résultat d'un contrat passé par des individus libres et égaux en vue de leur préservation. La nation a alors des devoirs aussi bien envers elle-même (celui de se préserver), qu'en vers les membres de la société.

En conséquence, « le Gouvernement n'est établi que pour la Nation, en vue de son salut et de son bonheur »⁸³⁴. La nation dispose donc du « droit de former elle-même sa Constitution, de la

829Emer de VATTEL, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, Préface.

830Voir par exemple, Olivier BEAUD, art. cit., p. 22 et s. ; Gerald STOURZH, « Constitution : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 38. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 157.

831*Op. cit.*, p. 23.

832*Op. cit.*, p. 24.

833*Op. cit.*, p. 23.

834*Op. cit.* Livre I, chap. 3, §31, p. 35.

maintenir, et la perfectionner et de régler à sa volonté tout ce qui concerne le Gouvernement »⁸³⁵. Ce droit concerne donc aussi bien l'établissement de la constitution que sa réformation ou son changement.

b. La constitution, un règlement pour l'exercice du pouvoir politique fait par la nation

176. Comme ses prédécesseurs, il consacre un chapitre à la « constitution de l'État »⁸³⁶. Il y reprend alors les définitions de Pufendorf et Burlamaqui :

« Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'Autorité Publique doit être exercée est ce qui forme la *Constitution de l'État*. En elle se voit la *forme sous laquelle la Nation agit en qualité de Corps Politique* ; comment et par qui le Peuple doit être gouverné, quels sont les droits et les devoirs de ceux qui gouvernent. Cette *Constitution* n'est dans le fond autre chose, que *l'établissement de l'ordre* dans lequel une Nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la Société Politique s'est établie. »⁸³⁷

La constitution est bien définie comme un règlement fondamental (une loi), fixant une forme de gouvernement et établissant ainsi un ordre de subordination en vue de la réalisation du but de la société. La polysémie de la notion, signifiant simultanément une création, une norme et un ordre, est à nouveau mise à contribution.

Il considère également, comme Lawson, Locke ou Pufendorf, qu'il appartient à « une Nation qui forme une Société Politique [...] de choisir la *meilleure Constitution* possible et la plus convenable aux circonstances »⁸³⁸. La constitution est dans ce contexte choisie et établie par la société même. Il retient donc leur définition des lois fondamentales :

« Les Lois qui sont faites directement en vue du bien public sont les Lois Politiques ; et dans cette classe, celles qui concernent le *Corps même et l'essence de la Société*, la *forme du Gouvernement*, la *manière dont l'Autorité Publique doit être exercée* ; celles en un mot, dont le concours forme la *Constitution de l'État* sont les *Lois fondamentales*. »⁸³⁹

La constitution est ici aussi synonyme de lois fondamentales. Elle est l'ensemble des normes qui régissent le fonctionnement de la société et l'exercice du pouvoir en son sein.

c. La distinction des pouvoirs constituant et législatif

177. Comme chez Lawson, Locke et Pufendorf, la constitution forme un corps de règles et principes contraignants, y compris pour le souverain⁸⁴⁰, ce qui le conduit à distinguer entre le

⁸³⁵*Op. cit.* Livre I, chap. 3, §31, p. 34.

⁸³⁶*Op. cit.* Livre I, chap. 3, p. 31.

⁸³⁷Nous soulignons. *Op. cit.* Livre I, chap. 3, §27, p. 31.

⁸³⁸Nous soulignons. *Op. cit.* Livre I, chap. 3, §28, p. 32.

⁸³⁹Nous soulignons. *Op. cit.* Livre I, chap. 3, §28, p. 32.

⁸⁴⁰« Mais lorsque la Puissance souveraine est limitée et réglée par les Lois fondamentales de l'État ; ces Lois marquent au Prince l'étendue et les bornes de son pouvoir, et la manière dont il doit l'exercer. Le Prince est donc étroitement obligé, non-seulement à les respecter, mais encore à les maintenir. La Constitution et les Lois fondamentales sont le

pouvoir de faire les lois et celui de faire les lois fondamentales. L'un est le pouvoir législatif et appartient à ceux auxquels la société l'a confié, suivant la constitution et qui ne tiennent leur autorité que de cette dernière. L'autre est le pouvoir de faire la constitution, qui n'appartient qu'à la société⁸⁴¹. La Constitution est pour lui la loi suprême de l'État, choisie par la nation même. Seule est donc valide la « première constitution », faite par la société, qui peut être « perdue » et qui doit toujours être absolument protégée et respectée⁸⁴².

d. L'innovation de Vattel : le droit pour une nation de changer de constitution

178. Vattel rompt avec ses prédécesseurs sur la question du changement de constitution. Ils considéraient tous qu'un tel changement ne pouvait intervenir que si le gouvernement était dissout. Le droit de réformation n'était admis par eux que lorsqu'il conduisait en réalité à revenir à la « vraie constitution » qui avait dégénéré⁸⁴³. Vattel reconnaît à la nation un droit de réformation de la constitution. Comme chez Locke, le « Corps de la Nation » « a le droit de réprimer les Conducteurs qui abusent de leur pouvoir »⁸⁴⁴.

Néanmoins, il va plus loin car il reconnaît « en vertu des mêmes principes » un droit pour la nation de changer de constitution, sous certaines conditions :

plan sur lequel la Nation a résolu de travailler à son bonheur : L'exécution est confiée au Prince. Qu'il suive religieusement ce plan ; qu'il regarde les Lois fondamentales comme des Règles inviolables et sacrées ». Nous soulignons. *Op. cit.* Livre I, chap. 4, §47, p. 44.

841« Il se présente encore ici une Question très-importante. Il appartient essentiellement à la Société de faire des Lois sur la manière dont elle prétend être gouvernée, et sur la conduite des Citoyens : Ce pouvoir s'appelle *Puissance Législative*. La Nation peut en confier l'exercice au Prince, ou à une Assemblée, ou à cette Assemblée et au Prince conjointement ; lesquels sont dès-lors en droit de faire des Lois nouvelles et d'abroger les anciennes. On demande si leur pouvoir s'étend jusques sur les *Lois fondamentales*, s'ils peuvent changer la *Constitution de l'État*. Les principes que nous avons posés nous conduisent certainement à décider, que l'autorité de ces Législateurs ne va pas si loin, et que les *Lois fondamentales* doivent être sacrées pour eux, si la Nation ne leur a pas donné très-expressément le pouvoir de les changer. Car la *Constitution de l'État* doit être stable : Et puisque la Nation l'a premièrement établie, et qu'elle a ensuite confié la *Puissance Législative* à certaines personnes, les *Lois fondamentales* sont exceptées de leur Commission. [...] Rien ne conduit à penser qu'elle [la Société] ait voulu soumettre sa *Constitution même* à leur volonté. Enfin, c'est de la *Constitution* que ces Législateurs tiennent leur pouvoir ; comment pourraient-ils la changer, sans détruire le fondement de leur Autorité ? » Nous soulignons. *Op. cit.* Livre I, chap. 3, §34, p. 36-37.

842« La *Constitution de l'État et ses Lois* sont la base de la tranquillité publique, le plus ferme appui de l'Autorité Politique et le gage de la Liberté des Citoyens. Mais *cette Constitution* est un vain phantôme, et les meilleures Lois sont inutiles, si l'on ne les observe par religieusement. Le Nation doit donc veiller sans relâche à les faire également respecter et de ceux qui gouvernent, et du Peuple destiné à obéir. Attaquer la *Constitution de l'État*, violer ses Lois, est un crime capital contre la Société ; et si ceux qui s'en rendent coupables sont des personnes revêtues de l'Autorité, ils ajoutent au Crime en lui-même un perfide abus du pouvoir qui leur est confié. La Nation doit constamment les réprimer avec toute la vigueur et la vigilance que leur demande l'importance du sujet. Il est rare de voir heurter de front les *Lois et la Constitution d'un État* : C'est contre les attaques sourdes et lentes que la Nation devrait être particulièrement en garde. Les révolutions subites frappent l'imagination des hommes : On en écrit l'histoire, on en développe les ressorts : On néglige les changements qui arrivent insensiblement, par une longue suite de degrés peu marqués. Ce serait rendre aux Nations un service important, que de montrer par l'Histoire *combien d'États ont ainsi totalement changé de nature et perdu leur première Constitution*. » Nous soulignons. *op. cit.* Livre I, chap. 3, §30, p. 33-34.

843LOCKE, *Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 13, §158 et Vattel, *op. cit.*, livre I, chap. 3, §32, p. 35.

844VATTEL, *op. cit.*, livre I, chap. 3, §33, p. 35.

« il est certain que si la Nation se trouve *mal de sa Constitution même*, elle est en droit de la changer.

« Il n'y a nulle difficulté, au cas que la Nation se porte unanimement à ce changement : On demande ce qui doit s'observer en cas de partage ? Dans la conduite ordinaire de l'État, le sentiment de la pluralité doit passer sans contredit pour celui de la Nation entière ; autrement il serait comme impossible que la Société prît jamais aucune résolution. *Il paraît donc que, par la même raison, une Nation peut changer la Constitution de l'État, à la pluralité des suffrages* ; et toutes les fois qu'il n'y aura rien dans ce changement que l'on puisse regarder comme contraire à l'Acte même d'Association Civile, à l'intention de ceux qui se sont unis, tous seront tenus de se conformer à la résolution du plus grand nombre. »⁸⁴⁵

Ce droit de changer de constitution est donc limité par la volonté des pères fondateurs.

Toutefois, Vattel réintroduit par là l'idée de la coexistence de deux souverainetés : celle des gouvernants et celle de la nation qui peut toujours changer de constitution. Vattel détruit la notion de constitution en même temps qu'il l'institue, puisqu'en reconnaissant une éternelle souveraineté de la nation. Il rend impossible le respect de l'exigence de stabilité qui s'attache à l'idée même de constitution⁸⁴⁶.

Pour l'essentiel, les thèses de Vattel ne sont pas nouvelles, mais il innove en les rassemblant et synthétisant, et en systématisant l'emploi du terme de « constitution ». Il se démarque également par l'emploi qu'il fait du mot nation qu'il substitue à celui de société.

La définition de Vattel fut largement diffusée des les encyclopédies et les dictionnaires.

3. La diffusion de la définition de Vattel dans les encyclopédies et les dictionnaires

179. Cette présentation synthétique et systématique rend le texte de Vattel attractif et conduit à sa copie dans de nombreuses encyclopédies, ce qui assure la diffusion de sa définition. Le *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique ; ou Bibliothèque de l'homme-d'état et du citoyen* publié par Jean-Baptiste-René Robinet en 1778 propose une définition de la « constitution politique ou constitution de l'État » dans laquelle il reprend mot pour mot celle que donne Vattel au chapitre 3 du livre 1^{er} de son ouvrage⁸⁴⁷. De même, l'*Encyclopédie, ou Dictionnaire universel raisonné des connaissances humaines*, mis en ordre par M. de Felice qui paraît en Suisse de 1770 à 1780 reproduit ce chapitre de Vattel⁸⁴⁸ et il reprend le même passage dans son *Code de l'humanité, ou la législation universelle, naturelle, civile et politique*, paru en 1778⁸⁴⁹. Enfin, la partie de l'*Encyclopédie méthodique* consacrée à l'économie

845Nous soulignons. VATTEL, *op. cit.*, livre I, chap. 3, §33, p. 35-36.

846« Elle [la nation] doit les [les lois fondamentales] déterminer et les énoncer avec précision et clarté, *afin qu'elles demeurent stables*, qu'elles ne puissent être éludées et qu'elles n'engendrent, s'il se peut, aucune dissension ; que d'un côté, celui, ou ceux, à qui l'exercice du Souverain pouvoir sera confié, et les Citoyens de l'autre, connaissent également leurs devoirs et leurs droits. » VATTEL, *op. cit.*, livre I, chap. 3, §31, p. 34-35.

847Tome 14, p. 56 et s.

848Voir sur ce point Marina VALENSISE, art. cit., p. 445.

849Tome 3, p. 533 et s.

politique et diplomatique, rédigée par Jean-Nicolas Démeunier⁸⁵⁰, reproduit également cette définition⁸⁵¹. Felice se contente d'une reproduction simple, mais Robinet et Démeunier ajoutèrent à cette définition.

180. Robinet relève les ambiguïtés du terme « constitution » : la constitution peut désigner à la fois les différentes parties qui composent l'État, comme les Ordres, mais elle peut aussi renvoyer à une définition des compétences de ces différentes parties. S'il admet que la constitution, dans le premier sens du mot est facile à identifier, il estime que la constitution, dans le second sens, n'existe pas réellement en France, car les pouvoirs dont disposent les organes de l'État varient suivant les circonstances⁸⁵². La constitution, au sens de réglementation des compétences des organes de l'État semble inexistante dans la France de l'Ancien Régime⁸⁵³. Pour lui, la constitution serait en réalité déterminée par l'observation empirique des détenteurs du pouvoir de la nation⁸⁵⁴. La constitution réside ainsi dans la manière dont les représentants de la nation sont désignés et non dans la délimitation de leur compétences respectives. Cette découverte ne résulte pas d'une réflexion théorique mais d'une observation empirique. En s'appuyant sur les thèses défendues par Vattel, Robinet promeut en réalité une notion assez conservatrice de la constitution.

181. Démeunier reprend les développements de Robinet et ajoute à cela l'idée que certains États pourraient ne pas avoir de constitution. Tel est le cas, lorsqu'un peuple manque à son devoir de se

850 Jean-Nicolas DÉMEUNIER, *Encyclopédie méthodique. Économie politique et diplomatique*, Tome 1, 1784. Sur Démeunier voir Édouard TILLET, « Modèle anglais et modèle américain de L'Ancien Régime à la Révolution. L'exemple de Jean-Nicolas Démeunier » in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 12, L'Angleterre, modèle politique?, (2e semestre 2000), L'Harmattan, p. 265-286.

851 Voir sur ce point Marina VALENSISE, art. cit., p. 446.

852 « Il n'y a peut-être point de mot en anglais que l'on emploie aussi souvent, & que l'on entende aussi peu que le *mot de Constitution*. Si l'on ne lui fait signifier autre chose que *les différentes parties qui composent le Gouvernement* ou comme disent les Politiques, les différents ordres de l'Etat, la définition en est assez connue, & assez universellement avouée. Mais si l'on fait entrer dans *l'idée de Constitution les pouvoirs dont ces ordres sont revêtus*, alors il sera assez difficile d'en établir la signification avec quelque exactitude. En effet ces pouvoirs sont sujets à varier par des circonstances accidentelles, ils augmentent ou diminuent de force selon les temps variation qui fait *pencher la balance politique tantôt d'un côté et tantôt de l'autre* ; la *Constitution en suit les mouvements incertains, & il est malaisé d'attacher à ce mot un temps précis et constant.* » Nous soulignons. ROBINET, *Op. cit.*, p. 60.

853 Voir *infra*, Chapitre 2, spéc. Section 1, § 3.

854 « Les Auteurs Anglois qui ont traité cette matière ont très-bien compris ces difficultés. Ils les ont habilement discutées, et ont posé des principes justes et sensibles. On les trouve dans Harrington, Locke & les autres.

« Ils observent tous judicieusement que tout Gouvernement est ou tend à devenir despotique, que tout chef est ou deviendrait despotique avec le temps. L'homme qui aime naturellement à commander, voulant gouverner une nation quelconque, s'appliquera soigneusement à découvrir aux mains de qui réside le pouvoir de la nation, & mettant cette découverte à profit, il ne manquera pas de prendre tous les moyens propres à leur persuader de le nommer leur représentant. La connaissance de ces *pouvoirs constituants* mène à *celle de la Constitution d'un pays*, et à la juste application des maximes générales de Gouvernement, qui, quoique sages & bonnes en elles-mêmes, peuvent, si elles font mal appliquées, produire tout le contraire de ce qu'on en attendait. » Nous soulignons. ROBINET, *Op. cit.*, p. 60. « Pouvoir constituant » n'est pas ici employé dans le sens de pouvoir de faire la constitution, mais dans celui de pouvoir de constituer, de désigner ceux qui détiennent le pouvoir dans l'État.

donner une constitution, et que la constitution n'est faite que par un nombre restreint d'individus⁸⁵⁵. Une constitution qui ne respecterait pas la définition qu'il en donne n'en serait tout simplement pas une et certains pays peuvent ainsi croire qu'ils ont une constitution alors qu'il n'en ont pas⁸⁵⁶. Les constitutions des États-Unis sont perçues favorablement par Dèmeunier à la lumière des principes de Vattel. Elles sont les seules à respecter les principes qu'il a définis.

De théories hypothétiques et axiologiques, les principes développés par les théoriciens du droit naturel deviennent les règles et principes qu'il conviendrait de respecter. Il n'affirme pour autant pas clairement que les autres États n'ont pas de constitution, mais il fait naître une ambiguïté en évoquant cette possibilité sans pour autant la développer.

Avec la reprise du chapitre de Vattel dans des encyclopédies, sa définition de la constitution est largement diffusée avec ses ambiguïtés sur le titulaire de la souveraineté et les modalités de modification de la constitution. Les discours philosophiques sont dominés par elle. Pour autant, elle n'emporte pas nécessairement l'adhésion à une conception du pouvoir ou à une forme de gouvernement. Elle peut ainsi être reprise pour défendre un modèle relativement traditionnel de constitution, comme le fait Robinet.

Cette nouvelle définition de la constitution rompt définitivement avec l'idée d'une origine traditionnelle des règles réglemant le pouvoir politique. La constitution est alors communément entendue comme « la base de la tranquillité publique, le plus ferme appui de l'Autorité Politique et le gage de la Liberté des Citoyens. »⁸⁵⁷ La constitution ne vise qu'à la protection de ceux qui sont entrés en société. La notion de constitution s'impose donc en langue française comme une notion politique dans une conception contractualiste et jusnaturaliste, et non dans une conception traditionaliste. Rousseau poursuit cette réflexion dans son *Contrat social*.

C. Rousseau et les deux constitutions : la constitution du peuple prime la constitution du gouvernement

182. Rousseau⁸⁵⁸ reprend l'idée d'une origine contractuelle de l'ordre politique. Il fait sienne les

855« Malheureusement les peuples ont presque toujours négligé ce devoir essentiel [de choisir la meilleure constitution possible], où lors de leurs premières associations, ils se sont trouvé à la merci des hommes puissants qui ont dicté eux-mêmes les lois fondamentales de l'état. Les meilleures *constitutions* de l'antiquité ont été l'ouvrage des circonstances ou de quelques hommes ; et l'histoire politique n'offre guère que les *constitutions* des États-Unis de l'Amérique qui aient été rédigées selon les principes posés ci-dessus. » *Op. cit.*, p. 643.

856« Nous terminerons cet article par des remarques sur le sens vague qu'on attache en bien des pays aux mots constitution de l'état : on n'est pas étonné de trouver ce défaut dans les pays qui *croient avoir une constitution*, et qui n'en ont point ; mais ce qui est singulier, il n'y a peut-être point de mot en anglais, que l'on emploie aussi souvent, et que l'on entende aussi peu que celui de constitution [reprise de Robinet] » Nous soulignons. *Op. cit.*, p. 643.

857VATTEL, *Op. cit.* Livre I, chap. 3, §30, p. 33.

858Pour une étude détaillée sur le constitutionnalisme de Rousseau voir Gabrielle RADICA, « Constitution et lois

distinctions d'Hobbes et de Pufendorf relatives à la distinction entre le peuple et la multitude ; entre l'agrégation et l'association⁸⁵⁹ pour développer l'idée, qu'en l'absence de pacte social, la société n'existe pas et les hommes sont encore à l'état de nature. Ainsi, sans contrat social, il n'y a pas de société. Comme chez Pufendorf et Locke, il y a deux actes qui fondent le pouvoir politique, mais l'un est inférieur à l'autre :

« Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius un peuple est donc un peuple avant de se donner à un roi. Ce don même est un acte civil, il suppose une délibération publique. Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon examiner *l'acte par lequel un peuple est un peuple*. Car cet acte étant nécessairement antérieur à l'autre est le vrai fondement de la société. »⁸⁶⁰

L'établissement de l'État, du peuple, se distingue ainsi de l'établissement du gouvernement. Ce dernier ne désigne que le pouvoir exécutif⁸⁶¹. Seul l'établissement de l'État ou du peuple⁸⁶² est l'acte fondateur de l'ordre social. Il introduit ainsi, contrairement à Pufendorf, une hiérarchie entre les deux constitutions⁸⁶³. Il traite séparément la question de la constitution de l'État (1) et de celle du gouvernement (2).

1. La constitution de l'État : l'exécutif, le législatif et la conformité à la nature des choses

Chez Rousseau, les parties constituant l'État sont toujours le prince et le peuple (a). En outre, la constitution doit être conforme à la nature des choses (b).

a. Les parties constituant l'État : le prince et le peuple

183. La constitution de l'État peut désigner l'ensemble des parties entrant dans sa composition⁸⁶⁴. Ces parties étaient originellement comprises comme des communautés (Ordres ou États), mais elles sont également conçues comme les organes ou les fonctions de l'État (indépendamment des communautés qui le composent). Chez Rousseau, la constitution est composée du pouvoir législatif exercé par le peuple et du pouvoir exécutif exercé par le prince. Les autres organes de l'État sont

fondamentales chez Rousseau » in *Revista de Filosofia*, Aurora, Curitiba, v. 28, n. 43, p. 19-48, janv./abr. 2016.

859« Il y aura toujours une grande différence entre soumettre une multitude, et régir une société. Que des hommes épars soient successivement asservis à un seul, en quelque nombre qu'ils puissent être, je ne vois qu'un maître et des esclaves, je ne vois point un peuple et son chef ; c'est si l'on veut une *agrégation*, mais non pas une *association* ; il n'y a ni bien public ni corps politique. » Rousseau, *Op. cit.*, I, V, p. 50.

860ROUSSEAU, *op. cit.*, I, V, éd. cit., p. 51.

861Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, C.

862Les deux sont synonymes chez Rousseau, voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, C.

863« Cependant pour que le corps du Gouvernement ait une existence une vie réelle qui le distingue du corps de l'État, pour que tous ses membres puissent agir de concert et répondre à la fin pour laquelle il est institué, il lui faut un *moi* particulier, une sensibilité commune à ses membres, une force une volonté propre qui tende à sa conservation. [...] Les difficultés sont dans la manière d'ordonner dans le tout, ce tout subalterne, de sorte qu'il *n'altère point la constitution générale en affermissant la sienne*, qu'il distingue toujours sa force particulière destinée à sa propre conservation de la force publique destinée à la conservation de l'État, et qu'en un mot il soit toujours prêt à sacrifier le Gouvernement au peuple et non le peuple au Gouvernement. » ROUSSEAU, *op. cit.*, III, I, éd. cit., p. 96.

864Voir *supra*.

accessoires ; il ne font pas partie de la constitution de l'État, ne forment pas son essence. Ils peuvent donc être supprimés sans que la constitution ne soit altérée⁸⁶⁵. Dans tout État, il n'existe donc que deux organes, qui sont aussi deux puissances (ou pouvoirs) : d'une part, le Prince, ou Gouvernement, en charge de l'exécutif et d'autre part, le Peuple ou Souverain, en charge du législatif. La constitution de l'État et sa pérennité résultent d'un équilibre entre ces deux pouvoirs politiques :

« Comme la volonté particulière agit sans cesse contre la volonté générale, ainsi le Gouvernement fait un effort continuel contre la Souveraineté. Plus cet effort augmente, *plus la constitution s'altère*, et comme il n'y a point d'autre volonté de corps qui résistent à celle du Prince fasse équilibre avec elle, il doit arriver tôt ou tard que le Prince opprime enfin le Souverain et rompe le traité Social. »⁸⁶⁶

La constitution est ainsi maintenue par l'existence d'un équilibre, d'une balance du pouvoir au sein de l'État. Rousseau reconnaît donc, à la suite de Locke, la nécessité de répartir les pouvoirs dans l'État entre différents organes. En ce sens, Rousseau est partisan d'une certaine balance des pouvoirs, qu'il exprime d'ailleurs en termes mathématiques⁸⁶⁷. Il s'oppose ainsi à toute concentration du pouvoir, même entre les mains du souverain⁸⁶⁸.

La constitution de l'État doit assurer une répartition et un équilibre du pouvoir, mais elle doit également être conforme à la nature des choses.

b. La nécessité de conformer la constitution à la nature des choses

184. Un État bien constitué est un État établi conformément à la nature et à la justice. La constitution d'un État est ainsi le résultat d'une négociation entre l'ordre naturel des choses et

865« Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les *parties constitutives de l'État*, ou que des causes indestructibles en altère sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui remplace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme dans soit entre le Prince et le Peuple, soit entre le Prince et le Souverain, soit à la fois des deux côtés s'il est nécessaire. [...] Le Tribunal *n'est point une partie constitutive de la Cité*, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l'exécutrice, mais c'est en cela même que la sienne est plus grande : car ne pouvant rien faire il peut tout empêcher. [...] Ce moyen me paraît sans inconvénient, parce que comme je l'ai dit, le Tribunal *ne faisant point partie de la constitution peut être ôté sans qu'elle en souffre* » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, IV, V, p. 157-159.

866Nous soulignons. *Ibid.*, III, X, p. 120.

867« Le Gouvernement reçoit du Souverain les ordres qu'il donne au peuple, et pour que l'État soit *dans un bon équilibre* il faut, tout compensé, qu'il y ait égalité entre le produit ou la puissance du Gouvernement pris en lui-même et le produit ou la puissance des citoyens, qui sont souverains d'un côté et sujets de l'autre.

« De plus, on *ne saurait altérer aucun des trois termes sans rompre à l'instant la proportion*. Si le Souverain veut gouverner, ou si le magistrat veut donner des lois, ou si les sujets refusent d'obéir, le désordre succède à la règle, la force et la volonté n'agissent plus de concert, et l'État dissous tombe ainsi dans le despotisme ou dans l'anarchie. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, III, I, p. 93.

868« Le pouvoir législatif une fois établi, il s'agit d'établir de même le pouvoir exécutif ; car ce dernier, qui n'opère que par des actes particuliers, n'étant pas de l'essence de l'autre, en est *naturellement séparé*. S'il était possible que le Souverain, considéré comme tel, eût la puissance exécutive, *le droit et le fait seraient tellement confondus qu'on ne saurait plus ce qui est loi et ce qui ne l'est pas*, et le corps politique ainsi dénaturé serait bientôt en proie à la violence contre laquelle il fut institué. » Nous soulignons. *op. cit.*, III, XVI, p. 132.

l'ordre artificiel des lois. La pérennité de l'État dépend de l'harmonie existant entre ces deux ordres⁸⁶⁹. Ainsi, suivant qu'il existe une harmonie entre ordre naturel et ordre légal, l'État est bien ou mal constitué⁸⁷⁰.

185. La bonne constitution de l'État ne concerne donc pas uniquement l'ordre politique, mais elle doit, de manière plus générale, organiser un bon ordre social, concernant tant les mœurs qui règnent dans l'État, que les qualités des citoyens qui le composent⁸⁷¹. Un État bien constitué est donc, comme chez les Grecs, et les Romains, celui qui encourage les citoyens à être vertueux et les conduit vers de bonnes mœurs. La vertu citoyenne et la qualité des lois sont ainsi coextensives dans les États bien constitués : « loin de s'affaiblir les lois acquièrent sans cesse une force nouvelle *dans tout État bien constitué* »⁸⁷² ; « *Mieux l'État est constitué, plus les affaires publiques l'emportent sur les privées dans l'esprit des Citoyens.* »⁸⁷³

La constitution de l'État ne se réduit pas à l'organisation du pouvoir politique, mais renvoie de manière générale à l'ensemble de l'ordre social et politique. En cela notamment, la constitution de l'État se distingue de la constitution du gouvernement.

2. La constitution du gouvernement : forme de l'administration

186. La constitution du gouvernement est la loi qui réglemente le gouvernement. Cette constitution du gouvernement doit s'accorder à celle de l'État⁸⁷⁴. Chez Rousseau, le pouvoir législatif est toujours aux mains du peuple⁸⁷⁵. La constitution du gouvernement désigne donc

869« Ce qui rend la *constitution d'un État* véritablement solide et durable, c'est quand les convenances sont tellement observées que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les mêmes points, et que celles-ci ne font, pour ainsi dire, qu'assurer accompagner rectifier les autres. Mais si le Législateur, se trompant dans son objet prend un *principe différent de celui qui naît de la nature des choses*, que l'un tende à la servitude et l'autre à la liberté, l'un aux richesses l'autre à la population, l'un à la paix l'autre aux conquêtes, on verra les lois s'affaiblir insensiblement, la *constitution s'altérer*, et l'État ne cessera d'être agité jusqu'à ce qu'il soit détruit ou changé, et que l'invincible nature ait repris son empire. » Nous soulignons. *op. cit.*, II, XI, p. 88.

870« Ce qui rend pénible l'ouvrage de la législation, est moins ce qu'il faut établir que ce qu'il faut détruire ; et ce qui rend le succès si rare, c'est l'impossibilité de trouver la *simplicité de la nature jointe aux besoins de la société*. Toutes ces conditions, il est vrai se trouvent difficilement rassemblées. Aussi voit-on *peu d'États bien constitués*. » Nous soulignons. *op. cit.*, II, X, p. 86.

871« Quand le choix et le sort se trouvent mêlés, le premier doit remplir les places qui demandent des talents propres, telles que les emplois militaires ; l'autre convient à celles où suffisent le bon sens, la justice, l'intégrité, telles que les charges de judicature ; parce que *dans un État bien constitué* ces qualités sont communes à tous les citoyens. » Nous soulignons. ROUSSEAU, *op. cit.*, IV, III, p. 146.

« Les opinions d'un peuple *naissent de sa constitution* ; quoique la loi ne règle pas les mœurs, c'est la législation qui les fait naître ; quand la législation s'affaiblit les mœurs dégénèrent, mais alors le jugement des Censeurs ne fera pas ce que la force des lois n'aura pas fait. » Nous soulignons. *Ibid.*, IV, VII, p. 163.

872Nous soulignons. *Ibid.*, III, XI, p. 124.

873Nous soulignons. *Ibid.*, III, XV, p. 129.

874 « Ce qui fait voir qu'il n'y a pas une *constitution de Gouvernement* unique et absolue, mais qu'il peut y avoir autant de Gouvernement différents en nature que d'États différents en grandeur » Nous soulignons. *Ibid.*, III, I, p. 94.

875 « la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui. » *Ibid.*, III, I, p. 91.

uniquement la manière dont s'exerce le pouvoir exécutif⁸⁷⁶. Il existe ainsi des « parties constitutives du Gouvernement », dans un gouvernement mixte⁸⁷⁷, qui sont les différents organes exerçant la fonction exécutive.

Dans le *Contrat social*, Rousseau refuse l'idée d'un pacte de sujétion car « il n'y a qu'un contrat dans l'État, c'est celui de l'association ; et celui-là seul en exclut tout autre »⁸⁷⁸. En conséquence, la constitution du gouvernement peut toujours être modifiée par le peuple souverain car « il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société »⁸⁷⁹. Il reprend à son compte l'idée d'une ordonnance proposée par Pufendorf, mais cette ordonnance n'est plus qu'une loi simple, qui peut toujours être modifiée par le souverain, et le second contrat devient une simple nomination⁸⁸⁰.

187. La constitution du gouvernement ne bénéficie d'aucune garantie de stabilité ; « c'est une forme provisionnelle qu'il [le peuple] donne à l'administration, jusqu'à ce qu'il lui plaise d'en ordonner autrement. »⁸⁸¹ Ce principe est le corollaire du refus de reconnaître l'existence de lois fondamentales⁸⁸². En faisant du peuple un éternel souverain, Rousseau rend impossible la stabilité et suprématie de la constitution du gouvernement. Il sort de l'ambiguïté qu'avait instaurée Vattel, mais le fait au détriment de la notion même de constitution. Pour Rousseau, la seule « vraie » constitution

876« La Royauté même est susceptible de quelque partage. Sparte eut constamment *deux Roi par sa constitution.* »
Nous soulignons. *Ibid.*, III, III, p. 100.

« Celui qui fait la loi sait mieux que personne comme elle doit être exécutée et interprétée. Il semble donc qu'on ne saurait avoir une *meilleure constitution que celle où le pouvoir exécutif est joint au législatif* » Nous soulignons. *Ibid.*, III, IV, p. 101.

« il n'y a pas de Gouvernement si sujet aux guerres civiles et aux agitations intestines que le Démocratique ou populaire, parce qu'il n'y en a aucun qui tende si fortement et si continuellement à changer de forme, ni qui demande plus de vigilance et de courage pour être maintenu dans la sienne. C'est surtout *dans cette constitution* que le Citoyen doit s'armer de force et de constance ». Nous soulignons. *Ibid.*, III, IV, p. 103.

À propos de la constitution monarchique : « on ne peut imaginer *aucune sorte de constitution* dans laquelle un moindre effort produise une action plus considérable. » Nous soulignons. *Ibid.*, III, VI, p. 106.

877« dans le partage de la puissance exécutrice, il y a toujours une gradation du grand nombre au moindre, avec cette différence que tantôt le grand nombre dépend du petit, et tantôt le petit du grand.

« Quelques fois il y a partage égal ; soit quand les *parties constitutives* sont dans une dépendance mutuelle, comme dans le Gouvernement d'Angleterre ; soit quand l'autorité de chaque partie est indépendante mais imparfaite, comme en Pologne. » Nous soulignons. *Ibid.*, III, VII, p. 112.

878 *Ibid.*, III, XVI, p. 133.

Voir aussi : « Si donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant qu'il y a un maître il n'y a plus de Souverain, et dès lors le corps politique se détruit. » *Ibid.*, II, II, p. 62.

879 *Ibid.*, II, VI, p. 74.

880« Sous quelle idée faut-il donc concevoir l'acte par lequel le Gouvernement est institué ? Je remarquerai d'abord que ce acte est complexe ou composé de deux autres, savoir l'établissement de la loi, et l'exécution de la loi.

« Par le premier, le Souverain statue qu'il y aura un corps de Gouvernement établi sous telle ou telle forme ; et *il est clair que cet acte est une loi.*

« Par le second, le Peuple nomme les chefs qui seront chargés du Gouvernement établi. Or cette nomination étant un acte particulier n'est pas une seconde loi, mais seulement une suite de la première et une fonction du Gouvernement. » *Ibid.*, III, XVII, p. 134.

881 *Ibid.*, III, XVIII, p. 135.

882 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, D.

est celle qui établit l'État et le peuple, c'est-à-dire celle qui fonde la société.

Le pouvoir constituant est perpétuel et la notion même de constitution est fortement affaiblie, voire complètement détruite, par la conception rousseauiste du pouvoir. La volonté d'éviter une confusion des pouvoirs, formulée par Rousseau comme une nécessité absolue, est entravée par l'instauration d'un souverain perpétuel et unique en la personne du peuple.

Conclusion du Chapitre 1

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, la conception du pouvoir politique se transforme et conduit à mobiliser des termes permettant de refléter ces idées nouvelles. La notion de constitution, par sa polysémie est ainsi mise à contribution, d'abord en latin, puis en anglais et en français, afin de dénoter l'établissement juridique et volontaire d'un pouvoir politique. L'idée que l'ordre politique est un ordre artificiel créé volontairement par des individus libres et égaux se développe ainsi chez les auteurs latinistes et anglais. Elle est le plus souvent associée à la notion de *civitas* et de *commonwealth*. Locke est le premier à lier irrémédiablement cette idée à la notion de société. En français, ces théories sont également associées à cette notion car elle permet de dénoter l'origine artificielle et volontaire de la communauté politique. L'évolution sémantique reflète ainsi une mutation idéologique dans la conception du pouvoir politique.

188. Le concept de constitution eut donc des précédents sémantiques. L'idée que le pouvoir politique était soit limité par des lois supérieures, soit réglementé par un ensemble des règles à des racines anciennes. À partir du XVI^e siècle, cette idée est exprimée par un ensemble des termes dont le contenu était plus ou moins normatifs. La notion de police et celle de lois fondamentales visaient à poser des limites à l'autorité royale et à l'exercice de ce pouvoir. Les notions de gouvernement et de république permettaient une description plus neutre du fonctionnement d'un régime politique. Toutefois, les usages politiques de ces notions furent successivement remis en cause, soit parce que ces termes virent leur signification restreinte, comme ce fut le cas pour le terme de police, de république, et dans une certaine mesure de gouvernement ; soit parce qu'ils furent radicalement redéfinis ou remis en cause, comme ce fut le cas pour la notion de lois fondamentales. La notion de constitution présente d'ailleurs une singularité vis-à-vis de ses précédents sémantiques car elle émerge et s'impose comme une notion politique dans le contexte d'une conception jusnaturaliste et contractualiste du pouvoir politique. Elle n'est donc pas l'équivalent de la *politeia* grecque, de la *res publica* romaine ou de l'expression forme de gouvernement ; elle représente une rupture dans la pensée politique et incarne cette nouvelle conception du pouvoir politique.

189. À la fin du XVI^e siècle et dans la première moitié XVII^e, l'idée que le pouvoir politique provient d'un acte volontaire de la communauté et qu'il est ainsi une création humaine, un artéfact se développe. Elle est faite pour protéger les droits naturels des individus (Hobbes, Locke) et/ou poursuivre un intérêt commun (religieux chez Lawson ou laïc chez Rousseau). Les philosophes jusnaturalistes et contractualistes élaborent alors l'idée qu'il existe une loi antérieure et supérieure à toutes les autres lois positives et que cette loi est l'acte fondateur de la société. Ils décident, pour désigner, cet acte fondateur d'employer le terme de constitution⁸⁸³ car il permet, par sa polysémie, de renvoyer simultanément à des idées différentes. D'abord, la constitution, comme création volontaire et établissement juridique, permet de désigner le processus d'institution de l'État. Ensuite, comme loi souveraine, la constitution peut être la règle de fonctionnement de cet État. Enfin, comme tempérament ou disposition d'un corps, la constitution permet de filer la métaphore anthropomorphique concernant la personne artificielle qu'est l'État.

La première occurrence se trouve chez Hobbes qui formalise l'idée que l'ordre politique est artificiel et le résultat de la volonté des individus libres et égaux qui le composent. Il peut donc être considéré comme l'inventeur du pouvoir constituant. Néanmoins, dans la conception hobbesienne, le souverain ainsi institué doit être tout puissant ; toute répartition des pouvoirs entre plusieurs organes est alors exclue et toute limitation de la puissance souveraine, l'est également. La seule limite que rencontre le pouvoir souverain hobbesien est une limite structurelle : il ne peut détruire sa propre souveraineté.

La théorie hobbesienne est reprise et modifiée par ses compatriotes Lawson et Locke. Ils maintiennent l'idée d'un pouvoir constituant ; néanmoins, ce pouvoir n'appartient plus aux individus, mais à la collectivité, à la communauté formée par ces individus. L'établissement de l'ordre politique est donc réalisé en deux étapes. La première est l'établissement de la communauté politique, par lequel l'ensemble des membres décident de sa création. La seconde est l'acte établissant un gouvernement, qui est un acte de la collectivité et non des individus qui la composent⁸⁸⁴. Le seul souverain est alors la communauté, qui institue le pouvoir législatif et impose à son détenteur une loi qui dicte la manière dont ce pouvoir doit s'exercer. Ceux qui établissent la constitution, comme ceux qui détiennent le pouvoir législatif, sont soumis au droit naturel et leurs actes doivent y être conformes⁸⁸⁵. En outre, ceux qui détiennent le pouvoir législatif, sont liés par la constitution faite par la société. Enfin, les membres de la société sont tous liés par les actes du

883 Sur ce point voir notamment Michel GANZIN, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste » in Association Française des historiens des idées politiques, *La constitution dans la pensée politique*, Acte du colloque de Bastia (7-8 septembre 2000), P.U.A.M., 2001, p. 167.

884 Pour Locke ce n'est pas exactement l'acte de la collectivité, mais celui de la majorité des individus qui la compose.

885 Pour Lawson, cela signifie qu'elle doit respecter les principes de la justice, pour Locke qu'elle doit avoir pour fonction de garantir les droits des individus.

pouvoir législatif. Les théories de Lawson et de Locke permettent donc d'imaginer une nouvelle hiérarchie des normes : au sommet le droit naturel, en dessous la constitution, en dessous la loi et, enfin, les actes individuels. Le droit naturel est écrit par Dieu ; la constitution par la société et la loi par le pouvoir législatif. D'après cette nouvelle théorie, le pouvoir législatif peut également être réparti entre plusieurs organes sans que la souveraineté s'en trouve menacée. Le réel souverain, qui reste la communauté, peut établir plusieurs organes, qui forment en se réunissant le pouvoir législatif : ils sont co-législateurs. Dans ce contexte, il n'y a pas de démembrement de la souveraineté mais exercice conjoint de celle-ci.

190. Une conception similaire à celle de Locke et Lawson fut également développée par les théoriciens allemands et suisses du droit naturel. Pufendorf avance l'idée que la société (*civitas*) est établie par deux contrats et une ordonnance. Le premier contrat est celui qui établit la communauté, comme chez Locke⁸⁸⁶ et Lawson. Le second acte est l'ordonnance qui régleme l'exercice du pouvoir par le gouvernement. Enfin, le second contrat est l'équivalent d'un pacte de sujétion entre la communauté et les gouvernants choisis par elle. Pour Pufendorf, la réglementation du pouvoir peut impliquer la limitation de la souveraineté par le gouvernement. Contrairement à Hobbes, il admet donc le concept de lois fondamentales. Comme Hobbes, il refuse en revanche toute distribution du pouvoir entre plusieurs organes, car cela constituerait un démembrement de la souveraineté. Les thèses de Pufendorf étaient assez novatrices et influencèrent certainement Locke. Néanmoins, c'est avec leur traduction par Barbeyrac qu'elles prirent toute leur modernité. Ce dernier va s'attacher à associer ces thèses aux notions de société et de constitution, ce que ne faisait pas Pufendorf en latin. Les concepts qu'il développe sont, par la traduction, associés à ces notions. Lorsque ses théories sont reprises par les philosophes politiques suisses francophones, Burlamaqui et Vattel, ce sont les termes de Barbeyrac qu'ils reproduisent.

Vattel offre alors une synthèse de l'ensemble de ces théories qui fut largement diffusée par la reprise de passages entiers de ses ouvrages dans des dictionnaires et encyclopédies. Pour Vattel, la société est la création d'individus libres et égaux et la constitution est le règlement dont se dote cette société pour l'exercice du pouvoir politique. À l'instar de Lawson, Locke et Pufendorf, il distingue le pouvoir de faire la constitution, du pouvoir de faire les lois et subordonne l'un à l'autre. Il innove toutefois vis-à-vis de ses prédécesseurs puisqu'il reconnaît dans la nation une souveraineté perpétuelle. Pour Lawson, Locke et Pufendorf, la constitution ne pouvait être changée que lorsque le gouvernement avait été dissout. Tant que le gouvernement existait ; il devait être obéi. Pour Vattel, en revanche, la nation devenait libre à tout moment de changer sa constitution. Cette souveraineté perpétuelle de la nation remettait en cause le principe de stabilité contenu dans le

⁸⁸⁶Locke connaissait d'ailleurs les écrits de Pufendorf, qu'il recommandait et s'en était sûrement inspiré.

concept de constitution. Rousseau tira d'ailleurs toutes les conséquences de la position adoptée par Vattel.

Chez Rousseau, il existe deux constitutions, celle du peuple, établissant la société, et celle du gouvernement, établissant un prince. Le peuple dispose du pouvoir législatif, alors que le prince dispose de l'exécutif. Néanmoins, la manière dont le prince exerce ce pouvoir de gouvernement est déterminée par une loi du pouvoir législatif. Lorsqu'il est réuni, le peuple peut modifier cette loi. La constitution du gouvernement ne bénéficie donc d'aucune réelle stabilité et la notion de lois fondamentales est totalement rejetée, puisque la constitution du gouvernement n'est qu'une loi comme une autre. La notion même de constitution comme ordre de supériorité qu'avaient conceptualisée Lawson, Locke et Pufendorf est donc ici radicalement remise en cause.

191. D'après les théories jusnaturalistes et contractualistes, la société dispose du pouvoir d'établir un ordre de subordination auquel ses membres doivent se soumettre (pouvoir constituant). Pour les premiers penseurs du contrat social que furent Hobbes et Pufendorf, cela ne peut être réalisé que par la concentration du pouvoir. En revanche, leurs successeurs avancent de plus en plus fermement l'idée que la garantie des droits naturels ne peut intervenir que grâce à une répartition des fonctions de l'État entre plusieurs organes. Cette théorisation du pouvoir constituant permet d'imaginer que le pouvoir qu'établit la société soit limité, soit par sa distribution entre différents organes (Locke, Lawson), soit par l'engagement que prennent les gouvernants à l'égard des gouvernés (Pufendorf, Rousseau). La société organise donc une répartition des fonctions étatiques et ces fonctions ne doivent pas être concentrées entre les mains d'un seul organe. Elle le fait en édictant une norme supérieure et fondatrice de l'ordre politique : la constitution. Une fois la constitution instituée, le pouvoir constituant est épuisé et ne réapparaît qu'en cas de dissolution de la société. La distinction du pouvoir constituant et du pouvoir législatif permet d'inventer une limitation du pouvoir qui ne provienne pas de la tradition, mais d'un acte volontaire du peuple. Elle doit permettre en principe le maintien de l'ordre politique et assurer sa stabilité. Néanmoins, Vattel et surtout Rousseau affaiblissent voire détruisent, la notion de constitution en reconnaissant un droit, conditionnel pour Vattel, absolu pour Rousseau, de modifier cette norme entravant ainsi sa stabilité.

La constitution de la société est ainsi autant le processus qui l'institue que la loi qui régit l'exercice du pouvoir en son sein. Leur définition de la constitution de la société est normative : elle comporte en elle-même de nombreuses exigences. Il devient alors possible de considérer que certaines sociétés ne sont pas constituées ou ont une mauvaise constitution ; qu'elles ne sont pas des « vraies » sociétés. Au fur et à mesure que se raffine la notion de constitution, l'idée qu'un État, une société ou une nation pourrait en être dépourvu se développe. Si la constitution est une

détermination des différentes compétences des organes de l'État, alors il n'est pas certain que la France ait une constitution. Si la constitution est un acte fait pas la nation, alors la France n'a probablement pas de constitution.

S'inspirant ces théories, les théoriciens politiques français et les acteurs du pouvoir les mobilisent et adaptent en employant le terme de constitution. Trois types de constitutionnalismes se développent : un constitutionnalisme parlementaire, un constitutionnalisme patriote et même un constitutionnalisme royaliste. La notion de constitution prend alors progressivement une place centrale dans les institutions politiques de l'Ancien Régime.

Chapitre 2. Le développement des constitutionnalismes parlementaire, patriote et royaliste dans la seconde moitié du XVIII^e siècle

192. La notion de constitution émerge dans les discours institutionnels de l’Ancien Régime au cours du XVIII^e siècle et spécialement à compter des années 1750. Le parti parlementaire s’approprie la notion de constitution à la suite d’auteurs tels que Le Paige et Montesquieu afin de défendre leurs prérogatives face aux tentatives de réformes du pouvoir royal. Le constitutionnalisme ne date ainsi pas de la Révolution, mais connaît une première émergence dans les discours de parlements d’Ancien Régime⁸⁸⁷. En réaction à ce constitutionnalisme parlementaire, se construit un constitutionnalisme royaliste visant à défendre le principe monarchique. En parallèle, se développe également un constitutionnalisme patriote qui cherche à faire valoir les droits et intérêts du Tiers et en particulier de la bourgeoisie. Ce parti patriote a un accès moins immédiat à la sphère institutionnelle, mais il trouve une place centrale dans la sphère publique des salons, des clubs et des loges. La seconde moitié du XVIII^e siècle est donc marquée par l’invocation de la constitution et du droit naturel par les partis parlementaire et royaliste qui conduit au démantèlement de l’ordre traditionnel par les institutions mêmes de l’Ancien Régime. Comme l’écrit François Furet, « l’Ancien Régime politique est mort avant d’avoir été abattu »⁸⁸⁸ (section 1).

⁸⁸⁷Voir notamment sur ce point Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d’après les cours et assemblées à la fin de l’Ancien Régime (1750-1789)*, coll. « Romanité et modernité du droit », De Brocard, 2006 ; Roger BICKART, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932 ; Wolfgang SCHMALE, « Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction » in *Il pensiero politico : rivista di storia delle idee politiche e sociale*, 1987, XX, n°1, Leo S. Olschki, Florence, 1987, p. 415 ; François OLIVIER-MARTIN, *L’absolutisme français suivi de Les parlements contre l’absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997 ; Jean ÉGRET, *Louis XV et l’opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970 ; Élie CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, réimpression de l’édition de Paris, 1927 ; François SAINT-BONNET, « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l’œil. Actualité de l’autre Montesquieu » in *Droits*, n°43, 2006, p. 15 ; —, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) » in *Droits*, n°34, 2001, p. 177 ; —, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » in *Droits*, n°32, 2000, p. 7 ; Francesco DI DONATO, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L’évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably » in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52^e année, N. 4, 1997, pp. 821-852 ; —, « La hiérarchie des normes dans l’ordre juridique, social et institutionnel de l’Ancien Régime », *Revus, Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, n° 21, 2013, March 2018.

⁸⁸⁸« Ni le déclenchement de la Révolution, à travers ce que les historiens appellent “la révolte aristocratique”, ni le

Pour s'attirer les faveurs du public, le parti parlementaire se rapproche progressivement des thèses patriotes. Le Roi tente également, d'une part, de défendre les droits naturels des citoyens et la rationalité de ses réformes et, d'autre part, de s'appuyer sur l'opinion publique. Il finit ainsi par avoir recours à la notion de constitution et par reconnaître les droits de la nation. Ainsi, au cours de la Prérévolution, l'argument constitutionnel, jusnaturaliste et national se généralise⁸⁸⁹ (section 2).

Section 1. Le démantèlement de l'ordre traditionnel par les partis parlementaire et royaliste au moyen du droit naturel et de la notion de constitution

193. L'ordre traditionnel de l'Ancien Régime fut démantelé par ses acteurs, d'une part, les parlements et les défenseurs de leur cause et, d'autre part, les agents du Roi. La recherche des emplois du terme de constitution dans les discours officiels de l'Ancien Régime et dans les brochures les plus largement diffusées à cette période révèle l'adhésion, au moins apparente, des partis parlementaire et royaliste aux thèses jusnaturalistes. La réflexion sur l'ordre politique français – et l'emploi de la notion de constitution à cet effet – est donc menée en France par des auteurs défendant les intérêts d'institutions traditionnelles. Néanmoins, ils ne le font pas en ayant recours à l'invocation de la tradition et de la coutume, mais en adhérant aux principes et théories rationalistes issus et Lumières.

194. Les parlements avaient été réduits au silence sous Louis XIV et le droit de remontrance ne fut rétabli qu'en 1715 par le Régent Philippe d'Orléans⁸⁹⁰. Les premiers conflits se cristallisent, dès

comportement révolutionnaire de maints députés nobles à la Constituante ne sont intelligibles sans référence à cette crise entre la monarchie et la noblesse au XVIII^e siècle. Si la Révolution française – comme toutes les révolutions – rencontre à ses débuts des résistances aussi faiblement coordonnées, c'est que l'Ancien Régime politique est mort avant d'avoir été abattu. Mort de sa solitude, mort de ne plus trouver aucun appui politique dans "sa noblesse", alors que celle-ci est plus que jamais au centre de sa vision de la société. » François FURET, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Hachette librairie, 1988, rééd. Arthème Fayard, 2011, p. 31

⁸⁸⁹« Le terme constitution (dans le sens de "constitution de l'État") a valeur de nouveauté au XVIII^e siècle. Peu à peu, toutes les factions politiques le découvrent et se l'approprient. Leurs idées politiques ne sont pas les mêmes, mais le terme lui-même, ce mot-thème, possède une signification de base, une sorte de "perspective sémantique" : c'est celle du changement et de l'avenir.

« Le terme constitution est pratiquement incompatible avec l'idée de la monarchie absolue et de droit divin comme elle est entendue par le roi. Ce dernier utilise ce terme, mais ses idées constitutionnelles ne sont plus susceptibles d'assurer un consensus quelconque. Pour les parlements, il s'agit de rétablir l'ancienne constitution. Ils le pensent de bonne foi, peut-être, mais, en fait, leur pensée était pleine d'éléments novateurs. En tout cas, pour eux, la notion de constitution traduit un certain désir de changement pour assurer un avenir stable ; changement comparé à ce que le roi fait ou fait faire. Pour d'autres, la constitution est quelque chose qui n'existe pas encore, qu'il faut créer. C'est la position d'une majorité (ou forte minorité?) d'écrivains à la veille de la Révolution. Pour eux, il y a une corrélation "constitution-avenir", et sous-jacente la corrélation "constitution-révolution". Toutes ces perspectives sont à retrouver dans les cahiers de doléances de 1789.

« "Constitution" est le mot-thème du discours politique et juridique du XVIII^e siècle. Les parlements ont aidé à l'introduire dans ce discours, ils ont précisé les bases de ce mot-thème. » Wolfgang SCHMALE, « Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction », loc. cit., p. 423

⁸⁹⁰Voir sur ce point Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970, p. 9-17.

les années 1715 à 1730, autour de la bulle ou constitution *Unigenitus* et du refus des sacrements⁸⁹¹, mais ils ne conduisent à s'opposer frontalement au gouvernement qu'à partir des années 1730 et leur opposition n'est alors que de courte durée⁸⁹². En 1718 et à propos des réformes financières mise en place par Law, les parlements tentent pour la première fois de ressusciter⁸⁹³ la doctrine de l'union des parlements, selon laquelle tous les parlements ne seraient qu'un seul et même corps divisé en plusieurs classes⁸⁹⁴, mais cette révolte, comme les autres qui surgirent au cours de la première moitié du XVIII^e siècle, fut vite endiguée⁸⁹⁵.

À partir des années 1750, la résistance des parlements se fait plus vive et le conflit avec le Roi s'envenime à propos du refus des sacrements⁸⁹⁶. Dans ce contexte, paraît l'ouvrage d'Adrien Le Paige, avocat, intitulé *Lettres historiques*. Cet ouvrage, comme celui de Montesquieu, influença la rédaction et les raisonnements des cours souveraines⁸⁹⁷. Les cours affirment alors avec plus de fermeté leur rôle dans l'élaboration de la loi et leur appartenance à un seul et même corps divisé en plusieurs classes. Dans le cadre de cette opposition, elles utilisent notamment la notion de constitution de la monarchie pour s'opposer au pouvoir royal. Cette notion n'est pas alors réellement traditionnelle, elle mêle les considérations liées à la raison à celle relative à la nécessité de revenir à un ordre originel (§ 1).

195. La séance de Flagellation de 1766 n'a permis qu'un rétablissement temporaire de l'autorité royale et n'endigie pas la révolte parlementaire⁸⁹⁸. Un nouveau conflit s'ouvre en 1770, qui contraint le Roi à exiler les membres du Parlement de Paris en janvier 1771. La réforme menée par le chancelier Maupeou, aussi appelée « révolution » ou « coup » Maupeou, consiste à remplacer le Parlement de Paris par un nouveau parlement, connu sur le nom de parlement Maupeou, qui « était dans la plus complète dépendance du Gouvernement, par son origine et par sa constitution »⁸⁹⁹. Tous les tribunaux subalternes qui opposent une résistance sont pareillement supprimés et recréés selon une composition qui garantirait leur obéissance⁹⁰⁰. Cette réforme s'accompagne de la suppression de la vénalité des charges et de l'usage des épices et des vacations pour les tribunaux nouvellement créés⁹⁰¹. Les cours établies par Maupeou se maintiennent jusqu'à fin du règne de

891 Voir sur ce point *Ibid.*, p. 17-33.

892 *Ibid.*, p. 45-46.

893 Cette théorie avait son précédent dans l'arrêt d'union du 13 mai 1648. Voir sur ce point Roger BICKART, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932, p. 143-144 ; François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997, p. 405.

894 Voir sur ce point Jean ÉGRET, *op. cit.*, p. 34-39 ; Roger BICKART, *op. cit.*, 1932, p. 143-193.

895 ÉGRET, *op. cit.*, p. 47-48.

896 ÉGRET, *op. cit.*, p. 57-67.

897 ÉGRET, *op. cit.*, p. 74-76.

898 Voir sur ce point, *Flammermont*, III, Introduction et Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, éd. cit.

899 *Flammermont*, III, p. XVI.

900 Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, éd. cit., p. 189.

901 Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, éd. cit., p. 198 et 226.

Louis XV. Néanmoins, la résistance face à cette réforme fait naître un parti parlementaire⁹⁰² qui reste actif jusqu'à la réunion des États-généraux. En 1774, lorsque Louis XVI accède au trône, il accepte de rétablir les parlements.

Les années 1770 sont donc riches en brochures et pamphlets visant défendre les prérogatives des parlements, et ce en employant une rhétorique se rapprochant de plus en plus des thèses des philosophes jusnaturalistes et contractualistes. Les brochures de propagande royale sont elles-mêmes contraintes de se placer sur le même terrain. Les *Maximes du droit public*, mêlant théories parlementaires et rousseauisme, et *Les Devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice dédié au Roi* de Moreau, visant à défendre les prérogatives royales, fournissent à cet égard des exemples topiques. Ces deux ouvrages qui défendent des partis opposés admettent tous deux l'idée d'une double constitution et d'une hiérarchie entre ces deux constitutions. D'une part, la constitution naturelle, valable en tout temps et en tous lieux et, d'autre part, la constitution positive, subordonnée à la constitution naturelle et variant suivant les temps et les lieux (§ 2).

196. Cette réflexion sur la rationalité du fonctionnement du régime politique, ouverte tant par l'opposition parlementaire que par l'ampleur des réformes menées par les ministres du Roi, conduit à remettre en cause la tradition comme source de droit. Cette tradition peut ainsi être réexaminée à la lumière des principes de la raison. Certains auteurs arrivent alors à la conclusion que le fonctionnement du régime ne correspond pas à l'idéal théorique que représente la constitution. Mably considère ainsi que la France ne fournit par le modèle d'un régime politique stable, elle n'a donc pas de loi fondamentale, au sens de loi qui prescrit et constitue la forme du gouvernement⁹⁰³. Les physiocrates, dont certains furent ministres, en arrivent à la même conclusion, mais par une réflexion menée exclusivement sur les principes de la raison et détachée entièrement de considérations liées à l'histoire. Comme leur nom l'indique, seule la raison provenant de la nature doit régner ; c'est d'après ces principes abstraits que se définit la constitution et qu'il est possible de déterminer si le régime politique français est en adéquation avec ceux-ci. Pour les uns, l'absence de stabilité et de cohérence dans le fonctionnement du régime conduit à considérer que la France est dépourvue de constitution. Pour les autres, l'absence d'uniformité et de rationalisation de l'ordre social mène à estimer que la nation n'a pas non plus de constitution (§ 3).

§ 1. L'utilisation de la constitution de la monarchie en vue de résister au pouvoir royal

197. Montesquieu et Le Paige importent la notion de constitution et l'adaptent à la monarchie française en vue de limiter le pouvoir royal (A). Les théories qu'ils développent sont alors reprises

⁹⁰²Sur les doctrines du parti parlementaire, voir notamment, Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, éd. cit., p. 213-226.

⁹⁰³Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 1, D.

par les parlements qui investissent la notion de constitution de la monarchie en vue de s'opposer aux réformes royales (B).

A. La théorisation de la constitution de la monarchie par Montesquieu et Le Paige

La notion de « constitution de la monarchie » est conceptualisée au milieu du XVIII^e siècle par deux auteurs français. Le premier, et le plus connu, est Montesquieu. Tout au long de *L'Esprit des Lois*, il conceptualise, non pas la notion de constitution, mais celle de constitution de la monarchie. Par la comparaison de différents régimes, il pense découvrir un ordre naturel des choses qui dicte, de manière axiomatique, ce que doit être une monarchie, les institutions et les lois nécessaires à son fonctionnement. Il livre donc une définition normative de la constitution monarchique visant à limiter l'étendue du pouvoir royal par l'existence d'une noblesse, de corps intermédiaires et d'un dépôt des lois (A). Le Paige, avocat janséniste, reprend les théories de Montesquieu pour en faire des armes dans le cadre de l'opposition parlementaire. Il promeut ainsi une constitution parlementaire pour la monarchie française (B).

1. Une définition normative de la constitution monarchique par Montesquieu

198. Montesquieu innove en employant le terme de constitution et en employant une méthodologie nouvelle qui le conduit à donner une définition normative de la constitution monarchique (a). Néanmoins, les thèses qu'il défend restent relativement traditionnelles et traditionalistes (b).

a. L'innovation linguistique et méthodologique : la défense d'une conception normative de la constitution monarchique

199. La contribution de Montesquieu à la notion de constitution est triple. D'abord, il contribue à introduire durablement le terme de constitution en France (i). Ensuite, il l'associe à l'idée d'une fixité et d'une détermination qu'il est alors nécessaire de conserver (ii). Enfin, il offre une définition précise de la constitution de la monarchie (iii).

i. La généralisation de l'emploi du terme constitution

200. Comme l'a montré Élie Carcassonne⁹⁰⁴, la définition de la constitution monarchique de Montesquieu, comme modèle opposé au despotisme eut une influence déterminante sur les idées politiques de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Montesquieu allie un discours relativement traditionnel, puisé dans les thèses défendues depuis le XVI^e siècle sur la limitation du pouvoir monarchique, à une méthode et un vocabulaire des plus modernes. Cette méthode consiste à

904Élie CARCASSONNE, *op. cit.*

considérer que l'histoire vient prouver des axiomes, des théories, des principes⁹⁰⁵. Il modernise ainsi des thèses traditionnelles et les fait entrer dans le XVIII^e siècle.

Son vocabulaire est proche de celui des théoriciens du droit naturel et du contrat. Toutefois, Montesquieu n'est pas un théoricien du contrat et ne croit pas à des principes *a priori* vrais en tout temps et en tous lieux. Il est, au contraire, un fervent défenseur des particularismes et, même s'il consacre de brefs développements au droit naturel⁹⁰⁶, ce dernier n'est pas invoqué dans son œuvre comme un principe cardinal. Il ne soucie pas de la « société » comme principe abstrait et de sa constitution. Il reconnaît au contraire une variété de constitutions. De même, il s'intéresse peu à l'origine des sociétés sous l'angle de la théorie philosophique. Il n'est donc jamais question dans *l'Esprit des lois* de la constitution de la société, mais il est fréquemment question de constitution.

Montesquieu est l'un des premiers auteurs qui généralise à ce point l'emploi du terme de constitution dans la langue française, sans pour autant le conceptualiser de manière explicite.

ii. La constitution, un ordre fixe et déterminé qu'il faut conserver

201. Selon Montesquieu, les différentes formes de gouvernement ont une nature propre qui implique certaines règles et principes. La nature de la constitution ou du gouvernement⁹⁰⁷ désigne un ensemble de règles et de principes relatifs à un type de régime politique (républicain, monarchique ou despotique). Ces principes sont consubstantiels à la forme de gouvernement. S'ils ne sont pas respectés, le gouvernement n'est plus monarchique ou démocratique ; il est anéanti. Ainsi, Montesquieu ouvre une voie moyenne entre un caractère strictement contingent ou purement idéal des règles de l'ordre politique. En ce sens, il ne livre pas une définition de ce qu'est une constitution ou la constitution de toute société, mais donne des définitions des constitutions, en fonction du régime politique concerné.

Montesquieu présente des types de constitutions, ayant chacune leurs caractéristiques, allant des mœurs⁹⁰⁸ aux principes de l'organisation judiciaire en passant par les règles de succession⁹⁰⁹. Il donne ainsi une typologique des régimes politiques qui n'est pas simplement descriptive, mais

905 Voir en ce sens notamment Élie CARCASSONNE, *op. cit.* et Jean EHRARD, « La notion de "lois(s) fondamentale(s)" dans l'œuvre et la pensée de Montesquieu » in *Montesquieu en 2005* sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER, Voltaire Foundation, Oxford, 2005, p. 267.

906 *EDL*, éd. cit., vol. 1, I, II, p. 125.

907 Le livre II de *l'Esprit des lois* est d'ailleurs consacré aux lois qui dérivent directement de la nature du gouvernement.

908 « Il y a tant d'imperfections attachées à la perte de la vertu dans les femmes, toute leur âme en est si fort dégradée, ce point principal ôté en fait tomber tant d'autres, que l'on peut regarder, dans un État populaire, l'incontinence publique comme le dernier des malheurs, et la certitude d'un changement dans la constitution. » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, VII, VIII, p. 233.

909 « Des dots et des avantages nuptiaux dans les *diverses constitutions* : Les dots doivent être considérables dans les monarchies, afin que les maris puissent soutenir leur rang et le luxe établi. Elles doivent être médiocres dans les républiques, où le luxe ne doit pas régner. Elles doivent être à peu près nulles dans les États despotiques, où les femmes sont, en quelque façon, esclaves. » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, VII, XV, p. 239.

réellement normative. Il emploie à cet effet des modalités déontiques⁹¹⁰ et invoque la « nature des choses »⁹¹¹. Il écrit d'ailleurs en préambule de son ouvrage : « J'ai posé les principes ; et j'ai vu les cas particuliers s'y plier comme d'eux-mêmes, les histoires de toutes les nations n'en être que les suites, et chaque loi particulière liée avec une autre loi, ou dépendre d'une autre plus générale. [...] Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la *nature des choses*. »⁹¹² Ces ensembles de règles et principes sont purement axiomatiques : ce sont des « principes fondamentaux » ou « maximes fondamentales »⁹¹³. Montesquieu n'est donc pas simplement un observateur de la réalité, mais un moraliste politique qui énonce, non pas comment sont, mais comment doivent être les régimes politiques.

Chaque type de constitution crée un ordre de contrainte qui diffère en fonction du type de régime politique. Par exemple, dans une monarchie, un « corps aristocratique » est nécessaire, alors qu'il ne l'est pas dans un État populaire⁹¹⁴. Ainsi, certains comportements sont proscrits sous certains types de constitution et les admettre conduirait à l'altérer. Ces mêmes comportements peuvent en revanche être permis sous un autre type de constitution.

De plus, les règles relatives à la constitution diffèrent suivant le régime politique. Dans certains régimes, le régime des successions est relatif à la constitution, au sens où il assure le maintien de l'ordre politique, dans d'autres ce n'est pas le cas⁹¹⁵. Les règles ne sont pas constitutionnelles en raison de leur objet, mais en raison de leur effet sur la société et le régime politique.

La nature des choses dicte ainsi comment doit fonctionner chaque régime déterminé et les matières relatives à la constitution de chaque régime. Pour autant la connaissance de ces principes n'est pas purement théorique et requiert la connaissance et l'analyse de l'histoire : « Il faut éclairer l'histoire par les lois, et les lois par l'histoire. »⁹¹⁶

Cette méthode lui permet de fixer les limites et les principes de la constitution monarchique

910« La constitution fédérative *doit être composée* d'états de même nature, surtout d'états républicains » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, IX, II, p. 266.

911« Il est *contre la nature de la chose* que, dans une constitution fédérative, un État confédéré conquière sur l'autre, comme nous avons vu de nos jours chez les Suisses. » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, X, VI, p. 278

912Préface, *Esprit des Lois*, éd. cit., vol. 1, p. 115.

913Sur l'adjectif fondamental, voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 1, D.

914« Une monarchie élective, comme était Rome, suppose nécessairement un *corps aristocratique puissant qui la soutienne*, sans quoi elle se change d'abord en tyrannie ou en État populaire. Mais un État populaire n'a pas besoin de cette distinction de familles pour se maintenir. C'est ce qui fit que les patriciens, qui étaient *des parties nécessaires de la constitution du temps des rois*, en devinrent une partie superflue du temps des consuls ; le peuple put les abaisser sans se détruire lui-même, et changer la constitution sans la corrompre. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XIII, p. 311.

915« Telles furent les lois des successions chez les premiers Romains ; et, comme *elles étaient une dépendance naturelle de la constitution*, et qu'elles dérivèrent du partage des terres, on voit bien qu'elles n'eurent pas une origine étrangère, et ne furent point du nombre de celles que rapportèrent les députés que l'on envoya dans les villes grecques. » *EDL*, vol. 2, XXVII, I, p. 206.

916*EDL*, éd. cit., vol. 2, XXXI, II, p. 367. Voir en ce sens CARCASSONNE, *op. cit.*

qui peut implicitement servir de modèle à la constitution de la monarchie française. Ce n'est donc pas tant avec la promotion d'un modèle anglais – qui est à relativiser⁹¹⁷ – que Montesquieu avance un modèle politique, mais avec sa définition archétypale de la constitution monarchique, par opposition à la despotique.

iii. La constitution monarchique, meilleure forme de gouvernement : un roi, une noblesse, des corps intermédiaires, un dépôt des lois et une bonne distribution des trois pouvoirs

202. La constitution monarchique est présentée comme « la meilleure espèce de gouvernement que les hommes aient pu imaginer »⁹¹⁸. Ce n'est cependant pas à propos du modèle anglais que Montesquieu emploie un tel qualificatif, mais pour présenter le gouvernement des Germains qui constitue selon lui l'origine des monarchies⁹¹⁹. Ce « gouvernement gothique » forme « le premier plan des monarchies que nous connaissons »⁹²⁰. Ce modèle⁹²¹ est un gouvernement mixte qui était « d'abord mêlé de l'aristocratie et de la monarchie »⁹²² et « avait en soi la capacité de devenir meilleur »⁹²³. Il reprend donc l'idée que la monarchie n'existe qu'avec la Noblesse⁹²⁴. De plus, ce gouvernement optimal repose sur l'existence de corps intermédiaires représentant les intérêts des États du royaume⁹²⁵. Ainsi, le gouvernement des Germains est le modèle du meilleur gouvernement et il présente les traits caractéristiques de la constitution monarchique mis en avant par Montesquieu tout au long de son ouvrage : un roi, une noblesse et des corps intermédiaires représentant les intérêts des diverses parties de l'ordre social et politique (Noblesse, Clergé et Tiers-état).

La constitution monarchique se caractérise également par l'existence d'un dépôt des lois chargé de rappeler les lois à la noblesse oublieuse et d'annoncer les lois nouvelles. Le corps chargé

917 Voir en ce sens BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, p. 227-235 ; CARACASSONNE, *op. cit.*, Chapitre 2, *L'Esprit des lois* et la constitution française.

Il écrit par exemple : « Les Anglais, pour favoriser la liberté, ont ôté toutes les puissances intermédiaires qui formaient leur monarchie. Ils ont bien raison de conserver cette liberté ; s'ils venaient à la perdre, ils seraient un des peuples les plus esclaves de la terre. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, II, IV, p. 140. Ainsi, la liberté des Anglais n'est pas simplement vue comme un élément positif, mais également comme la marque d'un gouvernement manquant de modération.

918 *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, VIII, p. 306.

919 *Ibid.*

920 *Ibid.*

921 Pour une analyse détaillée de ce modèle voir CARACASSONNE, *op. cit.*, notamment Chapitre 2, *L'Esprit des lois* et la constitution française.

922 *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, VIII, p. 306.

923 *Ibid.*

924 « Le gouvernement monarchique suppose, comme nous avons dit, des prééminences, des rangs, et même une noblesse d'origine. » *EDL*, éd. cit. vol. 1, III, VII p. 149.

« Le pouvoir intermédiaire subordonné le plus naturel est celui de la noblesse. Elle entre en quelque façon dans l'essence de la monarchie, dont la maxime fondamentale est : *point de monarchie, point de noblesse ; point de noblesse, point de monarchie* ; mais on a un despote. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, II, IV, p. 139.

925 « bientôt la liberté civile du peuple, les prérogatives de la noblesse et du clergé, la puissance des rois, se trouvèrent dans un tel concert, que je ne crois pas qu'il y ait eu sur la terre de gouvernement si bien tempéré que le fut celui de chaque partie de l'Europe dans le temps qu'il y subsista. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, VIII, p. 306.

de ce dépôt doit également bénéficier d'une indépendance organique relative à l'égard du roi⁹²⁶. Ce dépôt des lois doit avec le rôle d'un frein dans l'ordre politique monarchique. Il ne peut rien empêcher, mais à tout intérêt à tout ralentir⁹²⁷.

203. Par ailleurs, la constitution monarchique implique la distribution du pouvoir. Ainsi, « Les anciens, qui ne connaissaient pas la distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul, ne pouvaient se faire une idée juste de la monarchie. »⁹²⁸ Non seulement le concept de constitution ou gouvernement monarchique implique l'existence de certains organes, mais il exige également une certaine répartition des compétences :

« C'est une des cinq espèces de monarchie dont nous parle Aristote ; et c'est la seule qui puisse réveiller l'idée de la constitution monarchique. Mais le plan de cette constitution est opposé à celui de nos monarchies d'aujourd'hui.

« Les trois pouvoirs y étaient distribués de manière que le peuple y avait la puissance législative ; et le roi, la puissance exécutive avec la puissance de juger, au lieu que, dans les monarchies que nous connaissons, le prince a la puissance exécutive et la législative, ou du moins une partie de la législative, mais il ne juge pas.

« Dans le gouvernement des rois des temps héroïques, les trois pouvoirs étaient mal distribués. Ces monarchies ne pouvaient subsister, car, dès que le peuple avait la législation, il pouvait, au moindre caprice, anéantir la royauté, comme il fit partout.

« Chez un peuple libre, et qui avait le pouvoir législatif ; chez un peuple renfermé dans une ville, où tout ce qu'il y a d'odieux devient plus odieux encore, le chef-d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger.

« Mais elle ne le pouvait être plus mal que dans les mains de celui qui avait déjà la puissance exécutive.

Dès ce moment, le monarque devenait terrible. Mais en même temps, comme il n'avait pas la législation,

926« Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt de lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie. L'ignorance naturelle à la noblesse, son inattention, son mépris pour le gouvernement civil, exigent qu'il y ait un corps qui fasse sans cesse sortir les lois de la poussière où elles seraient ensevelies. Le Conseil du prince n'est pas un dépôt convenable. Il est, par sa nature, le dépôt de la volonté momentanée du prince qui exécute, et non pas le dépôt des lois fondamentales. De plus, le Conseil du monarque change sans cesse ; il n'est point permanent ; il ne saurait être nombreux ; il n'a point à un assez haut degré la confiance du peuple : il n'est donc pas en état de l'éclairer dans les temps difficiles, ni de le ramener à l'obéissance.

« Dans les États despotiques, où il n'y a point de lois fondamentales, il n'y a pas non plus de dépôt de lois. De là vient que, dans ces pays, la religion a ordinairement tant de force ; c'est qu'elle forme une espèce de dépôt et de permanence : et, si ce n'est pas la religion, ce sont les coutumes qu'on y vénère, au lieu des lois. » Nous soulignons. EDL, II, IV.

927« Les corps qui ont le dépôt des lois n'obéissent jamais mieux que quand ils vont à pas tardifs, et qu'ils apportent, dans les affaires du prince, cette réflexion qu'on ne peut guère attendre du défaut de lumières de la cour sur les lois de l'État, ni de la précipitation de ses Conseils.

« Que serait devenue la plus belle monarchie du monde si les magistrats, par leurs lenteurs, par leurs plaintes, par leurs prières, n'avaient arrêté le cours des vices même de ses rois, lorsque ces monarques, ne consultant que leur grande âme, auraient voulu récompenser sans mesure des services rendus avec un courage et une fidélité aussi sans mesure ? » EDL, V, X.

928EDL, éd. cit., vol. 1, XI, IX, p. 306.

il ne pouvait pas se défendre contre la législation ; il avait trop de pouvoir, et il n'en avait pas assez.

« On n'avait pas encore découvert que la *vraie fonction du prince* était d'établir des juges, et non pas de juger lui-même. La politique contraire rendit le gouvernement d'un seul insupportable. Tous ces rois furent chassés. Les Grecs n'imaginèrent point la *vraie distribution des trois pouvoirs dans le gouvernement d'un seul* ; ils ne l'imaginèrent que dans le gouvernement de plusieurs, et ils appelèrent cette *sorte de constitution*, police. »⁹²⁹

Montesquieu poursuit sa définition normative de la constitution monarchique et emploie à cet effet des adverbes et des adjectifs appréciatifs : « mal distribué », « savoir bien placer », « vraie fonction », « vraie distribution », « insupportable ». Il complète ainsi sa définition de la monarchie : dans ce régime politique, le roi doit avoir le pouvoir exécutif et au moins une partie du pouvoir législatif, mais il ne doit pas juger lui-même et doit simplement établir des juges⁹³⁰.

204. Quatre éléments forment donc la constitution monarchique : une division sociale (royauté, noblesse, peuple et éventuellement clergé)⁹³¹, l'existence de corps intermédiaires⁹³² (dont certains représentent les classes de la société), d'un dépôt des lois et de juges (établis par le Roi, mais indépendants de ce dernier). Il défend ce modèle tout au long de son ouvrage. Il est par exemple possible de relever que la description de la constitution romaine est l'occasion de défendre la division en classes⁹³³.

Par ailleurs, Montesquieu déduit de l'idée de constitution monarchique de nombreux autres règles et principes : il ne faut pas d'esclaves⁹³⁴, le juge doit suivre la loi quand elle est précise et en

929 Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XI, p. 307-308.

930 « Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : *la constitution serait détruite*, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; *plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie.* » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, VI, V, p. 205.

931 « La *différence de rang, d'origine, de condition, qui est établie dans le gouvernement monarchique*, entraîne souvent des distinctions dans la nature des biens ; et des *lois relatives à la constitution de cet État* peuvent augmenter le nombre de ces distinctions. » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, VI, I, p. 199.

932 « Comme les démocraties se perdent lorsque le peuple dépouille le sénat, les magistrats et les juges de leurs fonctions, les monarchies se corrompent lorsqu'on ôte peu à peu les prérogatives des corps ou les privilèges des villes. Dans le premier cas, on va au despotisme de tous ; dans l'autre, au despotisme d'un seul. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, VIII, VI, p. 248.

933 « Il y avait encore une chose admirable : c'est que la *division de Servius Tullius par classes* étant, pour ainsi dire, le *principe fondamental de la constitution*, il arrivait que l'équité, dans la levée des tributs, tenait au principe fondamental du gouvernement, et ne pouvait être ôtée qu'avec lui. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XIX, p. 325.

934 « Mais, dans le gouvernement monarchique, où il est souverainement important de ne point abattre ou avilir la nature humaine, il ne faut point d'esclaves. Dans la démocratie, où tout le monde est égal, et dans l'aristocratie, où les lois doivent faire leurs efforts pour que tout le monde soit aussi égal que la nature du gouvernement peut le permettre, des esclaves sont *contre l'esprit de la constitution* ; ils ne servent qu'à donner aux citoyens une puissance et un luxe qu'ils ne doivent point avoir. » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, XV, I, p. 389.

suivre l'esprit si elle ne l'est pas⁹³⁵ ; les richesses y sont inégalement partagées⁹³⁶ ; les dots doivent y être considérables⁹³⁷ ; etc.

Le dernier trait de la constitution monarchique est la fixité de ses lois. Cette exigence de fixité est ce qui la distingue du despotisme⁹³⁸. La constitution doit donc elle-même être fixe⁹³⁹. Cette fixité est assurée par les différentes caractéristiques de la constitution monarchique. Par exemple, « Le gouvernement monarchique a un grand avantage sur le despotique. Comme il est de sa nature qu'il y ait sous le prince *plusieurs ordres qui tiennent à la constitution, l'État est plus fixe, la constitution plus inébranlable*, la personne de ceux qui gouvernent plus assurée. »⁹⁴⁰ Les différentes caractéristiques de la constitution monarchique contribuent donc tant à la définition qu'au maintien de cet ordre politique et social.

Montesquieu ne donne pas de définition de la notion de constitution, mais il livre des définitions des différents types de constitution (monarchique, démocratique, despotisme, fédérative, etc.) Il innove réellement dans sa méthode et dans son vocabulaire, mais reste traditionnel quant aux thèses qu'il défend.

b. La défense de thèses traditionnelles et traditionalistes

Concernant le contenu des règles et principes mis en avant par Montesquieu, il s'agit pour l'essentiel des théories modérées défendues au XVI^e siècle, notamment celles portées par les Malcontents⁹⁴¹. Il se fait l'héritier de ces auteurs qui défendaient comme lui un devoir de

935« Dans les États despotiques, il n'y a point de loi : le juge est lui-même sa règle. *Dans les États monarchiques, il y a une loi : et là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit.* Dans le gouvernement républicain, *il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi.* Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie. » Nous soulignons. *EDL*, éd.cit., vol. 1, VI, III, p. 203.

936« Comme, *par la constitution des monarchies*, les richesses y sont inégalement partagées, il faut bien qu'il y ait du luxe. » Nous soulignons. *EDL*, éd.cit., vol. 1, VII, IV, p. 228.

937« Des dots et des avantages nuptiaux dans les *diverses constitutions. Les dots doivent être considérables dans les monarchies*, afin que les maris puissent soutenir leur rang et le luxe établi. Elles doivent être médiocres dans les républiques, où le luxe ne doit pas régner. Elles doivent être à peu près nulles dans les États despotiques, où les femmes sont, en quelque façon, esclaves. » Nous soulignons. *EDL*, éd.cit., vol. 1, VII, XV, p. 239.

938« Je suppose trois définitions, ou plutôt trois faits : l'un que le gouvernement républicain est celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance ; le monarchique, *celui où un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies* ; au lieu que, dans le despotique, un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices. » *EDL*, éd.cit., vol. 1, II, 1, p. 131.

939« De plus, comme l'honneur a ses lois et ses règles, et qu'il ne saurait plier ; qu'il dépend bien de son propre caprice, et non pas de celui d'un autre, il ne peut se trouver que dans des États où la constitution est fixe, et qui ont des lois certaines. » *EDL*, éd.cit., vol. 1, III, 8, p. 150.

« Le gouvernement monarchique ne comporte pas des lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions. Elles doivent être conservées ; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l'État. » *EDL*, éd.cit., vol. 1, VI, I, p. 199.

940Nous soulignons. *EDL*, éd.cit., vol. 1, V, 11, p. 183.

941Sur les Malcontents et leur positionnement politique (une voie médiane entre les Monarchomaques, partisans d'une souveraineté nationale, et les Politiques, partisans d'une souveraineté royale) voir Arlette JOUANNA, *op. cit.*

désobéissance modéré pesant sur la Noblesse⁹⁴². Les Malcontents considéraient que l'absolutisme allait à l'encontre des lois fondamentales du royaume et que la souveraineté était partagée⁹⁴³. Les débats anglais furent par la suite alimentés par les thèses qu'ils avaient élaborées⁹⁴⁴. En retour, les théories des Malcontents et les débats anglais influencèrent Montesquieu.

En outre, les conceptions défendues par Montesquieu sont difficilement dissociables de sa situation personnelle⁹⁴⁵. Il ne propose ainsi aucune réforme radicale⁹⁴⁶ et s'inscrit dans la longue tradition qui défend une monarchie modérée⁹⁴⁷ notamment par l'existence de classes. Pour cette raison, il est possible de considérer que cette entreprise n'est qu'une « régénération du vieux modèle polybien »⁹⁴⁸.

Néanmoins, ni Polybe, ni les Malcontents⁹⁴⁹ n'ont recours à la notion de « constitution ». Le vocabulaire utilisé est donc bien innovant, mais le sens qu'il donne à cette notion est beaucoup plus lâche que celui qu'elle acquiert dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Elle n'est pas une notion purement politique, mais s'insère également dans un ensemble de traditions⁹⁵⁰. Elle concerne l'ordre

942 Voir en ce sens Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 76-84.

943 Voir en ce sens Arlette JOUANNA, *op. cit.*, notamment p. 9-11.

944 Voir en ce sens Arlette JOUANNA, *op. cit.*, p. 11.

945 « Montesquieu était parlementaire, et l'on ne peut pas comprendre son chef d'œuvre sans le savoir ». Wolfgang SCHMALE, « Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction » loc. cit., p. 422.

946 « On aperçoit dès lors, malgré ses réticences, la nature des réformes que Montesquieu peut souhaiter. Il s'agissait moins de créer une constitution nouvelle que de rendre vigueur à des institutions affaiblies. », Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 84.

947 « Montesquieu a la haine violente du despotisme, de tous les abus de la force de l'Inquisition et de l'intolérance religieuse, de l'esclavage. Mais il est monarchiste, parlementaire et aristocrate ; il n'aspire qu'à une royauté prudemment tempérée par des "corps intermédiaires" et des "lois fondamentales". Lois d'ailleurs non écrites ; corps dont l'autorité peut toujours, en fait, être dédaignée. Mais Montesquieu compte sur la puissance plus souple, de la coutume et des mœurs. Il compte aussi sur l'esprit d'honneur, qui pénètre le monarque comme l'aristocratie, et dont les lois fondamentales ne sont, dans une certaine mesure, que l'expression. Ainsi la monarchie pourra toujours en droit devenir un despotisme ; mais en fait elle sera toujours invinciblement ramenée vers un gouvernement contrôlé et modéré. » Daniel MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*, Textes, Armand Colin, 1933, p. 72.

948 « Si la constitution définit un cadre politique dans lequel se fait la distribution des pouvoirs, elle est également le produit d'un ordre social déterminé. Ordre social et ordre politique sont intimement liés. En effet, Montesquieu ne distingue jamais précisément un ordre institutionnel et un ordre social, ce qui s'explique par la régénération du vieux modèle polybien de régime mixte, sous la forme du *King in Parliament* ou de celui du gouvernement gothique. Le gouvernement modéré, "chef d'œuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence" n'est en rien le résultat d'une convention passée entre le gouvernants et gouvernés, ni un simple legs de l'histoire, mais un ensemble de règles qui maintiennent un équilibre impérieux entre les trois pouvoirs. La constitution est une subtile "combinaison" des pouvoirs et des puissances, une mécanique singulièrement complexe, finement huilée et jamais figée » Édouard TILLET, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIII^e siècle : l'exemple de Montesquieu » in *Pensée politique et droit*, actes du colloque de Strasbourg (11 - 12 septembre 1997) organisé par l'Association Française des Historiens des Idées Politiques, coll. « histoire des idées politiques », P.U.A.M., 1998, p. 388.

949 « le mot Constitution ne s'imposa pas, et ne figure pas dans les textes nobiliaires du XVI^e et du XVII^e ; son emploi ne se répandra vraiment qu'au XVIII^e siècle. On continua d'utiliser des expressions extrêmement variées dont il vient d'être donné un aperçu » Arlette JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989, notamment p. 316-317.

950 « Dans *L'esprit des lois* cette notion est à la fois plus traditionnelle, ou plus banale, et plus riche que dans son acception moderne. [...] Prendre dans *L'esprit des lois* le mot constitution dans un sens exclusivement politique conduirait du reste à une lecture de l'ouvrage et à une compréhension de son "dessin" singulièrement réductrice.

social et politique au sens large. Il est ainsi possible d'affirmer que : « Le statut ambigu qui est aujourd'hui encore celui de Montesquieu au Panthéon des Lumières correspond bien à l'ambivalence de sa conception des lois fondamentales, à la fois effet de l'histoire et reflet de la raison. »⁹⁵¹

205. Montesquieu contribue à renouveler les conceptions traditionnelles des lois fondamentales et à les associer à la notion de constitution de la monarchie⁹⁵². Il les pare d'un vocabulaire nouveau et les insère dans une réflexion systématique et théorique. Toutefois, il n'élabore pas un concept unique et théorique de constitution et ne conçoit celle-ci ni comme le résultat d'une réflexion purement théorique, ni comme le résultat d'un acte de volonté. La constitution est avant tout un ordre supérieur que l'on altère⁹⁵³, corrompt⁹⁵⁴, choque⁹⁵⁵, frappe⁹⁵⁶ ; qui a une nature⁹⁵⁷ et est inébranlable⁹⁵⁸, assurée et fixe⁹⁵⁹ ; qui peut être détruite⁹⁶⁰. Ce champ lexical est essentiellement celui d'un ordre à respecter. Elle peut également être changée⁹⁶¹, mais ces changements doivent être précautionneux⁹⁶² et viser à maintenir ou rétablir l'ordre permis par la constitution⁹⁶³ : « Un État peut changer de deux manières : ou parce que la constitution se corrige, ou parce qu'elle se corrompt. S'il a conservé ses principes, et que la constitution change, c'est qu'elle se corrige ; s'il a perdu ses principes, quand la constitution vient à changer, c'est qu'elle se corrompt. »⁹⁶⁴ La constitution est donc un ordre résultant d'un équilibre, qui se découvre par la raison et est confirmé par des traditions.

Dans l'explication des lois Montesquieu privilégie le politique et sa "suprême influence" (I, 3), mais il envisage également, on le sait, bien d'autres facteurs comme le climat, le commerce, la religion, les mœurs, l'histoire et les traditions de chaque pays. C'est avec tout cela que les lois particulières ont des rapports, et c'est la totalité de ces rapports qui fait la constitution de chaque État. » Jean EHRARD, « La notion de "lois(s) fondamentale(s)" dans l'œuvre et la pensée de Montesquieu » loc. cit., p. 269-270.

951*Ibid.*, p. 278.

952Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 1, D.

953*EDL*, éd. cit., vol. 1, II, 4, p. 140.

954*EDL*, éd. cit., vol. 1, IV, 6, p. 16 ; XI, XIII, p. 311 (deux occurrences).

955*EDL*, éd. cit., vol. 1, III, 5, p. 147 ; V, 7, p. 174 ; XI, XVIII, p. 321-322.

956*EDL*, éd. cit., vol. 1, III, XI, XIII, p. 310.

957*EDL*, éd. cit., vol. 1, V, 10, p. 182 ; VI, I, p. 200 ; VI, III, p. 203.

958*EDL*, éd. cit., vol. 1, V, 11, p. 183.

959*EDL*, éd. cit., vol. 1, VI, I, p. 199

960*EDL*, éd. cit., vol. 1, VI, V, p. 205.

961« La constitution changea sous Servius Tullius. » *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XII, p. 309.

« On *changea la constitution* dans un temps où, dans le feu des discordes civiles, il y avait à peine une constitution. »

EDL, éd. cit., vol. 1, XI, XVIII, p. 322.

Voir aussi *EDL*, éd. cit., vol. 1, XII, XVIII, p. 344 ; XIX, XXVII, p. 479.

962« Livre VIII, Chapitre XIV, Comment le plus petit changement dans la constitution entraîne la ruine des principes »

EDL, éd. cit., vol. 1, VIII, XIV, p. 254.

963« C'est ce qui fit que les patriciens, qui étaient des *parties nécessaires de la constitution* du temps des rois, en devinrent une partie superflue du temps des consuls ; le peuple put les abaisser sans se détruire lui-même, et *changer la constitution sans la corrompre.* » *EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XIII, p. 311.

964*EDL*, éd. cit., vol. 1, XI, XIII, p. 311.

206. Enfin, il n'engage pas sur ce terrain une bataille politique et défend une position relativement modérée en maintenant les corps intermédiaires dans une position de subordination et de dépendance⁹⁶⁵ et en ne mettant pas démesurément l'accent sur le rôle des parlements. Ainsi, « Si Montesquieu ne fut point, pour les magistrats, un maître en droit constitutionnel toujours docilement suivi, il a enrichi, affiné, et vivifié leur opposition ; il lui a donné l'accent et le souffle ; il a favorisé pour elle ce contact avec le public, qui seul lui permettait de vivre, c'est-à-dire d'agir et de changer. »⁹⁶⁶

Ses théories furent reprises et adaptées à une vraie révolte parlementaire par Le Paige.

2. La promotion d'une constitution parlementaire pour la monarchie française par Le Paige

207. Les parlements d'Ancien Régime reçurent favorablement l'*Esprit des Lois*⁹⁶⁷. Ils ne tardèrent pas à s'approprier son vocabulaire (dépôt des lois, corps intermédiaires, etc.) ainsi que l'idée d'une monarchie tempérée⁹⁶⁸. Toutefois, le caractère très modéré des propositions de Montesquieu ne fournissait pas des arguments directement opératoires pour servir de soutien à une révolte parlementaire. Adrien Le Paige⁹⁶⁹ est le premier à définir formellement la constitution de la monarchie française qu'il appelle « notre » constitution (a). Elle se compose pour lui du roi et du parlement (b).

a.L'invention de la constitution de la monarchie française ou « notre » constitution par Le Paige

208. Adrien Le Paige, avocat au Parlement de Paris, publie en 1753 et 1754 deux importants volumes intitulés *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement ; sur le droit des Pairs, et sur les lois fondamentales du Royaume*. Dans cet ouvrage, il emploie fréquemment le terme de constitution pour défendre les droits des parlements : « constitution de notre

965« Les pouvoirs intermédiaires *subordonnés et dépendants* constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul gouverne par des lois fondamentales. » EDL, éd. cit., vol. 1, II, IV, p. 139.

966Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 296.

967Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 261-296.

968« Si l'on examine, à dater de 1750, les déclarations officielles du Parlement de Paris, on y trouve, non pas une adhésion expresse aux théories de Montesquieu, mais des analogies de pensée et de termes, et comme une réminiscence vague, mais prolongée, de l'idéal monarchique défini par *l'Esprit des lois*. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 286.

969Sur Adrien LE PAIGE voir André COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire », *loc. cit.* ; Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 271-277 ; Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...* ; Francesco DI DONATO, art. cit. ; André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 211 et s.

Monarchie »⁹⁷⁰, de « notre État »⁹⁷¹, de « notre Gouvernement »⁹⁷² ou de la « Monarchie française »⁹⁷³. Le débat sur la notion de constitution concerne alors directement la monarchie française. Il devient clairement politique et perd en généralité. La constitution n'est plus celle d'une société fondée théoriquement ou d'un régime politique décrit rationnellement, mais celle d'un État déterminé : la monarchie française.

209. Dans cet ouvrage, Le Paige offre une synthèse des différentes idées sur la constitution et les met au service d'une conception parlementaire de la constitution. Il reprend ainsi à son compte l'idée d'un récit des origines⁹⁷⁴, d'une fondation de l'État⁹⁷⁵, en énonçant dans les termes suivant son programme scientifique : « Je suis obligé, Monsieur, de remonter jusqu'à la première enfance de notre état. »⁹⁷⁶ Il qualifie alors la constitution de « fondamentale »⁹⁷⁷, « essentielle » et « primitive »⁹⁷⁸. La constitution est un ordre établi originalement et perpétré par « une tradition qui depuis l'origine de la Monarchie ne s'est jamais interrompue »⁹⁷⁹. Dans cette conception, tenter de la modifier, c'est attenter à la monarchie même. La constitution est ainsi immuable et se maintient à travers les âges : « pendant ces trois siècles, nos Rois ont toujours eu les mêmes idées que Charlemagne, et leurs autres Prédécesseurs, sur la constitution équitable de notre Monarchie, et sur le nature de notre Gouvernement. »⁹⁸⁰

Sa présentation est marquée idéologiquement et vise à faire l'apologie de cette constitution en suscitant l'adhésion de son lecteur : le genre littéraire employé est celui du récit épistolaire qui interpelle ainsi le lecteur. Il accentue cette proximité en recourant à l'adjectif possessif « notre »⁹⁸¹ pour désigner la constitution et en la qualifiant de « sage »⁹⁸², « pleine d'équité »⁹⁸³, « équitable »⁹⁸⁴,

970 *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du parlement ; sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du Royaume*, première partie (I), 1753, p. 1 et 3.

971 *Ibid.*, I, p. 27.

972 *Ibid.*, I, p. 32.

973 *Ibid.*, I, p. 28.

974 « Tant il est vrai, que les principes les plus précieux de notre droit public remontent jusqu'à ce premier âge, que c'est de-là qu'ils sont venus de main en main jusqu'à nous, par une tradition que les Rois et les Peuples ont toujours également respectée ; et ce qu'on ne saurait trop remarquer, c'est cette vénération seule, qui a fait depuis 1600 ans, et qui fait encore aujourd'hui leur sureté commune. » *Ibid.* I, p. 30.

« Presque toutes nos autres Lois fondamentales sont dans le même cas ; également établies sur une tradition, qui remonte à l'origine même de la Monarchie, et dont nous ne trouvons les premiers vestiges que dans Tacite. » *Ibid.* I, p. 31.

975 « Fondateurs mêmes de l'État », *Ibid.*, I, p. 152 ; « Fondateurs de la Monarchie », *Ibid.*, I, p. 153 ; « Monarques fondateurs de notre Gouvernement », *Ibid.*, I, p. 318 ; II, p. 15.

976 *Ibid.* p. 3.

977 *Ibid.* I, p. 21.

978 *Ibid.* I, p. 22.

979 *Ibid.* II, p. 15.

980 *Ibid.* I, p. 319.

981 Voir en ce sens BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, p. 60.

982 *Lettres historiques*, I, p. 294.

983 *Ibid.* I, p. 236.

984 *Ibid.* I, p. 318.

« admirable »⁹⁸⁵. Il contribue ainsi à connoter positivement la notion de constitution, à susciter l'attachement au respect de cette dernière, et renforce l'idée de son inviolabilité.

210. Par ailleurs, il prétend présenter un ouvrage scientifique, appuyé sur de nombreuses sources historiques, qui confirmeraient la validité des thèses parlementaires. Il cite de nombreux « monuments », ce qui contraignit quiconque voulait le contredire à faire de même. Il ouvre ainsi la voie à un nombre important de publications qui tentèrent d'établir historiquement les droits et privilèges du Roi, des parlements ou encore de la Noblesse⁹⁸⁶. Son emploi de la notion de constitution vise à la transformer en véritable arme politique contre l'absolutisme royal. Il reprend ainsi partiellement les thèses et les formules de Montesquieu pour les adapter à la rhétorique de la résistance parlementaire.

b. La constitution française : un roi et un parlement

211. Dans la théorie de Le Paige, la fonction de contrepoids que Montesquieu donnait à la Noblesse et aux corps intermédiaires est confiée toute entière au Parlement. Selon lui, le Parlement est aussi ancien que le Roi et ils sont tous deux essentiels à l'existence de la Monarchie ; il les place ainsi sur un pied d'égalité :

« Concluons-en qu'on ne peut assez admirer, la sagesse qui a présidé à la *Constitution primitive de notre Gouvernement*, et qui a établi tout à la fois cette Puissance Monarchique donc la justice et l'équité sont la règle ; et ce Parlement aussi ancien que la Monarchie même, dont la fonction éminente est d'être le dépositaire & le conservateur des *Loix constitutives de l'Etat*. »⁹⁸⁷

La constitution est conçue comme l'ordre fondamental qui fut établi dans l'État à l'occasion de sa fondation ; cet ordre doit être respecté et protégé. Il considère que le parlement est le gardien de la constitution (i), que le roi est détenteur des deux puissances législative et exécutive (ii) et que ce dernier est soumis aux lois par la constitution même qui assure ainsi une garantie contre l'arbitraire et le despotisme (iii).

i. Le Parlement, gardien de la constitution

212. Pour Le Paige, des lois régissent l'ordre politique et le Parlement a pour fonction de les garder. Son raisonnement conduit implicitement à soumettre le Roi aux parlements, car il est soumis aux lois que les parlements conservent⁹⁸⁸. La notion de constitution sert donc à légitimer la

985 *Ibid.* II, p. 50.

986 Pour une étude détaillée de ces écrits voir Élie CARCASSONNE, *op. cit.* et Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit.

987 Nous soulignons, *Lettres historiques*, I, p. 32.

988 « Quand nous entendons nos Rois aux-mêmes nous dire, comme Henri IV, que *la première Loi du Souverain, est de les observer toutes, et qu'il a lui-même deux Souverains, Dieu et la Loi*. Quand leur propres Officiers les rappellent

place de contre-pouvoir donnée aux parlements.

L'existence de cette constitution implique alors *ispo facto* un devoir de résistance⁹⁸⁹ de la part des parlements :

« Rapprochez ces traits, Mr., de ceux du même genre, que vous avez vu sous Charlemagne, le plus grand de nos Monarques, et sous les autres Rois de la première et deuxième Race. Ce sont toujours les *mêmes principes sur la constitution sage de notre Gouvernement*. On y retrouve toujours nos Rois eux-mêmes reconnaître dans le Parlement le droit, ou plutôt le devoir de leur résister avec fermeté, quand leur intérêt véritable et le bien de la patrie le demandent. »⁹⁹⁰

Le Paige n'écrit pourtant jamais que le pouvoir est partagé entre le Roi et le Parlement. Ce pouvoir du Parlement est même présenté comme étant dans l'intérêt du Roi lui-même, alors qu'il conduit visiblement à l'affaiblissement de sa prérogative⁹⁹¹. La description du régime qu'il fait s'apparenterait d'ailleurs plus à une aristocratie⁹⁹² étant donné que les parlements ne doivent jamais céder et disposent ainsi du pouvoir de décision ultime⁹⁹³ : ils disposent de « l'autorité du vrai, contre lequel rien ne doit prévaloir ; l'autorité de la Justice et de l'équité, auxquelles toute autre autorité doit céder »⁹⁹⁴.

ii. Le roi, détenteur des deux puissances législatif et coactive

213. Le Paige présente ses idées sous les traits de conceptions traditionnelles, en reconnaissant au Roi le pouvoir de faire la loi et de l'exécuter :

« Mais résumant auparavant ce que je vous ai montré jusqu'ici : vous voyez, Monsieur, qu'il en résulte, 1°. que par la *constitution fondamentale de l'État*, il est essentiel que nous ayons un Roi ; que ce Roi

dans les Lits de Justice, que l'État *n'est heureux, qu'autant que le Prince est obéi d'un chacun, et que lui obéit à la Loi* ; que la *vraie et solide gloire du Roi, est de soumettre sa Hauteur et sa Majesté à Justice, à rectitude, et à l'observation de ses Ordonnances* ; que *c'est la Justice qui affermit leur Trône* ; on pourrait être tenté d'attribuer la Noblesse de ces sentiments, à l'épurement que le Christianisme est venu mettre dans les idées des Souverains. Mais on ne peut plus douter, que ces maximes énergiques et si belles, ne forment l'essence et la Constitution même de la Monarchie, quand on les y voit établies en Lois, et mises en pratique par nos Monarques, dès nos premiers jours, et avant même que la Religion nous eut éclairés. » *Ibid.* I, p. 54.

989 Cette idée n'est pas nouvelle voir par exemple sur ses développement dans la Noblesse au XVI^e siècle : Arlette JOUANNA, *op. cit.*, notamment p. 9-11.

990 Nous soulignons. *Lettres historiques*, I, p. 294.

991 « le plus grand service, que puisse jamais rendre aux Rois eux-mêmes, le Parlement qui représente aujourd'hui ces anciennes Assemblées, est de s'opposer comme un mur d'airain, à tout ce qui pourrait affaiblir l'autorité de ces traditions et de ces Lois, qui sont la sureté commune du Prince et des peuples ; et qu'on ne peut donner assez d'éloges à la prudence de nos Monarques, qui, pour prévenir ce malheur, et dans la juste appréhension de leur propre faiblesse, ou des suites de la surprise, lui ont si fortement défendu par les Ordonnances les plus précises, de jamais leur obéir en ces sortes de cas, *s'en déchargeant absolument sur sa fidélité et sur sa conscience* » *Ibid.* I, p. 33.

992 Comme l'écrit Élie CARCASSONNE, « le pouvoir royal est borné par une clause expresse, qui change la monarchie en aristocratie, et élève au rang de Sénat suprême un corps intermédiaire "subordonné et dépendant" », *op. cit.*, p. 275.

993 « toute l'autorité du Parlement ne consistait, et ne consiste encore, en cette matière, qu'à être fidèle à son devoir, d'une manière inébranlable ; à ne jamais rien faire, ni enregistrer qui soit contraire aux Loix du Royaume, à l'intérêt véritable du Monarque et de la Monarchie, au cri de sa conscience : à savoir dire avec courage : SIRE, *cela n'est pas juste : vous ne le pouvez, ni ne le devez* : Et à tout sacrifier, mourir même, s'il le faut, plutôt que d'y contribuer en rien. » *Lettres historiques*, I, p. 96.

994 *Ibid.* I, p. 97.

réunit en sa Personne, toute la puissance législative et coactive ; qu'il est éminemment le principe et la source de toute Justice, et de toute l'autorité qui sont dans le Royaume ; qu'elles ne sont qu'une émanation de son pouvoir ; et que ceux qui les exercent, les tiennent de lui seul. Mais aussi, que quelque'étendue que soit son autorité, loin d'être injuste, ou arbitraire, elle est essentiellement réglée par les Lois suprêmes de l'équité, comme par celles de l'État. »⁹⁹⁵

Une telle définition de la constitution contient une contradiction évidente : le Roi est souverain, mais il est soumis à des règles supérieures. Toutefois, ces thèses visant à restreindre la liberté d'action du Roi rencontrèrent un important succès auprès des parlements et furent reprises par des auteurs postérieurs.

iii. La soumission du roi aux lois par la constitution : une garantie contre le despotisme et l'arbitraire

214. Chez Le Paige, la notion de constitution sert à véhiculer l'idée selon laquelle le Roi et le Parlement sont tous deux également essentiels à la monarchie ; les Rois sont soumis aux lois⁹⁹⁶ et cette soumission garantit les droits des individus⁹⁹⁷ :

« cette excellente parole d'Henri IV dont je vous ai déjà parlé, mais dont la répétition ne déplaira jamais ; que *la première Loi du Souverain est de les observer toutes, et qu'il a lui-même deux Souverains, Dieu et la Loi*. Mon objet M. en vous rapprochant par ce dernier trait, les temps les plus éloignés, est de vous faire remarquer, que les différents âges de notre Monarchie nous présentent toujours le même esprit, et les mêmes règles, sur la nature essentielle de notre Gouvernement. Tant il est vrai, quoi qu'en ait dit le Garde

⁹⁹⁵Nous soulignons, *Ibid.* I, p. 150.

⁹⁹⁶« il est également essentiel à notre gouvernement qu'il y ait une Cour du Roi, qui, conjointement avec lui, ou séparément, rende la justice au Peuple en son nom, et comme tenant de lui seul l'autorité qu'elle a. Elle tient tout du Monarque, quoiqu'elle soit aussi essentielle à la Monarchie, que le Monarque lui-même. Elle est le Tribunal né avec lui, pour rendre la justice avec lui, ou à sa décharge. Ce sont des Principes Germains, coopérateurs et Conseils né du Monarque, et auxquels par la loi fondamentale de la Monarchie, son autorité doit être communiquée.

« Il en résulte, 3°. qu'il est encore de l'essence de notre Monarchie, qu'il y ait toujours un Tribunal, qui, successeur des anciens Parlements généraux, et les représentant, en réunisse, et en conserve invariablement toutes les fonctions, *comme formant la constitution même de l'État, et en étant inséparable* : c'est-à-dire, qui soit le dépositaire et le conservateur des Loix et maximes de l'État ; qui examine, et qui promulgue légitimement et librement toutes les Loix nouvelles ; qui donne au Monarque les avis importants au bien de son service, et à celui de la Patrie ; qui lui résiste même, s'il le faut, plutôt que de trahir des intérêts si chers ; qui réfrene en un mot, comme le dit Seissel à François I, la puissance absolue dont voudraient user les Rois, en acquiesçant jamais à ce qui n'est pas juste ; enfin qui, pour la sûreté même de ces fonctions importantes, soit le seul juge en matière criminelle de ses Pairs, c'est-à-dire, des Membres qui le composent. Ce Tribunal, tout essentiel qu'il est à la Monarchie, quoiqu'établi par les Fondateurs mêmes de l'État, ainsi que par les Rois, n'a cependant d'autre autorité à l'égard du Monarque, que celle de réclamer avec une constance inébranlable la justice et les lois, et de savoir tout souffrir, plutôt que de contribuer à blesser l'une ou à renverser les autres.

« Ce Tribunal auguste, et cette Cour du Roi formaient originairement deux Tribunaux distingués. Mais ils se trouvent aujourd'hui réunis dans le Parlement de Paris, pour n'y former plus qu'un seul et même Tribunal, qui, sous chacun de ces deux titres, est également inséparable de la Monarchie, et tient également son être des Fondateurs mêmes de l'État, ainsi que des Rois ; qui, comme Cour du Roi, tient son autorité du Roi seul, et ne rend la justice qu'en son nom ; et comme successeur des Parlements généraux, tient tout-à-la-fois ses fonctions, et des Fondateurs de la Monarchie, et des Monarques eux-mêmes ; puisque les sages Ordonnances de ceux-ci lui imposent si expressément, les mêmes devoirs, qui lui ont été imposés par les autres. » *Ibid.* I, p. 150-153.

Sur le thème du Roi soumis aux lois voir François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 423-426.

⁹⁹⁷« Qui pourroit enfin ne pas ambitionner de vivre sous une Monarchie, où, *par l'essence même de sa constitution*, la puissance des Rois, quelque grande qu'elle soit, ne veut rien pouvoir contre la liberté légitime des Sujets, ni contre la justice de leurs droits ? » Nous soulignons, *Lettres historiques*, II, p. 172.

des Sceaux Marillac, *que telle est la constitution fondamentale de notre État*, d'être épurée de tout principe de despotisme, ou de pouvoir arbitraire. »⁹⁹⁸

Il reprend la rhétorique de Montesquieu distinguant la monarchie du despotisme⁹⁹⁹ et justifie ainsi la limitation du pouvoir imposée par la constitution, mais il va plus loin en reconnaissant un rôle central et actif au parlement. Le pouvoir du roi est en définitive limité par celui du parlement.

Les parlements deviennent co-souverains avec le Roi. Le Paige s'approprie la théorie de l'union des classes, qu'avaient employée les parlements pendant la Fronde, d'après laquelle les parlements ne seraient en réalité que les démembrements d'un seul et même corps¹⁰⁰⁰. Il présente la liberté des suffrages au sein du Parlement comme découlant de la constitution¹⁰⁰¹. Cette dernière impose un devoir de résistance aux parlements¹⁰⁰², interdit au Roi de supprimer le Parlement¹⁰⁰³ et donne aux parlements le rôle d'intermédiaire entre Monarque et ses peuples¹⁰⁰⁴. Elle impose enfin à ce dernier de ne pas régler lui-même ses litiges, mais de recourir aux parlements¹⁰⁰⁵.

998 Nous soulignons. *Ibid.* I, p ; 223.

999 « l'essence de notre Monarchie est d'être pure de tout levain du despotisme. » *Ibid.* I, p. 54

1000 « Ajoutons, que les autres Parlements participent évidemment aux mêmes devoirs. Car n'étant que des démembrements, que l'on a fait, depuis trois à quatre siècles, de ce Parlement unique et universel, il s'est fait en eux une émanation nécessaire des fonctions et des obligations de la Cour démembrée : en observant néanmoins que malgré tout ces démembrements, elle est toujours demeurée, cette ancienne et vraie Cour de France ; la seule Cour des Pairs ; la seule où réside vraiment la Cour plénière et le Lit de Justice de nos Rois. » *Ibid.* I, p. 153.

1001 « Dans l'une & l'autre de ces Assemblées, les suffrages étaient pleinement libres. Hincmar dit expressément, qu'on y oubliait l'autorité de commander, et qu'il s'agissait du véritable avis de chacun, et *non ex potestate, sed ex proprio mentis intellectu, vel sententiâ confirmandum*. Vous admirez sans doute, le rapport parfait de cette belle police, avec celle de notre âge de Germains. Vous y avez vu de même, que dans des Assemblées préalables, les Princes discutaient les affaires avant l'Assemblée Générale ; et que dans le Parlement, les Rois, par une modération pleine de sagesse et d'équité, y faisaient valoir les raisons, et non l'autorité : *Non tam jubendi potestate, quam auctoritate suadendi*. Tant il est vrai, que telle est la *constitution fondamentale de notre Monarchie*. » Nous soulignons. *Ibid.* I, p. 165-166.

1002 « Rapprochez ces traits, Mr., de ceux du même genre, que vous avez vu sous Charlemagne, le plus grand de nos Monarques, et sous les autres Rois de la première et deuxième Race. Ce sont *toujours les mêmes principes sur la constitution sage de notre Gouvernement*. On y retrouve toujours nos Rois eux-mêmes reconnaître dans le Parlement le droit, ou plutôt le devoir de leur résister avec fermeté, quand leur intérêt véritable et le bien de la patrie le demandent. » Nous soulignons. *Ibid.* I, p. 294.

1003 « Le Parlement tient donc tout ce qu'il est de Louis XV, comme il l'a tenu de Louis XIV, de Louis XIII, et ainsi de tous les Rois successivement et sans interruption en remontant jusqu'aux Monarques fondateurs de notre Gouvernement.

« Un écrit téméraire vient d'en conclure que les Rois *pouvaient donc l'abolir*, et lui ôter l'autorité qu'il tient d'eux seuls. C'est dire que les Rois peuvent être injustes, et qu'ils peuvent supprimer de leur gouvernement ces précautions de sagesse, qui font partie de sa constitution même, et que tous les Rois qui ont gouverné l'État, y ont précieusement conservé comme telles. » *Ibid.* II, p. 16.

1004 « Par cette aimable modération, *fondée d'ailleurs sur la constitution même de la Monarchie*, le Parlement s'est vu dans tous les temps un centre commun de correspondance et d'union entre le Monarque et ses peuples, le lien de leur confiance mutuelle et de leur sécurité commune. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 153.

1005 « Quelle gloire pour un Monarque que cette équitable modération, de ne vouloir venger ses ressentiments contre ses Sujets, que par les règles judiciaires ! *Telle est l'admirable constitution de notre État*. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 50.

« Ce langage dans des Monarques nous paroît d'abord étrange. Mais il cesse de l'être, quand on se rappelle la douceur des lois constitutives de notre Monarchie, et sur tout l'équité de nos Rois, qui *se soumettent vis-à-vis de leurs Sujets, à la justice de leur propre Sénat et au jugement de leur Parlement*. Rien n'est plus grand ni plus honorable pour nos Rois que cette sage et prudente modération, qui, *conformément à l'aimable constitution de notre État*, leur dicte de se mettre de pair avec leurs Sujets, quand il est question de leur droits personnels. Dans un instant je vous montrerai le Parlement exerçant cette fonction éminente de Juge à l'égard du son propre Roi. » *Ibid.* II, p. 145.

215. La notion de constitution, telle que développée par Le Paige, sert ainsi à limiter le pouvoir royal et à asseoir la légitimité des parlements d'Ancien Régime. La constitution institue deux organes fondamentaux, le roi et le parlement. Si le roi est en principe libre d'édicter des lois et de les faire exécuter, il ne peut rendre justice et est en réalité toujours soumis à la constitution et aux lois fondamentales dont le parlement est le gardien. Une telle hiérarchie assure une garantie contre le despotisme et l'arbitraire. La constitution organise un système de poids et de contre-poids plus qu'une répartition des différentes fonctions de l'État qui reste théoriquement monopolisée par le roi.

La constitution n'est toutefois pas une simple loi pouvant faire l'objet d'une modification, mais résulte de l'ordre établi par la fondation de la monarchie¹⁰⁰⁶. Cette conception essentialiste¹⁰⁰⁷ de la constitution véhicule l'idée qu'en portant atteinte à la constitution, l'existence même de la monarchie est remise en cause. En ce sens, ses théories s'inscrivent dans la lignée de celles d'Hotman ou de Locke, affirmant la nécessité d'un retour aux origines¹⁰⁰⁸. En outre, pour lui, la constitution est le résultat d'un acte fondateur. Cette définition correspond à une conception volontariste de la constitution. La nécessité de conférer d'importants pouvoirs aux gardiens de la constitution est, elle, justifiée par une forme de rationalisme. Celui qui allait fournir leurs meilleures armes aux parlements d'Ancien Régime développe donc une théorie conforme aux thèses des philosophes jusnaturalistes et contractualistes. Il n'y a donc pas d'antinomie entre ces thèses et le « traditionalisme » des parlements.

Toutefois, une fois établie la nécessité d'un retour aux origines, à un moment fondateur, pour déterminer la « vraie » constitution, le débat se place sur un terrain plus traditionnellement historique. Le Paige tente d'établir l'existence d'une pratique ininterrompue respectant ces principes. Il se rapproche alors davantage de thèses traditionalistes. Il propose donc une voie médiane entre un ordre politique traditionnel et une constitution volontariste : la constitution est le résultat de la volonté des Rois fondateurs et acquiert son caractère inviolable en raison de son historicité, de la tradition qu'elle représente.

Le Paige réécrit ainsi au profit du Parlement un roman national qui rencontra un franc succès et ne tarda pas à être repris de manière à peine voilée par les parlements de l'Ancien Régime. Il associe cette nouvelle conception à la notion de constitution de la monarchie.

1006« Il est tems, Monsieur, de quitter la première Race. Si je m'y suis tant arrêté, c'est qu'il s'agissoit de considérer notre Monarchie, dans ce qui forme sa première origine, ses maximes fondamentales, et l'essence de sa constitution. Je passerai plus rapidement sur la seconde, et même sur la troisième, pour arriver plus promptement au tems, où le Parlement devenu sédentaire, a reçu sa dernière forme. » *Ibid.* I, p. 149.

1007Il emploie à plusieurs reprises l'adjectif « essentiel » ou les expressions « l'essence de sa constitution ».

1008Sur l'usage de l'histoire par les parlements et le mythe du gouvernement gothique, voir Elina LEMAIRE, *Grande robe et liberté, La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2010, p. 96-136.

B. L'investissement de la notion de constitution par les parlements dans le cadre de la résistance au pouvoir royal

216. Les parlements¹⁰⁰⁹ reprirent la rhétorique développée par Montesquieu¹⁰¹⁰ et Le Paige¹⁰¹¹. Ils se déclarent ainsi dépositaires¹⁰¹² des lois fondamentales du royaume¹⁰¹³ (en ayant une conception extensive de ces dernières¹⁰¹⁴). Ils se considèrent donc comme un intermédiaire entre le Roi et le peuple¹⁰¹⁵ et s'érigent en représentants de la nation en s'appuyant sur des théories historiques proches de celles défendues par Le Paige¹⁰¹⁶. Ils estiment également que leur fonction est de représenter la nation dans l'intervalle des États-généraux¹⁰¹⁷. Dans la lignée des écrits de Le Paige, ils confèrent à la nation¹⁰¹⁸ un pouvoir ambigu, mais étendu : « dans le même temps qu'ils reconnaissent au souverain le pouvoir exclusif de faire les lois, les parlements dégagent, avec une

1009 Pour une étude approfondie de cette question, il convient de se référer à la thèse d'Arnaud VERGNE, *op. cit.* et à celle d'Elina LEMAIRE, *Grande robe et liberté, La magistrature ancienne et les institutions libérales*, éd. cit.

1010 Sur l'influence de Montesquieu sur les théories des parlements voir notamment François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 426-433.

1011 Sur l'influence de Le Paige sur les théories des parlements voir notamment François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 445.

1012 Par exemple, le Parlement de Paris affirme : « le corps entier de la magistrature est le dépositaire de ces principes, qui tiennent essentiellement à la constitution du gouvernement, et qu'il ne cessera jamais de réclamer leur exécution auprès du Souverain. » *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, publiées par Jules FLAMMERMONT et Maurice TOURNEUX, tome deuxième, 1755-1768, Imprimerie nationale, 1895 (ci-après *Flammermont, II*), p. 204.

1013 Voir notamment sur ce point OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 426-433.

1014 « Au lieu de borner les lois fondamentales à un nombre restreint de règles concernant la succession au trône, l'inaliénabilité du domaine royal, l'indépendance et l'unité de la couronne, ils [les parlementaires] en firent un concept vague et extensif au nom duquel – dans un esprit étroitement réactionnaire – ils n'hésitèrent pas à déclarer illégaux les édits les plus importants et les plus utiles émanés du pouvoir. En agissant ainsi, les parlements s'érigeaient en juge de la constitutionnalité des lois royales, constitutionnalité qu'ils appréciaient par rapport à l'ordre juridique supérieur que formaient lesdites lois fondamentales. Il n'est pas impossible que les juges américains se soient rappelés cette pratique de nos parlements pour s'en inspirer. Cependant, ceux-ci aspiraient à exercer un contrôle de la constitutionnalité plus audacieux que celui auquel se livrent ceux-là. Les juges américains, de tous les degrés, ne procèdent qu'à un contrôle judiciaire, et par voie d'exception. Les parlements français en refusant l'enregistrement des édits et ordonnances du roi pour cause de non-conformité aux lois fondamentales, allaient jusqu'à frapper la législation d'invalidité en l'empêchant de s'appliquer dans leurs divers ressorts. Ils s'érigeaient en une sorte de "jurie constitutionnelle" dotée de pouvoirs politiques. Ils tendaient même à se mettre à la place du législateur et à lui substituer leur propre volonté. » COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire » loc. cit., p. 75-76. Voir en ce sens BICKART, *op. cit.*, p. 89-100.

1015 Voir en ce sens BICKART, *op. cit.*, p. 100-111 ; COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire » loc. cit., p. 73.

1016 Voir en ce sens, BICKART, *op. cit.*, p. 111-119 ; COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire » p. 70-73 ; OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 433-448.

1017 « Puisque l'origine du Parlement est si ancienne, il est nécessaire, pour la retrouver, de remonter à nos premières institutions, à celles de cette époque lointaine où la nation consentait les lois en assemblée générale ; l'histoire montrera qu'aux assemblées générales de la nation ont succédé certains organismes, chargés de représenter cette dernière dans l'exercice de ses attributions législatives ; les Parlements succèdent, eux-mêmes, à ces organismes ; il en résulte qu'à cette heure, et tout au moins dans l'intervalle des États-généraux, c'est aux Parlements qu'il appartient de représenter la nation dans le consentement aux lois. » BICKART, *op. cit.*, p. 119.

1018 Sur le remplacement des mots sujets et peuples par celui de nation voir OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 434.

force et une netteté de plus en plus accusées à mesure que l'on avance dans le siècle, l'idée, pourtant incompatible avec la précédente, suivant laquelle la nation participe à la formation des lois »¹⁰¹⁹. Le Parlement de Paris considère ainsi que, d'après la constitution, la loi est simultanément la volonté du roi et celle de la nation¹⁰²⁰. Il estime également que le roi ne dispose de la souveraineté que dans le respect des lois fondamentales¹⁰²¹.

Le terme de constitution n'a pas encore, dans les discours parlementaires, le monopole dont il disposa ultérieurement pour opposer une résistance au pouvoir royal (1). Cette notion est néanmoins fréquemment utilisée, notamment par le Parlement de Paris, pour défendre les prérogatives du parlement contre les empiètements du pouvoir royal (2). Cette résistance contraignit le roi Louis XV à réagir (3).

1. L'absence de monopole du terme de constitution comme arme d'opposition au pouvoir royal

217. Dans ce contexte, les parlements se prévalent de la constitution pour appuyer leurs revendications politiques¹⁰²². Cette notion s'inscrit dans une nébuleuse sémantique très étendue. Au cours du XVIII^e siècle, le Parlement de Paris invoque de nombreux principes, lois, maximes qui sont ceux de l'État, de la monarchie ou du royaume¹⁰²³. Il emploie des adjectifs permettant de décrire un ancrage historique (ancien, primitif) et d'asseoir la légitimité et la suprématie de telles

1019 BICKART, *op. cit.*, p. 73.

1020 « Un souverain, mobile universel, âme de tous ses états, qui seul agit partout, dont les moindres impressions se portent avec rapidité dans toute l'étendue du corps politique et forment à l'instant même des mouvements proportionnés aux vues de leur auteur, mais des mouvements qui semblent naître dans les membres eux-mêmes ; un tribunal, ou plutôt un sanctuaire auguste, où sont scellés à jamais, ces engagements sacrés qui constituent la Monarchie ; où le Souverain réside habituellement ; où se concentre l'État, où la loi se prépare, se détermine, se consomme, se dépose et s'exécute ; dans lequel enfin le Roi, l'État et la loi forment ce tout inséparable, chef-d'œuvre d'une politique qui a droit de prétendre à l'immortalité ; des lois, qui sont volonté souveraine et toujours juste du Prince, mais qui, dans l'instant même où elles émanent du Trône, sont déjà le vœu libre de la nation. / *Telle est, Sire, la constitution de votre monarchie.* Quel corps né depuis l'État, et dans l'État, oserait troubler cette admirable et ancienne économie ? » Nous soulignons. *Flammermont*, II, p. 34.

1021 « Votre parlement, Sire, reconnaîtra toujours que l'autorité souveraine et législative réside dans la personne seule de V. M. ; dans tous les temps, il a regardé comme son principal devoir de donner l'exemple à tous vos sujets de la fidélité et de l'obéissance. Mais qu'il lui soit permis, Sire, de vous le dire avec cette vérité qu'il vous doit et qu'il ne vous dissimulera jamais : toute décision qui émane de V.M. pour changer ou maintenir les lois doit être revêtue des solennités essentiellement requises pour l'établissement de ces lois ; *il en est, Sire, de fondamentales qui ne peuvent être changées et auxquelles le caractère d'immutabilité est tellement propre, que toute décision qui porterait quelque atteinte à ces lois, fût-elle même revêtue de quelque solennité que ce pût être, ne pourrait jamais subsister.* » Nous soulignons. *Ibid.* p. 99-100.

1022 « De par ses traits essentiels, la notion de constitution était une arme d'opposition entre les mains d'institutions fortement autonomes. » VERGNE, *op. cit.*, p. 387.

1023 Les exemples suivants sont tirés des *Remontrances du Parlement de Paris* publiées par Flammermont en trois volumes : Les lois de l'État, les lois fondamentales du royaume ou de la monarchie, véritables principes du droit public et de la législation, une loi aussi ancienne que la monarchie, les formes anciennes, l'ordre public, l'ordre politique, l'ancienne tradition de notre gouvernement, l'ordre primitif de la monarchie, les maximes fondamentales de l'État, les maximes fondamentales, les maximes d'État, l'ancienne maxime, la maxime primitive, les maximes incontestables, la maxime inviolable, les maximes du royaume, nos précieuses maximes, les maximes les plus essentielles de l'ordre public, les lois et maximes immuables, les lois plus anciennes de la Monarchie, les lois invariables, la loi primitive, les lois du royaume, les lois et maximes du royaume, les plus saintes lois de la monarchie, les lois de la Monarchie, les ordonnances.

règles (fondamental, véritable, incontestable, inviolable, invariable, essentiel, immuable), en recourant parfois à la sémantique religieuse (saint, sacré). Il invoque également de manière plus générale le droit public ou sacré et la police¹⁰²⁴. Dans une terminologie plus moderne et une logique plus systémique, il se réfère au gouvernement ou à l'ordre politique, ainsi qu'à leurs principes ou leur économie¹⁰²⁵.

La notion de constitution trouve donc sa place dans cet ensemble sémantique visant à restreindre la liberté d'action du Roi et des autres organes de l'État¹⁰²⁶. Cette notion n'émerge donc pas dans une perspective purement abstraite et théorique, mais bien à l'occasion d'une lutte politique contre l'absolutisme royal.

2. L'invocation de la constitution pour défendre les prérogatives du parlement contre les empiétements du pouvoir royal

218. Le Parlement de Paris invoque très fréquemment la constitution afin de défendre ses prérogatives contre les empiétements du pouvoir royal et spécialement du Grand Conseil¹⁰²⁷. La

1024 Les exemples suivants sont tirés des *Remontrances du Parlement de Paris* publiées par Flammermont en trois volumes : Le droit public du Royaume, le droit sacré, le plan de police, la police essentielle ou générale de l'État, la police publique.

1025 Les exemples suivants sont tirés des *Remontrances du Parlement de Paris* publiées par Flammermont en trois volumes : Les principes incontestables, les principes de l'économie générale de l'État, les principes essentiels de l'ordre politique, les principes du gouvernement français, le gouvernement invariable de la Monarchie des règles et des formes sagement établies dans son royaume, les règles qui constituent l'essence du Gouvernement français, l'économie du gouvernement, l'ordre primitif et l'économie essentielle des principales parties de l'État.

1026 Voir sur ce point Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 64 et s.

1027 « le droit de ressort que le Grand Conseil prétend exercer sur les juges inférieurs est contraire à la constitution de l'État, aux droits essentiels du Parlement, et même au genre d'autorité qui peut appartenir audit Grand Conseil. Que l'enlèvement des minutes est une entreprise condamnée par les ordonnances. Qu'enfin le privilège, que le Grand Conseil veut s'attribuer, d'être seul juge de ses membres en matière criminelle, est incompatible avec les maximes fondamentales de la Monarchie. » Nous soulignons. *Flammermont*, II, p. 15.

« les entreprises des gens du Grand Conseil sur le Parlement attaquent et compromettent tout à la fois, par leurs conséquences, l'intérêt des citoyens, l'ordre des juridictions, les droits de la Pairie, la police générale du Royaume et la constitution immuable de l'Etat » Nous soulignons. *Ibid.*, II, p. 17.

« S'il était possible de supposer que les gens du Grand Conseil eussent quelquefois adressé aux juges inférieurs quelques édits, déclarations ou règlements ; si nous pouvions même douter du courage ou des lumières de quelques-uns des officiers distribués dans tout le Royaume, à qui de semblables actes auraient été adressés, ce ne seraient, Sire, que des entreprises de fait de la part des gens du Grand Conseil, des tentatives clandestines, aussi incompatibles avec leurs fonctions que contraires à la constitution et aux lois de la Monarchie. » Nous soulignons. *Ibid.*, II, p. 75.

« Vous ne pouvez plus douter, Sire, que les entreprises des gens du Grand Conseil sur le Parlement n'attaquent et ne compromettent tout à la fois, par leurs conséquences, l'intérêt des citoyens, l'ordre des juridictions, les droits de la pairie, la police générale du Royaume et la constitution immuable de l'Etat » *Ibid.* p. 84.

« Vos parlements, Sire, ont réclamé contre les entreprises des gens du Grand Conseil, parce qu'elles tendaient par système à l'anéantissement des formes anciennes et immuables de la législation, à intervertir l'ordre sacré que la constitution même de l'Etat soutient depuis treize siècles, à dégrader les tribunaux de votre justice souveraine, à ériger en parlement supérieur à tous les parlements un tribunal sans juridiction et sans territoire, qui ne subsiste que par les attributions et les évocations, qui n'existerait point si les lois étaient observées, qui n'est tout au plus qu'un hors-d'œuvre dans l'État, et que V. M. supprimerait avec l'applaudissement de tous les Français. » *Ibid.* p. 145.

« à partir de 1755, année où commence leur rivalité avec le Grand Conseil, les Parlements affirment qu'ils constituent, à l'exclusion de tout autre organe, le tribunal de la nation, le conseil de la nation, et que le dépôt des lois est un dépôt national. » Roger BICKART, *op. cit.*, p. 109.

rhétorique qu'il développe est très proche de celle mise en œuvre par Le Paige, dont il s'est très certainement inspiré. Par exemple, il affirme que :

« le Parlement, étant de toute ancienneté la source de toute justice sous l'autorité royale, a seul, pour juger ses membres en matière criminelle, un droit incommunicable auquel les membres de la Cour des Pairs ne peuvent renoncer *droit qui tient à la constitution de l'Etat et dont l'origine se confond avec celle de la Monarchie* »¹⁰²⁸

Il s'approprie donc la théorie selon laquelle : le Parlement est aussi ancien que la monarchie¹⁰²⁹, ses prérogatives sont sacrées et même le Roi ne peut y porter atteinte. Le Parlement défend aussi bien sa constitution qu'il qualifie d'« immémoriale »¹⁰³⁰, que celle de la monarchie. Il tiendrait de celles-ci le droit d'enregistrement, de libre délibération¹⁰³¹ et de suffrage¹⁰³².

219. Le Parlement dispose ainsi, comme représentant de la nation tant du droit de vérification que du droit de consentir à l'impôt¹⁰³³. Le Parlement est même conçu comme le représentant de la volonté royale¹⁰³⁴ ; il est alors garant de la « véritable » volonté royale et des intérêts du Roi et de la

1028 Nous soulignons. *Flammermont*, II, p. 16.

1029 « Vainement, Sire, votre parlement placerait-il sous vos yeux de si grands objets, s'il n'avait l'honneur de vous exposer auparavant la nature de ses devoirs qui, depuis l'établissement de la Monarchie, le chargent de veiller sans cesse à maintenir et venger les lois.

« Sire, il y a treize cents ans que la Monarchie subsiste, il y a treize cents ans que votre parlement, sous quelque dénomination qu'il ait été connu, forme toujours le même tribunal et exerce les mêmes fonctions dans l'État. Son administration, quant à la manutention des lois, n'a jamais cessé d'être la même jusqu'à ce moment ; et il a toujours conservé le glorieux avantage d'être la vraie Cour de France, parce qu'il est né avec l'empire des Français pour être une branche de la forme essentielle du gouvernement. Qu'il nous soit permis, Sire, pour mieux développer ces vérités, de vous représenter que, dans le premier âge de la Monarchie, le Parlement était l'Assemblée générale de la nation, que tous les Francs étaient Pairs ; que la valeur, la vertu, les talents étaient les seuls caractères distinctifs parmi eux ; que la qualité de guerrier et celle de magistrat n'étaient pas incompatibles, et que l'histoire ne nous permet pas d'ignorer que la justice, alors, tempérait l'âpreté du gouvernement militaire. », *Flammermont*, II, p. 26.

1030 *Ibid.*, II, p. 547.

« Votre parlement, Sire, aurait pu opposer l'autorité qui lui est confiée aux atteintes que le Conseil des parties ne cesse de donner à l'ordre prescrit par ces lois : les ordonnances lui en accorde le droit ou plutôt lui en imposent le devoir ; droit sans lequel sa juridiction pourrait être insensiblement anéantie ; droit, par conséquent, *lié avec son essence et sa constitution, et de là inaltérable et inamissible*. » Nous soulignons. *Ibid.*, II, p. 758.

1031 « Dans ce point de vue si lumineux, vous apercevez, Sire, que le droit de délibération en vertu duquel votre parlement procède à l'enregistrement des édits de nos rois n'est pas seulement fondé sur un motif d'utilité publique, mais qu'il est *essentiel à la constitution de votre parlement et de la Monarchie* » Nous soulignons. *Ibid.*, II, p. 32.

1032 « Une des conséquences les plus immédiates de ces principes *qui tiennent essentiellement à la constitution du gouvernement*, c'est la conservation de la justice, et par conséquent de la magistrature, dans la liberté des suffrages, dans la dignité des titres et dans une considération nécessaire pour le service même du Souverain. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 206.

1033 « En matière d'impositions, Sire, l'infraction du droit sacré de la vérification blesse tout à la fois et les droits de la Nation et les droits de la législation ; il s'ensuit que *l'exécution d'une imposition non vérifiée est une voie de fait qui attente à la constitution du Gouvernement français* et qui doit rencontrer autant d'obstacles insurmontables qu'il est de tribunaux dépositaires par état des lois inviolables qui forment le droit sacré de la Nation ; aussi, dans tous les temps, Sire, votre parlement a opposé la force des lois à la perception des impositions que l'on a quelquefois tenté de lever sans vérification. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 417.

1034 « Le scandale de ces transcriptions, de ces radiations, spectacle devenu si fréquent depuis quelques années, est de la part de ceux qui se chargent de leur exécution un crime contre votre personne sacrée, dont ils compromettraient et aviliraient l'autorité suprême, si la Nation ne savait discerner son souverain de ceux dont le despotisme se couvre de son auguste nom, *un crime envers l'autorité légale de V.M., représentée dans votre parlement*, un crime envers l'État, *dont ils s'efforcent de subjuguier la constitution*. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 419.

Couronne¹⁰³⁵. Cette rhétorique protège les prérogatives du Parlement qui devient intouchable :

« Il n'est donc, Sire, ni compatible avec les vrais intérêts de V. M. et de votre pouvoir suprême, ni possible, *dans l'économie de la constitution politique*, que des commissaires momentanés, amovibles, prétendent, sous quelque prétexte que ce soit, former, suppléer, représenter le Parlement »¹⁰³⁶.

Le Parlement de Paris considère que la constitution confère des pouvoirs aux parlements et des droits aux corps de la magistrature et aux citoyens¹⁰³⁷. Ces droits sont en réalité davantage ceux des Ordres que ceux des individus¹⁰³⁸.

La constitution est toujours, dans cette conception, un ordre originellement établi qu'il convient de respecter, que cet ordre concerne la monarchie ou l'un de ses corps¹⁰³⁹. Le Parlement de Paris s'inscrit dans la continuité d'une conception essentialiste de la notion de constitution qui considère que ne pas la respecter conduit à anéantir la monarchie-même¹⁰⁴⁰. L'idée de changer la

1035« *il est de la constitution de l'Etat et de l'intérêt même du trône que le pouvoir du Souverain ne puisse se communiquer à des sujets par un acte illégal*, quelquefois surpris à une volonté momentanée, et presque toujours funeste dans ses conséquences au bien de l'État et aux véritables intérêts du Monarque » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 544.

1036Nous soulignons. *Ibid.*, p. 545.

1037« La Cour, considérant que les voies d'autorité que l'on a conseillé au Roi d'employer contre un grand nombre des membres du parlement de Besançon, et dans lesquelles on a engagé ledit seigneur Roi à persévérer depuis si longtemps, malgré les supplications les plus formelles adressées audit seigneur Roi à l'effet d'obtenir de sa justice de soumettre la conduite de ces magistrats à l'examen des lois et de leurs ministres essentiels, *intéressent la constitution même de l'État*, puisqu'elle portent atteinte *non seulement aux droits du corps entier de la magistrature en anéantissant la liberté des suffrages, mais même aux droits qu'ont tous les citoyens en général* de ne pouvoir être punis que conformément aux lois et après un examen juridique fait par leurs juges naturels ». Nous soulignons. *Ibid.* p. 217.

« Le droit de propriété, ce droit si précieux à l'homme et que le Français tient, ainsi que sa liberté, non seulement de la nature, mais *immédiatement de la constitution de l'État* et de la loi », Nous soulignons. *Ibid.* p. 575.

Sur les liens entre droits individuels et constitution voir VERGNE, *op. cit.*, p. 166-173.

1038« C'est par ces lois, Sire, que la couronne a été transmise à V. M. ; c'est par elles que cette transmission s'est maintenue même contre l'exécution d'actes émanés de la volonté de quelques-uns de nos souverains. Enfin, V. M. ne tiendra pas pour gens véritables ceux qui lui diront que sa puissance est au-dessus des lois et que sa seule volonté doit être tenue pour règle. Si ce langage éprouve quelque contradiction de la part de quelques personnes peu instruites ou intéressées, il est digne des sentiments élevés de V. M. et de la fidélité que vous doit votre parlement, parce qu'il est *l'expression fidèle du droit fondamental de la Constitution française, gage le plus certain de la stabilité du Trône et de la conservation des droits légitimes de tous les ordres de l'État*.

« L'invalidité de tout *acte attentatoire à la loi primitive* de la nécessité de la vérification des lois au Parlement est une conséquence immédiate et inévitable de ces maximes incontestables ; l'illégitimité de la perception d'impôts établis par de simples transcriptions violentes faites sur les registres du Parlement n'est que l'application de ces mêmes maximes d'État, qui, rejetant du nombre des lois publiques les actes non vérifiés, *déclarent criminels envers la constitution de l'État ceux qui ne craignent point de se prêter aux voies de fait qui l'anéantissent.* » Nous soulignons. *Flammermont*, II, p. 418.

1039« Cette règle est le ressort unique dont l'activité se communique à toutes les branches de l'administration, dans un État dont la *constitution exige des lois et des formes invariables* ; toutes les parties du gouvernement, enchaînées par l'ordre légal auquel elles sont assujetties, se touchent, s'unissent et se fortifient mutuellement ; ainsi, donner atteinte à cet ordre sur un objet particulier, c'est affaiblir l'administration entière et briser les liens qui lui attachent la confiance publique. » Nous soulignons, *Ibid.* p. 276.

1040« Il serait fait au Roi de très humbles et très respectueuses remontrances sur les surprises journalières faites à la religion dudit seigneur Roi, lesquelles tendantes [*sic*] à détruire la sûreté des offices des différentes classes de son parlement, la dignité de leur caractère et la liberté de leurs suffrages, ne pourraient avoir d'autre effet que d'anéantir toute magistrature, toute justice et tout ordre dans l'Etat, *de renverser sa forme constitutive et d'entraîner sa ruine et celle de l'autorité royales* » Nous soulignons, *Ibid.* p. 133-134.

constitution est alors évidemment subversive et dangereuse¹⁰⁴¹.

Néanmoins, la conception de la constitution véhiculée par les parlements est une expression de la modernité en ce qu'elle est intimement liée à la limitation du pouvoir royal et à l'idée d'un retour aux origines, qui par hypothèse, constitue une rupture vis-à-vis de la tradition. L'invocation de la constitution et d'autres principes ayant la même fonction contraignent le Roi à exprimer sa position sur ces questions.

3. La réaction de Louis XV

220. Dès 1751, Louis XV se réapproprie la notion de loi fondamentale pour la rapprocher d'une conception absolutiste. Il affirme alors : « La soumission est le premier devoir de mes sujets ; c'est à mon parlement à donner l'exemple de *cette loi fondamentale de mon royaume*. »¹⁰⁴² Par la suite, il réfute plus explicitement les prérogatives dont se prévalent les Parlements :

« Mon parlement m'expose que, dans les circonstances actuelles, les *lois fondamentales de la Monarchie sont ouvertement attaquées* ; il n'appartient qu'à moi seul de décider d'un objet de cette importance, et je serai toujours très disposé à prendre sur une matière aussi essentielle l'avis des princes de mon sang, des pairs et des grands du Royaume et celui de mon parlement. »¹⁰⁴³

Il s'inscrit ainsi dans la plus pure tradition monarchiste et absolutiste du gouvernement par grand conseil : le Roi recueille des avis, mais il tranche en dernier ressort. À mesure que les revendications deviennent plus insistantes et que la théorie de l'union des classes¹⁰⁴⁴ prend de l'importance, la nécessité d'une réponse royale se fait à nouveau sentir.

221. Par la séance royale dite de la Flagellation, en date du 3 mars 1766, Louis XV entend rappeler à l'ordre ses parlements, mais en synthétisant les doctrines qu'il entend condamner, il leur assure une meilleure diffusion. Quelle meilleure publicité qu'un résumé formulé par le Roi lui-même et figurant en tête de son lit de justice de 1766 ? Il offre alors un clair résumé des doctrines ayant cours dans les parlements :

« c'est donc une illusion, qui ne tend qu'à ébranler la confiance par de fausses alarmes, que d'imaginer un projet formé d'anéantir la magistrature et de lui supposer des ennemis auprès du trône ; ses seuls, ses

« Méconnaître l'existence ou la force irréfragable des lois immuables par leur nature, *constitutives de l'économie de l'État*, ce serait ébranler la solidité du trône même » Nous soulignons, *Ibid.* p. 342.

1041« Votre parlement se trouve forcé, Sire de dévoiler à V. M. le danger de tous ces faits et de tous ces funestes conseils, et de vous faire connaître qu'ils ne tendent à rien moins qu'à *changer la constitution fondamentale du gouvernement français*, à détruire la liberté légitime des peuples, à ébranler la stabilité du Trône, à transporter la puissance souveraine entre les mains de ceux qui n'en doivent être que les instruments et qui ne laisseraient au Monarque que l'ombre et l'appareil de la royauté. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 428.

1042Flammermont, I, p. 468.

1043*Ibid.*, II, p. 95.

1044Selon cette théorie, les différents parlements ne seraient qu'un seul et même corps divisé en plusieurs classes. Sur cette théorie voir notamment Roger BICKART, *op. cit.*, p. 143-193.

vrais ennemis sont ceux qui, dans son propre sein, lui font tenir un langage opposé à ses principes ; qui lui font dire que tous les parlements ne sont qu'un seul et même corps, distribué en plusieurs classes ; que ce corps, nécessairement indivisible, est de l'essence de la Monarchie et qu'il lui sert de base ; qu'il est le siège, le tribunal et l'organe de la Nation ; qui est le protecteur, et le dépositaire essentiel de sa liberté, de ses intérêts, de ses droits ; qu'il lui répond de ce dépôt, et serait criminel envers elle s'il l'abandonnait ; qu'il est comptable de toutes les parties du bien public, non seulement au Roi, mais aussi à la Nation ; qu'il est juge entre le Roi et son peuple ; que, gardien respectif, il maintient l'équilibre du gouvernement, en réprimant les excès de la liberté et l'abus du pouvoir ; que les parlements coopèrent avec la puissance souveraine à l'établissement des lois ; qu'ils peuvent quelquefois par leur seul effort s'affranchir d'une loi enregistrée et la regarder à juste titre comme non existante ; qu'ils doivent opposer une barrière insurmontable aux décisions qu'ils attribuent à l'autorité arbitraire et qu'ils appellent des actes illégaux, ainsi qu'aux ordres qu'ils prétendent surpris, et que s'il en résulte un combat d'autorité, il est de leur devoir d'abandonner leurs fonctions et de se démettre de leurs offices, sans que leurs démissions puissent être reçues. »¹⁰⁴⁵

Louis XV offre ainsi la meilleure synthèse des théories parlementaires et en présente une vision qui leur est plutôt favorable. Le rôle de représentant et protecteur de la Nation semble louable, celui de modérateur et de garant des droits contre l'arbitraire également. En reprenant la terminologie parlementaire, il ne fait qu'en assurer involontairement la promotion.

Toutes les condamnations qui suivent ne semblent alors qu'autant d'actes émanant d'une autorité potentiellement despotique¹⁰⁴⁶. Il rappelle les principes de la monarchie : le Roi dispose de l'intégralité de la puissance souveraine, les cours sont donc dans sa dépendance, le pouvoir législatif n'appartient qu'à lui et ses intérêts sont indissociables de ceux de la nation. Une telle déclaration d'autorité repose sur une conception absolutiste de la monarchie défendue par son prédécesseur. Néanmoins, le Roi est contraint de se placer sur le même terrain que les parlementaires : il énonce des principes, rappelle des lois fondamentales. Il n'a pas recours à la notion de constitution, qui ne pourrait que le desservir¹⁰⁴⁷, mais cette démonstration et l'obligation qu'a le Roi de rappeler le

1045 *Flammermont*, II, p. 556-557.

1046 « Entreprendre d'ériger en principe des nouveautés si pernicieuses, c'est faire injure à la magistrature, démentir son institution, trahir ses intérêts et méconnaître les véritables lois fondamentales de l'État : comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison ; que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et que l'usage n'en peut jamais être tourné contre moi ; que c'est à moi seul qu'appartient le pouvoir législatif sans dépendance et sans partage ; que c'est par ma seule autorité que les officiers de mes cours procèdent, non à la formation, mais à l'enregistrement, à la publication, à l'exécution de la loi, qu'il leur est permis de me remonter ce qui est du devoir de bons et utiles conseillers ; que l'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains. » *Ibid.*, II, p. 557-558.

1047 « L'expression de la doctrine monarchique passait par l'idée d'une concentration des pouvoirs entre les mains du souverain. Pour les institutions qui ont défendu cette conception, recourir à la notion de constitution, telle qu'elle a été décrite jusqu'à présent, ne présentait pas d'intérêt majeur, sauf à changer de doctrine politique. » VERGNE, *op. cit.*, p. 183.

fondement de son autorité l'affaiblissent plus qu'elles ne la renforcent. De plus, contrairement à ses prédécesseurs il ne s'exprime plus dans le secret de la raison d'État, mais devant un public attentif et cultivé, prêt à analyser et à critiquer les positions qu'il défend.

222. Les parlements, comme les agents du Roi, font imprimer les actes censés être tenus secrets¹⁰⁴⁸. Ces derniers deviennent de « véritables appels à l'opinion »¹⁰⁴⁹. Devant ce tribunal de l'opinion¹⁰⁵⁰, les parlements paraissent sous un jour favorable. Ils protègent contre les dérives arbitraires et despotiques¹⁰⁵¹. Ils rallient alors à leur cause des acteurs qui leur seraient théoriquement plutôt hostiles.

Certains auteurs se font ainsi défenseurs d'un constitutionnalisme favorable aux thèses parlementaires pour des raisons de pure pragmatique politique : les parlements de l'Ancien Régime sont des organes déjà en place et ayant le moyen de faire pression sur le Roi notamment en refusant d'enregistrer des lois fiscales ou en se mettant en grève. La plupart des opposants à l'absolutisme royal voient donc en eux le seul contre-pouvoir disponible. Ce fut par exemple le cas de Mably¹⁰⁵².

§ 2. La reconnaissance de la double constitution, naturelle et positive, par les partis parlementaire et royaliste à la suite de la réforme Maupeou

223. Ces tensions entre les parlements et le Roi, touchant un point d'orgue à la fin des années 1760, se soldent provisoirement par la réforme menée par le chancelier Maupeou. Cette démonstration de l'autorité royale relança la construction d'un arsenal de contestation dans un débat ayant maintenant l'opinion publique à séduire¹⁰⁵³. Les années 1770 virent naître quantité de

1048« Certaines de ces remontrances, que la tradition du régime exigeait secrètes, sont, au XVIII^e siècle, livrées clandestinement à l'impression, largement propagées, et lues avec avidité. Le pouvoir royal, de son côté, contraint d'user de la même arme, publie fréquemment ses répliques. Au lieu d'un entretien confidentiel du prince avec ses magistrats, s'ouvre un débat public dont la nation entière est témoin ; et, comme les remontrances répandues de la sorte sont presque toujours, par la force des choses, celles qui présentent l'intérêt le plus général et le plus pressant, les ressorts essentiels du gouvernement et de l'administration se trouvent dévoilés et livrés à l'examen. » Roger BICKART, *op. cit.*, p. IX.

1049« Au XVIII^e siècle, la plupart des remontrances et des arrêtés importants ont été imprimés, de l'aveu du parlement ou à la suite d'une indiscretion de l'un de ses membres. Ces textes, rédigés de plus en plus nettement en vue d'une publicité restreinte, mais efficace, constituent de véritables appels à l'opinion, considérée comme un juge souverain entre le roi et ses cours. » François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 407.

1050Voir sur ce point BAKER, *Au tribunal de l'opinion*, éd. cit.

1051« L'opposition des Magistrats était généralement fondée et elle était populaire. Grisés par les applaudissements du public, trop complaisants aux fantaisies historiques de Le Paige, ils se sont considérés comme personnellement investis d'un mandat national et capables de faire plier la Monarchie autoritaire. L'expérience a prouvé qu'ils avaient trop présumé de leurs forces. » Jean ÉGRET, *op. cit.*, p. 132.

1052« Mably, si profondément critique qu'il pût être à l'égard de ce langage par lequel les activistes parlementaires invoquaient la loi fondamentale, était convaincu que l'affrontement entre ces corps et l'autorité monarchique représentait le seul moyen disponible d'atteindre aux conditions de la révolution, en amenant le public à la conscience politique grâce à une stratégie de face à face constitutionnel. » Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 143.

1053Voir en ce sens *Ibid.*, notamment, p. 200 et s.

brochures qui discutaient l'origine du pouvoir et ses limites, remettant en cause, par leur existence-même, l'autorité royale¹⁰⁵⁴.

Ces révoltes n'aboutirent qu'après le décès de Louis XV et l'accession au trône de Louis XVI. Ce dernier ne tarda pas à rappeler les parlements sur les conseils de Maurepas et acheta ainsi une paix qui fût très précaire et prit fin dans les années 1787-1789¹⁰⁵⁵. La révolte parlementaire, la séance dite de la Flagellation et la réforme royale avaient involontairement ouvert un débat sur la légitimité des institutions de l'Ancien Régime¹⁰⁵⁶ et le rétablissement du Parlement de Paris ne permit en rien un retour à l'état antérieur¹⁰⁵⁷. Ce bouleversement eut deux conséquences ou du moins fut suivi de deux évolutions. La première est qu'il conduisit les thèses parlementaires à se rapprocher davantage des théories philosophiques (A). La seconde est qu'il contraignit le Roi à se défendre avec les moyens utilisés par ses opposants (B).

A. L'appropriation des thèmes philosophiques par les défenseurs des parlements : l'exemple des *Maximes du droit public*

224. Les années 1770 voient converger les thèses parlementaires et les principes philosophiques¹⁰⁵⁸. Les Cours elles-mêmes n'hésitent plus à invoquer le « droit naturel »¹⁰⁵⁹ et à se référer aux « citoyens » et à la « nation »¹⁰⁶⁰. Les Cours et leurs défenseurs continuent à appuyer leurs revendications sur des arguments historiques plus ou moins manipulés¹⁰⁶¹. L'invocation de l'édit de Pistres de Charles le Chauve¹⁰⁶² devient par exemple un lieu commun de leurs raisonnements servant à justifier le droit de la nation, représentée par les parlements, de consentir

1054 Sur la réaction à la réforme Maupeou voir notamment Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, chap. IX, p. 379 et s.

1055 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2.

1056 « Funestes ou salutaires les nouveautés du Chancelier, en détruisant un ordre de choses auquel on tenait par habitude, faisaient travailler la raison ; elles invitaient les sujets à interroger les lois et à s'interroger sur eux-mêmes. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 455.

1057 « Le Parlement du Chancelier Maupeou, incapable de devenir une Cour des Pairs et de jouer un rôle politique honorable ne pouvait subsister tel qu'il était. Un renouvellement partiel, faisant appel à quelques-uns des Magistrats exilés fut préparé pendant les derniers mois du règne de Louis XV. Louis XVI, conseillé par Maurepas et entraîné par l'opinion rappela l'ancien Parlement, en prenant quelques précautions pour que celui-ci n'abusât pas de sa revanche. Apparemment le pouvoir intermédiaire universellement souhaité était rétabli. Au vrai, le coup d'état avait provoqué une réflexion critique qui conduisait à l'exigence d'une véritable représentation nationale. » ÉGRET, *op. cit.*, p. 228.

1058 Voir en ce sens François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 370 et s.

1059 Voir en ce sens Arnaud VERGNE, *op. cit.* p. 150-152 et François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 486-488 pour les parlements et p. 490-492 pour la doctrine.

1060 « À partir du milieu du siècle, les mots *peuples, sujets*, font volontiers place, dans le langage parlementaire, au mot *nation*. », Roger BICKART, *op. cit.*, p. 106 et François OLIVIER-MARTIN, « Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle » in *L'absolutisme...* p. 397 et s.

1061 « En 1771, dans l'effervescence provoquée par l'édit de décembre 1770 et la dispersion du Parlement de Paris, les Cours de province affirment de plus belle, et s'attachent à prouver par des arguments historiques, que les lois doivent être consenties par la nation. » Roger BICKART, *op. cit.*, p. 77.

1062 *Lex consensu populi fit et constitutione regis*. Il avait déjà été invoqué par Montesquieu, *EDL*, XVIII, XXX, éd. cit., tome 1, p. 456. Voir sur ce point Élie CARCASSONNE, *op. cit.*

aux lois¹⁰⁶³. Cependant, les défenseurs des parlementaires amalgament maintenant leurs thèses aux théories philosophiques.

Comme l'explique Roger Barny, « L'approfondissement de la crise conduit en fait à insister sur des thèses d'apparence démocratique. »¹⁰⁶⁴ Dans le cadre de l'opposition à la réforme Maupeou, les défenseurs des parlements mobilisent les thèses du *Contrat social* et le vocabulaire de l'expression de la volonté générale¹⁰⁶⁵. Cela a également pour but de rallier davantage de personnes à leur cause. Il s'agit cependant plus d'une instrumentalisation que d'une réelle adhésion à ces principes philosophiques. Bien qu'ils se fondent sur les développements les plus modernes de Rousseau, ils ne le font que pour justifier les conceptions les plus anciennes et conservatrices telles que la distinction des Ordres et le particularisme local. Comme le relève Roger Barny, « C'est toute la bigarrure de la France féodale qui se trouve ainsi validée par la pensée politique la plus moderne ! »¹⁰⁶⁶.

Un exemple topique est fourni par les *Maximes du droit public français*¹⁰⁶⁷, probablement écrites en grande partie par Claude Mey. Elles furent éditées une première fois en 1772, à la suite de la réforme Maupeou, et rééditées, dans une version augmentée en 1775, à l'occasion de l'accession au trône de Louis XVI. Si, d'après leur titre, ces maximes sont « tirées des capitulaires, des ordonnances du royaume et des autres monuments de l'histoire de France », Mey se réfère à de nombreux auteurs ayant écrit sur le droit public français et cite pêle-mêle : Seyssel, Du Haillan, Claude Joly, Mably, etc. Il invoque de nombreux principes philosophiques et théories du droit naturel tirés des écrits de Burlamaqui, Pufendorf, Wolff, Locke et Vattel qu'il mêle aux thèses de Le Paige¹⁰⁶⁸. Il emploie également fréquemment les notions de « contrat social » et de « pacte social » et, de manière plus générale, l'idée que les lois fondamentales sont le résultat d'un pacte entre le roi et le peuple¹⁰⁶⁹. Mey se réfèrent ainsi au droit naturel, comme ordre supérieur et

1063« Après la crise de 1771, presque tous les parlements invoquent à l'envi la formule d'un capitulaire de Charles le Chauve, l'édit de Pistres ou de Pitres de 864 : “*Lex consensu populi fit et constitutione regis*” qui est déjà utilisée dans l'*Esprit des lois*. » François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 448 ; voir aussi BICKART, *op. cit.*, p. 77-82.

1064 Roger BARNY, *Prélude idéologique à la Révolution française. Le Rousseauisme avant 1789*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1985, p. 96.

1065 Voir en ce sens Roger BICKART, *op. cit.*, et Roger BARNY, *Prélude...*, éd. cit., p. 90-120.

1066 Roger BARNY, *Prélude...*, éd. cit., p. 115.

1067 Sur cet ouvrage voir notamment Jean-Louis MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les “maximes du droit public français” » in Association française des historiens des idées politiques, *État et pouvoir. L'idée européenne*, Actes du Colloque de Toulouse (11, 12, 13 avril 1991), P.U.A.M., 1992, p. 21.

1068 Voir en ce sens François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 372-381.

1069 « 1° Il n'est point nécessaire pour constater l'existence des Lois fondamentales, de rapporter la convention originaire rédigée par écrit, ni même de prouver par des témoignage précis que le Contrat qui les contenait a existé. On sent d'abord combien il serait déraisonnable d'exiger la représentation du Contrat primitif pour un Royaume qui subsiste depuis plus de douze siècles. Mais d'ailleurs, les Publicistes conviennent que la réalité des Lois fondamentales doit passer pour constante, lorsqu'elle a pour base une tradition suivie qui les a transmises de siècle en siècle, et l'usage persévérant soutenu de l'enseignement public. » Claude MEY, *Maximes du droit public français (2e éd.)*, tirées des capitulaires, des ordonnances du royaume et des autres monuments de l'histoire de

antérieur à l'État (1) et en infère une hiérarchie entre la constitution monarchique naturelle et la constitution monarchique positive de la France (2). Enfin, il utilise ces outils conceptuels pour justifier théoriquement et historiquement l'existence des parlements (3).

1. La référence au droit naturel, ordre supérieur et antérieur à l'État

225. Mey fait siennes les conceptions de la pensée jusnaturaliste en s'appuyant sur Vattel et Burlamaqui. En conséquence, le pouvoir ne trouve plus son seul fondement dans la tradition, mais s'évalue toujours à l'aune de la raison¹⁰⁷⁰ qui est « la première source des Lois »¹⁰⁷¹, du bien commun et de l'intérêt de la société : « le Monarque n'a reçu la puissance souveraine que pour le bien commun de la société confié à ses soins »¹⁰⁷². Il s'approprie également l'idée d'un droit inaliénable de choisir et de changer de forme de gouvernement¹⁰⁷³ ; il affirme « que les Peuples ont droit de choisir leur Souverain, et d'établir une forme de Gouvernement ; qu'ils ont celui de déposer le Souverain, lorsqu'il veut renverser la forme du Gouvernement »¹⁰⁷⁴. Ainsi, il existe toujours, au dessus du droit positif, un droit naturel supérieur auquel le droit positif ne peut déroger¹⁰⁷⁵. Ce droit

France, 1775, I, p. 255-256.

« 2° Une Loi peut être fondamentale, quoique postérieure au temps où le Trône a été élevé pour le premier Monarque. Assez ordinairement, ces Lois ont été imposées au Prince qui a reçu la Couronne, comme des conditions qu'il serait obligé de suivre. Mais rien n'empêche qu'une convention plus récente entre le Prince et la Nation, ne constitue une Loi fondamentale ; c'est une Maxime générale que les Parties contractantes peuvent se désister d'une convention pour en former une nouvelle. Pourquoi cette Maxime, commune à tous les engagements, ne s'appliquerait-elle pas aux Souverains et à leurs Peuples ? Pourquoi n'auraient-ils pas la liberté de se lier par de nouvelles conventions ? »
Ibid. I, p. 258.

1070« Ces principes dictés par la raison, démontrent que, dans tout gouvernement réglé, les Sujets conservent leur liberté naturelle, puisque la fin de toute autorité est d'assurer à chaque Citoyen l'exercice de cette liberté en la perfectionnant, c'est-à-dire, en empêchant qu'il n'en abuse, soit à son propre préjudice, soit au préjudice de ses Concitoyens, ou du Corps de la Société. » *Maximes du droit public françois (2e éd.), tirées des capitulaires, des ordonnances du royaume et des autres monuments de l'histoire de France, I, 1775, p. 214.*

1071*Ibid.*, II, p. 126.

1072*Ibid.*, I, p. 11.

1073« Les peuples n'ont pensé qu'à eux-mêmes, en choisissant une forme de gouvernement plutôt qu'une autre. Ils l'ont fait pour leur sûreté, pour leur tranquillité, pour leur bonheur. L'avantage qui doit résulter du gouvernement, n'est que pour eux. Le Gouverneur n'a qu'un pur ministère, il a pris sur lui le fardeau le plus pesant. Il n'a rien à lui ni pour lui. Tout est au peuple et pour le peuple. » *Ibid.* I, p. 30.

« Tout le monde avoue que le Peuple a choisi une forme de Gouvernement plutôt que l'autre pour son avantage personnel. Dès là, si cette forme de Gouvernement, de laquelle il avait espéré tirer profit, lui devient nuisible, il est maître de la changer pour en établir une autre. Le droit, qu'il a eu dans l'origine, subsiste toujours par cela seul que son intérêt l'exige, et qu'on ne peut pas imaginer d'intérêt contraire dans le Monarque, qui n'a reçu la Couronne que pour le bien de la Nation. » *Ibid.* I, p. 154-155.

1074*Ibid.* I, p. 371.

1075« On doit distinguer avec soin sur la matière dont il s'agit, le droit de tous les Souverains en général, et celui de chaque Souverain en particulier, d'après la *Constitution spéciale et les Lois fondamentales de chaque Monarchie.* » Nous soulignons. *Ibid.* I, p. 146.

« La convention d'une Société entière contraire au Droit naturel, n'est pas plus efficace que celle d'un Particulier. »
Ibid. I, p. 234.

« Il y aura donc une Société civile, formée sous des conditions directement contraires à la fin de toute Société, ce qui ne peut pas se concevoir. / Tous les Contrats ont une nature et des caractères qui leur sont propres, et qui les distinguent de tous les autres contrats. Pour peu qu'on s'écarte de ce qui constitue la substance du contrat, on fait une convention nulle, ou un contrat d'un autre genre. De même dans la formation d'un Gouvernement, il faut qu'on assure au Peuple la jouissance du bénéfice du Droit naturel, autrement ce ne peut pas être une convention d'un autre genre, c'est une convention nulle. » *Ibid.* p. 238.

est le même pour toutes les sociétés, pour tous les gouvernements, pour toutes les monarchies¹⁰⁷⁶.

2. La hiérarchie des constitutions : constitution monarchique naturelle et constitution monarchique française

226. Mey mêle ces conceptions tirées du droit naturel au rejet du despotisme¹⁰⁷⁷ théorisé par Montesquieu qu'il cite longuement¹⁰⁷⁸. Il concilie alors la construction de Montesquieu, qui définit la « constitution de la monarchie », avec les thèses jusnaturalistes : la raison enseigne une définition de la constitution monarchique qui est normative et s'impose à la monarchie française¹⁰⁷⁹. Elle comprend notamment des droits individuels comme la liberté et la propriété¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, la monarchie française dispose d'une constitution spécifique qui se surajoute à la première, mais qui lui est inférieure :

« Ce sont les Lois fondamentales qui caractérisent, aux yeux de cet Auteur [Burlamaqui], les États où la Souveraineté est *limitée* ; mais il ne faut pas confondre les Lois fondamentales qu'on peut appeler *naturelles et essentielles*, avec celles qui, formées par des conventions particulières, ne sont que *positives et variables*. Les premières sont communes à toutes les Monarchies même à celles où la Souveraineté est

1076« Si nous voulons connaître toute l'opposition du pouvoir arbitraire aux motifs de l'institution de la Royauté, rappelons-nous ce que les Auteurs établissent sur l'origine des Sociétés et du Gouvernement. Pourquoi les hommes se sont-ils réunis ? Pourquoi ont-ils déposé toute l'autorité dans la main d'un seul ? N'est-ce pas, au jugement de Cicéron, pour se prémunir contre la violence, pour s'assurer la possession tranquille de leurs biens et l'usage soutenu de leur liberté naturelle, sous l'empire des Lois ? Le Prince ne doit donc jamais oublier que le Trône et la Loi ont la même source ; que le Gouvernement n'a d'autre objet, d'autre fin que de conserver aux hommes les avantages qu'ils ont voulu se procurer, en se rendant Sujets et Citoyens.

« Tous les Gouvernements ont eu, dans leur principe, ce terme commun. Les hommes qui avaient vécu dans l'indépendance se sont choisis un Chef, et ont promis de lui obéir pour l'intérêt général du Corps, et le bien particulier de chacun de ses membres. Les Sociétés particulières peuvent nous aider à faire concevoir la formation de la Société Générale. [...]

« Voilà l'image naturelle de la création d'un État. » *Ibid.* p. 210-211.

1077Chapitre 2, Le Gouvernement Despotique est contraire au Droit naturel, au Droit Divin et à la fin du Gouvernement, *Ibid.* I, p. 32.

1078Voir sur ce point et sur cet ouvrage en général, Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 429-436.

« Jamais la plus longue patience, le consentement le plus exprès, ne légitimeront une injustice, et ne changeront la nature des choses. Le Despotisme n'est point un Gouvernement, mais une oppression, une violence, une Tyrannie. Des voies de fait quoique continuées pendant longtemps sont toujours des voies de fait, et ne peuvent jamais aboutir à un Gouvernement légitime. » *Maximes...*, I, p. 375.

1079« Il est donc possible que dans un État, où le Prince établi sans aucune limitation du Pouvoir Souverain, n'avait d'autres obligations que celles qu'impose la Constitution Monarchique, consente par un nouvel engagement avec les États de son Royaume, à l'établissement de quelques Lois fondamentales positives, qui procurent en même temps une plus grande félicité pour les Peuples, et plus de sûreté au Monarque. » *Ibid.* I, p. 260-261.

1080« Dans les États Despotes, tous ces biens, qui dérivent du droit naturel et qui forme le bonheur de l'homme ici bas, ne sont que précaires, incertains, de pure concession ; le Sujet esclave ne les a que par emprunt, le Prince les lui enlève quand il lui plaît. Un instant l'élève au faite des grandeurs, un instant le précipite au dernier rang, dans l'obscurité du dernier des hommes, tout est soumis à la volonté impérieuse du Despote, qui en décide arbitrairement et souverainement.

« Heureusement, cet usage barbare de la puissance est inconnu dans les Monarchies ; il est en particulier *contraire à la Constitution de notre Empire*. » Nous soulignons, *Ibid.* I, p. 162.

« Cet aveu renferme la double reconnaissance qu'il existe des Lois fondamentales naturelles, et des Lois fondamentales positives. L'État ou la liberté légitime des Citoyens, et leurs propriétés tiennent aux premières Lois fondamentales : ce sont les secondes qui règlent la succession à la Couronne. Mais les unes et les autres sont également des *objets sacrés*, des *institutions* que le Monarque est dans l'heureuse impuissance de changer. » *Ibid.* I, p. 255.

la plus absolue ; elles ne dépendent point d'une institution arbitraire ; *c'est de la Constitution même de la Monarchie qu'elles dérivent, parce qu'elles en forment des attributs inséparables.*¹⁰⁸¹ Celles de la seconde classe ne sont ni générales ni nécessaires ; elles varient suivant les États, elles peuvent, dans la même Monarchie, être sujettes à la révolution des siècles, et des changements que les mœurs y introduisent. »¹⁰⁸²

La notion de constitution est ainsi dédoublée par cette nouvelle définition qui tente de concilier une conception absolue, théorique et normative et une approche relative, contingente et descriptive¹⁰⁸³. L'une comme l'autre conception de la notion de constitution vise à limiter le pouvoir royal et servent, dans le second tome, d'argument théorique justifiant le renforcement des prérogatives des parlements.

3. La justification théorique et historique du rôle des parlements

227. Les parlements sont d'abord présentés comme nécessaires dans une monarchie¹⁰⁸⁴. Puis, Mey tente de montrer que leur existence serait le résultat d'un contrat entre le Roi et la nation¹⁰⁸⁵. Il reconnaît sur ce fondement des pouvoirs très étendus aux parlements : liberté de suffrage dans le droit d'enregistrement et nécessité de l'enregistrement pour faire une loi¹⁰⁸⁶.

1081 Nous soulignons.

1082 *Ibid.* I, p. 229.

1083 « la France est une Monarchie, et une Monarchie tempérée : comme Monarchie, elle a des Lois fondamentales *de droit* et essentielles ; comme Monarchie tempérée, elle a des Lois fondamentales positives. Les premières *sont une dépendance nécessaire de la Constitution Monarchique* : l'existence des autres est prouvée par le témoignage des Auteurs, par la reconnaissance de nos Rois, par la disposition même des Lois, et par conséquent par tous les monuments propres à la constater. Ces deux ordres de Lois fondamentales obligent le Souverain. Les unes les lient par le titre même de la Souveraineté, dont elles sont des devoirs et des conditions inséparables. Il est tenu d'observer les autres par la force des engagements, par le droit inviolable des conventions. Tous les publicistes décident que le Souverain n'a pas le pouvoir de déroger même aux Lois fondamentales de la dernière espèce. » *Ibid.* I, p. 346.

1084 « Mais qui jugera si le Prince a violé les Lois fondamentales ? Il y aurait de l'inconvénient sans doute à s'en rapporter sur ce point au Peuple, toujours aveugle et naturellement porté à la sédition. Il est sage d'établir dans le sein de la Monarchie un Corps qui veille à la conservation des droits des Sujets, et qui représente au Prince la Constitution de l'État, et les justes bornes de son autorité. » *Ibid.* I, p. 243-244.

1085 « Les Publicistes décident que, si la Loi fondamentale d'une Monarchie assujettit le Souverain à délibérer les Lois avec les Grands de son Royaume, il est obligé de les leurs proposer, et d'obtenir leur consentement. [...] telle était autrefois la *Constitution de notre Monarchie Française*. Mais si, depuis plusieurs siècles, cet ancien usage qui remontait jusqu'à l'origine de notre Empire, a été abrogé, une forme moins gênante pour le Prince a été substituée ; c'est la vérification des Magistrats qui sont ses propres Officiers. On a vu des témoignages, qui ont été rapportés, que la nécessité de la vérification libre est une *Loi du Royaume* [souligné par l'auteur], une de celles auxquelles le Prince est lié par son serment, *qu'elle appartient à la Constitution présente de la Monarchie*, que c'est une forme solennelle constamment observée, que les Rois l'ont inviolablement gardée, qu'elle est en quelque sorte la sauvegarde de toutes les lois. À ces caractères on ne saurait méconnaître une *Loi fondamentale positive* [souligné par l'auteur], formée par la convention expresse ou tacite du Souverain avec la Nation. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 77.

1086 « La Loi n'a point d'effet, elle n'est point tenue pour Loi, les Sujets ne sont points liés tant qu'elle n'est pas homologuée, et cette homologation n'est point une simple transcription ministérielle sur les Registres, une annexion aveugle au Code des Lois, c'est une *vérification* proprement dite, précédée d'une *libre délibération* ; c'est une *autorisation*, une *approbation*, donnée en *connaissance de cause* ; c'est de la part des Magistrats une *fonction* qui intéresse leur *conscience*. Ils ont droit non seulement d'examiner, mais encore de *modérer, tempérer, modifier la Loi*, de *refuser* même l'enregistrement, si sa disposition est injuste, dangereuse, contraire au bien public, ou aux *Lois constitutives de la Monarchie* [souligné par nous].

« De quel poids ne paraîtront pas des témoignages si uniformes sur une matière de cette importance, et de la part d'Auteurs qui ne sauraient être suspectés ? La plupart sont des Jurisconsultes, et des Jurisconsultes célèbres, instruits par état des principes du droit public, témoins des usages et de la doctrine de leur temps [...] Ce sont les maximes

Ainsi, les parlements sont les garants de la constitution¹⁰⁸⁷ et tiennent ce pouvoir de cette dernière. Mey considère que la vérification libre des lois appartient « à la forme constitutive de l'État »¹⁰⁸⁸, « à la *Constitution* de notre Monarchie »¹⁰⁸⁹ et tient « aux principes constitutifs de la Monarchie Française »¹⁰⁹⁰. Ce raisonnement justifie un droit de veto absolu en faveur des parlements¹⁰⁹¹ et lui permet de déclarer les lits de justice contraires à la constitution¹⁰⁹². Enfin, il justifie ainsi un droit voire même un devoir de résistance en faveur des parlements¹⁰⁹³. La reconnaissance d'un tel droit absolu de résistance et de veto sert de critique à peine voilée à la réforme Maupeou et aux autres tentatives de réforme émanant du pouvoir royal :

« Quand on admettrait quelque réalité dans ce cas presque métaphysique, d'un concert de tout le Corps de la Magistrature pour rejeter une Loi sans motifs, ou même contre l'évidence de son utilité ; le mal qui en serait la suite ne serait pas comparable à celui de la publication d'une mauvaise Loi contre le vœu de la Magistrature. L'État serait privé d'un avantage qu'il n'a pas encore connu ; il ne perdrait aucun de ceux qu'il possédait. Les anciennes Lois conserveraient tout leur empire, *sa constitution ne serait point ébranlée*. En un mot, la Monarchie ne demeurerait pas sans Lois, parce qu'un nouvel Édit n'y serait pas reçu. Mais quelles funestes conséquences ne peut pas entraîner une Loi pernicieuse ? Elle peut opérer ou

qu'ils posent, et des *maximes liées à la Constitution présente de notre Monarchie*[souligné par nous], reconnues, admises, consacrées par la pratique journalière et constante. » *Ibid.* II, p. 33-34.

1087« c'est une Loi du Royaume que les Ordonnances ne puissent être exécutées qu'après leur vérification dans les Cours Souveraines, qui aient le droit de les examiner de les modifier, et même de ne pas les annexer au Code des Lois, si elles sont nuisibles, dangereuses, *éversives de la Constitution de l'État* » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 112-113.

« Dans tous les temps les Ministres ambitieux et les Rois Despotes ont redouté les Remontrances des Parlements et la résistance de ces Corps dépositaires des Lois Fondamentales. C'est, comme nous l'avons vu plus haut l'attachement de ces Corps pour la *Constitution Nationale* qui leur a attiré si souvent des disgrâces ; mais la Postérité leur rend justice, et reconnaît que c'est à leur soin que la France est redevable de la conservation de ses Lois Fondamentales. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 314.

1088*Ibid.* II, p. 62.

1089*Ibid.* II, p. 98.

1090*Ibid.* II, p. 89.

1091« On convient qu'il reste une dernière difficulté à résoudre : les Parlements ne prétendront point au Pouvoir Législatif ; mais ils seront toujours maître de rendre les nouvelles Lois inutiles. Qu'ils s'obstinent à ne pas les enregistrer, le Prince qui ne pourra pas vaincre leur résistance, sera réduit à la nécessité de les retirer ; il sera le seul Législateur, et l'usage de cette qualité dépendra souverainement de la volonté des Magistrats qui sont ses Officiers.

« L'objection, loin d'en être une, prouve plutôt *l'heureuse constitution de notre Monarchie*. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 349-350.

1092« Loin donc que l'usage qui s'est introduit des Lits de Justice, de substituer aux suffrages le vain simulacre d'une espèce de consultation muette, et qui a converti les séances les plus majestueuses de nos Rois, celles qui étaient les plus capables de garantir à la Nation la sagesse et l'utilité des Lois nouvelles, en de purs actes solennels de la puissance absolue ; loin que cet usage ait acquis l'autorité d'un droit, et qu'il appartienne aujourd'hui à la *Constitution* de notre Monarchie ; nous ne considérons encore que comme des actes violents, comme des efforts de la puissance absolue, les enregistrements contraints qui se font dans les Lits de Justice. » *Ibid.* II, p. 98.

« Si la Nation Française n'est protégée ni par la force des armes, ni par l'autorité des Lois ; si pour renverser les plus anciennes Ordonnances, les *formes constitutives de la Monarchie*, il ne faut que le cérémonial d'un Lit de Justice ; sommes-nous en France, ou en Turquie ? » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 339.

1093« Personne ne doutera au moins que la Nation entière, ou ses principaux organes comme les Princes et les Magistrats, ne puissent et ne *doivent résister à des Lois éversives de la constitution Monarchique*, et qui ne tendent qu'à l'établissement du Despotisme » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 383.

« Il n'est donc pas vrai que le serment des Magistrats, et que l'obéissance dont ils doivent donner l'exemple, leur imposent la nécessité de vérifier les Lois, lors même qu'elles leur paraissent dangereuses, nuisibles, *contraire à la constitution de la Monarchie*. » Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 388.

*préparer le renversement de la Monarchie ; changer la nature de sa constitution, y introduire une forme nouvelle de Gouvernement, exciter le mécontentement des Peuples, occasionner des troubles et des désordres. »*¹⁰⁹⁴

La notion de constitution est ainsi utilisée pour justifier les prérogatives des parlements d'un point de vue logique autant que pseudo-historique. Dans sa description, l'équilibre du pouvoir se déplace et le rôle du Parlement est ainsi perçu comme central : le pouvoir de faire les lois fondamentales n'appartient réellement qu'à la nation¹⁰⁹⁵ et les parlements ont pour fonction de faire respecter cette volonté de la nation. En outre, ils la représentent « dans l'intervalle d'une tenue à l'autre »¹⁰⁹⁶ des États-généraux, pour consentir l'impôt. Les *Maximes du droit public* contiennent donc également l'idée d'un dépassement des parlements par les États généraux. Une « dissertation sur le droit de convoquer les États généraux » d'une trentaine de page figure d'ailleurs en annexe du second tome.

La défense des droits des parlements et leur théorisation par Mey illustre bien l'ambivalence du constitutionnalisme parlementaire de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Ce dernier cherche encore à s'inscrire dans une conception classique et traditionnelle du droit et du pouvoir, mais il tente également de se saisir des réflexions *a priori* de la philosophie politique. Il est ainsi possible d'observer, spécialement à partir des années 1770, un certain syncrétisme dans la doctrine parlementaire qui ne fut pas sans conséquence sur l'opinion publique¹⁰⁹⁷ et porta certainement un coup fatal aux parlements eux-mêmes¹⁰⁹⁸.

Le développement de ces théories parlementaires finit par contraindre le Roi à construire sa

1094 Nous soulignons. *Ibid.* II, p. 412.

1095 « Toutes les fois qu'il est question des droits de la Nation, ou de l'étendue de ceux qu'elle a bien voulu attacher à la Royauté ; ni le Roi, ni tous ses Tribunaux, soit séparément, soit réunis, n'ont aucunement la puissance d'en juger sans la Nation assemblée. L'entreprise contraire est une révolte caractérisée qui doit être réprimée [...]. Alors les tribunaux civils cessent de droit, parce que tous leurs pouvoirs rentrent dans l'Assemblée Générale de la Nation, dont ils ne sont que des détachements ou commissions par *interim*, sous l'autorité du Roi. [...] Par conséquent, lorsqu'il y a nécessité de décider une contestation dont elle [la nation] seule peut connaître, il y a nécessité qu'elle s'assemble pour cette décision ; nécessité qu'elle ait la liberté de le faire ; nécessité que son Assemblée soit convoquée de plein droit ; nécessité enfin que tous les Tribunaux cessent leurs fonctions. Ainsi dans la dernière atteinte portée à la Législation Française [il fait référence à la réforme Maupeou], la convocation de la Nation était de droit ; et le fait seul du danger où elle était, suffisait pour la convoquer de fait. » *Dissertation sur le droit de convoquer les États-généraux*, annexée au Tome 2 des *Maximes du droit public*.

1096 *Ibid.* I p. 130.

1097 « L'agitation d'une année eut pour résultat durable une nouvelle orientation des esprits : les États généraux, et non plus les corps intermédiaires, allaient servir de centre aux théories sur le gouvernement français ; à la notion un peu inconsistante d'une monarchie tempérée par des privilèges et des coutumes, succédait celle d'une constitution régulière, où la tradition s'accordait avec la philosophie. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 463.

« À dater de 1771, les publicistes libéraux subordonnent les corps intermédiaires à l'assemblée de la nation ; et les apologistes officiels, s'ils adoptent les formules classiques de la monarchie tempérée, se préoccupent surtout d'en rétrécir le sens et d'en énerver la force. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 524.

1098 « Le triomphe du principe de la souveraineté nationale, que les Parlements avaient contribué à dégager, correspondit, en effet, à leur anéantissement. Éliminés de la vie publique dès le début de la Révolution, les membres de ces corps ne tardèrent pas à payer de leurs biens et, pour beaucoup, de leur existence, un demi-siècle de coupables erreurs d'aveuglement. » Roger BICKART, *op. cit.*, p. 279.

défense, notamment en employant quelqu'un pour le faire. Nicolas-Jacob Moreau devient alors l'avocat de la monarchie et du Roi.

B. La construction d'un contre-modèle royal de constitution par Moreau

228. Moreau¹⁰⁹⁹ fut le « propagandiste appointé du gouvernement ; il attaquait ceux qui lui paraissent menacer les fondements mêmes de l'ordre social et politique »¹¹⁰⁰. En reprenant la rhétorique de ses adversaires et leur terminologie, Moreau tente d'élaborer un arsenal idéologique permettant de défendre la monarchie. Il emploie ainsi la notion de constitution et l'ensemble de la terminologie philosophique (1) afin de les adapter aux contours d'un absolutisme royal¹¹⁰¹ (2).

1. L'appropriation des thèses jusnaturalistes par le parti royaliste

229. Dans cette entreprise de justification, Moreau fait siennes certaines thèses jusnaturalistes. Il reconnaît ainsi l'existence des droits de l'homme et l'idée qu'il existerait des principes communs à toutes les gouvernements¹¹⁰².

Le gouvernement a pour objet d'assurer la garantie des droits naturels et des avantages civils et politiques. Il reprend alors l'idée de Burlamaqui selon laquelle il existerait deux types de lois fondamentales¹¹⁰³ : celles communes à tous les gouvernements et celles propres à chacun d'entre eux :

« Il y a donc, comme vous le voyez, Monseigneur, deux sortes de lois essentielles au Gouvernement. Les premières *sont la base de toute constitution politique* : si elles pouvaient être abrogées, l'homme cesserait d'être gouverné ; il n'y aurait plus d'association civile. Les autres sont essentielles à la constitution qu'elles caractérisent : si elles sont violées, le Gouvernement change ; mais il pourra encore y avoir un Gouvernement. »¹¹⁰⁴

1099 Sur Nicolas-Jacob Moreau, voir notamment l'étude détaillée de Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 85-122.

1100 Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 87.

1101 « Pour maintenir dans la société civile cet ordre admirable qui doit la rendre heureuse et tranquille, *chaque constitution a ses formes*. Quelles sont celles qui caractérisent la Monarchie Française ? Ici, je dois vous faire connaître d'abord la nature de notre législation. Vous verrez qu'en France le Monarque seul réunit sur sa tête et le titre et l'exercice du pouvoir législatif ; et que cependant, s'il n'y a point de lois qui ne soient l'expression de sa volonté, et qui ne reçoivent d'elles la sanction qui nécessite l'obéissance, par la nature même des choses, il est impossible que toutes ses volontés soient des lois. Vous verrez la loi se former, dans les conseils du Monarque, par le concours des lumières qu'il rassemble ; recevoir de lui seul la force coactive que lui communique sa volonté, dont le sceau royal est le témoignage authentique ; promulguée ensuite solennellement dans les tribunaux dont l'obéissance éclairée et toujours précédée d'un religieux examen, devient la base de la confiance des peuples et le garant de leur soumission. » Jacob-Nicolas MOREAU, *Les Devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice dédié au Roi*, 1775, p. 14-15.

1102 « Le premier objet de tout Gouvernement est de conserver à l'homme tous les avantages qu'il tient de la nature. *Voilà l'essence de toute constitution quelle qu'elle soit* : voilà la loi fondamentale de toute société en général.

« Ce n'est pas assez ; le Gouvernement doit encore conserver aux hommes réunis tous les avantages civils et politiques de la société dans laquelle Dieu les a fait naître. Voilà l'objet des lois fondamentales de chaque État en particulier. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 187-188.

1103 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 1. D.

1104 Nous soulignons. *Ibid.* p. 188.

« Ainsi, pour fixer la signification d'un mot dont il est possible d'abuser, je définirai *les lois fondamentales*, les principes qui constituent l'essence de tout Gouvernement en général, et les formes qui différencient chaque Gouvernement en particulier ; en sorte que, si l'on écartait ces principes, *la société cesserait d'avoir une constitution politique*¹¹⁰⁵, et que, si l'on détruisait ces formes, elle cesseraient du moins *d'avoir la constitution*¹¹⁰⁶ à laquelle jusques-là elle a dû sa conservation. »¹¹⁰⁷

Moreau fournit donc une conception normative de la notion de constitution. Pour lui, il ne s'agit pas simplement de la constitution monarchique, mais de la constitution de toute société. Il promeut donc l'idée qu'il existerait un ensemble de règles et de principes valables pour tous les gouvernements, pour toutes les sociétés. Si ces principes n'étaient pas respectés, la société n'aurait plus de constitution.

Parmi ces principes, il présente les droits attachés aux individus qu'il nomme citoyens¹¹⁰⁸. Le premier défenseur de la monarchie reconnaît ainsi des principes du droit naturel qui s'imposent au Monarque¹¹⁰⁹ qu'il va jusqu'à présenter comme un simple membre de la société¹¹¹⁰. Il refuse en revanche toute origine contractuelle du pouvoir politique.

2. La redéfinition absolutiste de la constitution

230. Moreau réaffirme une doctrine absolutiste et traditionnelle qui combat vivement les thèses parlementaires alors en vogue, en s'appuyant comme elles sur la notion de constitution :

« Il est de l'essence de la Monarchie Française, que toute espèce de pouvoir réside sur la tête du Roi seul, et qu'il n'y ait ni corps ni particuliers qui puissent se maintenir dans l'indépendance de son autorité. Donc tout système qui aurait pour but de soustraire à son Gouvernement un des ordres de l'État, toute opinion

1105 Nous soulignons.

1106 Nous soulignons.

1107 *Ibid.* p. 189.

1108 « Il est essentiel à tout Gouvernement, que la vie, l'état, les propriétés de tous les citoyens soient en sûreté sous la sauvegarde des lois. Donc, une loi qui dirait, *il n'y a plus de propriétés*, serait le *versement de toute constitution* [souligné par nous]. Donc toute innovation qui tendrait à confier, soit à la volonté d'un seul homme, soit aux caprices d'un corps, un pouvoir *arbitraire et perpétuel* sur la vie, sur l'état et sur les biens de tous, serait destructive de la loi fondamentale de toute société. » *Ibid.* p. 190.

1109 « Ces deux sortes de lois fondamentales sont les règles du Souverain lui-même. Il ne les a point faites ; il ne peut les détruire. Il doit respect aux premières parce qu'il est obligé de se soumettre à l'ordre de Dieu dont il est le Ministre. Il est obligé de maintenir les secondes, *parce que la Constitution est entre ses mains, un dépôt dont il n'est que le gardien*. Les lois naturelles, qui ont prescrit l'ordre essentiel des sociétés, sont la règle de tout homme en naissant. Les lois politiques, qui *assurent aux États leur forme et leur constitution*, sont la règle des Princes et des Sujets unis par les liens du Gouvernement. À cet égard, leur obligation réciproque est même fondée sur la loi naturelle et sur la volonté expresse du Créateur. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 194-195.

1110 « Vous le voyez, Monseigneur, ce ne sera pas seulement comme Roi que vous serez un jour *obligé de maintenir la Constitution Politique de l'État* qui doit vous être confié ; ce sera comme membre de la société civile, dont les lois défendirent votre enfance ; ce sera comme soumis, par l'ordre de Dieu même, à ces lois qui doivent vous placer sur le trône. [...] Les lois de la Monarchie Française furent pour vous et pour nous une règle commune ; et cet engagement né de votre destination, vous n'aurez pas droit de l'annuler, quand la Couronne, placée sur votre tête par le bienfait *même de cette Constitution*, ajoutera au devoir naturel de vous y conformer un nouveau motif de la défendre. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 196-197.

qui tendrait à partager, non l'exercice, mais le titre du pouvoir souverain, et à donner au Monarque des coopérateurs sans le concours desquels les efforts seraient toujours impuissants, serait directement contraire aux lois fondamentales du Gouvernement Français. [...] En un mot, Monseigneur, *tout ce qui change l'essence du Gouvernement, en viole la loi constitutive.* »¹¹¹¹

Il réfute ainsi les principes de la délibération libre¹¹¹² et du dépôt des lois¹¹¹³. Il conteste également les prétentions des parlements à être les représentants de la nation¹¹¹⁴ ou des co-législateurs¹¹¹⁵.

231. Moreau, en reprenant une partie des principes théoriques de ses adversaires, affaiblit son propos plus qu'il ne le soutient. En s'appuyant sur les principes du droit naturel et en mobilisant la notion de « volonté générale »¹¹¹⁶, il tend à accréditer la validité de ces thèses et de ces modes de raisonnement. Ainsi, lorsqu'il leur adjoint des principes absolutistes étrangers aux philosophes de son siècle¹¹¹⁷, il semble opérer un « tri » en faveur du pouvoir royal manquant d'honnêteté intellectuelle. En conséquence, ce syncrétisme dessert plus qu'il ne sert la royauté, d'abord car il peut apparaître comme un aveu de faiblesse : le Roi est obligé de se soumettre aux idées à la mode ; mais surtout car il conduit à légitimer les discours fondés sur la raison et les revendications tirées du

1111 *Ibid.* p. 192-193.

1112 « Les Conseils sont de l'essence de la Monarchie, parce qu'il est dans la nature de tout Gouvernement de consulter la raison et d'interroger la justice.

« Mais, Monseigneur, en vous montrant les règles du pouvoir monarchique, je craindrais d'en altérer la nature, si je ne vous avertissais en même temps que le Souverain, en écoutant la voix des sages, ne partage point avec eux son autorité. La délibération qui précède la loi n'est point un concours de volontés ; c'est un assemblage de lumières. Ceux que vous admettez un jour à vos Conseils ne formeront point la loi par leurs suffrages, mais la prépareront par leurs réflexions. » *Ibid.* p. 334-335.

1113 « Mais s'il est essentiel à tout Gouvernement que les lois y soient publiées, la forme de la promulgation peut varier suivant la nature des différentes Constitutions politiques ; et parmi nous-même cette forme n'a pas toujours été la même. La plus ancienne et la plus naturelle a été de confier la promulgation des lois à ceux qui étaient chargés de leur exécution. Par-là, Monseigneur, leur lumière se communique par-tout où leur action doit pénétrer ; et chaque Tribunal établi de degrés en degrés pour la faire respecter, est en même temps une espèce de sanctuaire où il est permis à tous les sujets de venir la consulter.

« Tout Siègne de juridiction destiné à faire observer la loi, commence donc par la recevoir et par la consigner dans un Dépôt. C'est là qu'elle repose comme une règle de stable, à laquelle le Législateur peut sans cesse confronter les jugements rendus par les Officiers à la garde desquels elle est confiée. *Ce n'est donc point en France tel ou tel Corps particulier qui est chargé exclusivement du Dépôt général des lois ; c'est universalité de tous ceux auxquels le Monarque commet l'exercice de quelque portion que ce soit de la juridiction.* » Nous soulignons. *Ibid.* p. 338-339.

1114 « Le Parlement, comme vous voyez, Monseigneur, n'était ni ne fut jamais le Représentant de la nation. Ses membres étaient des Officiers du Roi, et non Députés des Peuples. » *Ibid.* p. 347-348.

1115 « Les Parlements ne font point la loi ; mais ils attestent aux peuples qu'elle est l'ouvrage du Souverain, et revêtue de tous les caractères auxquels il a voulu que la nation reconnût sa volonté législative. » *Ibid.* p. 351.

« Ces remontrances de leur part ne sont ni un acte d'autorité, ni un obstacle qui puisse arrêter celle du Monarque » *Ibid.* p. 353.

1116 « Les Rois ont quelquefois des volontés qui non-seulement ne sont pas des lois pour leurs peuples, mais ne peuvent jamais le devenir ; et ainsi le premier caractère que doit avoir cette volonté royale, qui forme la substance de la loi, est d'être une volonté générale qui s'adresse ou à tous les sujets à la fois, ou du moins à tous ceux d'un certain état : et voilà la différence essentielle qui se trouve entre les ordres du Maître, et les règlements publiés par le Législateur. » *Ibid.* p. 333.

1117 À l'exception notable des physiocrates, voir *infra*, ce Chapitre, Section 1, § 3.

droit naturel.

Enfin, les pamphlets défendant la monarchie¹¹¹⁸ apparaissent essentiellement comme des réponses aux attaques parlementaires, ce qui conduit toujours à affaiblir leur force et leur portée. La monarchie est placée dans la situation d'un accusé qui doit présenter sa défense dans les termes de l'accusation. Elle n'est plus à l'initiative d'un discours hégémonique et monopolistique, comme ce fut le cas sous Louis XIV, mais elle est contrainte de se défendre et d'ergoter avec les moyens employés par le parti parlementaire pour contester sa légitimité. Ce simple fait conduit à remettre en cause sa légitimité¹¹¹⁹. Moreau n'ignorait pas les dangers de l'opinion publique¹¹²⁰, mais il ne se rend pas compte qu'il l'alimente directement.

Dans le dernier quart du XVIII^e siècle, les défenseurs des parlements et ceux du Roi s'approprient tous les thèses et le vocabulaire des théoriciens du droit naturel pour les adapter à leurs intérêts personnels. Ils prétendent également éclairer par l'histoire la réalité juridique. Ce double mouvement eut deux conséquences opposées et paradoxales : la très grande légitimation du discours sur le droit naturel et la délégitimation de l'histoire comme source de droit.

232. Les parlements d'Ancien Régime contribuèrent ainsi à introduire dans les discours officiels et au sein même du pouvoir un débat sur ce dernier, ses titulaires, son étendue, sa source et son origine¹¹²¹. Ce débat fut d'abord nourri d'une perspective historique et traditionaliste. Puis, dans la seconde moitié du siècle, il se mêle aux thèses et théories philosophiques. Cet étrange amalgame, avec ses différents dosages, conduit à troubler profondément et irrémédiablement les représentations du pouvoir politique et à diffuser la notion de constitution.

Le discours institutionnel de contestation du pouvoir royal utilise la notion de constitution¹¹²² comme une arme de revendication politique. Cette notion est duale puisqu'elle comprend aussi bien un ensemble de principes traditionnels attestés par des « monuments » historiques que des principes théoriques et *a priori* découverts par les lumières de la raison. Il s'agit donc tant de la constitution de la monarchie française que de la constitution monarchique en général, voire même de la

1118 Sur l'exemple de Moreau voir Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, p. 85-122.

1119 Pour une analyse détaillée de ces discours voir Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, p. 85-122 et sur le rôle joué par le « tribunal de l'opinion », p. 219-265.

1120 « Ne permettez donc pas, Monseigneur, que les Compagnies destinées à vous éclairer paraissent prendre entre vous et elles la nation pour Juge. C'est à vous qu'elles doivent la vérité : elles doivent aux peuples l'exemple de l'obéissance. » Nicolas-Jacob MOREAU, *op. cit.*, p. 364.

1121 « Il n'est donc pas excessif de dire qu'au moins à dater de 1771, et par l'entremise des Parlements, les théories sur le droit public de France sont entrées dans le commerce général des idées. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 662.

1122 Il convient de rappeler que cette notion est loin d'être la seule invoquée à cette fin et que si elle prend plus de place à partir des années 1770, elle reste noyée dans l'ensemble des autres notions, comme celle de « lois fondamentales ».

constitution de toute société. Ces notions sont alors reprises et discutées par les opposants au constitutionnalisme parlementaire.

Les parlements et leurs défenseurs ouvrirent ainsi un débat qui les dépassa largement. L'histoire de France et ses archives furent l'objet d'une discussion qui finit par affaiblir considérablement l'idée que l'histoire est une source de droit valable¹¹²³, surtout lorsqu'elle fut examinée à la lumière des conceptions et théories *a priori*¹¹²⁴.

Si les robins s'inscrivaient « dans une dimension pragmatique qui ne repoussait pas indistinctement chaque aspect de la philosophie nouvelle, mais cherchait à maintenir la distinction entre le plan de la dialectique idéale et politique et celui de la stabilité du prestige des institutions »¹¹²⁵, les physiocrates abandonnent au contraire toute idée d'un respect dû aux traditions. À la suite des théoriciens du droit naturel et des contractualistes, ils tentent de déduire l'ensemble des principes de l'ordre politique et économique de la nature et du droit naturel. À côté de la réaction monarchique aux thèses parlementaires, s'élabore progressivement un « scénario pour une révolution française »¹¹²⁶.

§ 3. La négation de l'existence d'une constitution en France : Mably et les physiocrates

233. Le projet scientifique de Mably est clairement annoncé au seuil de son ouvrage : il s'agit de déconstruire les constitutionnalismes parlementaire et royal selon lesquels la France aurait eu une constitution stable depuis l'origine de la monarchie¹¹²⁷. En utilisant les mêmes armes et mêmes monuments historiques, il montre que la France n'a jamais eu de régime politique stable. S'il

1123« De même que les magistrats parlementaires fourbissaient leurs instruments d'antiquaires et aiguisaient les arguments d'antan avec une obstination renouvelée (se prêtant, pour finir, à la ravageuse critique de leurs prétentions que Mably allait avancer dans son histoire politique "républicaine"), de même la monarchie se trouva forcée de retourner au champ de bataille historique, plaçant ses troupes sous la direction de Moreau. Elle ne fut jamais capable d'en ressurgir. Ses défenseurs furent abandonnés après 1789, embourbés et épuisés après cette bataille historiographique de toute une génération, dont l'effet allait être, finalement, de détruire la légitimité même de l'histoire comme source d'autorité. La répudiation révolutionnaire de l'histoire ne vint qu'après une âpre lutte politique pour la maîtriser et la diriger. » Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 34-35.

1124« Aristocrates comme Saint-Simon, parlementaires comme Le Paige, républicains comme Saige, exploitent les mêmes faits, prétendent s'appuyer sur le même passé historique, mais en le tournant de manière à justifier chacun leurs préférences. On comprend qu'en face d'une pareille diversité de systèmes, — sans compter la théorie des monarchistes purs et traditionalistes [...] — au milieu de ces contradictions et de ces incohérences, beaucoup se soient demandé si vraiment il existait des lois fondamentales de la monarchie française. Le doute était encore renforcé par les doctrines si répandues selon lesquelles, *a priori*, une constitution devait être établie de telle et telle manière. Confrontant le passé de la France avec ces théories abstraites, les uns avaient faussé l'histoire pour justifier la théorie, d'autres étaient amenés à douter, et même à nier que la monarchie fut *constituée*, puisqu'elle ne répondait pas au schéma rationnel dressé par les doctrinaires ; d'autres, à tout le moins, se trouvaient perdus au milieu de ce déluge de thèses historiques et de systèmes philosophiques. » André LEMAIRE, *op. cit.*, p.246-247.

1125Francesco DI DONATO, art. cit., p. 824-825.

1126Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 122.

1127« Je me propose, dans cet ouvrage, de faire connaître les différentes formes du gouvernement, auxquelles les Français ont obéi depuis leur établissement dans les Gaules, et de découvrir les causes qui, en empêchant que rien n'ait été stable chez eux, les ont livrés, pendant une longue suite de siècles, à de continuelles révolutions. » Gabriel de MABLY, *Oeuvres complètes de l'abbé de Mably*, Paris, Delaunay, I, p. 87, 1818.

n'emploie pas le terme de constitution, il contribue à formuler l'idée que la France en est dénuée (A).

Les physiocrates¹¹²⁸, s'appuyant sur des raisonnements abstraits *a priori*, arrivèrent à la même conclusion. Ils eurent une place singulière dans la philosophie et dans l'action politiques. D'un point de vue philosophique, Quesnay et ses disciples tentent de trouver des principes politiques qui seraient vrais partout et de tout temps et qui ne seraient pas simplement un cadre au sein duquel plusieurs gouvernements seraient également valables, comme le suggèrent les conceptions relativistes jusqu'alors prédominantes¹¹²⁹. Il s'agit au contraire de déduire un ordre politique entier de la nature humaine qui serait alors le seul possible¹¹³⁰. Ils se saisirent de la notion de constitution pour la redéfinir et l'ajuster à leurs conceptions politiques. D'un point de vue politique, les physiocrates sont proches du pouvoir royal. Turgot par exemple fut ministre et prit comme conseiller personnel Du Pont de Nemours. Ils défendent l'idée d'un pouvoir central très fort supposé imposer le bon ordre naturel et invente l'oxymore¹¹³¹ du « despotisme légal » qui est une dictature de l'évidence. Ils eurent donc comme opposants tant les parlementaires qui refusaient leur libéralisme et rejetait les réformes qu'ils voulaient engager, que les libéraux comme Mably qui s'opposaient catégoriquement à tout despotisme, légal ou non¹¹³².

Ce discours, que Keith Michael Baker appelle discours de la raison¹¹³³, s'inscrit ainsi dans

1128 Sur les physiocrates voir Vincent MARCAGGI, *op. cit.*, p. 131 et s. ; Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 311 et s. ; Bernard HERENCIA, « L'optimum gouvernemental des physiocrates : despotisme légal ou despotisme légitime ? », *Revue de philosophie économique* 2013/2 (Vol. 14), p. 119-149 ; —, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 378, octobre-décembre 2014, p. 3 ; *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004/2 (N°20) « Les Physiocrates et la Révolution française » ; Léon CHENISSE, *Les idées politiques des physiocrates*, Paris, 1914 ; Anne-Robert-Jacques TURGOT, *Oeuvres de Turgot et documents le concernant. IV. Turgot, ministre, 1774-1776 avec biographie et notes par Gustave SCHELLE*, 1922 ; Anthony MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, coll. D'Histoire des Idées et des Institutions Politiques, P.U.A.M., 2010.

1129 « Montesquieu, dès le commencement de son ouvrage, pose la distinction des trois gouvernements ; il examine chaque forme en elle-même, sa vie propre, ses rapports avec les circonstances de temps et de lieu ; il ne songe point à réduire à l'unité ces relations multiples, à les condenser dans une formule d'où on puisse les tirer par déduction. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 312.

1130 « Tous les écrivains de l'École insistent sur cette idée qui est le fond même de leur théorie ; tous s'appliquent à démontrer qu'il y a dans une société deux sortes de lois, les unes naturelles, essentielles et communes à toutes les sociétés, les autres positives et même factices, particulières à chaque gouvernement ; tous s'accordent sur l'étroite dépendance des secondes par rapport aux premières dont elles ne sont que des "actes déclaratoires", et l'on doit faire remonter à Quesnay l'honneur de cette doctrine qui sera celle de l'Assemblée Constituante : "Les lois positives, avait-il dit, ne sont que des déductions exactes ou de simples commentaires de ces lois primitives qui assurent partout leur exécution autant qu'il est possible". » Vincent MARCAGGI, *op. cit.*, p. 134-135.

1131 Voir sur ce point Bernard HERENCIA, « L'optimum gouvernemental des physiocrates : despotisme légal ou despotisme légitime ? », *Revue de philosophie économique* 2013/2 (Vol. 14), p. 139.

1132 Voir sur ce point l'ouvrage de MABLY intitulé *Doutes proposés aux philosophes économistes, sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, *Op. cit.*, VI ; Pierre TEYSSENDIER DE LA SERVE, *Mably et les physiocrates*, 1911, rééd. Slatkine, 1971, spécialement chap. 3 « Despotisme légal – Gouvernement mixte », p. 115 ; Voir également, Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 140 et s.

1133 « On peut distinguer ce discours de la volonté, à son tour, d'un troisième discours, celui de la raison. Selon ses termes, la constitution ancienne est devenue une contradiction présente, dont l'arbitraire royal n'est qu'un symptôme. La contingence, l'imprévu de la volonté royale doit céder la place non pas à l'affirmation de la volonté politique de la nation, mais à l'exercice de la raison et des lumières. Il faut reconstituer l'ordre social en le fondant

une conception purement théorique dégagée de toute contingence historique. Il est à l'opposé de celui tenu par Montesquieu¹¹³⁴ qui faisait l'éloge du particularisme¹¹³⁵. Les physiocrates ambitionnent de fonder leur réflexion uniquement sur la raison et la nature des choses ; l'homme étant le même partout, l'ordre social auquel il doit obéir doit donc être identique en tout temps et en tout lieu. Comme l'indique le nom qu'ils se donnent, seule la nature, qui régit le monde et l'ordonnance, doit régner sur les hommes¹¹³⁶. Les physiocrates théorisèrent alors la constitution naturelle de la société (B), et formulèrent ensuite l'idée que la France n'avait pas de constitution (C).

A. La première expression de l'idée que la France n'a pas de constitution par Mably

234. Pour Mably, la France connut plusieurs formes de gouvernements et de nombreuses révolutions. Ainsi, « Chez Mably, la *révolution*, au singulier ou au pluriel – c'est-à-dire les *révolutions*, au sens d'instabilité et de mutations perpétuelles –, a remplacé la *constitution* chère à Le Paige comme mot clef du vocabulaire historique »¹¹³⁷. Il défend donc l'idée qu'il n'y a pas eu en France de règles et de principes stables¹¹³⁸.

Tout en transformant le concept de lois fondamentales pour l'adapter à la pensée jusnaturaliste¹¹³⁹, il détruit l'idée que la France disposerait de telles lois. Il invalide ainsi toute tentative de conciliation des théories philosophiques et de l'histoire de France qui avait pu être

sur la nature – c'est-à-dire sur les principes de l'individualisme possédant – afin de transformer la contingence politique en ordre rationnel, le gouvernement arbitraire en administration rationnelle, la loi en éducation et la représentation en un moyen institutionnel d'exprimer un choix de société rationnel. Ainsi, faisant contraste avec le discours de la volonté, qui renvoie fréquemment au modèle des anciennes cités-États (et avec le discours de la justice, qui préfère chercher ses principes de continuité dans les coutumes primitives des Francs), le discours de la raison est un discours de modernité qui insiste sur la croissance de la civilisation et sur le progrès de la société civile. Des éléments de ce langage s'insinuent assez largement dans la pensée politique des Lumières. Mais il apparaît surtout comme un discours administratif. Le fait est, de toute évidence, dans la pensée de personnages comme Turgot et comme les physiocrates, qui se donnent à tâche de transposer le problème de l'ordre politique dans le langage de la science sociale. Ce discours, dans les dernières années de l'Ancien Régime, soutient le programme de réformes de la monarchie, qui vise à plus d'uniformité administrative, aux droits civils, à l'égalité fiscale et à la représentation des intérêts sociaux par la participation des propriétaires fonciers à la conduite rationnelle du gouvernement local. » Keith Michael BAKER, *op. cit.*, p. 38-39.

1134« Élimination des corps intermédiaires, égalité sociale, uniformité des lois, les réformes méditées par Turgot eussent effacé du royaume bien des caractères de la monarchie, telle que la conçoit Montesquieu. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 530.

1135« Le monarque, qui connaît chacune de ses provinces, peut établir diverses lois, ou souffrir différentes coutumes. Mais le despote ne connaît rien, et ne peut avoir d'attention sur rien ; il lui faut une allure générale ; il gouverne par une volonté rigide qui est partout la même ; tout s'aplanit sous ses pieds. » EDL, éd. cit, vol. 1, VI, I, p. 200.

« Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? » EDL, éd. cit, vol. 2, XXIX, XVIII, p. 307.

1136« *Ce qui doit être*, désigne pour les physiocrates une nécessité physique, pour Rousseau, une exigence morale. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 326.

1137Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 66.

1138« Les Français continuèrent de se laisser conduire au gré de leurs passions et des événements ; et, confondant la licence avec la liberté, le pouvoir des lois avec la tyrannie, ne formèrent qu'une société sans règle et sans principe. » MABLY, Avertissement, *Observations sur l'histoire de France* in *Œuvres complètes*, éd. cit., I, p. 89.

1139Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 1, D.

entreprise par les parlementaires comme par les royalistes. Selon lui, il n'existe aucun principe clair guidant l'exercice du pouvoir politique en France. Sans utiliser cette formule, il montre néanmoins que la France n'a pas de constitution¹¹⁴⁰. Comme l'écrit Keith Michael Baker, « cette répudiation de l'idée d'une monarchie française constituée par la loi, et d'un pouvoir royal soutenu ou limité par la loi, c'était un thème central de la pensée politique de Mably »¹¹⁴¹.

235. Par ailleurs, Mably estime que la constitution doit avoir pour fonction de réunir les différentes parties de la société, de manière stable et pérenne¹¹⁴². Il considère alors qu'il est possible de « juger » et d'évaluer la qualité qu'une constitution en fonction de sa capacité à réaliser une telle union. Si elle n'y parvient pas, elle comporte des « vices ». Pour Mably, l'ordre politique doit donc non seulement être stable, mais également permettre la cohésion entre les différentes classes.

Si quelques principes rationnels permettent pour Mably d'évaluer une constitution, il ne va pas jusqu'à considérer que toute la constitution pourrait être déduite de la raison, ce que firent les physiocrates.

B. La théorisation de la constitution naturelle de la société par les physiocrates

236. Quesnay est le premier à donner une définition de la constitution naturelle de la société, mais elle reste encore embryonnaire (1). Le Mercier de La Rivière conceptualise une société purement naturelle, sans réellement employer le terme constitution (2). Avec Du Pont de Nemours, les théories politiques des physiocrates sont associées à la notion de « constitution naturelle » (3).

1. La définition de la constitution naturelle de la société par Quesnay

237. Le programme de recherche des physiocrates concernant les sociétés politiques fut fixé par Quesnay dans son article *Droit naturel* paru en 1765 dans le *Journal de l'agriculture, du commerce et des finances*¹¹⁴³ :

« Pour connaître l'ordre des temps et des lieux, pour régler la navigation et assurer le commerce, il a fallu

1140« Déjà Mably, en 1765, laissait entendre que cette constitution n'existait même pas. » André LEMAIRE, *op. cit.*, p.236.

1141*Au tribunal de l'opinion...*, éd. cit., p. 133.

1142« Par le tableau que je viens de faire de la situation de la France, sous les premiers successeurs de Hugues Capet, il est aisé aux personnes mêmes les moins instruites des devoirs de la société et de la fin qu'elle se propose, de juger quelle foule de *vices attaquait notre constitution politique*. Toutes les parties de l'état, ennemies les unes des autres, tendaient non-seulement à se séparer, mais à se ruiner réciproquement. » Nous soulignons. MABLY, *op. cit.*, II, p. 19.

« Si on juge de sa constitution relativement à l'objet que les hommes doivent se proposer en se réunissant par les lois de la société ; si cet objet est d'unir toutes les parties de la société pour les faire concourir de concert à la conservation de la paix, de l'ordre, de la liberté, de la subordination et des lois : sans doute qu'on remarquera des vices énormes dans le gouvernement germanique. » Nous soulignons. *Op. cit.*, II, p. 112.

1143Tome 2, 1765.

observer et calculer avec précision les lois du mouvement des corps célestes. Il faut de même, pour connaître l'étendue du droit naturel des hommes réunis en société, se fixer aux *lois naturelles constitutives du meilleur Gouvernement possible*. Ce Gouvernement auquel les hommes doivent être assujettis, consiste dans l'ordre naturel et l'ordre positif le plus avantageux aux hommes réunis en société. »¹¹⁴⁴

« *Le droit naturel de chaque homme s'étend à la raison des meilleures lois possibles qui constituent l'ordre le plus avantageux aux hommes réunis en société* »¹¹⁴⁵

La société doit donc être régie uniquement par les règles et des principes déduits de la nature. Ainsi, « la législation positive consiste dans la connaissance des lois naturelles, constitutives de l'ordre évidemment le plus avantageux possible aux hommes réunis en société »¹¹⁴⁶.

238. Quesnay développa cette idée dans le chapitre VIII du *Despotisme de la Chine*, qui paraît en 1767 dans les *Éphémérides du citoyen*¹¹⁴⁷, « organe officiel de l'École »¹¹⁴⁸. Ce chapitre, intitulé « Comparaison des Lois Chinoises avec les Principes naturels, constitutifs des Gouvernement prospères »¹¹⁴⁹, n'est pas réellement consacré à la Chine, mais vise plutôt à exposer la constitution naturelle de toute société, car la « Constitution politique et morale du vaste Empire de la Chine » est « fondée sur la *Science* et sur la *Loi naturelle*, dont elle est le développement »¹¹⁵⁰. Il rappelle ainsi les considérations qu'il avait esquissées en 1765 et les développe : « Les Lois constitutives des Sociétés, sont les Lois de l'ordre naturel le plus avantageux au genre humain. Ces Lois sont ou physiques ou morales. »¹¹⁵¹ Ces lois naturelles, établies par Dieu, sont donc immuables et universelles¹¹⁵² et « sont par essence les Lois fondamentales de la Société, et les sources des Lois positives »¹¹⁵³.

1144 Nous soulignons. François QUESNAY, *Le droit naturel*, 1765, p. 30.

1145 *Ibid.* p. 36.

1146 *Ibid.* p. 33.

1147 François QUESNAY, *Despotisme de la Chine* in *Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 3 à 6, Paris, Lacombe, 1767.

1148 Vincent MARCAGGI, *op. cit.*, p. 153.

1149 François QUESNAY, *Despotisme de la Chine*, éd. cit., p. 5 et s.

1150 François QUESNAY, *Ibid.*, p. 6.

1151 *Ibid.* p. 7.

1152 « Ces Lois sont établies à perpétuité par l'Auteur de la nature, pour la reproduction et la distribution continue des biens qui sont nécessaires aux besoins des hommes réunis en Société, et assujettis à l'ordre que ces Lois leur prescrivent.

« Ces Lois irréfragables, forment le Corps moral et politique de la Société, par le concours régulier des travaux et des intérêts particuliers des hommes, instruit par ces Lois mêmes à coopérer avec le plus grand succès possible au bien commun, et à en assurer la distribution la plus avantageuse possible à toutes les différentes classes d'hommes de la Société.

« Ces Lois fondamentales, qui ne sont point d'institution humaine, et auxquelles toute puissance humaine doit être assujettie, constituent le droit naturel des hommes, dictent les Lois de la justice distributive, établissent la force qui doit assurer la défense de la Société contre les entreprises injustes des Puissances intérieures et extérieures, dont elle doit se garantir, et fondent un revenu public, pour satisfaire à la toutes les dépenses nécessaires à la sûreté, au bon ordre et à la prospérité de l'État. » *Ibid.* p. 7-9.

1153 *Ibid.* p. 16.

Quesnay affirme ainsi que « les Lois Constitutives de la Société ne sont pas d'institution humaine. »¹¹⁵⁴ Le seul législateur de la société est Dieu et les lois positives sont simplement déclaratives des lois naturelles¹¹⁵⁵. La constitution de la société est toujours la même¹¹⁵⁶. Il en déduit que la société doit se donner un chef pour faire appliquer et respecter ces principes éternels¹¹⁵⁷. En outre, la garantie de la constitution est assurée par l'instruction publique¹¹⁵⁸ car sans « l'étude des Lois naturelles » « l'ordre naturel ne serait qu'une terre inculte, habitée par des bêtes féroces »¹¹⁵⁹. Enfin, il défend l'idée que la constitution doit assurer le droit de propriété¹¹⁶⁰.

Quesnay pose donc les premières bases d'une définition de la notion de constitution naturelle de la société. Ces idées furent approfondies par Le Mercier de La Rivière et diffusées largement par Du Pont de Nemours.

2. La conceptualisation d'une société purement naturelle par Le Mercier de La Rivière

Le Mercier de La Rivière, disciple de Quesnay, écrit en 1767 *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*. Dans cet ouvrage, il entend démontrer que la manière dont une société doit être régie se déduit entièrement de la raison et de la nature, et non de la volonté humaine. Dieu

1154 *Ibid.* p. 21.

1155 « La puissance législative, souvent disputée entre le Souverain et la Nation, n'appartient *primitivement* ni à l'un ni à l'autre ; son origine est dans la volonté suprême du Créateur, et dans l'ensemble des Lois de *l'ordre physique* le plus avantageux au genre humain : sans cette base de *l'ordre physique* il n'y a rien de solide, tout est confus et arbitraire dans l'ordre des sociétés : de cette confusion sont venues toutes les constitutions irrégulières et extravagantes des Gouvernements, imaginés par les hommes trop peu instruits de la *théocratie*, qui a fixé invariablement par poids et par mesure les droits et les devoirs réciproques des hommes réunis en société. [...] Or, l'homme n'est pas instituteur de ces Lois, qui fixent l'ordre des opérations de la nature et du travail des hommes, qui doit concourir avec celui de la nature à la reproduction des biens dont ils ont besoin. Tout cet arrangement est de constitution physique, et cette constitution forme l'ordre physique qui assujettit à ses Lois les hommes réunis en société, et qui par leur intelligence et par leur association, peuvent obtenir avec abondance par l'observation de ces Lois naturelles, les biens qui leur sont nécessaires.

« Il n'y a donc point à disputer sur la puissance législative quant aux premières Lois constitutives des sociétés, car elle n'appartient qu'au Tout-Puissant, qui a tout réglé et tout prévu dans l'ordre général de l'Univers : les hommes ne peuvent y ajouter que du désordre, et ce désordre qu'ils ont à éviter, ne peut être exclu que par l'observation exacte des Lois naturelles. » *Ibid.* p. 21-23.

1156 « La constitution fondamentale de la société, et l'ordre naturel du Gouvernement, sont donc établis préalablement à l'institution des Lois positives de la Justice distributive ; cette législation littérale ne peut avoir d'autre base ni d'autres principes que les Lois naturelles mêmes, qui constituent l'ordre essentiel de la société. » *Ibid.* p. 46.

1157 « L'observation de ces Lois naturelles et fondamentales du Corps politique, doit être maintenue par l'entremise d'une autorité tutélaire, établie par la Société, pour la gouverner par des Lois positives, conformément aux Lois naturelles, qui forment décisivement et invariablement la constitution de l'État. » *Ibid.* p. 9.

1158 « La connaissance évidente et générale des Lois naturelles est donc la condition essentielle de ce concours des volontés, qui peut assurer invariablement la constitution d'un État, en prenant l'autorité de ces Lois divines comme base de toute l'autorité dévolue au Chef de la Nation ; car il est essentiel que l'associé sache son compte. » *Ibid.* p. 19.

1159 « La nécessité de l'étude des Lois naturelles, est elle-même une Loi constitutive de l'ordre naturel des Sociétés ; cette Loi est même la première des Lois fondamentales d'un bon Gouvernement, puisque sans cette étude, l'ordre naturel ne serait qu'une terre inculte, habitée par des bêtes féroces. » *Ibid.* p. 34.

1160 « tout cet arrangement dicté par l'ordre naturel et constitutif des sociétés agricoles, suppose encore une condition aussi essentielle et aussi naturelle, qui est l'assurance complète du droit de propriété du fond et des productions que les travaux et les dépenses de la culture y font naître. » *Ibid.* p. 44-45.

aurait donné à l'homme les principes qui doivent guider l'ordre social en lui donnant la raison¹¹⁶¹. L'ordre social ne serait qu'un dérivé de l'ordre naturel¹¹⁶² : la société est un produit de la nature¹¹⁶³ et doit obéir à cette ordonnance décidée par Dieu. Le Mercier développe donc les idées politiques des physiocrates qui n'étaient qu'esquissées jusqu'alors. Il redéfinit l'ordre social comme un dérivé de l'ordre naturel (a), mais n'emploie que marginalement le terme constitution (b).

a. L'ordre social, un dérivé de l'ordre naturel

239. Selon Le Mercier, la « forme essentielle de la société » est constituée de « trois sortes d'institutions ; celle des lois, et par conséquent des Magistrats ; celle de l'autorité tutélaire ; celle enfin de tous les établissements nécessaires pour étendre et perpétuer dans la société la connaissance évidente de son ordre naturel et essentiel. »¹¹⁶⁴ Il offre au début de la seconde partie de son ouvrage un résumé des différentes fonctions assignées à ces institutions dont l'existence ne dépend pas du droit positif, mais de la raison, seule souveraine dans ce système politique¹¹⁶⁵. La raison, guidée par Dieu, dicte seule l'ordre valable des sociétés politiques sans qu'il n'y ait de place pour une conception traditionnelle ou volontariste de l'ordre social. Toute répartition ou division du pouvoir et toute souveraineté nationale est également exclue, puisque le pouvoir législatif, comme le pouvoir exécutif doit être concentré dans un « Chef unique » qui fait régner l'évidence.

Les lois précèdent donc la société ; elles l'instituent¹¹⁶⁶. Comme chez Quesnay, les lois

1161« Il ne faut pas confondre l'ordre surnaturel avec l'ordre naturel : le premier est l'ordre des volontés de Dieu, connues par la révélation, et il n'est sensible qu'à ceux auxquels il a bien voulu le manifester. Le second au contraire se fait connaître à tous les hommes par le secours des seules lumières de la raison. L'autorité de cet ordre est dans son évidence, et dans la force irrésistible avec laquelle l'évidence domine et assujettit nos volontés. » Pierre-Paul-François-Joachim-Henri LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, I, 1767, p. 60.

1162« L'ordre naturel est l'accord parfait des moyens physiques dont la nature a fait choix pour produire nécessairement les effets physiques qu'elle attend de leur concours. J'appelle ces moyens, des moyens physiques, parce que tout est physique dans la nature ; ainsi l'ordre naturel, dont l'ordre social fait partie, n'est et ne peut être autre chose que l'ordre physique. » *Ibid.*, I, 1767, p. 60.

1163« Chapitre 1er, La manière dont l'Homme est organisé prouve qu'il est destiné par la nature à vivre en société. Nécessité physique de la réunion des Hommes en société. Elle est nécessaire à la reproduction des subsistances, et par conséquent à la multiplication des Hommes, qui est dans les vues du Créateur », *Ibid.*, I, p. 3.

1164*Ibid.*, I, p. 107.

1165« Dans le développement de la première classe de ces institutions, on voit qu'il est deux sortes de lois ; qu'il en est de naturelles et communes à tous les hommes ; qu'il en est de positives et particulières à chaque nation ; que les premières sont d'une nécessité évidente et absolue ; que les secondes n'en doivent être que le développement ou plutôt l'application ; que l'établissement des Magistrats est d'une nécessité semblable à celle de l'établissement des lois ; que leurs devoirs concourent singulièrement à assurer la stabilité et l'autorité de la législation positive ; qu'ils donnent de la consistance au pouvoir législatif, sans cependant aucunement le partager ; qu'ils sont le lien commun qui unit l'État gouverné à l'État gouvernant. Que le pouvoir législatif est indivisible ; qu'il ne peut être exercé ni par la nation en corps, ni par plusieurs choisis dans la nation ; qu'il est inséparable de la puissance exécutive ; que le Chef unique qui l'exerce, n'est que l'organe de l'évidence ; qu'il ne fait que manifester par des signes sensibles, et armer d'une force coercitive les lois d'un ordre essentiel dont Dieu est l'Instituteur. » *Ibid.*, I, p. 107-108.

1166« Que les lois soient écrites ou qu'elles ne le soient pas, il n'en est pas moins vrai qu'elles naissent avec la société, ou plutôt qu'elles la précèdent ; puisque c'est par elles que la société s'établit, et prend consistance. Elles sont donc la première des institutions sociales qui constituent la forme essentielle d'une société. » *Ibid.*, I, p. 119.

positives ne sont que la déclaration et la sanction de vérités générales¹¹⁶⁷, mais elles sont nécessaires pour assurer le respect des lois naturelles¹¹⁶⁸. Si les lois positives sont des artifices, la société n'en est pas un. Dans cette conception, l'ordre social tout entier découle des droits dont dispose l'individu¹¹⁶⁹.

Une telle conception de l'ordre social fut assez largement diffusée par l'ouvrage de Le Mercier. Elle le fût également par la reprise *verbatim* des chapitres VI à VIII¹¹⁷⁰ de *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* dans le *Code de l'humanité* de Felice publié en 1778 à l'article « ordre social ».

b. L'emploi marginal du terme de constitution

240. La notion de constitution n'apparaît néanmoins que de manière marginale dans *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* et Le Mercier n'emploie l'adjectif constitutif qu'à quelques occurrences. Par exemple, le droit de propriété est ainsi le « premier principe constitutif de toute société »¹¹⁷¹ ; la « loi de propriété » est la « loi fondamentale de toute société »¹¹⁷². Lorsqu'il se réfère à « notre » constitution, il renvoie à la constitution de l'homme, comme nature humaine¹¹⁷³ ; ainsi, l'ordre social entretient des « rapports nécessaires avec l'ordre physique de notre constitution

1167« Les lois positives ne doivent être que *des résultats évidents de l'ordre, mais scellés du sceau de l'autorité publique, pour devenir ainsi des actes déclaratifs et confirmatifs des devoirs et des droits que les lois naturelles et essentielles de la société établissent nécessairement dans chacun de ses membres et pour leur intérêt commun.* » *Ibid.* I, p. 127.

« On doit remarquer ici que le terme *faire* des lois est une façon de parler fort impropre, et qu'on ne doit point entendre par cette expression, le *droit* et le pouvoir d'imaginer, d'inventer et d'instituer des lois positives qui ne soient pas déjà *faites*, c'est-à-dire, qui ne soient par des conséquences nécessaires de celles qui constitue l'ordre naturel et essentiel de la société. » *Ibid.* I, p. 175.

1168« Nous avons donné le nom de *positives* aux lois de la seconde espèce, parce qu'elles établissent d'une manière *positives* ce qui sans elles resterait arbitraire, ou du-moins incertain pour la majeure partie des hommes : nous disons aussi qu'elles sont *factices*, à raison seulement de la manière de les établir ; car leur justice n'a rien de *factice* : mais quoiqu'elles doivent toutes être conséquentes au juste absolu, elles ont cependant besoin, pour se faire connaître, d'être écrites, ou du-moins d'être établies d'une manière qui agisse sur les sens, et qui puisse ainsi rendre leur dispositions manifestes pour toute intelligence. » *Ibid.* I, p. 121.

1169« Propriété, et par conséquent sûreté et liberté de jouir, voilà donc ce qui constitue l'essence de l'ordre naturel et essentiel de la société » *Idem*, I, p. 59.

1170Chapitre VI, Essence, origine et caractère de l'ordre social ; il est une branche de l'ordre naturel qui est physique ; il est exclusif de l'arbitraire. L'ordre naturel et essentiel de la société est simple, évident et immuable ; il constitue le meilleur état possible de la société, celui de chacun de ses membres en particulier, mais singulièrement du Souverain et de la Souveraineté ; il renferme ainsi en lui-même les moyens de sa conservation.

Chapitre VII, Suite du Chapitre précédent exposition sommaire de la théorie de l'ordre. Simplicité et évidence, non seulement de ses principes, mais encore de leurs conséquences. La connaissance des premiers principes de l'ordre nous suffit pour que toute pratique qui contredit une seule de ses conséquences, soit pour nous un désordre évident.

Chapitre VIII, Des moyens nécessaires pour établir l'ordre et le perpétuer : ils sont tous renfermés dans une connaissance suffisante de l'ordre. L'évidence est le premier caractère de cette connaissance, et sa publicité est le second. Nécessité de l'instruction publique, des livres doctrinaux dans ce genre, et de la plus grande liberté possible dans l'examen et la contradiction.

1171*Ibid.* I, p. 201.

1172*Ibid.* I, p. 200.

1173Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 1, B.

et de la reproduction »¹¹⁷⁴. Enfin, il écrit souvent que les trois institutions qu'il décrit « constituent la forme essentielle de la société ». Néanmoins, il ne décrit pas la constitution de la société.

Le Mercier redéfinit donc la notion de société, mais il faut attendre 1768 et un ouvrage de Du Pont de Nemours pour que cette nouvelle conception de la société soit clairement liée à la notion de constitution.

3. L'association des théories politiques des physiocrates à la notion de « constitution naturelle » par Du Pont de Nemours

241. Du Pont de Nemours réédite certains textes de Quesnay en 1768 sous le nom de *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*. Il fait précéder cette réédition d'un long « Discours de l'éditeur » dans lequel il offre une synthèse des théories physiocratiques. La physiocratie y est définie comme la science de « l'ordre naturel essentiellement constitutif du Gouvernement le plus parfait »¹¹⁷⁵. Il reprend également l'idée que l'ordre social n'est jamais arbitraire¹¹⁷⁶ (c'est-à-dire volontaire) : les lois naturelles « dictent toutes les lois positives qui doivent émaner de cette autorité, et qui ne peuvent, sans désordre et sans destruction, être que des actes déclaratoires des lois naturelles de l'ordre social. »¹¹⁷⁷ Chez lui, c'est encore l'évidence qui permet à l'homme de connaître les lois qui forment la constitution des sociétés¹¹⁷⁸. Le droit de propriété trouve une place cardinale parmi ces principes évidents, puisque si son respect n'est pas assuré, la société est mal constituée¹¹⁷⁹. Du Pont de Nemours associe ainsi les théories physiocratiques à la notion de constitution de la société.

Dans un premier temps, les physiocrates donnent donc une nouvelle définition aux notions de société et de constitution, mais ils s'en tiennent alors à des considérations théoriques sans

1174 *Ibid.* I, p. 50.

1175 Pierre Samuel DU PONT DE NEMOURS, François QUESNAY, *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, recueil publié par Du Pont, 1768-1769, p. XXIII.

1176 « Il est évident par-là que les règles de l'association primitive ne sont pas des règles arbitraires, et que dès que plusieurs hommes vivent ensemble ils sont soumis par leur propre intérêt à un ordre naturel social, à un ordre de justice essentielle qui établit le droit réciproque des co-associés sur les lois physiques qui assurent la subsistance des hommes et sur le droit naturel dont chacun d'eux doit jouir sans usurpation de ce qui appartient aux autres, et dont tous ne peuvent jouir complètement, ni aucun d'eux sûrement, qu'à cette condition fondamentale. » *Ibid.* p. XVI-XVII.

1177 *Ibid.* p. XIX.

1178 « Ces moyens d'assurer notre bonheur ; ces règles souveraines de notre conduite ; ces lois de l'ordre naturel qui nous font connaître jusqu'où s'étend et où s'arrête l'usage licite, profitable et raisonnable de nos facultés, la jouissance de notre droit naturel ; ces principes évidents de la constitution la plus parfaite des sociétés [souligné par nous], se manifestent d'eux-mêmes à l'homme. » *Ibid.* p. XXVI.

1179 « Dans ces sociétés mal constituées, où l'on méconnaît l'évidence des lois de l'ordre social, les Lettres, les Arts et les Sciences concourent encore à rendre la propriété moins certaine et plus facile à violer artificieusement.

« Voilà l'état de guerre ; ce n'est pas, comme le pensèrent *Hobbes* et ses sectateurs, celui des hommes vivants dans la simplicité naturelle ; c'est celui des hommes en société désordonnée ; c'est celui où la propriété incertaine est sans cesse exposée à des violations clandestines, exercées sous les auspices d'une législation arbitraire. » *Ibid.* p. LXXIII.

prendre parti sur le cas Français. Avec Victor Mirabeau et les écrits de Du Pont de Nemours pour le ministre Turgot, ces considérations sont progressivement appliquées à la société française et conduisent à affirmer qu'elle n'a pas de constitution.

C. La nation n'a pas de constitution : une invention physiocratique

242. Victor Mirabeau, père du révolutionnaire Honoré-Gabriel Mirabeau, et Du Pont de Nemours, tous deux disciples de Quesnay, affirment que la société française ne dispose pas d'une constitution. Si le premier se place d'un point de vue politique (1), le second a une approche davantage sociologique (2).

1. L'association de la notion de constitution à l'exigence stabilité et de cohérence de l'ordre politique

243. Victor Mirabeau s'inscrit dans le mouvement physiocratique et, comme ses prédécesseurs, « il sépare résolument la politique de l'histoire. »¹¹⁸⁰ Dans les *Éphémérides du citoyen*, en 1770, il présente l'impasse dans laquelle se trouvent les débats historiques sur la notion de constitution :

« Plusieurs bons esprits ont travaillé sur notre *constitution ancienne*, ensuite sur celle de notre moyen âge, et ainsi jusqu'à nous. Tous ont fouillé dans une infinité de sources, et de mémoires, qui ne nous manquent pour aucun temps à bien des égards : tous, à peu près, ont commencé avec sagesse, continué avec acharnement, pris ensuite un système, et fini par l'établir ; car, que ne trouve-t-on pas dans les Livres, avec la meilleure foi du monde, dès qu'on a résolu de l'y trouver ? En attendant, tout a été trouvé et prouvé pour et contre, et dans tous les cas ; et de là toutes les questions sans nombre qui ne peuvent manquer de naître d'un rabillage [*sic*] politique, enfant du hasard et des circonstances du moment. Chacun a contradictoirement pour soi la coutume, l'usage, les maximes, la loi fondamentale ; et le fait demeure au plus offrant, au besoin du moment et à l'intrigue, sans tirer à conséquence néanmoins, pour ne pas déroger à la substitution graduelle et perpétuelle des tracasseries nationales à recueillir par nos neveux. Le fait est je crois qu'on ne saurait trouver ce qu'on cherche, parce qu'il n'est point et qu'il ne fut jamais. »¹¹⁸¹

Il disqualifie l'histoire comme source de droit et présente les recherches sur la constitution traditionnelle comme des tentatives vaines et absurdes. Il tire alors les conséquences d'un tel constat et ose affirmer ce que Mably avait simplement sous-entendu :

« Nous avons toujours eu *des Rois* ; mais une *constitution*, jamais. Je sais bien qu'on peut faire une division historique entre nos temps militaires, notre âge féodal, la Monarchie ensuite, le régime fiscal enfin : mais en approchant de plus près, on verra que tous ces temps se tiennent par un enchaînement fortuit, enfant, je le répète du hasard et des circonstances. »¹¹⁸²

Victor Mirabeau formule ainsi la condamnation la plus radicale de l'Ancien Régime : son

1180Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 321.

1181Nous soulignons. Victor MIRABEAU, *Éloge historique de Sully* in *Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 7, Paris, Lacombe, 1770, p. 15-16.

1182Victor MIRABEAU, *Ibid.*, p. 18.

inexistence. Il le fait en des termes relativement ambigus, car il n'explique pas l'objet qui doit être constitué. Il ne se réfère pas à la constitution de la nation, de la France, de la société, de la monarchie ou du royaume. Néanmoins, l'emploi de marques de possession (« notre », « nous ») fait de la constitution la chose de tous, un attribut qu'il est souhaitable d'avoir. Derrière la critique de l'irrégularité du régime apparaît en creux une définition de la constitution : un ordre politique qui obéisse à des règles fixes et stables et ne dépende pas « du hasard et des circonstances ». Dans cette conception, toute tentative de recherche sur la constitution ancienne de la France est impossible¹¹⁸³.

Dès 1770, Victor Mirabeau invalide la légitimité d'une revendication fondée sur la notion de régénération qui fût si importante en 1789¹¹⁸⁴. Il opère le basculement sémantique qui conduit à considérer qu'une « mauvaise » constitution ou une constitution manquant de précision et de stabilité n'en est tout simplement pas une.

244. En outre, il reprend l'idée physiocratique selon laquelle la constitution doit se déduire des lois naturelles : « les nations ne sont que ce que leur *constitution* les fait être ; et la *constitution* d'un État agricole sera toujours fortuite, chancelante, ennemie de soi-même et des autres, si elle n'est faite, fixée et écrite dans les lois de l'ordre naturel »¹¹⁸⁵. La seule constitution qui mérite un tel nom selon Victor Mirabeau est donc la constitution théorisée par les physiocrates, celle qui se déduit de la raison. Comme chez ses prédécesseurs, la constitution est garantie par la connaissance des lois naturelles et l'instruction publique¹¹⁸⁶.

Il associe ainsi durablement l'idée de constitution à celle de stabilité et de cohérence de l'ordre politique. Il fait de la constitution un attribut de l'ordre politique, une qualité souhaitable : l'ordre politique n'est pas simplement bien ou mal constitué ; il a ou n'a pas de constitution. Ce saut conceptuel est donc opéré dès 1770.

Cinq ans plus tard, Du Pont de Nemours affirme que la nation n'a pas de constitution, s'intéressant alors d'avantage à l'aspect sociologique de la notion de constitution.

1183« En supposant enfin qu'il y eût eu d'anciens principes, une *constitution réelle et connue de tous*, et qu'il fût utile d'y revenir, une telle régénération ne peut s'opérer par parcelles, et doit embrasser le tout. Quoi qu'il en soit, pour *retrouver cette constitution tant réclamée*, il faut des yeux plus perçant que les miens » Nous soulignons. *Ibid.* p. 20.

1184Sur cette notion voir notamment, Mona OZOUF, « Régénération » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 821.

1185Nous soulignons. *Ibid.* p. 35.

1186« Et comme tout s'oublie et se relâche entre les hommes s'il n'est maintenu, la *constitution* la meilleure se corrompra si la société entière n'en connaît les lois, leur raison et leurs avantages, et ne veille par le cri de la nature à maintenir cette *constitution* » Nous soulignons. *Ibid.* p. 35.

« et comme cette connaissance est une notion acquise par l'enseignement qui avertit la raison de l'homme, et que les hommes meurent et se remplacent sans cesse, à chaque jour il mourra *un appui de la constitution*, un homme instruit qui sera remplacé par un homme qui a besoin de l'être. De là la nécessité de l'instruction continuelle, nationale qui enseigne les lois fondamentales de la *constitution des Empires*, d'après la connaissance des lois de l'ordre naturel, et c'est de cette instruction uniquement que dépend la paix ou la guerre. » Nous soulignons. *Ibid.* p. 35-36.

2. L'association de la notion de constitution à l'exigence d'uniformité de l'ordre social

245. Le *Mémoire sur les municipalités* fut « rédigé par Du Pont sur les indications de Turgot »¹¹⁸⁷. Il ne fut pas publié en 1775 lorsqu'il fut écrit et ne fut jamais vraisemblablement présenté au Roi. Selon l'abbé de Veri, Turgot aurait renoncé à ce projet car il aurait craint « d'altérer sûrement la constitution monarchique »¹¹⁸⁸. Il fit néanmoins l'objet d'une édition par Brissot en 1787¹¹⁸⁹. Ce programme peut être présenté comme un des premiers projets de décentralisation¹¹⁹⁰, mais il dépasse par son envergure cette simple ambition¹¹⁹¹. Il conduisait à confier l'essentiel du pouvoir détenu par les intendants et par ce que Montesquieu appelait les « corps intermédiaires » à des assemblées élues sans distinction d'Ordres. Le refus des « contre-forces » est un thème traditionnel des physiocrates, il n'est donc pas surprenant de les voir exprimer le souhait de supprimer les organes qui opposaient des résistances aux réformes « dictées par la raison ».

Du Pont de Nemours légitime la nécessité d'entreprendre une telle réforme par une condamnation radicale : la nation n'a pas de constitution (a). Il entend pas là qu'elle ne dispose pas d'une administration fixe qui gèrent les rapports juridiques et sociaux (b).

a. « Votre nation n'a point de Constitution »

246. Le *Mémoire sur les municipalités* transforme en programme politique les théories

1187 Anne-Robert-Jacques TURGOT, *Oeuvres de Turgot et documents le concernant. IV. Turgot, ministre, 1774-1776* avec biographie et notes par Gustave SCHELLE, 1922, p. 568.

1188 « Quelques freins qu'on puisse mettre dans le début à ces assemblées, il n'est pas douteux qu'avec le temps elles acquerront, par leur établissement dans chaque province et par la possibilité de leur intelligence entre elles, un degré de force qui *altérera sûrement la constitution monarchique qui existe à présent*. Comme citoyen, j'en étais fort aise mais agissant comme ministre du Roi, je me faisais scrupule de me servir de sa confiance pour faire tort à l'étendue de son autorité. Ce n'est pas que je n'en eusse le dessein mais je voulais attendre que le Roi eut plus d'âge, d'expérience et de maturité pour juger par lui-même et non par les lumières d'autrui. Je voulais lui donner le temps de s'instruire et de se convaincre par ses propres réflexions du sacrifice qu'il lui convenait de faire d'une portion de son pouvoir, pour remplir les idées de justice qu'il doit à son peuple. » Nous soulignons, *Ibid.* p. 627.

1189 « En 1787, presque au lendemain de la clôture de la première assemblée des notables, à une époque où on ne parlait que d'États Généraux, les hommes politiques savaient que Turgot avait dressé un projet pour appeler le peuple à prendre part aux affaires publiques, mais peu de personnes connaissaient exactement, les vues du grand ministre sur ce sujet important. Or, il fut publié sous le titre d'*Œuvre posthume de Turgot*, une édition du *Mémoire sur les municipalités*, avec une Lettre à M. le comte de M., des commentaires "par un républicain" et une Préface » *Ibid.* p. 570. Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

1190 « Turgot, voulant remédier à la centralisation excessive qui constituait l'organisation de l'ancien régime, projeta la formation d'administrations municipales et provinciales qui auraient été placées sous la direction du gouvernement et auraient eu des attributions si bien limitées qu'elles pussent avoir la prétention d'imiter les assemblées des pays d'États et surtout les Cours souveraines. Il chargea Du Pont de mettre sur le papier les idées qu'il lui avait exposées plusieurs fois à ce sujet. » *Ibid.* p. 568.

1191 « Ce n'était pas là un de ces rapports banals, comme il en sort journellement des administrations publiques, c'était un plan complet de réformation du Royaume, dans lequel on retrouve à chaque ligne les idées physiocratiques, avec les atténuations que Du Pont y avait apportées sous l'inspiration de Turgot. Le Roi conservait toute la puissance exécutive et nulle *contre-force* ne devait être établie pour balancer son pouvoir ; les citoyens n'avaient à intervenir que pour répartir l'impôt, faire les travaux publics et se secourir mutuellement, par une application exagérée du principe de solidarité. *C'était l'émancipation, sans modifier les rouages essentiels de l'organisation existante ; il n'était porté d'atteinte réelle qu'à la situation des privilégiés.* » Nous soulignons. *Ibid.* p. 569.

physiocratiques. Il rejette d'emblée l'histoire comme source valable de droit¹¹⁹² et ne s'appuie que sur la nature :

« Les droits des hommes réunis en société ne sont pas fondés sur leur histoire, mais sur leur nature. Il ne peut y avoir de raison de perpétuer les établissements faits sans raison. Les rois, prédécesseurs de V. M., ont prononcé, dans les circonstances où ils se sont trouvés, les lois qu'ils ont jugées convenables. Ils se sont trompés quelquefois. Ils l'ont été par l'ignorance de leur siècle et, plus souvent encore, ils ont été gênés dans leurs vues par des intérêts particuliers très puissants, qu'ils ne se sont pas cru la force de vaincre et avec lesquels ils ont mieux aimé transiger. Il n'y a rien là-dedans qui puisse Vous asservir à ne pas changer les ordonnances qu'ils ont faites, ou les institutions auxquelles ils se sont prêtés, quand Vous avez reconnu que ce changement est juste, utile et possible. »¹¹⁹³

Toutes les prétentions des parlements et des privilégiés en général, appuyée sur l'usage, la tradition et la coutume sont écartées et peuvent être légitimement réexaminées à la lumière de la raison et des droits de l'homme.

247. Pour faire respecter cet ordre naturel le Roi se voit ainsi reconnaître le statut de « législateur absolu »¹¹⁹⁴. Le *Mémoire* se propose de rechercher « une forme d'après laquelle la plupart des choses qui doivent se faire, se fassent d'elles-mêmes suffisamment bien, et sans que V. M. ni ses principaux serviteurs, aient besoin d'être instruits que de très peu de faits particuliers, ni d'y concourir autrement que par la protection générale que vous devez à vos sujets »¹¹⁹⁵. Du Pont pose alors le diagnostic qui explique selon lui que le Roi soit forcé d'intervenir si fréquemment :

« *La cause du mal, Sire, vient de ce que Votre nation n'a point de Constitution. C'est une société composée de différents ordres mal unis et d'un peuple dont les membres n'ont entre eux que très peu de liens sociaux où, par conséquent, chacun n'est occupé que de son intérêt particulier exclusif, où presque personne ne s'embarrasse de remplir ses devoirs ni de connaître ses rapports avec les autres ; de sorte que, dans cette guerre perpétuelle de prétentions et d'entreprises que la raison et les lumières réciproques n'ont jamais réglées, V.M. est obligée de tout décider par elle-même ou par ses mandataires. On attend Vos ordres spéciaux pour contribuer au bien public, pour respecter les biens d'autrui, quelquefois même pour user des siens propres. Vous êtes forcé de statuer sur tout, et le plus souvent par des volontés particulières, tandis que Vous pourriez gouverner comme Dieu par des lois générales, si les parties intégrantes de*

1192« On a beaucoup trop employé, en matières graves, cet usage de décider ce qu'on doit faire, par l'examen et l'exemple de ce qu'ont fait nos ancêtres dans des temps et de barbarie. Cette méthode n'est propre qu'à égarer la justice à travers la multiplicité des faits qu'on présente comme autorités. Elle tend à dégoûter les princes de leurs plus importantes fonctions en leur persuadant que, pour s'en acquitter avec fruit et gloire, il faut être prodigieusement savant. Il ne faut cependant que bien connaître et bien peser les droits et les intérêts des hommes. Ces droits et ces intérêts ne sont pas fort multipliés, de sorte que la science qui les embrasse, appuyée sur des principes de justice que chacun porte dans son cœur, et sur la conviction intime de nos propres sensations, a un degré de certitude très grand, et néanmoins n'a que peu d'étendue. Elle n'exige pas un effort de longue étude et ne passe les forces d'aucun homme de bien. » *Ibid.* p. 575.

1193*Ibid.* Ce passage fut d'ailleurs fréquemment cité au cours de la Révolution.

1194*Ibid.*

1195*Ibid.* p. 576.

vosre empire avaient une organisation régulière et des rapports connus. »¹¹⁹⁶

La critique apparaît alors sous un jour différent de celui qu'avait présenté Mirabeau. Il n'est plus question de l'ordre politique, mais de l'ordre social. La société ou la nation, pour avoir une constitution, doit organiser les rapports des membres du groupe et les uns par rapport aux autres. Ainsi, la constitution n'est pas simplement la composition de la nation, mais elle doit être une organisation stable des différentes parties qui composent la nation pour que cette dernière ait une constitution. En conséquence, la notion de constitution ne recouvre pas simplement une stabilité de l'ordre politique, mais également une stabilité des rapports sociaux.

b. Avoir une constitution : disposer d'une administration fixe qui gère les rapports juridiques et sociaux

248. Il considère que les pays-d'États sont des provinces qui ont « une espèce de constitution, des assemblées, une sorte de vœu public »¹¹⁹⁷. Avoir une constitution signifie donc disposer d'une administration régulière et organisée qui gère les rapports juridiques et sociaux au sein de la circonscription. Pour cette raison, il en déduit que les « autres provinces » « n'ont point du tout de constitution »¹¹⁹⁸. Les pays-d'États ne trouvent toutefois pas grâce à ses yeux car ces assemblées sont « composées d'ordres dont les prétentions sont très diverses et les intérêts séparés les uns des autres et de celui de la nation, ces États sont loin encore d'opérer tout le bien qui serait à désirer pour les provinces à l'administration desquelles ils ont part. »¹¹⁹⁹ Il veut ainsi instituer un ordre uniforme sur l'ensemble du territoire du niveau municipal au niveau national pour uniformiser et renforcer les rapports sociaux (i) en élisant une assemblée nationale avant la lettre (ii).

i. L'uniformisation et le renforcement des rapports sociaux par l'élection d'assemblées représentatives

249. Son projet est d'uniformiser le rapport des individus entre eux et des individus à l'État¹²⁰⁰ :

« Pour faire disparaître cet esprit de désunion qui décuple les travaux de vos serviteurs et de V. M. et qui diminue nécessairement et prodigieusement votre puissance, pour y substituer, au contraire, un esprit

1196 Nous soulignons. *Ibid.*

1197 *Ibid.* p. 577.

1198 *Ibid.* p. 578.

1199 *Ibid.* p. 578.

1200 « Les familles enfin sont composées d'individus, qui ont beaucoup de devoir à remplir les uns envers les autres et envers la société, devoirs fondés sur les bienfaits qu'ils en ont reçus et qu'ils en reçoivent chaque jour.

« Mais les individus sont assez mal instruits de leurs devoirs dans la famille, et nullement de ceux qui les lient à l'État.

« Les familles elles-mêmes savent à peine qu'elles tiennent à cet état dont elles font partie ; elles ignorent à quel titre ; elles regardent les ordres de l'autorité pour les contributions qui doivent servir au maintien de l'ordre public, comme la loi du plus fort, à laquelle il n'y a d'autre raison de céder, que l'impuissance d'y résister. De là, chacun cherche à tromper l'autorité et à rejeter les charges sociales sur ses voisins. Les revenus se cachent et ne peuvent se découvrir que très imparfaitement, par une sorte d'inquisition dans laquelle on dirait que V. M. est en guerre avec son peuple. Et, dans cette espèce de guerre qui, ne fût-elle qu'apparente, serait toujours fâcheuse et funeste, personne n'a intérêt à favoriser le Gouvernement ; celui qui le ferait serait vu de mauvais œil. Il n'y a point d'esprit public, parce qu'il n'y a point d'intérêt commun visible et connu. Les villages et les villes, dont les membres sont ainsi désunis, n'ont pas plus de rapports entre eux dans les arrondissements auxquels ils sont attribués ; ils ne peuvent s'entendre pour aucun des travaux publics qui leur seraient nécessaires. » *Ibid.* p. 577.

d'ordre et d'union qui fasse concourir les forces et les moyens de votre nation au bien commun, les rassemble dans votre main et les rende faciles à conduire, il faudrait imaginer un plan qui liât par une instruction à laquelle on ne pût se refuser, par un intérêt commun très évident, par la nécessité de connaître cet intérêt, d'en délibérer et de s'y conformer ; qui liât, dis-je, les individus à leurs familles, les familles au village ou à la ville à qui elles tiennent, les villes et les villages à l'arrondissement dans lequel ils sont compris, les arrondissements aux provinces dont ils font partie, les provinces enfin à l'Etat. »¹²⁰¹

Il se propose d'atteindre ce but en instituant des assemblées ignorant les distinctions d'Ordres pour ne s'appuyer que sur la qualité de propriétaire¹²⁰² et en instituant une instruction nationale pour « préparer les individus et les familles à bien entrer dans une bonne constitution de société »¹²⁰³. Ces assemblées de premier degré auraient administré les villes et les villages et élu un second degré de municipalités¹²⁰⁴, qui auraient élu un troisième degré de municipalités ou Assemblées provinciales¹²⁰⁵, qui auraient elles-mêmes élu une Grande municipalité, Municipalité royale ou Municipalité du Royaume¹²⁰⁶.

ii. Une assemblée nationale avant l'Assemblée nationale

250. La Grande Municipalité « serait le faisceau par lequel se réuniraient sans embarras dans la main de V. M. tous les fils correspondant aux points les plus reculés et les plus petits de votre royaume »¹²⁰⁷. Du Pont prévoit pour cette assemblée un rôle budgétaire et de programmation des travaux publics, sans pour autant lui reconnaître le droit de consentir à l'impôt¹²⁰⁸. Il reconnaissait également un rôle pour les ministres du Roi au sein de cette assemblée : « Tous vos ministres, au contraire, auraient voix et séance ; et V. M. pourrait honorer quelquefois l'assemblée de sa présence, assister aux délibérations, ou déclarer sa volonté. »¹²⁰⁹

1201 *Ibid.* p. 578.

1202 « ce n'est point comme ordres distincts dans l'Etat, mais comme citoyens propriétaires de revenus terriens, que les gentilshommes et les ecclésiastiques font partie de l'assemblée municipale de leur paroisse. » *Ibid.* p. 597.

1203 *Ibid.* p. 578.

1204 *Ibid.* p. 606.

1205 *Ibid.* p. 611.

1206 « La municipalité générale serait composée d'un député de chaque assemblée provinciale, auquel on permettrait d'avoir un adjoint pour le suppléer en cas de maladie et le seconder dans son travail de cabinet. Les adjoints pourraient assister aux assemblées comme spectateurs, mais ils n'y auraient ni séance, ni voix (excepté en cas de maladie du député). » *Ibid.* p. 612.

1207 *Ibid.* p. 612.

1208 « Ce serait, dans cette assemblée, qu'on ferait le partage des impositions entre les diverses provinces, et qu'on arrêterait les dépenses à faire, soit pour les grands travaux publics, soit pour les secours à donner aux provinces qui auraient essuyé des calamités, ou qui proposeraient des entreprises qu'elles ne seraient pas assez opulentes pour achever.

« Par rapport à ces différents objets, V. M. commencerait par déclarer, ou faire déclarer par son ministre des finances, les sommes qu'elle a besoin de demander à la totalité des provinces pour l'acquittement des dépenses de l'Etat. Elle y comprendrait la valeur des travaux publics qu'elle aurait trouvé à propos d'ordonner, et laisserait ensuite l'assemblée parfaitement libre de décider à la pluralité des voix tels autres travaux publics qu'elle trouverait convenable, et d'accorder aux provinces qui les solliciteraient, tels secours ou tels soulagements qu'elle voudrait, à la charge d'en faire la répartition au marc la livre des autres impositions sur le reste du Royaume. » *Ibid.* p. 613.

1209 *Ibid.* p. 612.

251. Ce projet revenait finalement à instituer un Parlement, élu au suffrage très indirect, similaire à celui que connaissait l'Angleterre, sans lui reconnaître des prérogatives aussi étendues. Il visait également à supprimer le rôle politique joué par les Ordres et les parlements d'Ancien Régime¹²¹⁰. Ces assemblées auraient ainsi permis les réformes envisagées par l'administration royale, sans opposer la même résistance que les parlements¹²¹¹. Leur institution était également censée permettre de réaliser l'union des différentes parties de la nation en vue de garantir des droits individuels et l'intérêt général.

252. Doter la société d'une constitution visait ainsi à instituer une administration uniforme du royaume à laquelle participeraient tous les citoyens propriétaires, sans distinction d'Ordres, et qui protégerait les droits des individus et l'intérêt général. La notion de constitution exigeait donc non seulement un ordre politique stable déterminé, mais également que cet ordre repose sur un ordre social juste et assurant le bien des individus le composant. Dans cette perspective, un tel objectif pouvait être atteint en maintenant la conception traditionnelle du Roi qui légifère et de la nation qui exécute ses ordres¹²¹². L'approche physiocratique est donc proche de l'archétype du monarque éclairé. Elle subvertit l'ordre traditionnel assis sur l'histoire et la coutume ; elle attaque les privilégiés ; mais elle pense, au moins en apparence, laisser intact le pouvoir royal.

Ce projet fait toutefois apparaître la tension qui peut exister entre la notion de constitution de la monarchie et celle de constitution de la nation. Lorsque l'objet constitué est la nation ou la société, il est inévitable de reconnaître des droits et des prérogatives politiques aux individus qui la composent. Cette tension ébauchée ici trouva une expression bien plus importante au cours du printemps et de l'été 1789¹²¹³.

1210« les assemblées municipales, depuis la première jusqu'à la dernière, ne seraient que des assemblées municipales, et non point des États. Elles pourraient éclairer et, par leur constitution même, elles éclaireraient sur les répartitions d'impôts et sur les besoins particuliers de chaque lieu ; mais elles n'auraient nulle autorité pour s'opposer aux opérations indispensables et courageuses que la réforme de vos finances exige.

« Elles auraient tous les avantages des assemblées des états et n'auraient aucun de leurs inconvénients, ni la confusion, ni les intrigues, ni l'esprit de corps, ni les animosités et les préjugés d'ordre à ordre.

« Ne donnant ni lieu, ni prise à ce qu'il y a de fâcheux dans ces divisions d'ordres, n'y lassant que ce qu'il peut y avoir d'honorifique pour les familles illustres ou pour les emplois respectables, et classant les citoyens en raison de l'utilité réelle dont ils peuvent être à l'État, et de la place qu'ils occupent indélébilement sur le sol par leur propriétés, elles conduiraient à ne faire de la nation qu'un seul corps, perpétuellement animé par un seul objet, la conservation des droits de chacun et le bien public. » *Ibid.* p. 619.

1211Sur cette résistance voir notamment Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970, p. 43-45.

1212« V. M. peut donc se regarder comme un législateur absolu et compter sur sa bonne nation pour l'exécution de ses ordres. » *Ibid.* p. 575.

1213Voir *infra*, Chapitre 3, spéc. Section 3.

Avec les physiocrates, l'expression « avoir une constitution » signifie disposer d'un ordre politique et social stable au sein duquel sont clairement déterminés les rapports de pouvoir entre les organes de l'État et les rapports sociaux entre les membres de la société. Ainsi, contrairement à une croyance bien établie, Turgot n'a jamais dit au Roi : « la cause du mal, Sire, vient de ce que Votre Nation n'a pas de constitution », mais c'est bien à l'École physiocratique qu'est due l'expression de cette idée révolutionnaire qui conduisit à changer durablement la notion de constitution. Elle n'est plus simplement un ordre politique bon ou mauvais, mais elle est au contraire l'attribut qu'une société ou une nation doit avoir.

253. Les emplois de la notion de constitution en France dans la seconde moitié du XVIII^e siècle révèle non pas un mais des constitutionnalismes. Cette notion est introduite en France dans le débat politique par des auteurs défenseurs des droits de la noblesse d'Ancien Régime : Montesquieu et Le Paige. Elle est ensuite reprise par les parlements d'Ancien Régime pour s'opposer aux politiques royales.

Montesquieu emploie la notion de constitution pour théoriser la constitution de la monarchie, c'est-à-dire la manière dont une monarchie doit fonctionner d'après les principes tirés de la raison et de l'observation empirique. Le constitutionnalisme de Montesquieu défend l'idée d'une monarchie limitée par des corps intermédiaires. Dans cette monarchie, le Roi dispose du pouvoir exécutif et d'une partie au moins du pouvoir législatif. Une noblesse et des juges indépendants sont également nécessaire au bon fonctionnement de ce régime.

Le Paige reprend les théories de Montesquieu pour les adapter à la résistance parlementaire. Le constitutionnalisme de Le Paige ne s'appuie pas sur un modèle abstrait, mais sur l'histoire de France et la nécessité d'un retour à un temps mythique des origines de la monarchie. Son constitutionnalisme est purement parlementaire : le Parlement est aussi ancien que la monarchie¹²¹⁴ et serait l'héritier du conseil judiciaire et du conseil public du roi¹²¹⁵. Il dispose à ce titre d'un droit de remontrances insurmontable par le Roi, qui détient théoriquement du pouvoir de faire les lois et de les exécuter. Ce régime s'apparente en réalité davantage à une aristocratie.

Le Parlement de Paris fait sienne ces théories et mêle les stratégies de Montesquieu et de Le Paige en invoquant des principes abstraits autant qu'en se réclamant des principes originels de la monarchie française. Ces deux éléments sont en rupture avec l'invocation de la coutume et de la tradition. L'invocation de la constitution dans les discours officiels n'est donc pas associée avec l'idée de la description d'un ordre de traditionnel, mais au contraire avec la réclamation de principes

1214« Le Parlement, par une succession qui n'a jamais souffert d'interruption, remonte jusqu'à la naissance de la Monarchie Française, et jusqu'à nos siècles Germaines. » LE PAIGE, *op. cit.*, I, p. 274.

1215*Ibid.*, II, p. 15-16.

contestataires vis-à-vis du pouvoir royal.

Le séisme provoqué par la réforme Maupeou puis l'accession au pouvoir de Louis XVI et le rétablissement des parlements conduisent à la production de nouveaux écrits sur le pouvoir : d'une part, ceux provenant du parti parlementaire et défendant les droits des parlements et, d'autre part, ceux émanant du parti royaliste redéfinissant la constitution pour la conformer au principe monarchique. Les écrits de ces deux partis sont marqués par une adhésion aux thèses jusnaturalistes. Ils élaborent des raisonnements abstraits sur les principes de toute monarchie ou de toute société qui représentent la constitution naturelle à laquelle toute constitution positive doit obéir. La constitution de la monarchie française, constitution positive, est donc soumise à ces principes abstraits tirés du droit naturel. Les défenseurs des parlements, tels que l'auteur des *Maximes du droit public*, se rapprochent de plus en plus des thèses contractualistes, mêlant ainsi Montesquieu à Rousseau dans leur discours. Le constitutionnalisme de Claude Mey conduit ultimement à reconnaître les droits et les prérogatives de la nation dans l'institution des États-généraux. À l'opposé, les royalistes, tels que Moreau refusent toute origine contractuelle du pouvoir, mais reconnaissent néanmoins aux individus des droits naturels que l'État doit garantir. Le constitutionnalisme de Moreau refuse ainsi toute existence constitutionnelle aux corps intermédiaires qui ne sont institués que par le Roi. Ce dernier monopolise donc l'ensemble du pouvoir pour réaliser les droits des individus-citoyens.

L'étude développée des monuments historiques et l'impossibilité pour les partis parlementaire et royaliste de parvenir à un accord permet l'affermissement des revendications des patriotes. Ces derniers peuvent développer l'idée que l'organisation de l'exercice du pouvoir est en France largement indéterminée et que les recherches historiques révèlent les incohérences du régime plus que sa régularité. Cette idée est formulée par Mably, mais n'est pas directement associée à la notion de constitution.

Ce sont finalement les physiocrates qui énoncèrent la première condamnation de l'Ancien Régime, d'après laquelle il n'aurait pas de constitution. Les physiocrates étendent encore la réflexion fondée sur le droit naturel en estimant que la nature peut dicter l'intégralité de l'ordre politique et social et que les constitutions et lois positives ne doivent être que l'expression de cet ordre raisonnable. Toute perspective volontariste est abandonnée au profit de la dictature de l'évidence, menée par un pouvoir central incarné par le Roi. Sous la plume de Victor Mirabeau, la constitution devient la réalisation de cet ordre stable et rationnel dans l'exercice du pouvoir politique. Face aux nombreux débats historiques sur la définition de cet ordre politique, il constate son inexistence et déclare ainsi que la France n'a pas de constitution. Cette condamnation est étendue par Du Pont de Nemours à l'organisation sociale de la France. Ce dernier estime alors que la nation n'a pas de constitution. Tant l'exercice du pouvoir politique que l'organisation des

rapports sociaux sont considérés comme indéterminés et irrationnels pour les physiocrates. La condamnation d'un régime politique n'est donc plus simplement exprimée par l'idée que ce régime a une mauvaise constitution, mais par celle qu'il n'en a tout simplement pas. Comme l'écrit François Furet, « Le projet [de Du Pont de Nemours] permet de comprendre comment l'idée de *tabula rasa*, qui va faire une si brillante carrière révolutionnaire, sort naturellement de l'Ancien Régime, fabriqué par lui. »¹²¹⁶

La seconde moitié du XVIII^e siècle est ainsi marquée par l'émergence de plusieurs constitutionnalisme défendant des intérêts différents. Tous renoncent à l'ordre traditionnel et les partis parlementaire et royaliste contribuent ainsi à démanteler cet ordre en adoptant des discours inspirés des théories jusnaturalistes qui emploient la notion de constitution. Ces emplois restent néanmoins circonscrits à des brochures et ne sont pas dominants dans les discours officiels des institutions de l'Ancien Régime. Le recours à l'argument jusnaturaliste et contractualiste ne se généralise qu'au cours de la Prérévolution.

¹²¹⁶François FURET, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Hachette librairie, 1988, éd. cit., p. 44

Section 2. La généralisation de l'argument constitutionnel, jusnaturaliste et national au cours de la Prérévolution

254. La période de la Prérévolution¹²¹⁷ s'étend de 1787 à la fin de l'année 1788. Elle est aussi parfois appelée révolte nobiliaire. Au cours de cette période, les affrontements entre le Roi et les Nobles, représentés par les parlements et la première Assemblée des Notables, s'intensifient et de nombreuses brochures paraissent ou reparaissent, permettant une nouvelle diffusion des écrits ayant animé le débat sur la constitution depuis les années 1770. *L'abrégé de Droit de nature* de Pufendorf est réimprimé. Brissot fait publier le *Mémoire sur les municipalités* attribué à Turgot¹²¹⁸. Les *Droits et devoirs du citoyen* de Mably paraissent en 1789. Les *devoirs de l'homme et du citoyen* de Pufendorf font l'objet d'une réédition. Enfin, Moreau écrit sa *Défense de notre constitution monarchique*, alors que les parlementaires invoquent la « constitution du royaume » pour justifier la convocation des États-généraux.

Au cours de cette période, se cristallisent les positions des groupes politiques qui s'affrontent depuis les années 1770. Le parti parlementaire défend les prérogatives aristocratiques, les droits des parlements et des « corps intermédiaires » et les particularismes locaux. Le parti royaliste défend le Roi, son pouvoir absolu et les réformes, d'inspiration physiocratique, visant l'uniformisation du droit sur le territoire qu'il tente de mener. Le parti patriote en appelle à une consultation des États-généraux et à l'instauration d'une réelle représentation politique de la nation, ainsi qu'à la reconnaissance de ses droits.

Le terme constitution et sa définition deviennent un enjeu de pouvoir central dans le débat public. La constitution est débattue, définie et redéfinie comme elle ne l'avait jamais été auparavant. Fixer ce qu'est la constitution est l'objet d'une âpre lutte entre des factions qui se déterminent progressivement par leur opposition mutuelle. Les notions de constitution, de nation, de raison, de société et de droit naturel deviennent des thèmes centraux dans les discours politiques et gagnent toutes les institutions : les Cours, les parlementaires, les Assemblées locales et même le Roi et l'As-

1217La terminologie est de Pierre Caron, elle est également employée par Jean ÉGRET dans son ouvrage éponyme. « À une extension qui situe à 1788 ou 1787, ou même plus tôt encore, le début de la Révolution, je préfère l'admission d'une étape intermédiaire, à étudier en soi : la Prérévolution. La notion et le mot ont d'ailleurs dès à présent acquis droit de cité. » Pierre CARON, *Manuel pratique pour l'étude de la Révolution française*, Paris, 1947, p. 7 ; Jean ÉGRET, *La Prérévolution française, 1787-1788*, P.U.F., Paris, 1962.

1218*Ceuvre posthume de M. Turgot ou Mémoire de M. Turgot sur les Administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce Plan, et des Observations d'un Républicain sur ces Mémoires ; et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces Administrations dans les Monarchies*, Lausanne, 1787.

semblée du Clergé. Ces termes ont acquis valeur d'idéal¹²¹⁹. Comme l'écrit Wolfgang Schmale, le terme de constitution « accueillit les plus belles espérances, celles de l'avenir de l'homme »¹²²⁰.

Les affrontements politiques entre le Roi et les privilégiés au cours de la Prérévolution offrent ainsi l'image des différents usages des notions de constitution et de nation et des arguments tirés du droit naturel à la veille de la Révolution.

255. En 1786, la situation des finances de l'État est telle que le Roi est dans l'obligation d'instaurer de nouveaux impôts pour pouvoir rembourser les emprunts qu'il a souscrit, notamment pour mener à bien la guerre en Amérique contre l'Angleterre¹²²¹. Il craignait d'essuyer un refus de la part des parlements s'il leur demandait d'enregistrer une nouvelle loi fiscale. Calonne lui propose alors, le 20 août 1786¹²²², un plan de réforme fiscale visant modifier la manière de percevoir et de répartir l'impôt, en instituant notamment une égalité fiscale et des assemblées provinciales. Comme l'écrit François Olivier-Martin, « Son plan combinait ingénieusement les idées des physiocrates, celles de Turgot et de Necker. Comme il n'avait aucune chance de le faire accepter par les parlements, Calonne suggéra de le soumettre à une assemblée de Notables convoquée à cette fin. Le Roi, effrayé tergiversa, puis finit par se rendre aux instances de son contrôleur général. »¹²²³

Du Pont de Nemours, qui avait rédigé le *Mémoire sur les municipalités* attribué à Turgot¹²²⁴, prit « une part active à la rédaction des projets soumis par Calonne à l'Assemblée des Notables et l'un de ces projets passait pour avoir été copié sur le plan de Turgot. »¹²²⁵ Ce plan est donc similaire à celui qu'avaient envisagé Turgot et Necker¹²²⁶. Il dépasse largement la simple amélioration des

1219« L'on était loin de l'unanimité en ce qui concerne le type de constitution. On pouvait être partisan d'une constitution purement monarchique ou bien républicaine, pour désigner les deux extrêmes, mais pour les deux il était hors de doute que le bonheur des hommes dépendait de "la" constitution. N'empêche que les uns pensaient à rétablir l'"ancienne constitution" de la France (tombée en désuétude ou dégénérée), que les autres parlaient de "régénération" (ce qui impliquait, en vérité, une modification de la constitution dans le sens de la monarchie constitutionnelle), et qu'un troisième parti pensait que la France n'avait jamais eu une constitution. Tous les yeux se tournaient vers cette constitution un peu chimérique ou du moins abstraite. C'est sur cette imagination abstraite et idéalisante que se fondaient les plus hautes espérances des gens — ou les critiques les plus farouches.

« La valeur totalisante de l'idée abstraite de constitution ressort des formulations trouvées par les publicistes dans les pamphlets et les journaux de la Révolution » Wolfgang SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991, p. 463.

1220Wolfgang SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991, p. 471.

1221Pour une vue synthétique de ce problème voir François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 513 et s.

1222Charles-Alexandre de CALONNE, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, contenant l'examen des comptes de la situation des finances, rendus en 1774, 1776, 1781, 1783 et 1787, avec des observations sur les résultats de l'Assemblée des notables*, janvier 1788, Appendix, p. 79, *Précis d'un plan d'amélioration des finances présenté au Roi le 20 août 1786*, BN Lb39-513.

1223François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 514.

1224Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3.

1225Anne-Robert-Jacques TURGOT, *Oeuvres de Turgot et documents le concernant. IV. Turgot, ministre, 1774-1776 avec biographie et notes* par Gustave SCHELLE, 1922, p. 570.

1226Jacques NECKER, *Mémoire de M. Necker, au Roi, sur l'établissement des administrations provinciales*, Londres, 1781. Le plan de Necker ne mettait toutefois pas fin à la distinction des Ordres contrairement à celui de Du Pont de

finances publiques au sens strict puisqu'il s'agit de modifier profondément l'administration étatique, les rapports des différentes provinces de l'État entre elles et le lien entre les citoyens et leur Roi. Les deux principales réformes étaient « la généralisation des Assemblées provinciales dans les Pays d'Élections et la substitution aux Vingtièmes d'une imposition territoriale en nature »¹²²⁷.

256. L'Assemblée des Notables¹²²⁸ s'ouvre le 22 février 1787, mais les Notables ne sont pas aussi dociles que l'avait imaginé Calonne et ils opposent une vive résistance aux réformes royales au nom de la constitution¹²²⁹. Ils obtiennent finalement le renvoi de Calonne 9 avril 1787¹²³⁰. Hue de Miromesnil, garde des Sceaux, est également renvoyé et il est remplacé par Lamoignon, président du Parlement de Paris. Peu de temps après, Loménie de Brienne, un des chefs de l'opposition des Notables, conseiller du Roi et surtout de la Reine¹²³¹, est nommé ministre, Chef du Conseil Royal des Finances et exerce les fonctions de ministre principal. Les Notables refusèrent de consentir de nouveaux impôts et acceptèrent finalement l'établissement d'Assemblées provinciales à condition que la présidence de ces Assemblées soit garantie aux Ordres privilégiés, que ces derniers représentent au moins la moitié des membres de ces Assemblées et que les distinctions de rangs soient préservées. L'idée révolutionnaire d'instituer des Assemblées de propriétaires sans distinction d'Ordres, imaginée par Calonne, était donc repoussée. Néanmoins, le régime instauré dans les Assemblées provinciales restait relativement libéral puisque les Notables acceptaient le doublement du Tiers et le vote par tête.

257. Comme les Notables n'avaient pas donné satisfaction s'agissant de l'établissement de nouveaux impôts, le Roi était contraint de réclamer l'enregistrement de ces nouvelles lois fiscales dans ses parlements. Le Parlement de Paris commença par demander au Roi de lui fournir les éléments

Nemours et de Calonne.

1227Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 20.

1228Sur l'Assemblée des Notables voir notamment Jean ÉGRET, « La Fayette dans la première Assemblée des Notables (Février-Mai 1787) » in *Annales historiques de la Révolution française*, 24e Année, n° 125 (Janvier-Mars 1952), Armand Colin, p. 1-31.

1229« L'opposition – mieux organisée que le soutien – aura des meneurs et des centres de ralliement. [...] Le vrai danger viendra – comme Calonne l'avait prévu – des Parlementaires et du Clergé. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 18.

1230« Un désaccord fondamental avait dressé les Notables contre Calonne. Les Aristocrates libéraux, qui dirigeaient les opinions, pouvaient accueillir, avec une satisfaction étonnée mais profonde, la conversion inattendue à la doctrine des Économistes, d'un Ministre qui avait rétabli naguère la Compagnie des Indes orientales. Mais ils ne pouvaient que repousser les prétentions de cet agent résolu de la Monarchie administrative, qui concevait des Assemblées provinciales dépourvues de pouvoirs réels, exigeait un impôt de quotité perpétuel et indéfini, tenait pour négligeables les privilèges des individus, des Corps et des Provinces. Ils refusèrent de jouer le rôle purement approbatif qu'on voulait leur imposer et dont le Ministre soulignait le caractère dérisoire par ses avertissements hautains, ses compliments ironiques et – au-dessus de leurs têtes – par ses appels à l'opinion. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 53-54.

1231Voir sur ce point, *Journal de l'Assemblée des Notables de 1787 par le comte de Brienne et Etienne Charles de Loménie de Brienne, Archevêque de Toulouse (Bureau de Monsieur et Bureau du comte d'Artois)*, publié par Pierre CHEVALLIER, 1960.

lui permettant de constater la nécessité de ce nouvel impôt¹²³². Cette demande allait à l'encontre du principe du secret, qui présidait à l'administration royale, et conduisait à consacrer un nouveau principe constitutionnel : celui de la nécessité de l'impôt. Le Roi avait accepté de transmettre de telles informations à l'Assemblée des Notables et son Garde des sceaux affirmait alors : « Tout vous a été révélé sans déguisement : le mystère ne convient qu'à la méfiance ou à la faiblesse. »¹²³³ Néanmoins, face aux demandes du Parlement, le Roi s'y refusait de manière ambiguë¹²³⁴ : il estimait que les Notables avaient déjà constaté la nécessité de l'impôt. Il acceptait donc implicitement le principe de nécessité de l'impôt. Du Pont de Nemours déplorait une telle évolution de la politique royale dans sa correspondance avec Charles 1^{er} de Bade¹²³⁵ et voyait là le signe de l'abdication partielle de la monarchie.

À la suite du refus du Roi de fournir les informations demandées, le Parlement lui adressa des remontrances. En s'appuyant sur les principes tirés du droit naturel et de l'histoire de France, il affirmait que « la Nation seule, réunie dans ses États généraux, pouvait donner à un impôt perpétuel

1232« Animé du désir de donner à V. M. des preuves de son zèle et de son dévouement et obligé par devoir de Lui représenter les intérêts du Peuple, inséparables de ceux de V. M., votre parlement ne peut s'empêcher de voir qu'il lui est impossible de se convaincre de la nécessité d'un impôt, après cinq années de paix, sans avoir vérifié le déficit que l'on a présenté à V. M. Pénétré des vues de justice et de bonté que V. M. ne cesse de manifester lorsqu'il est question du bonheur de ses sujets, votre parlement supplie très respectueusement V. M. de lui faire remettre les états de recette et de dépense, ainsi que l'état des retranchements, économies et bonifications que V. M. a eu la bonté d'annoncer dans sa déclaration. » Suppliques du 8 juillet 1787. Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 664.

1233PV *Assemblée de Notables 1787*, p. 294.

1234« Les états que mon parlement me demande ont été mis sous les yeux des Notables de mon royaume, parmi lesquels étaient plusieurs magistrats de mon parlement. / Ils ont constaté la disproportion qui existe entre mes revenus ordinaires et les charges annuelles ; je leur ai annoncé la somme à laquelle je me propose d'élever au moins les retranchements et les bonifications. / Un nouvel examen ne procurerait pas plus de lumières et, d'ailleurs, il n'est pas dans l'ordre des fonctions qui sont confiées à mon parlement. » *Flammermont*, III, p. 664.

1235« La *Constitution est changée*, et non pas par l'établissement des assemblées provinciales, dans lequel le vulgaire croira voir le changement, lorsqu'elles pouvaient au contraire unir de plus en plus l'intérêt du prince à celui de la nation et mener l'état au terme de la plus parfaite *Constitution monarchico-républicaine*.

« Elle est changée par un point qui n'a presque pas été et ne sera presque point remarqué, pas même du peuple des historiens. Elle est changée totalement par la renonciation solennelle à l'impôt de quotité, qui donnait à la société une part proportionnelle de tous les revenus, et par l'adoption du principe anglais, que les revenus doivent être proportionnés aux dépenses et non pas celles-ci réglées sur les revenus.

« Le Premier de Mai 1787 la France était encore une monarchie, et la première de l'Europe. Le 9 Mai 1787, dans la Conférence tenue chez Monsieur, en présence de deux frères et de deux ministres du Roi, *la France est devenue une république, où il reste un magistrat, décoré du titre et des honneurs de la royauté, mais perpétuellement obligé d'assembler son peuple et de lui demander de pourvoir à des besoins, auxquels les revenus publics seraient, sans ce nouveau consentement national, perpétuellement insuffisants*.

« Les Notables et le ministère paraissaient s'occuper des précautions nécessaires pour empêcher le déficit de jamais renaître, et l'on a barbouillé à ce sujet beaucoup de papier. Les Notables et le ministère s'occupaient des moyens de faire en sorte qu'il y eût constamment un déficit, impossible à couvrir sans de nouvelles demandes du gouvernement et de nouvelles concessions de la nation.

« *Le Roi de France devenait un Roi d'Angleterre*. J'y ai regret, beaucoup de regret ; car j'aime le Roi, sa famille et la Constitution vraiment sociale que j'ai vue au moment d'être établie et au-delà de laquelle on a passé. [...]

« Mais actuellement, qu'il est passé en maxime constitutionnelle [sic], que le Roi ne doit avoir aucun impôt de quotité et que tous ses revenus doivent être en sommes déterminées, ces sommes s'avilissant progressivement d'année en année doivent en très peu de temps se trouver au-dessous des besoins qui ne varient pas. Le déficit doit naître et s'accroître d'année en année. » Nous soulignons. *Politische correspondenz, Karl Friedrichs von Baden 1783-1806*, 1 : 1783-1792, Heidelberg, 1888. p. 273-274.

un consentement nécessaire »¹²³⁶. Le 26 juillet 1787, il refusa en conséquence d'enregistrer la déclaration du timbre. À l'occasion de l'enregistrement de l'édit relatif à la subvention territoriale, il réitéra sa demande de convocation des États-généraux et réaffirma le principe la nécessité de l'impôt qui implique de le proportionner aux besoins de l'État¹²³⁷. La nécessité de convoquer les États-généraux avait été évoquée par La Fayette au cours de l'Assemblée des Notables, mais elle n'avait pas rencontré d'écho¹²³⁸. Cette revendication était d'ailleurs fréquente dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, mais elle n'avait pas auparavant pris un caractère impératif et réellement contraignant pour le pouvoir royal. De plus, cette réclamation était auparavant davantage fondée sur l'invocation d'une tradition historique que sur le droit naturel.

Face à une telle résistance, le Roi tint un lit de justice le 6 août 1787 et, le lendemain, le Parlement de Paris adopta un arrêté de résistance aux termes duquel : la Cour « déclare *nulles et illégales* les transcriptions ordonnées être faites sur ses registres »¹²³⁹. Le lundi suivant, 13 août, il adopte un nouvel arrêté plus développé et très virulent, rédigé par le chef de l'opposition Duval d'Eprémèsnil. Comme l'écrit Jules Flammermont, « Ce n'était plus une de ces protestations de style qu'il était d'usage de faire avant et après les lits de justice ; c'était un appel à la révolte, au refus de l'impôt. »¹²⁴⁰

Le Roi exila le Parlement de Paris à Troyes. Parallèlement, le Parlement de Bordeaux, qui avait opposé des résistances à l'enregistrement de l'édit portant établissement des Assemblées provinciales, avait, lui, été exilé à Libourne. Ces deux parlements se soutinrent mutuellement et reçurent l'appui de plusieurs autres corps intermédiaires tels que la Cour des Comptes, la Cour des Aides, la Cour des Monnaies et le Parlement de Navarre¹²⁴¹. Le Parlement de Paris maintint son attitude défiante en exil jusqu'à la fin du mois d'août 1787. Tous les arrêtés de résistances du Parle-

1236 Remontrances du Parlement de Paris, 26 juillet 1787. *Flammermont*, III, p. 673.

1237 « Votre parlement [...] se trouve privé des connaissances qu'il a inutilement sollicitées, réduit, après cinq ans de paix, à délibérer sur un impôt désastreux et autres qui en sont la suite, dont la nécessité n'est pas prouvée et dont la proportion avec les besoins de l'État n'est pas établie ; [...] la Nation, représentée par les États généraux, est seule en droit d'octroyer au Roi les secours nécessaires, [...] la Nation peut sans partialité délibérer sur les moyens de vous procurer, Sire, les secours dont le besoin sera évidemment démontré » Nous soulignons, Supplications du Parlement de Paris, 2 août 1787, *Flammermont*, III, p. 676.

1238 Voir en ce sens Jean ÉGRET, « La Fayette dans la première Assemblée des Notables (Février-Mai 1787) » in *Annales historiques de la Révolution française*, 24^e Année, n° 125 (Janvier-Mars 1952), Armand Colin, p. 26.

1239 Nous soulignons, *Flammermont*, III, p. 688.

1240 Introduction, *Flammermont*, III, p. XXXII.

1241 *Arrêtés des parlements de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes ; Discours adressé par MM. du Châtelet, au Parlement séant à Troyes, le 3 septembre 1787 ; Réponse du Roi aux supplications de la Cour des monnoies ; Arrêté de la Cour ; Réponse du Roi aux itératives supplications de la Cour des aides, du 2 septembre 1787 ; Arrêté de la Cour des aides, du lundi 3 septembre 1787 ; Discours de M. Hues, ... au Parlement ; Discours d'un membre de la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, du 11 septembre 1787*, BN NUMM-47131.

ment de Paris furent cassés par le Roi le 2 septembre 1787¹²⁴² et à la suite de négociations entre les ministres et les parlementaires, le Parlement de Paris fut rappelé à Paris le 20 septembre.

258. Néanmoins, la trêve ne fut que de courte durée. Le 19 novembre 1787, le Roi décidait de tenir une séance royale pour faire enregistrer un édit portant création d'emprunts, annoncer un édit donnant un état civil aux protestants et rappeler à l'ordre le Parlement de Paris quant à ses demandes en faveur du Parlement de Bordeaux¹²⁴³. Il présente également son projet de réunion des États-généraux avant 1792, en vue de leur présenter l'état des finances¹²⁴⁴. Au cours de la séance, le Garde des sceaux, qui avait initialement annoncé que les suffrages seraient libres¹²⁴⁵, décide finalement de transformer la séance royale en lit de justice, au cours duquel la volonté du Roi prime indépendamment de l'avis de la majorité des parlementaires¹²⁴⁶. Un tel changement dans le déroulement de la procédure incita le Duc d'Orléans à exprimer son opposition en déclarant la pratique illégale et le Roi se serait contenté de répondre : « c'est légal, parce que je le veux ». À la suite de la séance, le Parlement de Paris prit un nouvel arrêté de résistance. Le Roi exila alors le Duc d'Orléans et délivra des lettres de cachet à l'encontre de deux complices présumés (Sabatier et Fréteau) pour casser la résistance parlementaire.

La résistance parlementaire n'en fut que renforcée, ayant maintenant des martyrs à défendre. Ils présentèrent au Roi des réclamations en leur faveur et finirent par adopter de nouvelles remontrances contre les lettres de cachet le 11 mars 1788 puis, le 11 avril, des remontrances sur la séance

1242 Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787, BN F-47070 (12) et F-23666 (987).

1243 Tableau de la séance du 19 novembre 1787, contenant les discours du Roi & de Monseigneur le Garde-des-sceaux, avec un état détaillé des bonifications, retranchemens & améliorations faits par Sa Majesté, & des observations pour donner un état civil aux protestans : L'édit du Roi, portant création d'emprunts gradués & successifs de quatre cents vingt millions, depuis 1788 jusqu'en 1792 ; le rapport de M. l'abbé Tandeau, de l'édit d'emprunt enregistré à la séance du Roi ; l'arrêté du Parlement du 21 novembre ; et la réponse du roi à la grande députation du Parlement pour obtenir le rappel de Monseigneur le Duc d'Orléans, et la liberté de Messieurs Sabatier et Fréteau, Conseillers au Parlement, BN NUMM-47219, 1787.

1244 « Telles sont les vues que nous nous sommes proposées et que nous voulions faire connaître à nos sujets.

« Nous les avons adoptés d'autant plus volontiers, que sans nouveaux impôts, sans nécessité d'en établir, sans que les intérêts à payer soient une nouvelle charge, nous aurons par une administration économique et combinée de nos revenus, pourvu pendant les années qui paraissent les plus difficiles, aux dépenses indispensables et à l'acquit de nos engagements. Nous nous serons aussi mis en état de préparer et d'opérer l'heureuse révolution que nous nous proposons dans nos finances ; et quelle satisfaction n'éprouverons nous pas, lorsqu'avant l'année 1792, nous pourrons montrer à la nation assemblée, comme nous nous le proposons, que l'ordre est rétabli, que les emprunts ne sont plus nécessaires, que la libération de l'état peut marcher avec assurance, et qu'enfin il n'est ni sacrifices, ni soins qui aient pu nous coûter, pour assurer la prospérité intérieure de notre empire. » Édit du Roi, portant création d'Emprunts gradués et successifs pendant cinq ans. Donné à Versailles au mois de novembre 1787, enregistré en Parlement le 19 desdits mois et an. *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, éd. cit., p. 26.

1245 « Sa Majesté [...] veut écouter vos avis pour le bien de son État ; et avant de les avoir entendus, assez rassurée par ses intentions pour ne pas croire avoir besoin d'employer son autorité, Elle vous permet d'opiner à haute voix en sa présence. » Nous soulignons. *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 5.

1246 Voir notamment sur ce point, *Flammermont*, III, p. XXXIII et s. et p. 702 et s.

du 19 novembre. La réponse du Roi du 17 avril et les itératives remontrances du Parlement de Paris du 30 furent l'occasion d'un grand débat public sur la définition de la constitution.

259. Durant l'ensemble de la période d'opposition frontale entre le Roi et les Cours, le Roi tenta de mener à bien de nombreuses réformes auxquelles les parlements opposèrent le plus souvent une vive résistance. De guerre lasse, le Roi décida d'opérer un coup de force comparable à la réforme Maupeou de 1771¹²⁴⁷. Néanmoins, le contexte était différent et Louis XVI ne pouvait pas utiliser les voies de l'autorité aussi facilement que son prédécesseur. Il allait donc être contraint d'utiliser leur rhétorique pour éviter l'accusation de despote. En outre, il ne tirait pas toutes les conséquences de sa réforme puisqu'il laissait substituer les parlements amputés de leurs pouvoirs politiques, ce qui ne permettait pas d'enrayer efficacement leur opposition. Enfin, le précédent de la réforme Maupeou et surtout les représailles que subirent ceux qui l'avaient soutenue, lorsque le Parlement fut finalement rétabli, allaient inciter les parlementaires à la résistance¹²⁴⁸.

Le dernier affrontement entre le Roi et les parlements eut donc lieu au cours du mois de mai 1788, où le Roi tenta de retourner les doctrines parlementaires contre les parlements eux-mêmes, d'employer la notion de constitution pour l'opposer au Parlement et de leur imposer simultanément la convocation des États-généraux, qui allaient consentir les impôts à leur place, et le « rétablissement » d'une Cour plénière, qui les priverait de leurs fonctions politiques. La Cour plénière devait centraliser la fonction d'enregistrement des lois qui était alors exercée par chaque Parlement. Le secret de ce projet fut mal gardé et les parlementaires furent informés des intentions du Roi¹²⁴⁹. À l'initiative de Duval d'Eprémèsnil¹²⁵⁰, ils décidèrent d'adopter un arrêté dans une visée prophylactique dès le 3 mai 1788, dans lequel ils listèrent les lois fondamentales¹²⁵¹. Ces principes

1247 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1.

1248 Voir en ce sens Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 282.

1249 « La Cour, toutes les chambres assemblées, les Pairs y séant, avertie par la notoriété publique et par un concours de circonstances suffisamment connues des coups qui menacent la Nation en frappant la Magistrature » Arrêté du 3 mai 1788, *Flammermont*, III, 745.

1250 *Flammermont*, III, p. 745.

1251 « Le système de la seule volonté clairement exprimé dans les différentes réponses surprises audit Seigneur Roi annonce, de la part des ministres, le funeste projet d'anéantir les principes de la Monarchie, et ne laisse à la Nation d'autre ressource qu'une déclaration précise par la Cour des maximes qu'elle est chargée de maintenir, et des sentiments qu'elle ne cessera de professer ;

« Déclare que la France est une monarchie, gouvernée par le Roi, suivant les lois ;

« Que de ces lois, plusieurs qui sont fondamentales embrassent et consacrent :

« Le droit de la maison régnante au Trône, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion des filles et de leurs descendants ;

« Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés ;

« Les coutumes et les capitulations des provinces ;

« L'inamovibilité des magistrats ;

« Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État ;

« Le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui

représentent une synthèse de conceptions traditionnelles du pouvoir (loi de succession), de théories parlementaires (inamovibilité des magistrats et droit d'enregistrement), particularistes (protections du droit local et des constitutions des provinces) et nobiliaires (droit au juge naturel), et des principes libéraux nouvellement consacrés (consentement à l'impôt des États-généraux et droit à la sûreté). Comme l'écrit Jean Égret, il s'agissait d'une « révolution libérale, sans doute [...] mais cette révolution était profondément antiégalitaire »¹²⁵². L'adoption de cet arrêté fut également l'occasion pour Duval d'Eprémesnil d'obtenir de ses collègues qu'ils prêtent le serment de ne jamais siéger dans une autre Cour. Il préparait ainsi la résistance à la réforme royale avant même qu'elle ne soit présentée¹²⁵³. La réponse du Roi fut l'enfermement des magistrats à l'origine de cet arrêté. Cette arrestation eut lieu alors même que le Parlement était en session et donna lieu à la séance dite de « 30 heures ». Cela entraîna inévitablement une riposte du Parlement appuyée, suivant les thèmes devenus habituels, sur les droits de la nation et des citoyens¹²⁵⁴.

Le paradoxe fut que le Roi ne réfuta pas en bloc l'ensemble de ces principes, mais les fit siens pour les opposer aux parlements. Le Roi prétendit rétablir la *curia regis*, dont le Parlement affirmait être l'héritier, en (r)établissant une Cour plénière¹²⁵⁵. Une fois encore, cette tentative de renversement de l'idéologie parlementaire se retourna contre le Roi et éveilla l'esprit de révolte de nombreux parlements provinciaux et même de l'Assemblée du Clergé pourtant réputée pour être un corps fidèle à son monarque¹²⁵⁶.

La période de crise entre le Roi et son Parlement de Paris fut rendue publique par de nombreuses publications, tant des déclarations royales que des ripostes des parlements. L'opinion publique fut mise à contribution et devint l'arbitre de cet affrontement. Cela explique pourquoi les parlementaires se mirent à mobiliser, plus encore qu'auparavant, la rhétorique patriote. Cette alliance

sont ceux que la loi lui désigne ;

« Et le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, *celui de n'être arrêté*, par quelque ordre que ce soit, *que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents* ». Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 745-746.

1252 Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 349.

« L'élargissement des théories parlementaires, commencé dès avant 1771, accéléré sous l'impulsion du coup d'État Maupeou, trouve enfin sa consécration solennelle dans l'arrêté du 3 mai 1788. Entre temps, l'idée du droit naturel, énoncée dans les remontrances non sans réticences et timidités, avait été recueillie, développée et mise en jour par les publicistes libéraux. Ainsi s'élaborait la charte que le Parlement entérina le 3 mai. Les points principaux s'en trouvaient déjà dans les *Maximes du droit public français*, le *Catéchisme du Citoyen*, et dans les écrits alors inconnus de Mlle Lézardière. Elle constitue un amalgame du privilège et du droit abstrait, un compromis entre les puissances du roi, de l'aristocratie et du peuple, quelque chose d'assez conforme à l'idée "gothique" que Montesquieu avait défini. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 561-562.

1253 Ce serment inspira d'ailleurs celui du Jeu de Paume, rédigé par Mounier, voir *infra*, Chapitre 3, Section 3, § 1, C.

1254 *Flammermont*, III, p. 747.

1255 « Ainsi l'on identifiait la Cour plénière à cette ancienne *Curia regis* que les Parlements prétendaient perpétuer ; et la Constitution tant invoquée par la magistrature, devenait le prétexte de son abaissement. Mais cette application nouvelle de l'histoire à la politique n'obtint pas un succès égal à son ingéniosité. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 565.

1256 Voir en ce sens Jean ÉGRET, « La dernière assemblée du Clergé de France (5 Mai-5 Août 1788) » in *Revue Historique*, T. 219, Fasc. 1 (1958), P.U.F. p. 13-14.

était un moyen, pour les parlements, de s'assurer un important soutien et, pour les patriotes, d'utiliser le seul moyen d'opposition dont ils disposaient¹²⁵⁷.

260. Les différents affrontements politiques de la Prérévolution sont donc l'occasion de l'invocation du droit naturel, des droits de la nation et de la constitution face aux réformes royales. La conception parlementaire de la notion de constitution est ainsi précisée et en retour le Roi et ses ministres sont contraints d'offrir des définitions concurrentes, puis d'accepter partiellement les thèses jusnaturalistes et constitutionnelles pour séduire l'opinion publique et mener à bien leurs réformes. Les partis royaliste et parlementaire renoncent tous deux à la tradition comme source principale de droit, en privilégiant les lumières de la raison.

En ce sens, la période prérévolutionnaire préfigure les mutations qu'allait connaître le pouvoir politique au cours de la Révolution. Les structures de l'ordre traditionnel sont remises en cause par un discours issu des Lumières qui voit dans la raison la mesure de toute loi. La raison devient l'argument tant du réformisme royal que des résistances nobiliaires. La constitution même est évaluée au prisme de la raison. Les parlementaires voient dans la constitution l'expression la plus parfaite de la raison, alors que le ministre réformateur Calonne¹²⁵⁸ veut la corriger pour qu'elle s'y soumette. Cet assaut sur l'ordre traditionnel, mené par le ministère lui-même, conduit à affaiblir l'autorité royale, puisque cette dernière peut elle aussi être réévaluée à la lumière de la raison. Un ministre exprime l'idée subversive que la constitution peut, voire doit, être changée, corrigée, réformée. Calonne nourrit également l'idée qu'il est possible d'instaurer une nouvelle constitution afin de procéder à l'uniformisation du régime fiscal et administratif. En ce sens, l'idée que la constitution reste à établir est donc portée, en premier lieu, dans l'espace public par un agent du pouvoir royal. Avec l'Assemblée des Notables, la parole contestataire de salon trouve sa place dans l'ordre officiel et dans l'espace public et a son porte-parole en la personne de Calonne.

En parallèle, les privilégiés, tant les Notables que les parlements, s'approprient les thèmes patriotes afin de s'assurer le soutien du peuple et du Tiers. Cela les conduit à invoquer le droit naturel et à réclamer la convocation des États-généraux dès juillet 1787¹²⁵⁹. Le rôle joué par le public fut déterminant et le Roi, comme les autres organes de l'État, n'agissent et ne parlent que pour ce public. Cette dictature de l'opinion les conduit à invoquer la nation, la raison et le droit naturel pour justifier leur politique. La notion de constitution s'impose alors comme un thème incontournable.

1257 Voir notamment sur ce point Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 267-278.

1258 Pour de plus amples développements sur les réformes de Calonne voir Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, Chapitre 1. Calonne et les Notables, éd. cit., p. 5-54.

1259 Voir en ce sens Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 165.

L'affrontement du Roi avec les privilégiés, d'abord avec les Notables, puis avec les parlements au sujet de l'impôt et enfin à propos de la réforme de la Cour plénière, sont l'occasion d'un débat idéologique sur les fondements de l'ordre politique et social. Ils défendaient des conceptions différentes de la souveraineté, de la légalité et de la constitutionnalité. Le Roi tenta en vain de se réapproprier la notion de constitution : d'abord avec Calonne qui entendait (r)établir une constitution conforme à la raison ; ensuite, en reconnaissant au nom de la constitution les distinctions d'Ordres et de rangs puis l'existence d'une Cour du Roi, pour enregistrer les lois, et d'États-généraux, pour consentir les impôts, tout en tentant de maintenir le principe de l'autorité monarchique (§ 1). Face à ce discours royal, les privilégiés se radicalisaient progressivement, se rapprochant de plus en plus des thèses patriotes en défendant une constitution fondée sur la raison qui contient le principe du consentement à l'impôt et un partage de souveraineté entre le Roi et la nation, remettant directement en cause le principe monarchique (§ 2).

§ 1. Les tentatives royales de réappropriation de la notion de constitution

261. Au cours de la Prérévolution, la constitution, sa protection et sa réformation sont des thèmes incontournables des discours politiques. Les ministres du Roi commencent ainsi à se les approprier et à tenter de les redéfinir au profit de leurs projets. Le premier à lancer une telle campagne est Calonne. Il ouvre le débat sur le régime fiscal et administratif et en fait un débat public au sein d'une assemblée supposée représenter la nation : l'Assemblée des Notables. Il s'appuie également sur l'opinion publique en faisant publier ses projets de réformes afin de contraindre les Notables à les accepter. Dans ce cadre, il défend l'idée que le royaume disposerait d'une constitution originelle qu'il faudrait rétablir, mais qui diffère de la version de la constitution qu'avaient livrée les parlementaires à la suite de Le Paige. Il estime également que la constitution positive doit être profondément réformée afin de se conformer à la raison, seule source légitime de droit. Il disqualifiait par là les prétentions historiques sans pour autant réaliser qu'il affaiblissait également l'autorité royale (A).

À la suite de l'échec de sa stratégie politique, qui visait à contraindre les Notables à accepter ses réformes sans discussion, il est renvoyé par le Roi et les meneurs de la résistance des Notables sont nommés à sa place. Le discours royal change alors pour reconnaître partiellement la constitution traditionaliste qui garantit les distinctions d'Ordres et de rangs, tout en maintenant le principe monarchique. Ces ministres parviennent à faire accepter aux Notables l'institution d'Assemblées provinciales, représentant la nation, donnant une première idée de ce que pourrait être la constitution de cette dernière : représentation par l'élection, doublement du Tiers et vote par tête. Toutefois, ces assemblées sont dépourvues de tout pouvoir réel (B).

Le Roi, se heurtant encore aux refus des parlements d'enregistrer les lois fiscales, tente de raffermir son autorité et sa souveraineté en vain en donnant une définition royaliste de la constitution d'après laquelle le Roi monopolise les fonctions exécutive et législative entre ses mains. Un tel discours et une telle redéfinition de la création des parlementaires et des patriotes ne pouvait qu'exciter davantage leur réclamation et être dénoncée comme un acte de despotisme (C).

Le Roi était donc contraint de s'appuyer sur les théories constitutionnelles pour endiguer la révolte des corps intermédiaires : il décide finalement de reconnaître la constitution théorisée par Le Paige et se présente comme le protecteur de la constitution antique. Ses réformes ne seraient donc que le rétablissement, la régénération d'un ordre ancien. L'union des classes que les parlements avaient revendiquée était reconnue par le Roi pour rétablir une cour unique pour l'ensemble du territoire, chargée d'enregistrer les lois, et le Roi annonçait la convocation des États-généraux, pour consentir de nouveaux impôts (D).

A. Une constitution définie par la raison pour le réformateur Calonne

262. Calonne perpétue l'œuvre des ministres physiocrates qui l'ont précédé. Il entend mener une réforme d'ampleur du régime fiscal et administratif du royaume. Cette ambition réformatrice est guidée par l'obéissance à la raison, qui permet de redéfinir la constitution du régime. Il se fait donc le porte-parole d'un discours critique à l'égard du régime en place et promeut, au nom du Roi, les thèmes jusnaturalistes et rationalistes, tout en maintenant le monopole de la souveraineté royale.

Calonne estime que la raison est la loi suprême (1). Éclairé par elle, il propose une réelle révolution consistant à établir une égalité entre citoyens-proprétaires et à instaurer des assemblées provinciales ayant une fonction consultative (3). Cette réforme d'ampleur illustre l'ambiguïté du discours de Calonne vis-à-vis des notions de constitution et de nation, puisque, d'une part, il ne reconnaît pas de réel pouvoir à cette dernière, mais souligne la nécessité de la consulter et, d'autre part, il admet l'existence d'une constitution originelle immuable tout en soulignant la nécessité de réformer la constitution positive (2).

1. La raison comme loi suprême

263. Calonne n'adopte pas une position jusnaturaliste aussi claire que Du Pont de Nemours¹²⁶⁰, il s'en défend d'ailleurs en affirmant : « ce n'est point un système, [...] ce n'est point une invention, ce [...] n'est que le résumé des vues de bien public aperçues depuis longtemps. »¹²⁶¹ En prétendant

¹²⁶⁰Voir *supra*, ce chapitre Section 1, § 3, C. *Œuvres de Turgot et documents le concernant. IV. Turgot, ministre, 1774-1776* avec biographie et notes par Gustave SCHELLE, 1922, p. 575.

¹²⁶¹Charles-Alexandre de CALONNE, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, contenant l'examen des comptes de la situation des finances, rendus en 1774, 1776, 1781, 1783 et 1787, avec des observations sur les résultats de l'Assemblée des notables*, janvier 1788, BN Lb39-513, Appendix, p. 80.

présenter un résumé consensuel des réformes nécessaires, il semble en réalité instituer la raison comme source de droit et il prolonge les réflexions physiocrates sur la dictature de l'évidence.

Pour Calonne, comme pour les physiocrates, la raison constitue le seul fondement valable d'une règle de droit. Il justifie ainsi la possibilité de revoir l'ensemble du système politique à l'aune de principes théoriques et abstraits. L'histoire est donc pour lui, comme pour Mably, non pas une source de droit, mais une preuve de l'incohérence du régime en place¹²⁶². Calonne voit dans les particularismes, locaux ou de classes, non pas des principes immuables ou des droits acquis qu'il conviendrait de respecter, mais un obstacle à l'union du royaume. Il s'agit pour lui d'autant de défauts et d'abus qu'il convient de corriger afin d'établir un « régime plus uniforme, plus égal, plus juste »¹²⁶³.

Calonne, contrairement à Du Pont de Nemours, n'emploie pas l'expression « droits de l'homme », mais il estime qu'il existe des « vérités » « inébranlables puisqu'elles ont pour fondement la raison, la justice et l'intérêt national »¹²⁶⁴. Il justifie ainsi la nécessité d'instaurer l'égalité fiscale. Sous ce paradigme, seuls les privilèges d'honneur et de rang peuvent subsister et ils ne le peuvent que parce qu'ils sont conformes à la constitution de toute monarchie, considérée abstraitement et théoriquement¹²⁶⁵.

L'ensemble des principes qui régissent le fonctionnement de l'État, les droits des corps et des individus peut donc être réévalué à la lumière de la raison. Au nom de la raison, il est alors possible de critiquer et de réformer la constitution de l'État.

2. Les ambiguïtés du discours de Calonne sur la constitution et la souveraineté

264. La notion de constitution est mobilisée dans le discours ministériel par Calonne d'une manière ambivalente. En s'inspirant des théories du retour aux origines, il défend le rétablissement d'une constitution antique, tout en affirmant la nécessité de réformer la (ou les) constitution(s) par la raison. En outre, il tente de se servir de l'opinion publique comme d'une arme face aux Notables, mais refuse de reconnaître tout pouvoir à la nation.

Calonne tient donc à l'égard des notions de constitution¹²⁶⁶ et de nation¹²⁶⁷ un discours

1262« Quand on considère par quels accroissements successifs, par combien de réunions contrariées diversement gouvernées ; le Royaume est parvenu à sa consistance actuelle, on ne doit pas être étonné de la *disparité de régimes, de la multitude des formes hétérogènes, et de l'incohérence de principes qui en désunissent toutes les parties.* » Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 73-74.

1263Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, BN Lb39-513, Appendix, p. 80.

1264*PV Assemblée des Notables 1787*, p. 115.

1265« Il est des privilèges d'honneur et de rang *qui s'allient parfaitement avec la constitution d'une Monarchie* ; ces privilèges recommandables par leur ancienneté, et qui ne blessent en rien la justice, doivent être maintenus en faveur du premier Ordre de l'État ; mais lorsqu'une imposition est acquittée par la Noblesse et la Magistrature, le Clergé, quels que soient les usages, ne peut s'en croire exempt. » Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables*, p. 118.

1266Voir sur ce point Arnaud VERGNE, *op. cit.*

1267Voir sur ce point Roger BICKART, *op. cit.*

ambigu. Pour lui, il serait à la fois possible de changer les constitutions locales et de réformer la constitution du royaume, et nécessaire de rétablir la constitution antique, qui, elle, serait immuable (a). S'agissant de la nation, il estime qu'elle doit être consultée, mais il ne lui reconnaît pas un droit à être représentée ou à consentir à l'impôt (b).

a. L'ambivalence sur la notion de la constitution, entre rétablissement de la constitution antique, réformation de la constitution de l'État et changement des constitutions locales

265. La notion de constitution est assez ambiguë chez Calonne puisqu'il estime qu'elle peut être modifiée et qu'elle doit être respectée, ou plutôt que certains éléments font partie de la constitution originelle, et sont donc immuables, alors que d'autres peuvent, voire doivent, faire l'objet d'une modification.

Calonne exploite le thème, cher aux parlementaires, du retour aux origines de la monarchie pour connaître la « vraie » constitution du royaume, mais il le retourne contre eux¹²⁶⁸. Il présente ainsi son projet de réformes comme un plan de régénération, de retour à l'ordre ancien, de rétablissement de la constitution qui aurait dégénéré. Le thème lockien¹²⁶⁹ du retour aux origines est ainsi repris par l'administration royale et employé contre la noblesse qui en avait fait un de ses principes cardinaux. Il condamne donc le « régime féodal », qu'il présente comme une dégénérescence de la constitution, afin de disqualifier les prétentions de la noblesse. Le pouvoir reconnu aux seigneurs était par exemple une atteinte à la constitution qui préexistait à l'instauration de ce régime :

« Ce n'était pas au milieu des désordres et de l'anarchie du régime féodal, lorsqu'une foule de petits tyrans, du fond de leurs châteaux fortifiés, exerçaient les brigandages les plus révoltants, *bouleversaient tous les principes de la constitution*, et interposaient leurs prétentions chimériques entre le Souverain et ses sujets [...]

« Ce n'était point enfin avant que la Monarchie eût étendu ses limites jusqu'aux points naturellement destinés à les fixer, avant qu'elle fût parvenue à sa maturité, et que le calme tant au dehors qu'au dedans, fût affermi solidement par la sage modération de son Souverain, *qu'il était possible de songer à réformer ce qu'il y a de vicieux dans la constitution, et de travailler à rendre le régime général plus uniforme.* »¹²⁷⁰

Ce passage illustre bien la dualité de la notion de constitution pour Calonne. Pour lui, deux constitutions coexistent : d'une part, une constitution idéale et originelle, qu'il n'est pas possible de modifier et qui préexiste au « régime féodal » et aux droits dont disposent les privilégiés et, d'autre

1268« Pour les rendre toutes possibles, ces vues qui toutes sont reconnues désirables, il ne faut que les ramener à l'unité de principes. *Cette unité répugne-t-elle à notre constitution ?* Au contraire, elle est le résultat de ses parties élémentaires rapprochées et mieux combinées : elle en rétablit l'accord, en faisant disparaître les inégalités, les disproportions, et les formes hétérogènes qui les désunissent dans l'état actuel » Nous soulignons, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787*, BN Lb39-513, *Appendix*, p. 80.

1269Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

1270Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 74-75.

part, une constitution positive qu'il est possible voire nécessaire de réformer en vue de rendre le régime conforme à la raison.

266. Son discours est également ambigu s'agissant des constitutions locales qu'il entend respecter, mais auxquelles il ne reconnaît pas de valeur contraignante. Le Roi peut par exemple changer les constitutions des provinces, notamment en ce qui concerne les impôts et barrières douanières auxquels elles sont soumises¹²⁷¹. Selon lui, les constitutions des provinces ne sont que des « intérêts particuliers » qui doivent être conciliés avec l'intérêt général¹²⁷². S'agissant de la réforme de la gabelle, il renonce par exemple à fixer un prix uniforme du sel car : « ce plan [...] est inconciliable non-seulement avec les privilèges des Provinces franches ou rédimées, *mais même avec leur constitution* »¹²⁷³. Il préfère donc ne « rien changer à la constitution des Provinces franches ou rédimées »¹²⁷⁴. D'après cette logique, les constitutions locales ne lient pas le Roi qui n'est pas tenu de préserver les droits acquis des provinces. Seule compte la conciliation de l'intérêt général et des intérêts particuliers, dans le cadre d'un calcul abstrait et rationnel.

Calonne tente donc de retourner la notion de constitution contre les Notables et joue sur l'ambiguïté de ce terme qui peut également désigner une loi faite par le Roi¹²⁷⁵.

b. L'ambivalence sur la souveraineté, entre affirmation de l'autorité royale et soumission à la volonté populaire

267. Calonne ne concède à la nation aucune portion de souveraineté. Toutefois, il ne peut ignorer le rôle central que joue alors l'opinion publique. Il légitime donc son projet de réforme en affirmant qu'il a reçu l'assentiment du peuple. Il souligne, par exemple, que les abus qu'il entend réformer

1271« La certitude de faire le bien de tout le Royaume, suffisait sans doute pour déterminer Sa Majesté à vouloir l'exécution d'un plan qui a toujours été l'objet du vœu national, et Elle aurait pu se borner à considérer qu'un grand intérêt général doit prévaloir sur tous les intérêts particuliers et locaux ; mais l'esprit d'équité qui accompagne les plus sages résolutions de Sa Majesté, l'a portée à examiner quelle influence ce plan pouvait avoir sur le *sort des Provinces dont il change la constitution*, en ce qui concerne les droits de Traités. » Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 157.

1272« Cet état, qui a été mis sous les yeux du Roi et de son Conseil, sera joint au présent Mémoire. Il ne doit laisser aucun doute *sur la conciliation du bien général avec les intérêts particuliers des différentes Provinces*. » Nous soulignons, *Ibidem*, p. 160.

1273Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 201.

1274« Le second moyen est celui qui a paru mériter la préférence sur tous les autres, parce que, *sans rien changer à la constitution des Provinces franches ou rédimées*, et sans faire perdre aux finances du Roi le produit de la Gabelle, il offre tous les avantages, tous les adoucissements qui peuvent s'accorder avec la triste nécessité de maintenir cet impôt. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 203.

« La fixation constante et invariable des quantités de sel pour lesquelles on payera l'impôt dans les Provinces qui y sont sujettes, dispensera de toute autre précaution, puisqu'au delà de cette fixation, toute consommation sera libre, à un prix moindre que celui du faux-saunage. En même temps, les Provinces franches ou rédimées, continueront de jouir de tous leurs avantages, et il ne sera *rien innové à leur constitution*. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 214.

1275Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 3.

ont été « proscrits »¹²⁷⁶ par « l'opinion publique qui les condamne »¹²⁷⁷ et que ses projets de réforme « semblent réunir les suffrages de la Nation »¹²⁷⁸. Calonne tente de montrer que ses projets sont l'expression d'une volonté populaire. Il cherche également à asseoir la légitimité de sa réforme sur l'assentiment de la nation, sans pour autant lui reconnaître un réel pouvoir.

268. Pour cette raison, il propose, pour exécuter son plan, de le soumettre à une assemblée de Notables, mais le statut de la délibération et le pouvoir dont devait disposer cette assemblée restent assez flous. La convocation d'une Assemblée des Notables visait à donner les apparences d'une consultation de la nation sans avoir les inconvénients et la lourdeur des États-généraux¹²⁷⁹. Les Notables étaient choisis par le Roi et pour l'essentiel issus des Ordres privilégiés.

Un tel procédé conduit néanmoins le Roi à reconnaître implicitement la nécessité, si ce n'est d'un accord, au moins d'une consultation de la nation en vue de lever de nouveaux impôts. Comme l'écrit Roger Barny, « Calonne semble donner le signal de la révolution quand il fait appel à l'opinion publique à travers l'assemblée des notables : petite coterie de privilégiés, certes, mais dont les débats suscitent un intérêt au delà, puisqu'ils prétendent, eux aussi, parler au nom de la “nation”. »¹²⁸⁰

Le discours que Calonne tient au Roi pour justifier la convocation reflète d'ailleurs cette ambiguïté : il prévoit que les réformes soient « annoncées avec la plus importante solennité, et discutées librement [...] pour être ensuite arrêtées définitivement dans cette auguste Assemblée, et promulguées dans tout le Royaume, sans qu'il puisse y avoir lieu à aucune réclamation »¹²⁸¹. L'absence de réclamation fait sûrement référence à la volonté de contraindre les parlements à accepter les réformes présentées devant l'Assemblée des Notables. Néanmoins, le rôle de cette Assemblée ainsi que ses pouvoirs ne sont pas clairement définis : le verbe annoncer laisse penser que la décision est déjà prise, mais la référence à une discussion libre et l'idée que les décisions seraient « arrêtées définitivement » dans l'Assemblée semblent au contraire indiquer la possibilité pour les Notables de s'opposer aux réformes. Si tel n'était pas le cas, cette Assemblée risquerait fort de ressembler à un lit de justice et exciterait alors les mêmes réclamations. Une telle ambiguïté se

1276« Si tant d'abus, sujets d'une éternelle censure, ont résisté jusqu'à présent à l'opinion publique qui les a proscrits, et aux efforts des Administrateurs qui ont tenté d'y remédier, c'est qu'on a voulu faire, par des opérations partielles, ce qui ne pouvait réussir que par une opération générale » Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 73.

1277Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, Appendix, p. 83.

1278« C'est le résumé, et pour ainsi dire, le ralliement des projets d'utilité publique, conçus depuis longtemps par les hommes d'État les plus habiles, souvent présentés en perspective par le Gouvernement lui-même, dont quelques uns ont été essayés en partie, et qui tous semblent réunir les suffrages de la Nation » *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 73-74.

1279Calonne était d'ailleurs hostile à une réunion des États-généraux. Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 9.

1280Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997, p. 10.

1281Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, Appendix, p. 88.

retrouve d'ailleurs au moment de la convocation des États-généraux¹²⁸².

269. Calonne n'imaginait sans doute pas que des Notables, choisis et convoqués par le Roi, s'opposent à la volonté de ce dernier :

« Assemblée qui ferait paraître les excellentes qualités de Votre Majesté dans tout leur jour, et qui ferait briller sa justice encore plus que l'éclat de sa couronne, qui *donnerait à la Nation une nouvelle vie*, au *Patriotisme le plus puissant ressort*, à l'Europe entière le spectacle le plus intéressant, et qui ferait une époque à jamais mémorable dans la Monarchie. »¹²⁸³

Il pensait que cette assemblée servirait de faire-valoir au Roi, mais il sous-entendait également que la nation avait besoin d'une nouvelle vie et que le patriotisme avait besoin d'être revigoré. Lorsqu'une opposition des Notables s'annonça, Calonne tenta de faire appel à l'opinion publique pour faire pression sur ces derniers. Il publia donc les deux premiers mémoires (celui sur les Assemblées provinciales et celui sur l'imposition territoriale) précédés d'un avertissement. Il tenta alors de prévenir toute opposition, d'une part, en prétendant que tout refus ne serait que l'expression d'un esprit de corps contraire à l'intérêt général et, d'autre part, en avançant que les Notables avaient déjà consentis à une partie de ces réformes¹²⁸⁴. La réforme fut présentée comme le vœu national et l'opposition comme un refus de l'égalité et une négation de l'intérêt général. Le procédé était habile, mais il souleva les Notables contre lui¹²⁸⁵. Ces derniers n'avaient plus d'autre choix que de prouver qu'ils étaient les défenseurs de la nation et des citoyens et spécialement du droit de consentir à l'impôt et du droit de propriété¹²⁸⁶.

1282 Voir *infra*, Chapitre 3, Section 3, § 2, A.

1283 Nous soulignons, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787*, Appendix, p. 88.

1284 « Toutes ces vues qui ont été développées aux Notables, assemblés par les ordres du Roi, étaient *indiquées par le vœu national*. [...] / Quelles difficultés peuvent entrer en balance avec de tels avantages ? Quels pourraient être les prétextes d'inquiétudes ? / On payera plus ! ... sans doute : mais qui ? ceux-là seulement qui ne payaient pas assez ; ils payeront ce qu'ils doivent, suivant une juste proportion, et personne ne sera grevé. / Des privilèges seront sacrifiés ! ... Oui : la justice le veut, le besoin l'exige ; vaudrait-il mieux surcharger encore les non-propriétaires, le peuple ? / Il y aura de grandes réclamations ! ... On s'y est attendu ; peut-on faire le bien général sans froisser quelques intérêts particuliers ? Réforme-t-on sans qu'il y ait des plaintes ? / Mais la voix du patriotisme ! ... mais le sentiment dû au Souverain qui concerte avec sa nation les moyens d'assurer la tranquillité publique ! ... mais l'honneur si puissant au cœur des Français ; ... peut-on douter qu'ils ne l'emportent enfin sur toute autre considération ? / Déjà les premiers Ordres de l'État ont reconnu que la contribution territoriale devait s'étendre sur toutes les terres, sans aucune exception, et en proportion de leurs produits. / Déjà ils ont offert de sacrifier pour le soulagement du peuple, des exemptions personnelles que le Roi avait trouvé juste de leur accorder. / Déjà l'Assemblée a fait éclater sa reconnaissance sur les vues annoncées par sa majesté. / Ce serait à tort que des doutes raisonnables, des observations dictées par le zèle, des expressions d'une noble franchise feraient naître l'idée d'une opposition malévole ; ce serait faire injure à la Nation et ne la pas connaître, que de n'être pas assuré que son vœu conspirera avec celui d'un Roi qu'elle chérit et qu'elle voit animer du seul désir de rendre ses peuples heureux. », *Collection des mémoires présentés à l'Assemblée des notables par M. de Calonne, contrôleur-général des finances*, 1787, BN Le21-4, Avertissement, p. VI-VIII.

1285 D'après le comte de Brienne, la Reine aurait également « désapprouv[é] hautement l'avertissement » *Journal de l'Assemblée des Notables de 1787 par le comte de Brienne et Etienne Charles de Loménie de Brienne, Archevêque de Toulouse (Bureau de Monsieur et Bureau du comte d'Artois)*, publié par Pierre CHEVALLIER, 1960, 2 avril, p. 44.

1286 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

L'ambivalence de Calonne vis-à-vis des Notables et de l'opinion publique dénote l'impossibilité pour le Roi d'agir sans l'assentiment au moins implicite de cette dernière. Les réformes qu'il projetait représentaient une réelle révolution puisqu'il voulait instaurer une égalité entre les citoyens-proprétaires, ignorant les distinctions d'Ordres et instituer des Assemblées provinciales ressemblant au plan de Du Pont de Nemours pour Turgot¹²⁸⁷.

3. La révolution d'après Calonne : égalité entre les citoyens-proprétaires et assemblées provinciales aux fonctions consultatives

270. Pour Calonne, la rationalisation du régime passe par l'établissement d'un fonctionnement uniforme entre toutes les parties de l'État, et l'instauration d'une égalité entre les provinces et entre les citoyens-proprétaires. Calonne légitime donc son projet d'instaurer un nouveau régime (b) par une critique virulente du régime en place (a).

a. La critique virulente du régime en place : disparité, discordance, dissonance et incohérence

Calonne n'affirme pas, contrairement au *Mémoire sur les Municipalités*, que la nation n'a pas de constitution, mais il n'hésite pas à critiquer frontalement la constitution positive. Cette critique s'appuie sur la métaphore anthropomorphique et vise à démontrer que le régime en place empêche la réalisation de l'unité du Royaume ; il est un « régime discord et multiforme qui divise le Royaume »¹²⁸⁸.

271. En exploitant la métaphore anthropomorphique, il condamne les particularismes locaux et les privilèges dont disposent les deux premiers Ordres et certaines provinces¹²⁸⁹. La monarchie est un homme malade qu'il convient de soigner et les réformes qu'il préconise sont les remèdes qui lui permettraient de guérir de ses maux.

Le diagnostic qu'il dresse est sans appel et apparaît comme une réelle charge contre le régime en place¹²⁹⁰. L'ensemble du régime juridique, administratif et judiciaire de la France lui

¹²⁸⁷Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3.

¹²⁸⁸Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, Appendix, p. 80.

¹²⁸⁹« Sa Majesté a reconnu la nécessité de commencer *par rappeler les forces et ranimer la vigueur du corps politique*, avant d'oser en *sonder les plaies invétérées*, et surtout avant de les découvrir, ce qui n'est permis que quand on peut en même temps présenter le *remède curatif*. » Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787, 1788*, p. 66.

« C'est qu'on a cru pouvoir réprimer le désordre sans en extirper le germe ; c'est qu'on a entrepris de perfectionner le régime de l'État, sans en corriger les discordances, sans le ramener au principe de l'uniformité, qui peut seul écarter toutes les difficultés de détail et *revivifier le corps entier de la Monarchie*. » Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787, 1788*, p. 73.

¹²⁹⁰« On ne peut faire un pas dans ce vaste Royaume, sans y trouver des *lois différentes*, des *usages contraires*, des *privilèges*, des *exemptions*, des *affranchissements*, des *droits* et des *prétentions* de toute espèce : et cette *dissonance digne des siècles de la barbarie*, ou de ceux de *l'anarchie*, complique l'administration, interrompt son cours, embarrasse ses ressorts, et multiplie partout les frais et le désordre. » Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 111.

« On ne parle pas de cette foule de *tribunaux* établis pour faire exécuter les lois, *aussi multipliés que les impôts* ; des

semble ainsi à revoir. Il a conscience de l'ampleur de la réforme, mais il la juge d'autant plus nécessaire : « Réformer à demi, c'est perpétuer le désordre ; et régler des effets vicieux, c'est donner une constitution au vice, c'est renoncer à le détruire. »¹²⁹¹ Il présente les particularismes locaux (fiscaux, barrières douanières, exemptions d'impôts, droits locaux) et les privilèges de classes, notamment fiscaux, comme autant « vices constitutionnels » empêchant le gouvernement de gouverner¹²⁹².

Selon Calonne, la France a bien une constitution, mais cette dernière est viciée ce qui lui fait perdre ses forces et entrave l'action de l'administration. Calonne critique l'absence d'uniformité dans l'administration, la fiscalité et les barrières douanières. Il condamne ouvertement les inégalités territoriales et de classes. Il souhaite ainsi abolir les privilèges qu'ils soient attachés à une province ou à un Ordre.

b. Instauration d'un nouveau régime : unité, liaison, égalité et uniformité

272. Pour Calonne, son *Plan d'amélioration des finances* est dicté par l'évidence et la raison, mais il excède largement la question des finances publiques¹²⁹³. Calonne n'est d'ailleurs pas effrayé par l'importance de la réforme qu'il propose :

« Je ferai reconnaître aisément qu'il est impossible d'imposer plus, ruineux d'emprunter toujours, non suffisant de se borner aux réformes économiques ; que dans l'état des choses les routes ordinaires ne pouvant pas conduire au but, le seul remède efficace, le seul parti qu'il reste à prendre, le seul moyen de parvenir enfin à mettre véritablement de l'ordre dans les finances, doit consister à *revivifier l'état entier par la refonte de tout ce qu'il y a de vicieux dans sa constitution* : – entreprise hardie, j'en conviens, mais qui ne l'est pas trop lorsqu'il est prouvé qu'elle est nécessaire. »¹²⁹⁴

lois dont plusieurs n'ont été créées que pour exercer une vengeance rigoureuse contre des infortunés entraînés à la fraude par la misère. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 112.

1291 Mémoire n°1 de la Seconde Division, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 142.

1292 « Je ferai voir que *la disparité, la discordance, l'incohérence des différentes parties du corps de la Monarchie est le principe des vices constitutionnels* qui énervent ses forces et gênent toute son organisation ; qu'on ne peut en détruire aucun sans les attaquer tous dans le principe qui les a produit et qui les perpétue ; que seul il influe sur tout ; qu'il nuit à tout, qu'il s'oppose à tout bien ; qu'un Royaume *dont les provinces sont étrangères les unes aux autres, où des barrières multipliées dans l'intérieur séparent et divisent les sujets du même Souverain, où certaines contrées sont affranchies totalement de charges dont les autres supportent tout le poids, où la classe la plus riche est la moins contributive, où les privilèges rompent tout équilibre, où il n'est pas possible d'avoir ni règle constante, ni vœu commun*, est nécessairement un Royaume très imparfait, très rempli d'abus, et tel qu'il est impossible de bien le gouverner [...]

« *L'administration générale* est excessivement compliquée, la *contribution publique* inégalement répartie, le *commerce* gêné par mille entraves, la *circulation* obstruée dans toutes ses branches, *l'agriculture* écrasée par des fardeaux accablants, les *finances de l'État* appauvries par l'excès des frais de recouvrements, et par l'altération des produits. » Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, Appendix, p. 83-84.

1293 « Lorsque votre Majesté a daigné me confier l'administration de ses finances, vingt années d'étude et de réflexions m'avaient déjà convaincu que leur amélioration tient essentiellement à tout l'ensemble de l'ordre public, et *qu'on ne peut parvenir à les rétablir solidement que par la réformation de ce qu'il y a de vicieux dans la constitution actuelle de l'État*. [...] En conséquence, je me suis appliqué à former un Plan qui embrassant toutes les parties de la monarchie, pût leur donner la liaison qui leur manque. » Nous soulignons, *Ibid.*, Appendix, p. 79.

1294 *Ibid.*, Appendix, p. 83.

Calonne considère que la constitution est partiellement vicieuse et entend donc réformer « toutes les parties de la monarchie » et « refondre » partiellement la constitution. Pour ce faire, il veut instaurer un nouveau régime fondé sur l'égalité entre les provinces et l'égalité entre les individus afin de soulager la « classe productive et laborieuse »¹²⁹⁵. Il propose une réelle révolution, mais faite par le Roi, pour les peuples et contre les privilèges de classes et particularismes locaux, au nom de la raison. Cette révolution vise à supprimer les corps intermédiaires et à uniformiser les administrations et les lois sur l'ensemble du territoire français.

Pour Calonne, cette égalité entre les différentes parties du royaume et entre les différents individus le composant doit se traduire par une uniformité dans les règles de fonctionnement des différentes provinces et dans les droits et les devoirs des citoyens. Cette recherche d'égalité et d'uniformité s'accompagne de la volonté de resserrer les liens sociaux entre les territoires de l'État et entre les sujets et le Roi. Il souhaite « rétablir par là une *communication libre et une égalité parfaite entre toutes les parties de la Monarchie* »¹²⁹⁶ et estime qu'il appartient au Roi « de mettre d e l'accord et de la liaison entre toutes les parties du corps politique, d'en perfectionner l'organisation, et de poser enfin les fondement d'une prospérité inébranlable. »¹²⁹⁷

Dans la rhétorique de Calonne, la discordance, la disparité, la dissonance et l'incohérence s'opposent à l'accord, la liaison, l'harmonie, l'uniformité et l'égalité. Il ambitionne donc, d'une part, d'uniformiser les administrations locales en instituant des Assemblées provinciales (i) et, d'autre part, d'instaurer une égalité fiscale (ii).

i. L'instauration d'une égalité fiscale entre les citoyens

273. Calonne insiste sur la nécessité et la justice de l'instauration d'une égalité fiscale entre les citoyens¹²⁹⁸. La suppression des privilèges fiscaux est une nécessité pour le rétablissement des

1295« Les abus qu'il s'agit aujourd'hui d'anéantir pour le salut public, ce sont les plus considérables, les plus protégés, ceux qui ont les racines les plus profondes, et les branches les plus étendues. / Tels sont les abus dont *l'existence pèse sur la classe productive et laborieuse* : les abus des privilèges pécuniaires, les exceptions à la loi commune, et tant d'exemptions injustes, qui ne peuvent affranchir une partie des contribuables, qu'en aggravant le sort des autres ; / *L'inégalité générale dans la répartition des subsides, et l'énorme disproportion qui se trouve entre les contributions des différentes Provinces, et entre les charges des Sujets d'un même Souverain* ; / La rigueur et l'arbitraire de la perception de la Taille ; / La crainte, les gênes, et presque le déshonneur imprimés au commerce des premières productions ; / Les Bureaux de traites intérieures, et ces Barrières qui rendent les diverses parties du Royaume étrangères les unes aux autres ; / Les droits qui découragent l'industrie, ceux dont le recouvrement exigent des frais excessifs et des préposés innombrables ; ceux qui semblent inviter à la contrebande, et qui tous les ans font sacrifier des milliers de citoyens ; / Le dépérissement du domaine de la Couronne, et le peu d'utilité que produisent ses faibles restes ; / La dégradation des forêts et les vices de leur administration ; / Enfin tout ce qui altère les produits, tout ce qui affaiblit les ressources du crédit, tout ce qui rend les revenus insuffisants, et toutes les dépenses superflues qui les absorbent. » Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables 1787, 1788, p. 72-73.*

1296Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables 1787, p. 149.*

1297*PV Assemblée des Notables 1787, 1788, p. 75.*

1298« Je ferai voir que l'égalité proportionnelle dans sa répartition, *SANS QU'IL PUISSE Y ÊTRE DÉROGÉ PAR AUCUN PRIVILÈGE, PAR AUCUNE EXCEPTION NI EXEMPTION QUELCONQUE*, est la première de toutes les lois, le plus sûr de tous les moyens d'augmenter le revenu public sans surcharger les peuples, et le seul secret qu'il y ait à chercher en finance. »

finances publiques, ce qui constitue une raison pragmatique de décider de leur suppression. Calonne aurait pu se contenter de cette raison, mais il y ajoute des conceptions abstraites tirées des principes du droit naturel.

Il estime qu'une telle exemption menace l'union des citoyens à l'État¹²⁹⁹. L'instauration de l'égalité fiscale est alors justifiée par la raison, les principes du droit naturel, les droits et devoirs de tout citoyen :

« Le Roi consacrerait par son autorité et par le fait, ces *vérités incontestables*, que tous les Membres d'un État ayant un besoin égal à la protection du Souverain, ont aussi des *devoirs égaux à remplir* ; que la contribution aux charges de l'État est la dette commune de tous ; que toute préférence envers l'un est une injustice envers l'autre ; qu'*enfin le droit de n'être pas sujet aux charges publiques, serait le droit de n'être pas protégé par l'autorité publique, le droit de ne pas lui être soumis, de n'être pas Citoyen.*

« Ces vérités sont inébranlables puisqu'elles ont pour fondement la raison, la justice et l'intérêt national. »¹³⁰⁰

Calonne reconnaît l'égalité devant les charges publiques et la liaison entre la participation aux charges publiques et la protection par l'autorité publique. Il ambitionne par son projet de rétablir un lien direct du citoyen à l'État et au Roi qui s'affranchit des corps intermédiaires de l'ancienne monarchie. Ce projet est encore mieux illustré par l'instauration des Assemblées provinciales.

ii. L'instauration d'assemblées locales sans distinction d'ordres ni de rangs

274. Calonne propose que, par le biais d'assemblées locales, les contribuables participent « à l'assiette de leur contribution »¹³⁰¹ sans pour autant leur reconnaître le droit d'en décider la nécessité ou la quotité.

Il prévoit que les membres des assemblées soient désignés par des élections périodiques et supprime les distinctions d'Ordres, pour ces élections¹³⁰², et les distinctions de rangs¹³⁰³ au sein de ces assemblées. Les seules distinctions instaurées par Calonne sont fondées sur les revenus terriens des contribuables. L'instauration de telles assemblées revenait à affaiblir l'autorité des parlements, à contourner leur résistance en matière fiscale et à instaurer l'égalité des citoyens propriétaires tant

Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, Appendix, p. 83.

1299« Prétendre se soustraire à l'impôt, et réclamer des exemptions particulières, c'est rompre le lien qui unit les Citoyens à l'État » *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 108.

1300Nous soulignons, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 115.

1301*PV Assemblée des Notables 1787*, p. 101.

1302« Sa Majesté [...] a jugé à propos d'établir dans toutes les Provinces de son Royaume où elle n'est pas dans l'usage de convoquer les États, des Assemblées toujours électives, qui se renouvelleront tous les trois ans, qui n'auront pas le titre d'administration, qui sans être trop nombreuses, représenteront l'universalité des propriétaires, qui seront composées de Membres pris dans tous les états indistinctement, qui enfin n'auront aucun prétexte de s'arroger aucune portion de l'autorité exécutive. » *Ibid.*, p. 102.

1303« L'âge seul y réglera les rangs. » « Elles se nommeront au scrutin un Président ». *Ibid.*, p. 104. Cela signifie que les Ordres privilégiés ne disposeront pas de la présidence de droit.

devant l'impôt qu'en matière de dignités sociales.

275. Il confère à ces assemblées la fonction de « représenter l'universalité des propriétaires de leurs Provinces » et estime qu'il est donc nécessaire que « leur nomination [soit] l'effet des suffrages libres de leurs concitoyens »¹³⁰⁴. Néanmoins, il n'entend leur reconnaître aucun pouvoir puisqu'il estime qu'elles sont « destinées seulement à l'éclairer [le Gouvernement] par leur observations, et à déterminer la répartition des charges et des impôts »¹³⁰⁵ et qu'elles « n'auront aucun prétexte de s'arroger aucune portion de l'autorité exécutive »¹³⁰⁶. Il s'agit ici d'une critique implicite des parlements. Néanmoins, le refus de leur reconnaître tout pouvoir d'opposition affaiblit la proposition de Calonne qui apparaît comme un simulacre de consultation nationale servant d'alibi à l'exercice de l'autorité royale.

En sus de « la répartition des contributions et charges publiques », nationales et locales, les assemblées disposent du droit de proposer des travaux publics et des projets de règlements utiles à la province. Elles ont également en charge l'organisation de la charité et la distribution de secours, à la suite des calamités.

276. La création de nouvelles Assemblées paroissiales, de district et provinciales est ainsi censée se substituer en partie aux Intendants et aux parlements¹³⁰⁷. Calonne tentait de présenter cette constitution que le Roi entendait donner à la nation comme une déduction de la constitution du royaume :

« Je tirerai de la *constitution même du Royaume* l'idée d'un ordre graduel de délibérations suivant lequel l'émanation du vœu national, en ce qui concerne les différentes charges publiques et leur répartition, pourrait se faire d'une manière qui *concilierait l'intérêt des peuples avec le maintien inaltérable de l'autorité souveraine*, qui rendrait les contributions moins lourdes, en faisant distribuer leur poids par ceux mêmes qui le supportent ; qui, *loin d'affaiblir l'obéissance, la fortifierait en l'éclairant* ; qui enfin exciterait de plus en plus l'amour de la patrie, ferait naître cet *esprit public* qui bien dirigé, peut devenir une grande ressource pour le Gouvernement, et *formerait un nouveau lien entre le Monarque chéri et ses sujets reconnaissants.* »¹³⁰⁸

Calonne oscille encore entre rétablissement d'une constitution antique et établissement

1304 *Ibid.*, p. 102.

1305 *Ibid.*

1306 *Ibid.*, p. 103.

1307 « Ainsi par une réaction utile et mutuelle, les Assemblées paroissiales et les Assemblées de district formeront et éclaireront les Assemblées provinciales ; et les Assemblées provinciales dirigeront les Assemblées de district et celles des paroisses.

« Il résultera de cette *constitution*, que les volontés du Roi seront toujours expliquées à ses Sujets, par les organes qu'eux-même auront choisis ; que l'Administration sera toujours éclairée, et jamais arrêtée dans sa marche » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 107.

1308 Nous soulignons, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787*, Appendix, p. 85.

d'une nouvelle constitution. Toutefois, il semble être en difficulté lorsqu'il s'agit d'articuler les liens entre le Roi et ses sujets. Il présente ces assemblées comme le moyen d'établir un lien direct entre eux. Néanmoins, alors que la théorie classique enseigne que les intérêts du Roi ne peuvent jamais être séparés de ceux de la nation¹³⁰⁹, il estime que les intérêts des peuples doivent être conciliés avec l'autorité du Roi. Enfin, sa tentative de faire revivre le thème du monarque éclairé semble mal s'accorder avec l'existence d'un esprit public. La tension entre l'autorité royale et la volonté nationale est palpable dans les projets de Calonne.

277. En réalité, sa réforme était trop ou pas assez audacieuse. Elle instituait de réels représentants de la Nation sans leur reconnaître aucun pouvoir, à part celui de répartir l'impôt. Calonne reconnaissait le caractère défectueux et arbitraire du régime¹³¹⁰, mais maintenait la centralisation du pouvoir au profit du Roi. Il reconnaissait les droits civils des citoyens, mais ne concédait aucun droit politique. En outre, il supprimait toutes les distinctions de rangs auxquelles étaient attachés les Ordres privilégiés, sans pour autant donner de pouvoir auquel le Tiers aurait pu se raccrocher. Calonne allait s'attirer les foudres, d'une part, des privilégiés qui ne voulaient pas renoncer à leurs privilèges et, d'autre part, du Tiers auquel il ne reconnaissait pas de droits politiques.

Il ne parvint qu'à affaiblir l'autorité royale en rendant légitime les revendications du Tiers : l'égalité devant l'impôt, la suppression des corps intermédiaires, l'abolition des privilèges locaux et de classes, le principe de la représentation élective. Il a surtout rendu légitime la critique ouverte du régime politique : l'ensemble de l'État, de son fonctionnement et de sa législation était l'objet d'une attaque virulente de la part d'un des ministres du Roi.

Sa parole ouvertement contestataire fut portée dans l'espace public et soumise à l'opinion par le biais de la publication, en 1788, tant du *Procès-verbal de l'assemblée de notables* que de la *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, contenant l'examen des comptes de la situation des finances, rendus en 1774, 1776, 1781, 1783 et 1787, avec des observations sur les résultats de l'Assemblée des notables*, qui contient en annexe le *Précis d'un plan d'amélioration des Finances, présenté au Roi le 20 août 1786*. Sans pouvoir en mesurer l'impact, il est certain qu'une telle charge contre le régime provenant du gouvernement lui-même fut très préjudiciable¹³¹¹. Un ministre du Roi était devenu le porte-parole dans l'ordre officiel de

1309 Voir par exemple *supra* le discours de Louis XV au cours de la séance dite de la Flagellation, ce chapitre, Section 1, § 1, B, 3.

1310 « Le Roi instruit et touché des maux qu'entraînent l'inégalité, le défaut de proportion, et l'arbitraire dans la répartition des charges publiques, a regardé comme le plus important de ses soins, et le premier des soulagements qu'il devait à ses Peuples, de les en préserver. » *Ibid.*, p. 101.

1311 « Quand, tous expédients épuisés, il réunit les notables en 1787, ce fut pour tâcher de leur faire admettre “la nécessité de donner une constitution à la Monarchie” : une fois de plus, un ministre dut faire le procès du régime qu'il représentait, en montrant les iniquités, les incohérences, déplorer la “dissonance générale” des privilèges, des

revendications contestataires et il acceptait, au moins en apparence, de se soumettre au jugement et aux vœux de l'opinion publique.

En outre, il invoquait la constitution et reconnaissait implicitement son existence et son caractère partiellement obligatoire. Il engageait ainsi le débat sur la définition de la constitution et rendait alors légitimes les prétentions de la noblesse et spécialement des parlementaires. Il admettait que les pouvoirs du roi soient limités par la constitution originelle et que la constitution soit réformée, non plus au nom de la volonté royale, mais au nom de la raison.

Calonne cédait doublement du terrain. D'un côté, il risquait d'être rattrapé par les patriotes et avait donné un crédit royal à leur revendications en reconnaissant des droits individuels et en proposant de remplacer les corps intermédiaires par des représentants de la nation. De l'autre, il reconnaissait aux parlements et autres corporations un droit de résistance au nom de la constitution qui ne restait plus qu'à définir. Enfin, ces deux partis s'opposait à lui dans sa tentative d'une révolution faite par le Roi seul. Ce dernier se trouvait alors engagé dans un débat d'idées visant à définir la constitution de son propre royaume, ce qui ne pouvait que l'affaiblir considérablement.

278. Les Notables s'opposèrent vivement aux réformes de Calonne¹³¹² et obtinrent finalement son renvoi le 9 avril¹³¹³, et, peu de temps après, celui de Hue de Miromesnil. À la suite de leur départ, Lamoignon, président du Parlement de Paris est nommé Garde des sceaux et Loménie de Brienne est nommé Chef du Conseil Royal des Finances et exerce les fonctions de ministre principal. La réforme amendée allait pouvoir être partiellement adoptée. L'Assemblée des Notables allait accepter l'institution des Assemblées provinciales, sous réserve de modifications, mais elle allait refuser tout nouvel impôt, ce qui contraignit le Roi à un nouvel affrontement avec les parlements.

B. La reconnaissance partielle d'une constitution traditionnelle par le Roi à la suite du renvoi de Calonne et l'ébauche d'une constitution de la nation avec l'institution des Assemblées provinciales

279. Le Roi avait cédé en renvoyant ses ministres et en donnant des ministères aux tenants de la

droits et des prétentions. » Élie CARACASSONNE, *op. cit.*, p. 543.

1312 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

1313 « Un désaccord fondamental avait dressé les Notables contre Calonne. Les Aristocrates libéraux, qui dirigeaient les opinions, pouvaient accueillir, avec une satisfaction étonnée mais profonde, la conversion inattendue à la doctrine des Économistes, d'un Ministre qui avait rétabli naguère la Compagnie des Indes orientales. Mais ils ne pouvaient que repousser les prétentions de cet agent résolu de la Monarchie administrative, qui concevait des Assemblées provinciales dépourvues de pouvoirs réels, exigeait un impôt de quotité perpétuel et indéfini, tenait pour négligeables les privilèges des individus, des Corps et des Provinces. Ils refusèrent de jouer le rôle purement approbatif qu'on voulait leur imposer et dont le Ministre soulignait le caractère dérisoire par ses avertissements hautains, ses compliments ironiques et – au-dessus de leurs têtes – par ses appels à l'opinion. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 53-54.

révolte. La réforme, quelque peu modifiée, put alors être partiellement menée à bien. Les Notables ne consentirent pas de nouvel impôt, mais ils acceptèrent des Assemblées provinciales à la composition relativement libérale¹³¹⁴. L'accession au pouvoir de Lamoignon et de Loménie de Brienne conduit à une inflexion du discours royal. Le Roi se soumet à la constitution et à la volonté de l'Assemblée des Notables qui prétend représenter la nation ; il amorce une transition vers une monarchie limitée par une constitution. La constitution donnée aux Assemblées provinciales qui sont finalement instituées offre également une première ébauche de la constitution donnée à la nation – admission du doublement du Tiers, vote par tête et principe de l'élection – tout en maintenant les distinctions de rangs. Autant d'éléments qui firent l'objet de débats au sein des États-généraux¹³¹⁵.

L'instauration des Assemblées provinciales résulte donc d'un compromis entre les ambitions des réformes royales et les réclamations des privilégiés. Le Roi se soumet partiellement aux revendications et à la rhétorique des Notables (1). Paradoxalement, au moment où les ministres du Roi reconnaissent l'existence d'une constitution traditionnelle, la forme donnée aux Assemblées provinciales apparaît comme relativement révolutionnaire. Ces dernières offrent une image de la nouvelle forme que l'on souhaite donner à la nation (2).

1. Le changement de politique royale : la soumission du Roi aux Notables

280. Les meneurs de la résistance des Notables, ayant accédé au poste de ministre, reprennent partiellement la rhétorique qu'ils avaient défendue lors de leur opposition au pouvoir royal. Le discours du pouvoir royal sur la constitution, la nation et la réforme de l'État change alors pour se rapprocher de celui des privilégiés et reconnaître les droits qu'ils avaient revendiqués face à Calonne.

Les nouveaux ministres du Roi, reprenant donc la rhétorique des Notables, estiment que la constitution n'est plus à réformer, mais à sauvegarder (a). En outre, le fonctionnement de l'Assemblée des Notables prend un tour proto-parlementaire, c'est-à-dire une Assemblée parvenant à instaurer une forme de responsabilité ministérielle et prétendant représenter la nation (b).

1314« Les Notables, contrairement à ce qui est dit couramment, acceptèrent le principe d'un impôt payable par tous et égal pour tous et demandèrent seulement le maintien des formes traditionnelles qui distinguaient les trois ordres de la nation en traduisaient les privilèges de certains pays. [...] Calonne essaya vainement d'obtenir un avis favorable à son projet de subvention territoriale qu'il avait d'ailleurs amendé, et fut congédié le 8 avril 1787. Loménie de Brienne, archevêque de Toulouse, eut bientôt la direction effective des finances [...] Mais, après avoir combattu Calonne, il dut reprendre son projet de subvention et même y ajouter une importante augmentation des droits de timbre. Le 23 avril, le roi avait de nouveau supplié les Notables de le secourir dans les nécessités de ses finances et leur avait apporté les états des recettes et des dépenses qu'ils avaient demandés. Les Notables furent émus, mais se déclarèrent sans pouvoir pour consentir de nouveaux impôts. » François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 515.

1315Voir *infra*, Chapitre 3, spéc. Section 3.

a. La soumission du Roi à la constitution : une constitution à sauvegarder

281. Pour la première fois, des ministres, représentants de l'autorité royale, reconnaissent l'existence de la constitution et la nécessité de la préserver contre d'éventuelles attaques. Ils reconnaissent également, dans un cadre public et officiel, que le Roi devait s'y soumettre.

282. Loménie de Brienne était le président de l'Assemblée des Notables avant d'être nommé ministre. Après avoir défendu les conceptions physiocrates par la voix de Calonne, le Roi adopte une conception proche de celle des parlementaires et des privilégiés. Loménie de Brienne présente la nation comme l'union des Ordres et non comme l'union des individus :

« *Unis et assimilés par une antique association* ; les deux premiers Ordres en ont resserré les liens sans jalousie ni rivalité ; et lorsqu'ils ont réclamé des formes et des privilèges, l'opinion des Députés des villes, qui s'est jointe à leurs instances, a bien fait voir que l'amour du bien public avait seul dicté leurs réclamations. »¹³¹⁶

Il fait sien le thème contractualiste de l'association politique. Ce dernier n'est pas le plus favorable à l'autorité royale, mais Loménie de Brienne le transforme en faisant des Ordres de l'État les parties au contrat. Cela lui permet de présenter les privilèges comme les clauses d'un contrat social et leur violation comme une atteinte au bien public. Renouvelant le cadre conceptuel, il reprend l'idée que les Ordres et leur distinction sont immuables et fondent la constitution de l'État.

283. Loménie de Brienne défend en conséquence une conception traditionaliste et conservatrice de la constitution :

« Le Roi est bien éloigné, Messieurs de vouloir donner atteinte à ces formes et à ces privilèges. Il sait qu'il y a dans une Monarchie des distinctions qu'il est important de conserver ; que l'égalité absolue ne convient qu'aux États purement républicains ou despotiques ; qu'une égale contribution ne suppose pas la confusion des rangs et des conditions ; que les formes anciennes sont *la sauvegarde de la constitution* et que leur ombre même doit être ménagée, lorsqu'elles sont obligées de céder à l'utilité générale. »¹³¹⁷

Loménie de Brienne se fait le porte-parole des revendications de ses pairs et le discours royal passe d'un programme physiocratique à un discours de sauvegarde de la constitution. Il rassure les Notables sur le respect des règles de préséance et les privilèges de classes en refusant le principe d'égalité que Calonne avait tenté d'imposer. Ces distinctions d'Ordres représentent, pour lui, la garantie de la constitution et son origine même. Néanmoins, il dissocie l'égalité de contribution de l'égalité de rang et de condition, adoptant ainsi une position plus libérale que celle

1316 Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 299.

1317 *Ibid.*

du Parlement de Paris en 1778¹³¹⁸.

284. Le Garde des sceaux Lamoignon marqua également sa déférence envers la constitution. Il affirme que « les *principes de la constitution Française* seront respectés dans la formation de ces Assemblées »¹³¹⁹. D'après lui, le Roi devait donc se soumettre à la constitution. Le discours ministériel, après avoir attaqué frontalement le régime en place, en affirmant l'absolue nécessité de le réformer, le porte aux nues et s'y soumet.

285. Les discours des nouveaux ministres font écho à ceux des Notables. Ces derniers peuvent alors affirmer que l'ensemble des particularismes et des privilèges résultent de la constitution de l'État. L'Archevêque de Narbonne déclare en conséquence : « Nous avons réclamé la *conservation de nos formes* : elles tiennent à la *constitution de la Monarchie* ; elles reposent, ainsi que toutes les propriétés, sous la garde des lois et sous la protection spéciale de Votre Majesté. »¹³²⁰ De même, l'Abbé de Fare, élu général du Clergé des États de Bourgogne, affirme : « les Députés des Pays d'État vont porter à leur concitoyens, l'assurance que les privilèges des Corps et des Provinces, ces *restes antiques et précieux des formes et de la constitution nationale*, seront religieusement conservés et maintenus »¹³²¹. Les Notables ont acquis, dans leur assemblée, la garantie de respect des formes qu'ils considèrent être celles prévues de la constitution. Une telle victoire de la résistance de l'Assemblée montre le caractère proto-parlementaire de son fonctionnement.

b. Une assemblée proto-parlementaire : responsabilité ministérielle et représentation de la nation

Après le renvoi de Calonne, l'Assemblée des Notables prend un tour proto-parlementaire dans les rapports qu'elle institue avec le Roi. Elle obtint une forme de responsabilité ministérielle¹³²² et est désignée comme la représentante de la nation.

286. Le 23 avril, le Roi se présente devant l'Assemblée des Notables et admet qu'il a cédé à leurs demandes¹³²³. Quelques jours après le renvoi de Calonne et avant la nomination de Loménie de

1318 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

1319 Discours de Monsieur le Garde des sceaux, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 296.

1320 Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 308.

1321 Nous soulignons. *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 316.

1322 Comme le souligne Vida AZIMI, « Des auteurs ont pu voir dans l'action menée par l'Assemblée des Notables contre Calonne, la première manifestation de la responsabilité politique des ministres devant les représentants de la Nation. » Vida AZIMI, « Aux origines de la responsabilité ministérielle » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 219.

1323 « J'ai donné des ordres pour rédiger une loi sur les Assemblées provinciales : je *conserverais aux deux premiers Ordres de l'État, la préséance qu'ils ont toujours eue dans les Assemblées nationales*, et leur organisation sera telle, qu'elles pourront avoir l'activité nécessaire pour bien administrer les objets que je leur confierai. » Nous

Brienne, le Roi est contraint de se présenter devant l'Assemblée des Notables pour montrer qu'il se soumet à la décision de cette dernière. L'Assemblée des Notables a pu, d'une part, engager la responsabilité d'un ministre, en contraignant le Roi à le renvoyer et, d'autre part, obtenir du Roi qu'il change sa politique pour correspondre à leur vues. Elle a également obtenu que le Roi choisisse ses ministres parmi leurs membres. Le fonctionnement de l'Assemblée des Notables est donc proto-parlementaire.

287. À la séance de clôture, Lamoignon et Loménie de Brienne rappelèrent ces victoires : la composition des assemblées doit respecter la distinction des rangs et ces dernières doivent se voir attribuer des pouvoirs suffisants¹³²⁴. Dans leur discours de clôture, ils présentent également l'Assemblée des Notables comme une représentante de la nation. Le Garde des sceaux Lamoignon déclare par exemple que « cette Assemblée a présenté à l'Univers le spectacle touchant d'une généreuse émulation de sacrifices entre le Roi et *la Nation*. »¹³²⁵ Lamoignon tente de cacher la fonction de représentante de la nation derrière les formes classiques de la consultation¹³²⁶. Néanmoins, il reconnaît à l'Assemblée des pouvoirs plus étendus :

« Tout sera donc réparé, Messieurs, *sans secousse, sans bouleversement des fortunes, sans altération dans les principes du Gouvernement, et sans aucune de ces infidélités dont le nom ne doit jamais être proféré devant le Monarque de la France.*

« L'Univers entier doit respecter une Nation qui *offre à son Souverain de si prodigieuses ressources.* »¹³²⁷

Tout en condamnant ouvertement les entreprises de Calonne, il admet implicitement que les Notables ont décidé d'offrir des ressources et ne sont donc pas absolument soumis à l'autorité royale.

Loménie de Brienne affirme également que l'Assemblée des Notables a exprimé le « vœu national »¹³²⁸. Elle assurait donc temporairement la fonction de représentante de la nation et négocia à ce titre la réforme des Assemblées provinciales. Cela conduit le Roi et les Notables à s'accorder sur la composition d'Assemblées nationales offrant ainsi l'ébauche d'une première constitution de la nation.

soulignons. Discours du Roi, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 263.

1324 *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 296 et 299.

1325 Nous soulignons. Discours de Monsieur le Garde des sceaux, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. p. 294.

1326 « La Nation fidèle à son ancien caractère de loyauté, n'a fait *entendre aux pieds du trône que les nobles conseils de l'honneur et de cet amour héréditaire pour ses Rois, qui est le patriotisme des Français.* » Nous soulignons. Discours de Monsieur le Garde des sceaux, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. p. 295.

1327 Nous soulignons, *Ibid.*

1328 Nous soulignons. Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 307.

2. L'ébauche d'une première constitution (forme de convocation) de la nation : distinction des rangs, doublement du Tiers, vote par tête et principe de l'élection

288. Si les Notables étaient attachés aux distinctions d'Ordres et aux particularismes, ils acceptèrent néanmoins des innovations révolutionnaires. Ils avaient opposé la résistance la plus importante concernant la confusion de rangs et l'absence de garantie que les députés privilégiés représentent au moins la moitié de l'Assemblée. Ils obtinrent du Roi qu'il ajoute ces deux principes à la constitution des Assemblées provinciales. En retour, ils acceptèrent, d'une part, d'abolir les privilèges fiscaux¹³²⁹ et, d'autre part, que les distinctions d'Ordres ne jouent qu'un rôle modéré dans la composition et le fonctionnement des nouvelles assemblées qualifiées de nationales : ils avaient consenti au doublement du Tiers, à la réunion des Ordres et au vote par tête. Ils admettaient que des assemblées, où chaque Ordre ne dispose pas d'un droit de *veto*, délibère et vote avec les représentants des autres Ordres, représentent la nation.

289. Loménie de Brienne résuma ce panachage de principe anciens et nouveaux. Premièrement, les Ordres privilégiés avaient obtenu le maintien de la distinction des rangs¹³³⁰ et des particularismes¹³³¹. Ainsi, les représentants des Ordres privilégiés disposaient de la préséance et le président de l'Assemblée devait être choisi parmi eux.

1329« Sa Majesté a vu avec satisfaction, et les Peuples verront avec reconnaissance, qu'aucun sentiment aucun préjugé personnel, n'ont influé dans vos délibérations. Vous avez pensé que la Nation était une, et que tous les Ordres, tous les Corps, toutes les associations particulières dont elle était composée, ne pouvaient avoir d'autres intérêts que les siens. Vous avez en conséquence *abjuré toute distinction lorsqu'il serait question de contribuer aux charges publiques* ; la liberté civile, étendue à tous les états, n'admet plus ces taxes particulières, vestiges malheureux de la servitude dont elles ont été la compensation. Le Gouvernement mieux ordonné, rejette en conséquence toutes ces exemptions pécuniaires qui ont été la suite de ces taxes, et il n'est plus permis de penser que celui qui recueille moins doive payer davantage. » Nous soulignons. Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *PV Assemblée des Notables 1787*, p. 298.

1330« C'est d'après ces principes que seront établies les Assemblées Provinciales. Les deux premiers Ordres y auront *préséance et la préséance dont ils ont toujours joui dans les Assemblées Nationales* ; et cette prérogative ne peut leur être précieuse qu'autant qu'elle tourne à l'avantage des Peuples. Ce n'est pas une vaine égalité démentie à chaque instant par des besoins toujours renaissants, que le Peuple a intérêt de réclamer ; c'est du secours et de l'appui que sa faiblesse invoque, et c'est dans le Clergé et la Noblesse qu'il peut et doit les trouver » Nous soulignons. Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *Ibid.*, p. 299.

1331« La forme des élections, celle des Assemblées subordonnées à l'Assemblée générale, tout ce qui concerne les unes et les autres sera déterminé d'après ces premières bases, et aussi d'après les circonstances locales auxquelles Sa Majesté se propose d'avoir égard. *L'uniformité des principes n'entraîne pas toujours l'uniformité des moyens, et le Roi ne regardera pas comme indignes de son attention, les ménagements que peuvent exiger des coutumes et des usages auxquels il est possible que les Peuples de certaines Provinces attachent leur bonheur.* » Nous soulignons. Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *Ibid.*, p. 300.

Deuxièmement, le Tiers-état disposait d'une double représentation face aux Ordres privilégiés¹³³². Les privilégiés obtenaient donc la garantie que les représentants du Tiers ne pourraient pas être plus nombreux qu'eux, mais ils admettaient une parité entre les privilégiés et le Tiers.

Troisièmement, le Roi instituait le vote par tête¹³³³. Le doublement du Tiers aurait été sans effet s'il n'avait pas été accompagné du vote par tête. Les représentants du Tiers pouvaient donc sérieusement espérer, avec l'alliance de quelques représentants des Ordres privilégiés, faire pencher la balance de leur côté. Loménie de Brienne affirmait de manière audacieuse qu'une telle solution est la seule légitime pour que les Assemblées expriment leur vœu.

Enfin, il admettait que la nation devait être représentée par l'élection¹³³⁴. Les membres des assemblées nationales doivent ainsi être élus pour assurer une représentation effective de la nation et ces assemblées doivent également bénéficier d'une certaine autonomie, notamment en choisissant librement leur président. L'ambition affichée est de permettre à la nation de retrouver une vigueur qu'elle aurait perdue. Aussi Loménie de Brienne dit-il aux Notables : « si quelques-uns vous demandaient avec inquiétude, ce qu'a donc produit cette longue et célèbre Assemblée ? Vous leur direz avec confiance, que *la Nation y a reçu de son Souverain une nouvelle vie et une nouvelle existence dans les Assemblées Provinciales* »¹³³⁵.

Loménie de Brienne, ministre du Roi, se fit donc l'avocat du vote par tête, de la réunion des Ordres, du principe de l'élection, y compris pour désigner le Président de chaque assemblée, et d'une représentation nationale. Une telle réforme était révolutionnaire tant dans son principe, reconnaissant à la nation un droit à la représentation et à l'exercice partiel du pouvoir, que dans ses modalités, établissant une parité entre les Ordres privilégiés et le Tiers-état. Cette première constitution donnée à la nation française en 1787 et les concessions qu'avaient fait les Notables eurent des répercussions sur le débat concernant la convocation des États¹³³⁶.

1332« Puisqu'un seul et même intérêt doit animer les trois Ordres, on pourrait croire que chacun devrait avoir un égal nombre de représentants. *Les deux premiers ont préféré d'être confondus et réunis ; et par là le Tiers-état, assuré de réunir à lui seul autant de voix que le Clergé et la Noblesse ensemble, ne craindra jamais qu'aucun intérêt particulier n'en égare les suffrages.* Il est juste d'ailleurs que cette portion des Sujets de Sa Majesté, si nombreuse, si intéressante et si digne de sa protection, reçoive au moins par le nombre des voix, une compensation de l'influence que donnent nécessairement la richesse, les dignités et la naissance. » Nous soulignons. Discours de Monsieur l'Archevêque de Toulouse, Chef du Conseil Royal des Finances, *Ibid.*, p. 299-300.

1333« En suivant les mêmes vues, le Roi ordonnera que les *suffrages ne soient pas recueillis par Ordre, mais par tête.* La pluralité des opinions des Ordres ne représente pas toujours cette pluralité réelle, qui seule exprime véritablement le vœu d'une Assemblée. » *Ibid.*, p. 300.

1334« Excepté la première convocation, *personne ne fera partie des Assemblées Provinciales qu'il n'ait été élu ;* et, si Sa Majesté se réserve d'approuver le choix qui aura été fait du Président, *ce choix ne pourra jamais tomber que sur un Membre de l'Assemblée, et qui en aura réuni les suffrages.* » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 300.

1335Nous soulignons, *Ibid.*, p. 307.

1336Voir *infra*, Chapitre 3, Section 1 et 2.

L'Assemblée des Notables de 1787 est l'occasion pour les ministres du Roi de prendre place dans un espace politiquement constitué où il est attendu d'eux qu'ils prennent la parole. Leurs discours sont en outre ultérieurement rendus publics par la publication des procès-verbaux de ces assemblées par l'imprimerie royale. Les contradictions de la politique royale font alors l'objet d'une publicité. Les discours des ministres qui se succèdent à la tribune rendent clairement compte des hésitations du Roi, ce qui contribue à le décrédibiliser. Une telle fluctuation dans le discours royal vis-à-vis de la constitution ne put qu'affaiblir considérablement son autorité.

Les Notables ont obtenu du Roi qu'il change de ministres et que leurs revendications soient écoutées. Ils donnèrent à la nation une constitution en instituant des Assemblées provinciales et ils acceptèrent d'abandonner leurs privilèges fiscaux, mais ils refusèrent de consentir tout nouvel impôt. Le Roi, qui avait convoqué cette assemblée pour qu'elle consente de nouveaux subsides, en court-circuitant les parlements, se trouvait maintenant contraint de leur demander d'enregistrer une nouvelle loi fiscale. Les parlements en profitèrent pour reprendre le discours d'opposition qu'ils avaient tenu en 1778, refusèrent d'enregistrer les nouvelles lois fiscales et poursuivirent les réclamations de représentation de la nation en demandant la convocation des États-généraux¹³³⁷. Face à cette fronde parlementaire, le Roi tenta de rétablir son autorité, puis fut contraint de reconnaître une constitution limitant le pouvoir royal.

C. La tentative ministérielle de rétablissement de l'autorité royale à la suite du refus des parlements d'enregistrer de nouvelles lois fiscales

290. Comme l'avait prévu Calonne, les parlements refusèrent d'enregistrer de nouvelles lois fiscales. Le Roi fut donc contraint de recourir à la procédure décriée du lit de justice et la fronde parlementaire s'organisa pour lui opposer une résistance sans précédent depuis la réforme Maupeou¹³³⁸. Le Roi et ses ministres tentèrent en vain de réaffirmer sa souveraineté en ayant recours aux théories traditionnelles sur le pouvoir royal : monopolisation du pouvoir législatif et exécutif entre les mains du Roi et subordination des Cours à l'autorité royale. Louis XVI ne pouvait toutefois pas être aussi ferme et autoritaire que son prédécesseur en raison du poids de plus en plus important de l'opinion publique. Le Roi était donc contraint d'accepter un certain droit de regard sur la gestion de son administration et de ses finances, et ce en rupture avec la tradition monarchique du secret. Il admettait que la nation avait le droit de constater la nécessité de l'impôt et s'engageait à rendre des comptes réguliers sur l'état des finances. Il appuya alors ses réformes sur les principes tirés du droit naturel pour leur donner une légitimité et tenta également de redéfinir la

¹³³⁷Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

¹³³⁸Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

constitution afin qu'elle corresponde à sa conception d'un pouvoir concentré dans ses mains. Cependant, cette entreprise n'eut pas l'effet escompté.

Le Roi convoqua d'abord un lit de justice le 6 août 1787 au cours duquel il fit enregistrer la suppression de l'imposition de deux vingtièmes, l'établissement de la subvention territoriale et la déclaration sur le timbre. Ensuite, il cassa les arrêtés de résistance des Cours et parlements par plusieurs arrêts du Conseil d'État du Roi du mois d'août 1787¹³³⁹. Enfin, il tenta de rappeler à l'ordre le Parlement de Paris par la séance royale du 19 novembre 1787 et par ses réponses aux différentes Cours. Dans leur riposte aux revendications parlementaires, le Roi et son ministère tentèrent de réaffirmer la souveraineté royale (1), mais leur discours restait ambivalent à l'égard du public (2). La référence au droit naturel pour appuyer les réformes royales conduisait à reconnaître la légitimité des revendications fondées sur ces principes (3). De même, leur tentative de définition de la constitution ne pouvait qu'affaiblir l'autorité royale qu'ils tentaient de rétablir (4).

1. La réaffirmation de la souveraineté royale

291. Les Cours avaient, par leurs arrêtés, remis en cause le principe de souveraineté royale, puisqu'elles souhaitaient soumettre le Roi aux États-généraux et aux Cours¹³⁴⁰. Au cours du lit de justice d'août 1787, le Roi rappela d'abord leurs thèses : la liberté d'enregistrement, l'origine nationale du pouvoir des Cours, la nécessité de convoquer les États-généraux pour qu'ils consentent à l'impôt¹³⁴¹.

Puis, pour défendre ses prérogatives, le Roi et son Garde des sceaux tentèrent de réaffirmer

1339 *Extrait des registres du Conseil d'État du Roi, Du 12 août 1787 ; arrêté de la Cour de Parlement qui, sous le bon plaisir du Roi, persiste dans son arrêt du 8 du présent mois, portant défense de se réunir en corps d'Assemblées Provinciales dans son ressort, avant l'enregistrement de l'Édit, du 18 août 1787*, BN F-47070 (11), cassation l'arrêté de résistance du Parlement de Bordeaux du 8 août sur les Assemblées provinciales, suivi de l'arrêté de résistance du 18 août ; *Arrêt du Conseil du 23 août 1787 qui casse et annule l'Arrêté de la Chambre des Comptes du 17 août 1787 ; arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 1^{er} septembre 1787*, BN F-47070 (12) ; *Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787*, BN F-47070 (12) et F-23666 (987).

1340 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

1341 « son Parlement, séant à Paris, aurait osé, le lendemain 7 août, déclarer, toutes les Chambres assemblées, la transcription faite, en présence de Sa Majesté, nulle et illégale ; d'où il paraîtrait résulter, vis-à-vis des Peuples, que les Cours peuvent réformer les Actes émanés du Roi, ou leur ôter leur force par des qualifications qu'elles leur appliquent : Que non content d'une irrégularité aussi scandaleuse, son Parlement, par son Arrêté du 13 du même mois, a essayé de persuader au Peuple, que c'était pas une déférence volontaire pour les désirs du Roi, que de tout temps il s'était prêté à enregistrer les impôts ; qu'il n'avait aucun pouvoir à cet égard, et qu'il n'en pouvait pas recevoir du Roi.

« Que cette erreur avait duré assez longtemps, et qu'il déclarait que le Roi ne pourrait, à l'avenir, obtenir aucun impôt, sans, au préalable avoir convoqué et entendu les États Généraux du Royaume [...] »

« Sa Majesté est également informée que les Officiers de son Parlement, en enregistrant ses Lettres de translation à Troyes, ont profité de la délibération sur ces Lettres, pour persister, le 22 août, dans leurs précédents Arrêtés, et se présenter à la Nation, comme ayant des droits indépendants de l'autorité du Roi, et pouvoir, sans sa volonté d'exercer leurs fonctions dans les lieux où il lui plairait d'envoyer leurs personnes » Nous soulignons. *Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787*, BN F-47070 (12).

les principes traditionnels de l'autorité royale. D'abord, ils déclarèrent que la convocation de l'Assemblée des Notables ou des États-généraux était une compétence discrétionnaire¹³⁴² et que ces Assemblées n'étaient qu'un conseil¹³⁴³. Ensuite, ils rappelèrent que le Roi disposait de la plénitude de l'autorité royale¹³⁴⁴, qu'il ne tenait que de Dieu¹³⁴⁵, et les cours ne tenaient leur autorité que de lui¹³⁴⁶. En conséquence, il était libre de changer le siège du Parlement¹³⁴⁷ ; les Cours devaient se soumettre à son autorité¹³⁴⁸ et « le pouvoir législatif résid[ait] dans la personne du Souverain, sans

1342« ...cette convocation [des États-généraux], qui appartient à lui seul, et que lui seul peut juger nécessaire ou inutile », *Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787*, BN F-47070 (12).

« Je n'ai pas eu besoin d'être sollicité pour assembler les Notables de mon Royaume. Je ne craindrai jamais de me trouver au milieu de mes Sujets. / Un Roi de France n'est jamais mieux que quand il est entouré de leur amour et de leur fidélité ; *mais c'est à moi seul à juger de l'utilité et de la nécessité de ces Assemblées*, et je ne souffrirai jamais qu'on me demande avec indiscretion, ce qu'on doit attendre de ma sagesse et de mon amour pour mes Peuples dont les intérêts sont indissociablement liés avec les miens. » Nous soulignons. Discours du Roi, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787, contenant les discours du Roi & de Monseigneur le Garde-des-sceaux, avec un état détaillé des bonifications, retranchemens & améliorations faits par Sa Majesté, & des observations pour donner un état civil aux protestans : L'édit du Roi, portant création d'emprunts gradués & successifs de quatre cents vingt millions, depuis 1788 jusqu'en 1792 ; le rapport de M. l'abbé Tandeau, de l'édit d'emprunt enregistré à la séance du Roi ; l'arrêté du Parlement du 21 novembre ; et la réponse du roi à la grande députation du Parlement pour obtenir le rappel de Monseigneur le Duc d'Orléans, et la liberté de Messieurs Sabatier et Fréteau, Conseillers au Parlement*, 1787, BN NUMM-47219, p. 3-4.

« Au Roi seul appartient le droit de convoquer les États-généraux [...] lui seul doit juger si cette convocation est utile ou nécessaire » Discours du Garde des sceaux, *Ibid.*, p. 6.

1343« Il n'a besoin d'aucun pouvoir extraordinaire pour l'administration de son Royaume ; [...] un Roi de France ne pourrait trouver dans les Représentants des trois Ordres de l'État, *qu'un conseil plus étendu*, composé des Membres choisis d'une famille dont il est le Chef, et qu'il serait toujours l'Arbitre suprême de leurs représentations ou de leurs doléances. » Nous soulignons. Discours du Garde des sceaux, *Ibid.*, p. 7.

1344« Au Roi seul appartient la puissance souveraine dans son Royaume » Discours du Garde des sceaux, *Ibid.*, p. 6.

1345« Sa Majesté doit à la Nation, à ses Descendants, Elle se doit à Elle-même, de ne souffrir jamais que *l'autorité que Dieu a mise dans ses mains*, éprouve la plus légère altération, et qu'elle soit méconnue par ses propres Officiers, qui en ont toujours été les premiers défenseurs. [...] il n'est comptable qu'à Dieu seul de l'exercice du pouvoir suprême » Discours du Garde des sceaux, *Ibid.*, p. 6.

1346« Il paraîtra sans doute inouï que des *officiers du Roi* se déterminent à attaquer ainsi sa puissance, et *profitent du titre dont Sa Majesté a bien voulu les revêtir*, pour exciter les Sujets à la fermentation, par un prétendu examen des bornes de l'autorité royale » Nous soulignons. *Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787*, BN F-47070 (12) et F-23666 (987).

« Sa Majesté, justement mécontente d'une demande que vous fondiez sur le *prétendu défaut des pouvoirs que vous tenez d'Elle*, et qui semblait avoir le caractère d'une réquisition, que les droits sacrés de son autorité repoussent et réprouvent, n'a pas voulu jusqu'à présent s'arrêter à cette question, pour ne se point distraire du but qu'Elle se proposait et qu'Elle veut atteindre. » Discours du Garde des sceaux, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 6.

« J'ai reçu des rois mes prédécesseurs la *plénitude de l'autorité* qu'ils ont exercée, et la portion que j'en ai confiée à mes cours, ne peut jamais avoir pour effet de demander le retrait de mes lois sans les examiner, et sans me présenter les inconvénients qui peuvent résulter de leurs dispositions. » Nous soulignons. *Réponse du Roi aux itératives supplications de la Cour des aides, du 2 septembre 1787*, BN NUMM-47131.

1347« Sans doute il appartient au Roi de déterminer le lieu où il juge à propos que la justice soit rendue dans son royaume, et de changer, par son autorité, le lieu désigné par les Ordonnances, pour être le Siège de son Parlement » *Arrêt du Conseil-d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787, 2 septembre 1787*.

1348« Les expressions de votre arrêté du 4 janvier dernier sont aussi indiscrettes que celles de votre arrêté du 27 août dernier. / Je les supprime l'un et l'autre de vos registres, *comme contraires à la soumission et au respect, dont mon parlement doit l'exemple*. » Réponse du Roi aux Remontrances sur les lettres de cachet, le 16 janvier 1788, *Flammermont*, III, p. 713.

dépendance et sans partage »¹³⁴⁹. De même, s'agissant de l'enregistrement de lois fiscales, il n'était tenu de faire aucune communication aux parlements préalablement à leur enregistrement¹³⁵⁰.

292. La contestation des prérogatives royales resta vive et plusieurs cours prirent des arrêtés de résistance¹³⁵¹. Le Roi fut ainsi contraint de convoquer une séance royale le 19 novembre au cours de laquelle il dût affirmer « c'est légal parce que je le veux »¹³⁵². Le simple fait qu'il soit contraint de rappeler ce principe du gouvernement monarchique, d'après lequel la loi est faite par la volonté du Roi, montre à quel point sa position était fragile. Dans sa réponse du 17 avril 1788 aux remontrances sur la séance du 19 novembre 1787, il dut défendre la légalité de la procédure suivie et justifier, qu'en sa présence, il pouvait librement décider de l'enregistrement sans être soumis à l'avis des parlementaires.

Une résistance aussi tenace affaiblissait considérablement le Roi qui était obligé de rappeler les fondements de son autorité et les principes régissant l'exercice de son pouvoir¹³⁵³. De plus, Louis XVI se voyait constamment opposé un refus de la part des cours sans parvenir ni à les faire céder, ni à faire reconnaître son autorité. Celles-ci bénéficiaient du soutien du public ce qui explique certainement leur persévérance et la contrainte que l'appui du public faisait peser sur le Roi explique l'ambivalence du discours de celui-ci à l'égard de celui-là.

2. L'ambivalence du discours royal face au public : l'admission du principe de nécessité de l'impôt

293. Les termes du rappel à l'ordre de Louis XVI sont proches de ceux qu'avait employés son prédécesseur dans la séance dite de la Flagellation¹³⁵⁴. Néanmoins, la nouveauté réside dans l'existence d'un public à séduire ou à calmer. Ce public joue le rôle d'un soutien pour le Parlement qui n'hésite pas s'appuyer sur lui pour faire céder le Roi.

Le Roi accuse en conséquence le Parlement d'avoir « essayé de persuader au Peuple, que

1349 Discours du Garde des sceaux, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 6.

1350 « Une crise malheureuse, mais momentanée, dans ses finances ne doit pas introduire des *formes inusitées dans la vérification de ses lois sur cette matière* ; [...] en écartant de son administration intérieure le voile qui la couvrait, il ne doit point se *départir des règles ordinaires de sa sagesse pour le maintien de sa suprême puissance* ; [...] les communications insolites récemment accordées par sa bonté à l'assemblée des Notables ne doivent point changer l'exercice ordinaire de son autorité dans ses cours. » Discours du Garde des sceaux au lit de justice du 6 août 1787, Flammermont, p. 680.

1351 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

1352 Voir sur ce point François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 523.

1353 « Il était superflu de me parler de la loi de l'enregistrement et de la liberté des suffrages. Lorsque je viens tenir mon parlement, c'est pour entendre la discussion de la loi que j'y apporte et me déterminer sur l'enregistrement avec plus de connaissance de cause ; c'est ce que j'ai fait le 19 novembre dernier. / J'ai entendu les avis. / Il n'est nécessaire de les résumer que lorsque je n'assiste pas à vos délibérations ; la pluralité peut seule alors me faire connaître le résultat de vos opinions. / Lorsque je suis présent, j'en juge par moi-même. [...] *Tout a été légal dans la séance du 19 novembre.* » Nous soulignons. *Réponse du Roi aux remontrances sur la séance du 19 novembre 1787, 17 avril 1788*, BN Lb39-543, p. 735.

1354 Voir *supra*, ce chapitre Section 1, § 1, B.

c'était par une déférence volontaire pour les désirs du Roi, que de tout temps il s'était prêté à enregistrer les impôts » ; d'« exciter les Sujets à la fermentation, par un prétendu examen des bornes de l'autorité royale » ; « d'affaiblir aux yeux des Peuples, l'obéissance due à l'Autorité Royale, en supposant, contre tout principe, qu'il avait le droit de frapper de nullité, deux Lois enregistrées par les ordres du Roi » et de « détourner de l'obéissance qui lui est due, les Peuples auxquels les parlements doivent l'exemple de la soumission ». Il justifie ainsi sa décision d'exil par la volonté de séparer le Parlement « de la fermentation qu'il excitait et recevait de la capitale »¹³⁵⁵. Lamoignon accusa également le Parlement de Paris de diffuser sa doctrine considérée comme dangereuse et d'inciter les autres cours à le soutenir¹³⁵⁶.

Dans l'opposition entre les cours et le Roi, le public jouait donc un nouveau rôle tout à fait singulier que le Roi reconnaissait et redoutait. Dans ce cadre, l'accusation de despotisme et d'arbitraire était extrêmement défavorable au Roi et tout rappel à l'ordre apparaissait comme une nouvelle preuve de despotisme.

294. Cela le conduit à reconnaître un rôle à la nation et au peuple que les ministres du Roi tentent d'utiliser à l'instar des parlementaires.

Lamoignon affirme par exemple que les « vrais principes » auxquels il entendait ramener le Parlement étaient « universellement admis par la Nation »¹³⁵⁷ ou encore que s'opposer à l'instauration des Assemblées provinciales reviendrait à « s'élever ouvertement contre le vœu unanime du royaume »¹³⁵⁸. Il prétend que l'instauration des Assemblées provinciales et la convocation de l'Assemblée des Notables, « attestent assez combien le Roi aime communiquer avec sa Nation »¹³⁵⁹.

Poussés par la pression de l'opinion publique, le Roi et le Ministère reconnaissaient par exemple le principe de nécessité de l'impôt¹³⁶⁰, mais ne déterminaient pas clairement à qui appartenait la compétence de constater cette nécessité. Le Roi s'engageait à publier l'état de ses finances annuellement et Lamoignon affirmait « que la conviction des besoins de l'État est

1355 *Arrêt du Conseil-d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787, 2 septembre 1787.*

1356 « D'abord, Messieurs, il vous était facile de prévoir que la juste considération dont jouit le premier Parlement du Royaume, propagerait la doctrine nouvelle et irréfléchie que vous adoptiez, et établirait un concert dangereux entre vos principes et les réclamations des autres Cours de Justice du Royaume. / Cette commotion générale pouvait vous préparer les regrets les plus amers, en excitant dans les esprits une fermentation très contraire à vos vues. » Discours du Garde des sceaux, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 6.

1357 *Ibid.*, p. 7.

1358 *Ibid.*, p. 9.

1359 *Ibid.*

1360 « C'est aux seuls besoins réels que je veux proportionner les impôts et il est un terme que je mettrai toujours à leur durée, la fin de ces mêmes besoins. L'état que je ferai publier tous les ans ne laissera aucun doute à ce sujet. » 29 juillet 1787, *Flammermont*, III, p. 675.

indubitable pour toute la Nation comme pour vous-mêmes »¹³⁶¹.

Le discours royal semblait reconnaître à la nation et à sa volonté une valeur contraignante, mais n'acceptait de conférer aucun réel pouvoir à cette dernière : le Roi communique avec sa nation, mais ne partage pas la souveraineté avec elle. Dans le contexte de 1787, ces principes traditionnels apparaissaient anachroniques et surannés et nécessairement moins séduisants que ceux portés par les parlementaires et les patriotes.

Le Roi, tentant de se réappropriier ces thèmes, invoqua alors le droit naturel.

3. L'invocation du droit naturel par le Roi lui-même

295. Le Roi lui-même finit par invoquer le droit naturel afin d'appuyer ses réformes. Lorsqu'il présente son projet de donner un état civil aux protestants, il déclare vouloir « ne pas laisser une partie de mes Sujets *privés de leurs droits naturels, et de ce que l'état de société leur promet.* »¹³⁶² Son Garde des sceaux, Lamoignon, affirme également « Le Roi a concilié, dans la nouvelle Loi, les droits de la nature avec les intérêts de son autorité et de la tranquillité publique. »¹³⁶³

Le Roi et le ministère reconnaissaient donc l'existence du droit naturel et son caractère, au moins partiellement, contraignant. Cela permet également de justifier les réformes en les présentant comme la simple reconnaissance de droits naturels et non comme l'instauration de nouveaux principes¹³⁶⁴.

Néanmoins, le débat entre le Roi et les parlements se cristallisa particulièrement autour de la notion de constitution et de sa définition.

4. La tentative de définition royaliste de la constitution : un nouvel affaiblissement de l'autorité royale

296. Le Garde des sceaux Lamoignon tenta, à deux reprises, d'imposer une définition royaliste de la notion de constitution. Au cours du lit de justice du 6 août 1787, il affirmait :

« Le Roi ne se méfiera jamais de la Magistrature ; il ne doute ni de vos lumières ni du zèle dont vous êtes animés pour son service et pour sa gloire. Mais il a considéré que, *par la constitution de la Monarchie*, il

¹³⁶¹Flammermont, III, p. 680.

¹³⁶²Nous soulignons. Discours du Roi au Parlement, à la Séance du 19 novembre 1787, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 3.

¹³⁶³Discours Lamoignon 19 novembre 1787, *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 15.

¹³⁶⁴« Sa Majesté prescrit les formes légales qui doivent constater la naissance, les mariages et la mort de ses Sujets non Catholiques ; et Elle borne sa justice à leur égard à ces *facultés primitives, qui sont un droit sacré de la nature, plutôt qu'un bienfait arbitraire de la Loi.* / Toute la partie éclairée de la Nation sollicitait depuis longtemps cette Loi, que Sa Majesté n'a souscrite qu'après les plus mûres délibérations. / Aux grands avantages qui doivent en résulter pour la Population, pour l'Agriculture, pour le Commerce et pour les Arts, se joindre encore celui de *ne plus voir de contradiction entre les lois et la nature*, entre les lois et les mœurs, entre les lois et les jugements des Tribunaux, enfin entre les suppositions des Ordonnances et *l'évidence invincible des faits.* / Les Sujets non Catholiques du Roi seront protégés par des lois qui assureront leur état, sans les rendre dangereux ; et la sage tolérance de leur Religion, ainsi restreinte aux *droits les plus incontestables de la nature humaine*, ne sera point confondue avec une coupable indifférence pour tous les cultes. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 16.

est le seul administrateur de son royaume »¹³⁶⁵

Il pensait sans doute raffermir l'autorité royale, mais il l'affaiblissait. D'une part, il invoquait la constitution, créature du Parlement, reconnaissait par là son existence et sa légitimité et contraignait le Roi à invoquer celle-ci pour faire valoir ses droits. D'autre part, il reconnaissait au Roi le simple rôle d'administrateur de son royaume¹³⁶⁶. Ce dernier était réduit au rôle de simple gestionnaire de la Couronne.

297. Dans sa réponse aux remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787, le Roi lui-même tenta de redéfinir la constitution ou plutôt en donna une définition négative :

« Si la pluralité dans mes cours forçait ma volonté, la Monarchie ne serait plus qu'une aristocratie de magistrats, aussi contraire aux droits et aux intérêts de la Nation qu'à ceux de la Souveraineté.

« Ce serait en effet une *étrange constitution* que celle qui réduirait la volonté du Roi à la valeur de l'opinion d'un de ses officiers et qui assujettirait le législateur à avoir autant de volontés qu'il y aurait de délibérations différentes dans les diverses cours de justice de son royaume. »¹³⁶⁷

Le Roi accusait donc les parlements de vouloir transformer le régime en aristocratie, à l'instar de Le Paige¹³⁶⁸. Il tente ainsi de démontrer par l'absurde l'inexistence de la constitution dont se prévalaient les cours. Ce procédé pouvait sembler habile, mais il conduisait encore une fois à présenter le Roi sous un jour autoritaire qui lui était défavorable.

Face à l'arme que représentait la notion de constitution et sa vocation à être pourvoyeuse de liberté et de sécurité, le discours royal était désarmé. Le Roi est finalement contraint de donner une inflexion libérale à son discours et tente d'utiliser le thème de la régénération et la notion de constitution contre les parlements en convoquant des États-généraux et en (r)établissant la *curia regis*.

1365 Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 680.

1366 D'après la quatrième édition du Dictionnaire de l'Académie française, datant de 1762, un administrateur était « celui [...] qui régit les biens, les affaires d'une communauté ».

1367 Réponse du Roi, 17 avril 1788, Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 721.

1368 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, A, 2.

D. L'utilisation de la régénération et de la constitution contre les parlements : rétablissement de la *curia regis* et reconnaissance de la compétence fiscale des États-généraux

298. Pour mener à bien ses réformes et casser la résistance parlementaire, le Roi fut contraint de s'approprier les théories des parlements et d'accepter l'existence d'une constitution qu'il prétendit rétablir en instituant la Cour plénière (1). Cette reconnaissance d'une constitution le conduisit également à accepter la compétence des États-généraux et la nécessité de les convoquer pour consulter la nation (2).

1. La reconnaissance partielle d'une constitution contre les parlements : l'institution de la Cour plénière

299. Le discours royal, dans le cadre de la réforme judiciaire menée par Lamoignon, était une fois encore ambivalent. Il tentait de maintenir son autorité en reprenant les principes sur lesquels il appuyait toutes ses tentatives de réforme : autorité et uniformité (a). Néanmoins, il fut contraint d'infléchir cette position en reconnaissant l'existence de la constitution et de droits de la nation (b).

a. Le maintien des principes habituels des réformes de Louis XVI : autorité et uniformité

La plupart des réformes menées par Louis XVI étaient justifiées par la nécessité d'uniformiser et d'unifier le fonctionnement du royaume pour rendre plus aisé l'exercice de l'autorité royale. Pour mener à bien ces réformes, le Roi était contraint de s'appuyer sur son pouvoir et son autorité.

300. Le thème de l'uniformisation et de l'unification traversa toutes les tentatives de réformes de Louis XVI au cours de la Prérévolution. Celles qu'il présenta au lit de justice du 8 mai 1788 n'y firent pas exception. La quête d'uniformité, chère aux physiocrates¹³⁶⁹, était poursuivie par les ministres en place, car elle semblait être un moyen d'enrayer la révolte, de rétablir l'autorité royale et de faciliter le fonctionnement de l'État.

Le principal argument en faveur de la réforme est sa rationalité : il est plus rationnel d'avoir des règles et des principes uniformes sur l'ensemble du royaume. Le remplacement des parlements par une Cour plénière, chargée d'enregistrer les lois pour l'ensemble du territoire, est présenté comme un moyen d'assurer « dans leur enregistrement la promptitude et l'uniformité qu'exige leur exécution »¹³⁷⁰. Le but de la réforme était donc de « procurer aux justiciables une justice plus prompte et moins dispendieuse »¹³⁷¹.

1369 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3.

1370 Édit du Roi portant rétablissement de la Cour plénière, 8 mai 1788, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par MM. JOURDAN, DECRUSY, ISAMBERT (ci-après Isambert), vol. 28., p. 560.

1371 Lit de justice du 8 mai 1788, Discours du Roi, *Flammermont*, III, p. 750.

301. La réforme uniformisait le fonctionnement des tribunaux. Cette ambition était justifiée par le souhait « que l'unité des tribunaux réponde désormais à l'unité des lois »¹³⁷² afin « de simplifier l'administration de la justice dans son royaume »¹³⁷³. L'objectif était donc d'unifier les règles de droit et le fonctionnement de la justice sur l'ensemble du territoire, en affaiblissant le rôle et l'influence des parlements locaux. Lamoignon n'hésitait pas à déclarer : « Déjà les diverses coutumes qui régissent les différentes provinces, et même souvent les différentes villes de chaque province, ont fait un chaos de la législation française. »¹³⁷⁴ La réforme avait vocation à affermir l'autorité centrale¹³⁷⁵ qui aurait moins besoin de faire usage de son autorité¹³⁷⁶ et à rompre la résistance des parlements, notamment en matière fiscale¹³⁷⁷.

302. Le Roi, pour mener à bien cette réforme, à laquelle les parlements étaient évidemment opposés, devait faire usage de son autorité et s'opposer à la dénonciation du système de la volonté seule¹³⁷⁸. Il rappelait à nouveau que « le droit de décider appartient à Sa Majesté seule »¹³⁷⁹. Son Garde des sceaux tentait également de défendre l'usage du lit de justice en rappelant le « digne usage » que le Roi « peut faire du pouvoir suprême pour le bien de la Nation »¹³⁸⁰.

La nation et ses droits apparaissaient ainsi une contrainte argumentative à laquelle le Roi et son ministère ne pouvaient plus échapper. Ils prirent alors le parti d'embrasser cette doctrine afin de la retourner contre ses promoteurs, les parlements.

1372Lit de justice du 8 mai 1788, Discours du Garde des sceaux, *Flammermont*, III, p. 761.

1373*Ibid.*

1374*Ibid.*, p. 763.

1375« Je veux surtout mettre dans toutes les parties des la Monarchie cette unité de vue et cet ensemble, sans lesquels un grand royaume est affaibli par le nombre même et l'étendue de ses provinces. » Lit de justice du 8 mai 1788, Discours du Roi, *Flammermont*, III, p. 751.

1376« Cette résistance peut sans doute être vaincue par notre autorité, et en la déployant dans toute sa force, nous ramènerions nos cours à l'uniformité et à la soumission dont elles n'auraient pas dû s'écarter ; mais ces actes multipliés et continuels de rigueur, quelque nécessaires qu'ils puissent être, répugnent à notre bonté paternelle : pendant que nous sommes obligé d'y avoir recours, l'inquiétude et l'alarme se répandent, le crédit s'altère, les meilleures opérations restent problématiques ou imparfaites, et il nous devient impossible de suivre dans son universalité le plan d'administration que nous avons arrêté dans nos conseils. » Édit du Roi portant rétablissement de la cour plénière, 8 mai 1788, *Isambert*, vol. 28, p. 560.

1377« Ces considérations ont longtemps occupé notre sagesse ; elles doivent convaincre nos peuples, comme elles nous ont convaincu nous-même, qu'il est nécessaire que les lois communes à tout le royaume soient enregistrées dans une cour qui soit aussi commune à tout le royaume. La nécessité de cette cour unique est devenue encore plus urgente, par la déclaration que nous en ont faite presque tous les Parlements, qu'ils étaient incompetents pour procéder à l'enregistrement de l'accroissement ou de l'établissement d'aucun impôt. » *Ibid.*

1378Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

1379Arrêt du Conseil d'Etat qui casse un arrêté de la Cour des aides de Paris du 5 mai 1788, 6 mai 1788, BN F-23666 (1055).

1380*Flammermont*, III, p. 751.

b. L'admission partielle des thèses libérales

303. Le Roi admettait les principes libéraux en reconnaissant des droits à la nation (i) et appuyait sa réforme sur l'idée qu'elle serait le rétablissement d'une constitution antique (ii).

i. L'admission d'une monarchie limitée par une constitution

304. Avant le lit de justice du 8 mai 1788, le Roi s'était toujours refusé à reconnaître clairement l'existence d'une constitution contraignant son action. S'il avait marginalement reconnu les distinctions d'Ordres et de rangs, il avait maintenu le principe monarchique d'après lequel le pouvoir lui appartient sans partage. Lorsqu'il employait le terme constitution, c'était pour désigner des lois qu'ils faisaient ou des règlements qu'il donnait à des organes ; jamais les constitutions ne s'imposaient à lui.

Avec le lit de justice du 8 mai 1788, le Roi admettait le principe d'une monarchie limitée par une constitution qu'avait constamment réclamée et invoquée les parlements depuis les années 1750. Le Roi faisait siennes les thèses de Le Paige. Il présentait sa réforme comme le rétablissement de la *curia regis* définie par ce dernier. Son édit portait ainsi le « rétablissement de la cour plénière » et non son établissement comme l'expliquait son préambule :

« Malgré tous ces motifs, qui nécessitent l'établissement d'une cour unique, nous aurions eu de la peine à nous déterminer, si cette institution n'eût pas été *fondée sur l'ancienne Constitution de nos États*.

« *Nous avons reconnu que deux sortes d'Assemblées font partie de la Constitution Française* : les Assemblées momentanées des Représentants de la Nation pour délibérer sur les besoins publics et nous offrir des doléances ; et les Assemblées permanentes d'un certain nombre de personnes préposées pour vérifier et publier nos Lois. »¹³⁸¹

Le Roi se soumettait par là à une constitution organisant une monarchie limitée. Il reconnaissait que l'existence de certains organes ne dépendait pas simplement de sa volonté.

305. Il admettait également le récit des origines si souvent invoqué par les parlements à la suite de Le Paige : il existe une constitution primitive de la monarchie qu'il convient de rétablir et, d'après cette constitution originelle, il n'y avait qu'une seule cour chargée du dépôt des lois¹³⁸². Le

1381 Nous soulignons. Édit du Roi portant rétablissement de la cour plénière, 8 mai 1788, *Isambert*, vol. 28, p. 560.

1382 « Déjà Nous avons solennellement annoncé que nous convoquerions la Nation avant 1792, et Nous n'hésiterons jamais de l'assembler toutes les fois que l'intérêt de l'État l'exigera. Les autres assemblées n'ont jamais cessé d'avoir lieu dans notre Royaume ; antérieurement à nos Parlements, elles subsistaient encore, au moment où notre Parlement de Paris est devenu sédentaire. Insensiblement les Rois nos Prédécesseurs ont diminué le ressort de cette Cour plénière et suprême, en créant de nouveaux Parlements par des Actes de leur autorité. Mais quand ils ont établi ces Tribunaux, dont ils ont successivement augmenté les Membres, *ils n'ont jamais entendu changer la Constitution primitive de la Monarchie*, qui est restée toujours la même.

« Nos Parlements ont donc été plus ou moins multipliés [...] mais le principe fondamental n'a subi aucun changement. Une Cour unique était *originellement dépositaire des Lois* ; et la rétablir, ce n'est pas altérer, c'est faire revivre la *Constitution de la Monarchie*. » *Ibid.*

Roi adhéraient ainsi à la thèse de l'union des classes qu'avaient défendue les parlements depuis la Fronde. La stratégie était de prétendre rétablir la constitution, non pour emporter l'adhésion des parlements, ce qui était illusoire, mais pour leur retirer le soutien de l'opinion publique et pour faire apparaître leurs revendications comme fondées sur leurs intérêts particuliers. En outre, cela permettait de se soustraire à l'accusation d'innovation qui fut opposée à de nombreuses réformes d'inspiration physiocratique. Le Roi se présentait comme l'auteur de la restauration tant réclamée¹³⁸³. Il tentait de retourner l'arme des parlements contre eux-mêmes, mais le faisait au prix de son autorité et de son pouvoir. Il admettait d'ailleurs que la nation avait des droits, indépendants des siens.

ii. La reconnaissance des droits de la nation

306. En ouverture de la séance, le Roi affirmait vouloir « confier de nouveau à la Nation l'exercice de ses droits légitimes, qui doivent toujours se concilier avec les miens. »¹³⁸⁴ De manière inédite¹³⁸⁵, il reconnaissait des droits à la nation et il estimait également qu'elle était une entité séparée de lui. Selon la doctrine classique, les intérêts du Roi sont inséparables de ceux de la nation¹³⁸⁶. Il semblerait donc surprenant de reconnaître à la nation des droits indépendants et spécialement d'imaginer que ces droits devaient être conciliés avec ceux du Roi, comme si leurs intérêts étaient opposés. En outre, le fait pour le Roi d'admettre que ses droits étaient à concilier avec ceux de la nation signifie qu'il se plaçait déjà sur un plan d'égalité vis-à-vis de cette dernière.

Cette présentation fait apparaître une forme de dualisme entre le Roi et la nation qui est en rupture avec la conception traditionnelle de la monarchie.

Le Roi sacrifiait sur l'autel de la lutte avec les parlements ses prérogatives et sa souveraineté même. Il était paradoxal qu'il s'affaiblisse pour rétablir son autorité. Ce procédé ne calma pas la révolte et ne fit que renforcer la légitimité des arguments parlementaires. Comme l'écrit Élie

1383« L'ordre que je veux établir n'est pas nouveau : le Parlement était unique quand Philippe le Bel le rendit sédentaire à Paris ; il faut à un grand État un seul Roi, une seule loi, un seul enregistrement ; des tribunaux d'un ressort peu étendu, chargés de juger le plus grand nombre des procès ; des parlements, auxquels les plus importants sont réservés ; une cour unique, dépositaire des lois communes à tout le royaume, et chargé de leur enregistrement ; enfin, des États généraux assemblés non une fois, mais toutes les fois que les besoins de l'État l'exigeront. Telle est la *restauration* que mon amour pour les sujets a préparée et consacre aujourd'hui pour leur bonheur. » Nous soulignons. Discours du Roi, *Flammermont*, III, p. 751.

« Pour rétablir cette cour, le Roi n'a eu besoin d'aucune innovation, il lui a suffi de remonter au delà de l'érection de ses parlements. / C'est dans tous les monuments de notre histoire que S. M. a trouvé le modèle de cette grande institution. » Discours du Garde des sceaux, *Flammermont*, III, p. 764.

1384*Flammermont*, III, p. 751.

1385Calonne avait employé une rhétorique similaire quelques mois auparavant, voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, A.

1386Voir par exemple le discours prononcé par Louis XV au cours de la séance de la Flagellation, *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, B.

Carcassonne, « l'absolutisme capitulait »¹³⁸⁷. Il offrait ainsi de nouveaux arguments aux parlements qui n'hésitèrent pas à s'en saisir¹³⁸⁸. Face à cette résistance généralisée des cours, mais également d'autres corps intermédiaires, tels que l'Assemblée du Clergé, le Roi fut contraint d'adopter une position libérale.

2. L'adoption d'une doctrine libérale par le Roi : la reconnaissance des compétences de la nation et des États-généraux

307. Poussé par les revendications des corps intermédiaires et la pression populaire et bourgeoise, le Roi fut finalement contraint d'adopter une position libérale pour contrer la révolte parlementaire. Se trouvant dans l'impasse avec les parlements, il décidait de se retourner contre eux et de mettre en avant les États-généraux et la nation afin d'endiguer le mouvement prérévolutionnaire. La stratégie du Roi consistait donc à reconnaître d'importantes compétences à la nation, abandonnant une partie de son pouvoir, mais à déposséder les parlements des pouvoirs qu'ils prétendaient avoir.

Dans sa réponse aux remontrances du Clergé, il affirme, d'une part, qu'il a « la ferme résolution de n'établir aucune imposition sans le consentement des États-généraux »¹³⁸⁹ et, d'autre part, que « Nulle Cour ne peut représenter la Nation, qui ne peut l'être que par les États-généraux »¹³⁹⁰. Le Roi tentait donc d'affaiblir les parlements en s'appuyant sur les États-généraux et les droits qu'il reconnaît à la nation¹³⁹¹.

308. Le 20 juin 1788, par un arrêt du Conseil d'État, il supprime les délibérations et protestations des cours et autres corps et communautés faites depuis la publication des Lois portées au lit de justice du 8 mai 1788¹³⁹². Cet arrêt présente la nouvelle rhétorique royale qui vise à reconnaître des

1387« Quelle était la mesure de ces “droits”, enfin reconnus par le prince ? On pouvait encore en discuter. Il restait quelque ambiguïté dans les paroles de Louis XVI. Mais, en fait, l'absolutisme capitulait : le principe longtemps professé par les publicistes libéraux, la nécessité du consentement national pour les subsides, s'imposait à la royauté. Par deux fois en moins de vingt ans, la réaction des “corps intermédiaires” avait servi la fortune des États-généraux : en 1771, elle en avait ressuscité l'image ; en 1787 et 1788, elle en faisait une réalité. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 580.

1388Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

1389Réponse du roi, aux remontrances du Clergé du 15 juin 1788, BN Ld4-3053, p. 2.

1390Réponse du roi, aux remontrances du Clergé du 15 juin 1788, p. 3.

1391« Je ne dois pas tolérer qu'aucuns Corps particuliers usurpent mes droits et les siens [ceux de la nation] : mais j'ai dit que je voulais confier de nouveau à la Nation l'exercice de ceux qui lui appartiennent ; j'ai dit que je l'assemblerais, non une fois, mais toutes les fois que les besoins de l'État l'exigeraient. C'est au milieu des États que je veux, pour assurer à jamais la liberté et le bonheur de mes Peuples, consommer le grand ouvrage que j'ai entrepris de la régénération du Royaume, et du rétablissement de l'ordre dans toutes ses parties. » Nous soulignons. Réponse du roi, aux remontrances du Clergé du 15 juin 1788, p. 3.

Voir sur ce point Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 306 et s.

1392« LE ROI ÉTANT EN SON CONSEIL, a ordonné et ordonne que les Délibérations et Protestations de ses Cours et autres Corps et Communautés, faites depuis la publication des Lois portées au Lit de Justice du huit Mai dernier, pour en empêcher l'exécution, ou en dénaturer les objets, seront et demeureront supprimées comme séditeuses, attentatoires à l'Autorité Royale, faites sans pouvoir, et tendantes à tromper les Peuples sur les véritables intentions de Sa Majesté » Nous soulignons. Arrêt du Conseil-d'État du Roi portant suppression des Délibérations et

droits à la nation tout en réaffirmant l'autorité royale et en décrédibilisant les revendications parlementaires. Cette reconnaissance des droits de la nation est partielle et concerne essentiellement le principe du consentement à l'impôt¹³⁹³. Par ailleurs, le Roi refuse aux parlements toute fonction de représentation¹³⁹⁴. Il tente donc de se présenter comme le véritable défenseur de la nation à l'inverse des parlements qui ne seraient que les défenseurs de leurs intérêts particuliers¹³⁹⁵ : « Il est de la justice de Sa Majesté d'éclairer la Nation sur ses véritables intérêts, comme de la rappeler à ses véritables droits. »¹³⁹⁶

Le Roi était à l'issue de cet affrontement considérablement affaibli. Il avait admis le principe de nécessité de l'impôt, le droit à une représentation nationale pour consentir les impôts et présenter des doléances, reconnu les droits de la nation et accepté une constitution limitant le pouvoir du monarque. Il acceptait une monarchie limitée dans des termes largement indéterminés afin d'endiguer la révolte parlementaire la plus importante du siècle.

En quelques mois, le Roi avait changé à plusieurs reprises de politique et son discours sur la constitution avait pareillement varié. Il avait été conduit à reconnaître la légitimité des revendications des patriotes et des privilégiés. S'il avait dans l'ensemble tenté de maintenir son autorité et la doctrine monarchique traditionnelle, il avait également cédé du terrain sur de nombreux points. Avec Calonne, il avait fondé la légitimité de ses réformes non sur son pouvoir et son autorité, mais sur la raison, justifiant ainsi la critique et l'évaluation de l'ensemble du régime administratif et fiscal. Il s'était fait le défenseur de l'égalité fiscale et reconnaissait la nécessité d'obtenir l'approbation de l'opinion publique. Avec Loménie de Brienne et Lamoignon, il avait accepté la constitution traditionnelle qui préserve les distinctions d'Ordres et de rangs, la nécessité de conférer des pouvoirs suffisants aux représentants de la nation et le droit pour cette dernière de constater la nécessité de l'impôt. En même temps qu'il admettait que la nation disposait du droit

Protestations des Cours et autres Corps et Communautés, faites depuis la publication des Loix portées au Lit de Justice du 8 Mai dernier, 20 juin 1788, BN F-23666 (1070).

1393« Il n'y a point de despotisme où la Nation exerce tous ses droits : et le Roi a déclaré qu'il voulait la rétablir dans tous ceux qui lui appartiennent, en la convoquant toujours pour les subsides qui pourront être nécessaires à l'État, en écoutant ses plaintes et ses doléances ; en ne se réservant de pouvoir que celui qui a toujours été en France dans les mains du Monarque, et qui ne peut être partagé dans une Monarchie, sans entraîner le malheur du Peuple. » Nous soulignons. *Arrêt du Conseil-d'État du Roi portant suppression des Délibérations et Protestations des Cours et autres Corps et Communautés, faites depuis la publication des Loix portées au Lit de Justice du 8 Mai dernier, 20 juin 1788.*

1394« Comme si la Nation pouvait jamais croire qu'il existe entre les mains de quelques Officiers du Roi, un pouvoir national, et un droit de contrarier l'autorité dont ils émanent, et d'en déterminer le caractère. [...] Comme si ce n'étaient pas des Officiers du Roi qui composaient tous ces Corps, et que des Officiers du Roi pussent être les représentants de la Nation. » *Ibid.*

1395« Passant des principes aux conséquences, des Cours, des Corps se sont érigés en Législateurs pour leurs intérêts particuliers. » Nous soulignons. *Ibid.*

1396*Ibid.*

d'être représentée, il concédait également le principe de l'élection pour parvenir à cette représentation, se trouvant ainsi directement concurrencé par des assemblées élues. Quant à la représentation de la nation, il admettait, dans les Assemblées provinciales, qu'elle soit fondée sur le doublement du Tiers et le vote par tête. À la suite de la révolte parlementaire, il reconnaissait le fondement constitutionnel de l'existence d'assemblées représentant la nation : d'une part, des assemblées pour délibérer sur les besoins publics et présenter des doléances (les États-généraux) et, d'autre part, des assemblées pour vérifier et publier les lois (les cours). En dernier lieu, pour casser la révolte, il affirmait que seuls les États-généraux pouvaient représenter la nation et qu'aucun impôt ne pouvait être levé sans leur consentement. Il admettait donc que la nation avait le droit de consentir à l'impôt et de présenter des doléances. S'il maintenait le principe monarchique d'après lequel il monopolisait les pouvoirs exécutif et législatif entre ses mains, il reconnaissait des droits à la nation qui devaient se concilier avec les siens et mettait donc directement en danger sa souveraineté en renonçant au principe d'après lequel ses intérêts sont indissociables de ceux de la nation.

Le Roi fut poussé à prendre de telles positions en raison de la radicalisation progressive des privilégiés.

§ 2. *La radicalisation progressive des privilégiés*

309. Le Parlement de Paris, dans son opposition aux réformes fiscales de Necker, puis les Notables dans leur opposition à Calonne, défendent l'idée que la constitution existe, qu'elle est fondée sur la raison et doit être défendue. Cette version de la constitution est liée aux privilèges et distinctions d'Ordres et de rangs, mais elle mêle ces considérations traditionnelles à des principes abstraits déduits de la raison : le principe du consentement à l'impôt et le droit de propriété (A).

Avec l'Assemblée des Notables, le Roi obtenait l'adoption partielle de la réforme des Assemblées provinciales, mais n'avait obtenu le consentement des Notables pour aucun impôt. Il tenta de faire enregistrer par la force de nouveaux impôts et eut ainsi recours à la procédure du lit de justice et aux lettres de cachet en vue de casser la résistance des parlements. Ces derniers radicalisaient leur discours et rénovaient leur appareil idéologique pour le rapprocher davantage des théories jusnaturalistes et contractualistes. Certaines de leurs thèses remettent même directement en cause le principe monarchique (B).

Les notions de constitution, de nation, de société et de droits de l'homme sont alors portées par les privilégiés et l'ensemble des corps intermédiaires qui tentent de lier leur cause à celle du peuple et du Tiers pour s'assurer de leur soutien. Ces notions qui n'appartenaient qu'aux philosophes deviennent celles des parlements et de leur révolte. La notion de constitution prend

dans ce cadre une place centrale et cela n'est pas le fruit du hasard ou d'une simple mode, mais celui d'une stratégie discursive concertée : l'usage stratégique et politique du terme de constitution vise à faire de ce dernier le nom d'un nouveau parti afin de permettre une révolution constitutionnelle qui pourrait bénéficier au Duc d'Orléans. Ce plan de révolution élaboré par Brissot semble avoir partiellement été mis en mouvement à partir de l'été 1787 (C).

À la suite de la réforme Lamoignon qui visait à priver les parlements de leurs prérogatives politiques, la révolte s'intensifie. Les corps intermédiaires, que sont les parlements et les assemblées d'États provinciaux, adoptent une rhétorique de plus en plus radicale, détachée de considérations historiques, fondée sur la constitution, les droits de la nation et même les principes du contrat social. Même les corps les plus conservateurs du royaume sont gagnés par la rhétorique constitutionnelle (D).

A. Une constitution, fondée sur la raison, à défendre

310. Dès 1778, le Parlement de Paris exprime l'idée que la constitution serait fondée sur la raison, qu'elle en serait l'expression même (1). Les Notables présentent la constitution comme immuable afin de l'opposer aux réformes ministérielles (2). Ils opposent au plan de Calonne le principe du consentement à l'impôt, fondé sur le droit de propriété et la constitution (3) ainsi que la préservation des distinctions de rangs, ayant elles aussi un fondement constitutionnel (4).

1. La constitution de la monarchie, une expression de la raison d'après le Parlement de Paris

311. Les parlementaires s'appuient sur la raison pour asseoir la légitimité de la constitution. Les idées soutenues dans des brochures telles que les *Maximes du droit public*¹³⁹⁷ étaient relativement audacieuses, mais le Parlement de Paris finit néanmoins par se les réapproprier pour s'opposer aux réformes fiscales menées par Necker en 1778¹³⁹⁸. Il présente alors la raison comme une source de droit et défend la constitution du fait de sa conformité à la raison.

Le Parlement de Paris se fonde donc sur des principes abstraits pour justifier le principe du consentement à l'impôt. À côté des arguments classiques que sont les « monuments de notre histoire » et « principes de la Monarchie française », il invoque les principes « de tout Etat bien ordonné » et « cette vérité trop oubliée mais incontestable, que le seul moyen de rendre les impôts légitimes est d'écouter la Nation »¹³⁹⁹. Le Parlement de Paris s'appuie implicitement sur les théories du droit naturel pour justifier l'existence de principes contraignant le monarque. Il affirme en conséquence qu'il existe des « droits universellement reconnus »¹⁴⁰⁰.

1397 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2, A.

1398 Voir Jean ÉGRET, *Necker, ministre de Louis XVI, 1776-1790*, Honoré Champion, Paris, 1975, spéc. p. 76-83.

1399 *Flammermont*, III, p. 404.

1400 *Flammermont*, III, p. 426.

312. De plus, la raison représente la seule réelle source de droit et l'histoire apparaît comme une codification de ces principes : « Ces maximes données par la raison, recueillies par les lois, consacrées par les faits, ont régné, Sire, pendant soixante années »¹⁴⁰¹. La raison est antérieure aux lois et représente leur réelle source :

« On crut inutile de rappeler au Roi des principes dont on voyait qu'il était convaincu, des *principes démontrés d'ailleurs par la raison*, consacrés par les lois, établis par l'histoire, des principes qui tiennent, Sire, aux *droits sacrés de la propriété*, des *principes sur lesquels la Constitution française est appuyée*, des principes enfin dont votre parlement, dépositaire des lois du Royaume et défenseur des propriétés de vos sujets, ne peut pas se départir »¹⁴⁰²

Ces principes tirés de la raison sont également antérieurs à la constitution qui « est appuyée » dessus. Ils représentent le réel fondement de l'ordre politique et sont immuables et obligatoires pour tous. Ainsi, si le Parlement invoque concomitamment la constitution, l'histoire et la raison, il semble que cette dernière prime les autres et leur confère leur validité.

Dans leur lignée, les Notables défendirent l'idée que la constitution était immuable et devait être protégée des attaques de Calonne.

2. Une constitution immuable d'après les Notables

313. Face aux réformes ministérielles, les Notables opposèrent l'arme la plus efficace qu'ils avaient : la constitution. Ils se retranchèrent derrière elle pour légitimer aux yeux de l'opinion publique, et particulièrement des patriotes, leurs revendications¹⁴⁰³. Comme l'écrit Élie Carcassonne, depuis l'opposition à Turgot, « l'idée d'une constitution ancienne et vénérable » était l'« argument de prédilection » des privilégiés, « celui qu'ils jugeaient le plus propre à justifier leur attitude, à concilier leurs sympathies, tout au moins à prévenir les méfiances »¹⁴⁰⁴.

Reprenant la rhétorique parlementaire, ils présentent la constitution comme un ordre immuable qu'il est dangereux, voire impossible, de changer. De cet ordre immuable que représente la constitution, se déduisent des normes qu'il n'est pas possible de modifier sans menacer l'existence même de la monarchie. Les Notables estiment donc que certaines des réformes envisagées par Calonne sont « inconstitutionnelles »¹⁴⁰⁵ et « en opposition avec les principes constitutifs de la Monarchie »¹⁴⁰⁶. Ils considèrent, de manière plus modérée, qu'elles paraissent « s'éloigner de la constitu-

1401 *Ibid.*, p. 404.

1402 *Flammermont*, III, p. 426.

1403 « La liaison des privilèges avec la "constitution de l'État" – c'est-à-dire avec un ensemble de coutumes et de préjugés qui pouvaient parfois entraver l'arbitraire, – créait réellement un obstacle à leur suppression : l'accusation de despotisme, si facilement répétée contre les réformateurs, les vouait aux soupçons sinon à la haine, et de ce fait, l'appui qu'ils cherchaient dans l'opinion nationale, contre les cabales de l'oligarchie, leur manqua toujours plus ou moins. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 542-543.

1404 Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 537.

1405 *PV notables 1787*, réclamation du troisième bureau, p. 221.

1406 *PV notables 1787*, réclamation du quatrième bureau, p. 222.

tion Française »¹⁴⁰⁷ et qu'il conviendrait que la réforme prévoit « une forme plus analogue à la constitution du Royaume »¹⁴⁰⁸. Ils réclament également que les « restes antiques et précieux des formes et de la constitution nationale » soient « religieusement conservés et maintenus »¹⁴⁰⁹.

Les réformes royales doivent ainsi être dans un rapport de conformité vis-à-vis de la constitution du royaume ou de la monarchie qui doit être conservée à tout prix. L'invocation de la constitution permet aux Notables de poser des limites aux réformes administratives ; il n'est donc pas pensable qu'elle fasse l'objet d'une réforme par le Roi lui-même.

3. La défense par les Notables du droit de consentir à l'impôt et de la protection du droit de propriété avec la constitution

314. En 1778, les réformes entreprises par Necker s'étaient heurtées à l'opposition des parlementaires. Le Parlement de Paris avait alors considéré que :

« La liberté des déclarations qui paraît extraordinaire, si l'on ne pense qu'au recouvrement, ne l'est pas, pour qui s'occupe de la Constitution. Tout propriétaire a droit d'accorder les subsides, ou par lui-même, ou par ses représentants ; s'il n'use pas de ce droit en corps de Nation, il faut bien y revenir individuellement ; autrement, il n'est plus maître de sa chose, il n'est plus tranquille propriétaire. »¹⁴¹⁰

Le Parlement de Paris liait donc le droit de consentir l'impôt au droit de propriété et à la constitution. Selon lui, ce droit appartient à la nation et, bien qu'elle ne l'ait pas exercé pendant un temps, elle n'aurait pu le perdre¹⁴¹¹. Il estimait, en conséquence, que « la prorogation indéfinie [d'un subside] attaquerait la Constitution de État, qui garantit à tous ses membres une propriété inaltérable »¹⁴¹².

Dans cette conception, le Parlement estime que la constitution garantit à tous les membres de l'État un droit de propriété auquel il ne peut être porté atteinte. Il considère que l'impôt est une atteinte à ce droit de propriété et que ce dernier n'est garanti que si cette atteinte est consentie par le propriétaire. Ce principe semble largement inspiré de l'exemple américain représenté par le slogan *no taxation without representation*¹⁴¹³ (pas d'imposition sans représentation) qui fut consacré dans la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776.

315. Les Notables reprirent la rhétorique parlementaire¹⁴¹⁴ et considérèrent que certains projets de

1407PV notables 1787, réclamation du cinquième bureau, p. 223.

1408Ibid.

1409Discours de l'Abbé de Fare, élu général du Clergé des États de Bourgogne, PV notables 1787, p. 316.

1410Nous soulignons. Flammermont, III, p. 404.

1411« La confiance aux déclarations personnelles est donc la seule indemnité du droit, que la Nation n'a pas exercé mais n'a pas pu perdre, d'accorder et répartir elle-même les vingtièmes. » Ibid.

1412Ibid., p. 408.

1413Pour une vue synoptique de la question voir : Christian MONJOU, « Question fiscale et révolution : l'exemple américain », *Regards croisés sur l'économie* 2007/1 (n° 1), p. 54-55.

1414Voir sur ce point Vivian R. GRUDER, « "No Taxation without Representation" : The Assembly of Notables of

réformes étaient « contraires aux principes de la propriété »¹⁴¹⁵, qu'ils « donnai[ent] de justes alarmes sur les propriétés »¹⁴¹⁶ ou encore que « les deux moyens proposés par le Mémoire, s'ils étaient impérieusement ordonnés, porteraient atteinte à la propriété, blesseraient les principes de la justice distributive »¹⁴¹⁷.

Ils détaillèrent également ce qu'impliquait le droit de consentir l'impôt en estimant qu'ils ne pouvaient donner leur assentiments aux projets de réforme qu'une fois qu'ils auraient constaté la nécessité de l'impôt, de sa quotité et de sa durée. Ils demandèrent ainsi au Roi des éclaircissements et le contraignirent à fournir de plus amples informations sur les nouvelles impositions¹⁴¹⁸. Certains bureaux n'hésitèrent pas à considérer que l'impôt territorial, tel qu'il était proposé par Calonne, était « indéfini, disproportionné et dispendieux »¹⁴¹⁹ ou tout simplement qu'il « ne pouvait pas être adopt[é] »¹⁴²⁰.

316. Les Notables se reconnaissent donc implicitement le droit de consentir à l'impôt et s'instituent comme représentants de la nation, alors que Calonne s'était imaginé que cette assemblée serait une simple chambre d'enregistrement des volontés royales¹⁴²¹. Calonne échoua dans sa tentative d'apparaître comme le représentant de l'opinion publique. Face à une assemblée de Notables, le ministre du Roi n'avait qu'un très faible pouvoir et il leur fut aisé de le faire passer pour un agent du

1787 and Political Ideology in France » in *Legislative Studies Quarterly*, Washington University, Vol. 7, No. 2 (May, 1982), p. 263-279.

1415 Réclamation du troisième bureau *PV notables 1787*, p. 221.

1416 Réclamation du quatrième bureau, *PV notables 1787*, p. 222.

1417 Réclamation du cinquième bureau, *PV notables 1787*, p. 224.

1418 « L'impossibilité reconnue d'établir une imposition territoriale, perçue en nature, ne l'a pas conduit à former une opinion sur une imposition territoriale quelconque, avant d'avoir obtenu préalablement des communications qui pussent l'éclairer sur sa nécessité, sa mesure et sa durée, et que les difficultés exposées par le Bureau, relativement à un changement considérable et subit dans la nature et la forme des impositions, présenterait les plus grands inconvénients » Nous soulignons. Réclamation du premier bureau, *PV notables 1787*, p. 218.

« Le Bureau est d'avis, que la perception en nature, ne peut être admise, étant nécessairement indéfinie, disproportionnée, inégale et dispendieuse ; que la perception en argent devrait être répartie sur toutes les terres du Royaume, sans exception, et à proportion de leurs revenus, et que pour mettre les Notables en état de former un avis sur la nécessité, la mesure et la durée d'une Subvention, en comparant les moyens aux besoins, Sa Majesté sera suppliée de leur faire communiquer les états demandés par la délibération du 5 mars » Réclamation du cinquième bureau, *PV notables 1787*, p. 223-224.

1419 Réclamation du troisième bureau, *PV notables 1787*, p. 221. Une formulation similaire est donnée par le cinquième bureau.

1420 Réclamation du quatrième bureau, *PV notables 1787*, p. 222.

1421 « Si je ne me trompe, le contrôleur général qui, en général, croit à ce qu'il fait et à ce qu'il veut, se regardait la veille même de l'ouverture de l'assemblée comme assuré du succès. Elle devait finir le 26 mars. Après avoir annoncé ses plans, il n'en doutait pas.

« Il a été obligé de méconter [*sic*]. Il attribue ce mécomte [*sic*] à l'intrigue, à la mauvaise volonté ; mais il croit toujours ses plans excellents, quoiqu'il les ait changés bien des fois. Le dernier état est à ses yeux un chef-d'oeuvre auquel de sang-froid on ne peut s'opposer.

« Dans cette idée, il a voulu forcer l'opinion des Notables par l'opinion publique et montrer au Roi que, sans mauvaise volonté, tout aurait réussi. Il est donc persuadé que ces mémoires réussiraient, et voilà Pasques. Il les publie. » *Journal de l'Assemblée des Notables de 1787 par le comte de Brienne et Etienne Charles de Loménie de Brienne, Archevêque de Toulouse (Bureau de Monsieur et Bureau du comte d'Artois)*, publié par Pierre CHEVALLIER, 1960, p. 43-44.

despotisme et d'endosser le rôle de défenseurs des droits des individus – surtout de droit de propriété – et de la liberté – surtout celle des privilégiés.

4. La volonté de préserver les distinctions de rangs et la réclamation de droits pour la nation, fondées sur la constitution

Les projets proposés par Calonne scandalisèrent les Notables¹⁴²², surtout en ce qu'ils conduisaient à supprimer toutes distinctions d'Ordres et de rangs et à effacer les particularismes (a). En outre, ils trouvèrent insuffisants les pouvoirs reconnus à la nation et aux citoyens dans l'administration du régime en général et dans le consentement à l'impôt en particulier (b).

a. Le refus de l'uniformisation et de la confusion des rangs et des Ordres au nom de la constitution

317. S'appuyant sur la notion de constitution, les Notables défendirent les droits des Ordres. Ils estimèrent ainsi que les Assemblées provinciales projetées étaient inconstitutionnelles¹⁴²³, que leur composition était « en opposition avec les principes constitutifs de la Monarchie »¹⁴²⁴. La réclamation du cinquième bureau est encore plus précise :

« le plan proposé par le Mémoire, indépendamment de plusieurs inconvénients qu'il présente, paraît s'éloigner de la *constitution Française*, en ce que par la *confusion des trois Ordres*, il détruit la *hiérarchie nécessaire au maintien de l'autorité du Monarque et à l'existence de la Monarchie*. Le Bureau propose de donner à ces Assemblées *une forme plus analogue à la constitution du Royaume* »¹⁴²⁵

Reprenant la théorie devenue classique de Montesquieu¹⁴²⁶, ils réaffirment que la distinction des Ordres et des rangs fait partie de la constitution du royaume. Supprimer la distinction des Ordres serait ainsi menacer l'existence de la monarchie, son essence même. Cette rhétorique qui avait été ébauchée par le Parlement de Paris en 1778¹⁴²⁷ eut une importance capitale dans la Prérévolution et dans l'Assemblée des États-généraux¹⁴²⁸.

Le refus n'est pas aussi catégorique dans tous les bureaux, mais tous s'accordent sur la nécessité de maintenir les règles de préséance et de garantir aux privilégiés une représentation au moins égale à celle du Tiers (c'est-à-dire au moins autant de députés pour la Noblesse et le Clergé réunis que pour le Tiers-état seul). À côté de ces positions réactionnaires, les Notables défendaient

1422« Les critiques – et elles furent vives – portèrent sur la composition des Assemblées provinciales de Calonne et sur les fonctions qui leur étaient attribuées. [...] Les Bureaux protestèrent contre la prépondérance accordée aux plus riches dans les élections paroissiales et surtout contre la suppression de toute existence distincte pour la Noblesse et le Clergé. Ils y virent unanimement la subversion de la Constitution française. [...] Les Notables du Tiers État eux-mêmes qui, d'ailleurs, nous le savons, étaient presque tous des nobles ou des anoblis, se gardèrent de défendre la confusion des rangs. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 22.

1423Réclamation du troisième bureau, *PV Assemblée de Notables 1787*, p. 221.

1424Réclamation du quatrième Bureau, *Ibidem*, p. 222.

1425Nous soulignons, *Ibidem*, p. 223-224.

1426Voir *supra* ce chapitre, Section 1, § 1, A, 1 et Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 532 et s.

1427Voir par exemple *Flammermont*, III, p. 432-433 et p. 437.

1428Voir *infra*, Chapitre 3, Section 1.

aussi des positions plus libérales que celles de Calonne et ils trouvaient que les Assemblées provinciales ne disposaient pas d'assez de pouvoir.

b. L'insuffisance des pouvoirs conférés aux Assemblées provinciales

Les Assemblées provinciales devaient se substituer, au moins en partie, aux parlements. Or, ces derniers représentaient une garantie contre les dérives despotiques. Aussi, les Notables furent-ils inquiets de constater que les assemblées censées les remplacer ne se voyaient conférer qu'un rôle consultatif qu'ils trouvaient largement insuffisant.

Plusieurs bureaux ont ainsi considéré que les Assemblées provinciales, telles qu'envisagées, étaient « privées des pouvoirs nécessaires pour les rendre utiles »¹⁴²⁹ et ils ont « [supplié] Sa Majesté de les investir de toute l'autorité nécessaire pour la répartition des impôts et l'adjudication, la surveillance et la réception des travaux publics. »¹⁴³⁰

Les Notables obtenaient par leur résistance le renvoi de Calonne et virent nommés certains de leurs membres au Ministère. Leurs revendications étaient temporairement satisfaites. Néanmoins, le Roi devait maintenant s'en remettre aux parlements pour obtenir l'adoption de ses réformes et ces derniers prirent le relais des Notables dans l'opposition au pouvoir royal. À cet occasion, les parlements renouvellent leur appareil idéologique, se rapprochant de plus en plus des théories jusnaturalistes.

B. La radicalisation des parlements et la rénovation de leur appareil idéologique face aux réformes fiscales, lits de justice et lettres de cachet

Les revendications portées par les parlements au cours de la Prérévolution ne sont pas nouvelles, mais la nouveauté réside dans l'invocation de nouveaux fondements pour porter ces revendications (1). Au cours de cette période, il est possible d'observer une réelle rénovation de l'appareil idéologique des parlementaires. Les parlements s'appuient explicitement sur le droit naturel et les droits de la nation afin de s'opposer aux réformes fiscales et aux lettres de cachet employées pour casser leur résistance (2). En outre, ils développent une théorie politique excluant tout recours au lit de justice par le pouvoir royal, remettant directement en cause la souveraineté royale (3).

1. De nouveaux fondements pour des revendications anciennes

318. Les revendications des parlements n'étaient pas nouvelles, mais la nouveauté résidait

1429 Réclamation du troisième bureau, *PV Assemblée de Notables 1787*, p. 221.

1430 Nous soulignons, *Ibidem*, p. 223-224.

essentiellement dans la mobilisation de l'idéologie des patriotes. Les deux principales revendications du Parlement de Paris et de ses soutiens, au cours de l'été 1787, sont la convocation des États-généraux pour consentir de nouveaux impôts et le principe de la liberté de l'enregistrement pour les parlements. Ces deux revendications sont relativement anciennes et la volonté de reconnaître des pouvoirs importants à ces corps intermédiaires avait déjà été mise en avant au XVI^e siècle¹⁴³¹.

Le thème de la nécessité de convoquer les États-généraux pour consentir l'impôt ou, de manière plus générale, réformer l'État avait été central au cours de la révolte des Malcontents¹⁴³². En 1576, le Duc d'Alençon réclamait déjà la convocation « des Estats generaux et libres »¹⁴³³. Selon lui, les États-généraux devaient être consultés sur la réforme de l'État¹⁴³⁴ et étaient seuls compétents pour consentir de nouveaux impôts¹⁴³⁵. La liberté et les compétences réclamées en faveur des États-généraux se retrouvent donc dans des courants idéologiques anciens.

319. Au cours de cette même période, d'autres auteurs tentèrent de reconnaître un rôle et un pouvoir important, non pas aux États-généraux, mais aux parlements. L'idée que le Parlement était le successeur des assemblées carolingiennes, un sénat sans l'approbation duquel le Roi ne pouvait faire aucune loi, se trouve par exemple chez Étienne Pasquier, dès la seconde moitié du XVI^e siècle¹⁴³⁶.

Les revendications des corps intermédiaires avaient été temporairement abandonnées au cours du XVII^e siècle et dans la première moitié du XVIII^e, mais les demandes qu'ils formulent en 1787 et 1788 ne sont pas nouvelles. La nouveauté réside essentiellement dans les fondements invoqués. Alors qu'auparavant les fondements de telles requêtes étaient le respect de la coutume et des traditions et accessoirement la raison ou les principes de la monarchie, les privilégiés s'appuyaient maintenant explicitement sur le droit naturel.

1431 Voir notamment sur ce point André LEMAIRE, *op. cit.* et François OLIVIER MARTIN, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997., Chap. 1. Le vieux courant hétérodoxe, p. 347.

1432 Voir sur ce point, Arlette JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989.

1433 « Monseigneur declare ici quelle voye et procedure il pretend tenir, pour effectuer les choses sus declarees, a savoir la voye *des Estats generaux et libres*, où chacun soit ouy à proposer ses plaintes et doleances, et à donner advis pour remedier à icelles, et pourvoir au bien de la chose publique. Car plusieurs y voyent mieux que quelque petit nombre, et examinent mieux les matieres d'affaires, et les circonstances et dependances. » Nous soulignons. *Brieve remonstrance a la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, 1576 p. 66.

1434 « Nos anciens rois ont tousjours observé ceste coustume, de *convoquer les Estats generaux*, quand il a esté question de *reformer et policer le royaume*, comme cela est plus notoire à tous ceux qui ont quelque peu leu les histoires de France. » Nous soulignons. *Ibidem*, p. 67.

1435 « Monseigneur sachant bien que la coustume des anciens Rois de France ses ancestres a tousjours esté de *n'imposer aucuns nouveaux imposts sur le peuple, sans la convocation et consentement des Estats generaux du royaume*, et que cela fut ainsi conclud par iceux estats de l'an 1338. » Nous soulignons. *Ibidem*, p. 64.

1436 André LEMAIRE, *op. cit.*, p. 83-85.

2. Droit naturel et droits de la nation, les nouveaux fondements de la doctrine parlementaire

À partir de l'été 1787, la doctrine parlementaire invoque directement le droit naturel et les droits de l'homme contre le pouvoir royal (a). Elle fonde également le consentement à l'impôt sur les droits des citoyens et de la nation (b).

a. L'invocation du droit naturel et des droits de l'homme contre le pouvoir royal

Le Parlement de Paris ouvrait la révolte par ses remontrances du 26 juillet 1787, qu'il fit publier dès le lendemain. Il invoquait alors, en des termes non-équivoques, des thèses jusnaturalistes :

« Sire, ces malheureux, qui sont Français, qui sont hommes, à ce double titre ont jusqu'au sein de l'indigence une propriété sacrée ; ils ne peuvent la réclamer eux-mêmes devant V.M., mais que leur sort et leurs droits soient toujours présents à vos yeux [...] »

« D'après ce principe fondé sur les droits de l'homme et confirmé par la raison, le peuple ne doit augmenter sa contribution que lorsque la dépense a essuyé tous les retranchements dont elle était susceptible. »¹⁴³⁷

Les droits de l'homme et la raison devenaient des principes de droit directement opposables au pouvoir royal. Le Parlement de Paris reconnaissait aussi, sur leur fondement, le caractère sacré du droit de propriété. Il avait déjà invoqué le droit naturel, mais il s'agissait alors essentiellement de protéger les prérogatives dont disposaient la Noblesse et le Clergé et de défendre « la franchise naturelle de la Noblesse et du Clergé dont les distinctions et les droits tiennent à la constitution de la Monarchie »¹⁴³⁸ afin de refuser l'instauration d'un système d'égalité fiscale¹⁴³⁹.

En 1787, pour la première fois, le Parlement de Paris s'appuyait sur les droits de l'homme¹⁴⁴⁰

1437 Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 671-672.

1438 *Flammermont*, III, p. 332.

1439 « La première règle de la justice est de *conserver à chacun ce qui lui appartient, règle fondamentale du droit naturel, du droit des gens et du gouvernement civil*, règle qui ne consiste pas seulement à maintenir les droits de propriété, mais encore à conserver ceux qui sont attachés à la personne et qui naissent des prérogatives de la naissance et de l'état.

« De cette règle de droit et d'équité il suit que tout système qui, sous une apparence d'humanité et de bienfaisance, tendrait, dans une monarchie bien ordonnée, à *établir entre les hommes une égalité de devoirs et à détruire ces distinctions nécessaires*, amènerait bientôt le désordre, suite inévitable de l'égalité absolue et produirait le renversement de la société civile, dont l'harmonie ne se maintient que par cette gradation de pouvoirs, d'autorités, de prééminences et de distinctions qui tient chacun à sa place et garantit tous les états de la confusion. [...] »

« Quels ne sont donc point les dangers d'un projet produit par un *système inadmissible d'égalité, dont le premier effet est de confondre tous les ordres de l'État en leur imposant le joug uniforme de l'impôt territorial* ? »

« Votre parlement manquerait à ce qu'il doit à V. M., s'il ne Lui représentait que cet impôt a été depuis longtemps proscrit par les hommes d'État les plus éclairés dans l'administration de ce royaume et que, entre les inconvénients innombrables qu'on a prévu qu'il entraînerait après lui, on a surtout été frappé de la crainte de cette égalité même, qu'on tente aujourd'hui d'introduire. » Nous soulignons, 4 mars 1776, *Flammermont*, III, p. 278-279.

1440 En 1779, il avait invoqué les « droits de l'humanité » pour appuyer le principe de l'autorité de chose jugée : « Il est sans exemple qu'un accusé, déchargé par le jugement légal de ses juges naturels, puisse encore courir le risque d'une nouvelle instruction. L'accusateur n'a aucun droit pour réclamer les peines afflictives et le ministère public a la bouche fermée dès que la justice souveraine a prononcé en faveur de l'accusé. V. M. est trop équitable pour que, sous son règne, il s'introduise une innovation préjudiciable aux droits de l'humanité. » 21 janvier 1779,

en termes très généraux et incluait dans ses revendications les « citoyens » de tous les Ordres¹⁴⁴¹. Il ne mettait plus l'accent sur la distinction des classes de citoyens, mais insistait au contraire sur leur communauté d'intérêts. Il se faisait ainsi défenseur du pauvre et du riche, du noble et du roturier, du laïc et du clerc. La puissance royale, et spécialement les ministres, étaient dénoncés, comme arbitraires et autoritaires. Cette stratégie discursive se diffusa et fut employée par les cours qui rejoignirent l'opposition au pouvoir royal.

320. Dans le cadre de la défense du Duc d'Orléans, de Sabatier et Fréteau, le Parlement de Paris invoque également le droit naturel pour fonder le principe d'indépendance de la justice d'après lequel le Roi ne peut que faire grâce et non condamner les individus¹⁴⁴². Il affirme que « la justice a des règles indépendantes des volontés humaines, et les rois mêmes y sont assujettis : Henri IV reconnaissait qu'il avait deux souverains : Dieu et la Loi. »¹⁴⁴³ Cette idée de la soumission du Roi à Dieu et aux lois n'est pas nouvelle, mais ils s'appuient ici sur le « devoir de tous les hommes »¹⁴⁴⁴, « la liberté des citoyens », la « sûreté personnelle » et affirme que : la « liaison de ces idées n'est pas l'ouvrage de votre parlement, *elle est celui de la nature, elle est le cri de la raison*, elle est le principe des plus saintes lois, de ces lois qui sont gravées dans toutes les consciences, qui s'élèvent dans la vôtre et nous assurent l'approbation intime de V.M. »¹⁴⁴⁵

L'opposition aux lettres de cachet se poursuit en des termes plus abstraits et virulents dans les remontrances présentées en mars 1788 dans lesquelles le Parlement de Paris invoque les droits de l'homme, les théories du droit naturel et du contrat social. Il semble même par moment paraphraser Rousseau lorsqu'il affirme « l'homme est né libre » et quelques lignes plus loin ajoute « des conventions qui l'assujettiraient sans le protéger ne seraient plus des lois, ce seraient des fers. »¹⁴⁴⁶ Il redéfinit les fondements de l'ordre politique en affirmant : « Justice et liberté ! Voilà, Sire, le *principe et le but de toute société*, voilà les fondements inébranlables de toute puissance ; et

Flammermont, III, p. 448.

1441« Maintes fois avaient été revendiqués les droits de la nation ou ceux des sujets du roi. Mais la formule “les droits de l'homme” implique une abstraction qui n'était pas, jusqu'alors, dans la manière française. La gauche du parlement de Paris était menée par Robert de Saint-Vincent, vieil opposant janséniste, et par de jeunes conseillers des Enquêtes, notamment Fréteau et Adrien Duport, le futur jacobin. Weber les désigne comme les chefs de “la faction américaine” du parlement. [...] L'origine “américaine” de l'allusion faite le 26 juillet 1787 aux droits de l'homme n'est pas douteuse. » François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, éd. cit., p. 519-520.

1442« Les condamner Elle-même n'est pas une des fonctions de V. M. Cette pénible et dangereuse fonction, le Roi ne peut l'exercer que par ses juges » Représentations du Parlement de Paris, 1^{er} décembre 1787, *Flammermont*, III, p. 709.

1443Représentations du Parlement de Paris, 1^{er} décembre 1787, *Flammermont*, III, p. 709.

1444« Une de ces règles est de ne condamner personne sans l'entendre. Elle est de tous les temps, de tous les lieux, c'est le *devoir de tous les hommes*, et V.M. nous permettra de Lui représenter que ce doit l'obliger autant que ses sujets. » Nous soulignons, *Ibid.*

1445Nous soulignons. *Ibid.*

1446Remontrances sur les lettres de cachet, 11 mars 1788, *Flammermont*, III, p. 714-715.

tel est pour la félicité du genre humain l'admirable rapport de ces deux biens, qu'il n'est point sans eux de raisonnable autorité, ni de solide obéissance »¹⁴⁴⁷. Il qualifie alors la liberté de « droit imprescriptible » et estime qu'« elle consiste à pouvoir vivre suivant les lois ». Il affirme également : « La liberté n'est point un privilège, c'est un droit, et respecter ce droit est le devoir de tous les gouvernements. »¹⁴⁴⁸ Quant au principe de justice, il déclare qu'il « est un devoir universel, et ce devoir est *antérieur aux lois elles-mêmes* qui le supposent et doivent le diriger, mais ne peuvent jamais en dispenser ni les rois ni les sujets »¹⁴⁴⁹.

Les caractères des droits et des principes formulés par le Parlement de Paris étaient nouveaux pour les cours souveraines : il s'appuyait sur des principes tirés uniquement de la raison, du droit naturel, antérieurs et supérieurs à l'ordre positif et pour cette raison imprescriptibles. Ces principes étaient également invoqués en eux-mêmes et non plus à l'appui d'une tradition ou d'une loi. Cette nouvelle hiérarchie des sources de droit semble être résumée dans sa conclusion : « Ainsi les droits du genre humain, les principes fondamentaux de la société, les plus vives lumières de la raison, les plus chers intérêts du pouvoir légitime, les maximes élémentaires de la morale et les lois du Royaume s'élèvent de concert contre l'usage des lettres de cachet. »¹⁴⁵⁰ Le Parlement porte donc ses réclamations au nom du genre humain et non plus au nom de droits et privilèges spécifiques : « Ce n'est plus un prince de votre sang, ce ne sont plus deux magistrats que votre parlement redemande, au nom des lois et de la raison, ce sont trois Français, *ce sont trois hommes*. »¹⁴⁵¹

321. En se fondant sur « nature de l'homme », il reconnaissait également au droit naturel une suprématie absolue sur le droit positif :

« Des hommes qui diraient à d'autres hommes : Exercez sur nous un arbitraire, nous consentons que les tribunaux soient impuissants et que les lois soient inutiles ; sur un mot de votre bouche, sur un écrit de votre main, nous consentons à perdre nos biens, la liberté, nos femmes, nos enfants, jusqu'au droit de nous défendre... ; des hommes disons-nous, qui tiendraient ce langage, seraient sans doute des insensés ; le *consentement du peuple à l'usage des lettres de cachet serait dont incompatible avec l'usage de la raison, mais la raison est l'état naturel de l'homme comme la société* ; l'usage des lettres de cachet répugne donc à la nature de l'homme, et comme raisonnable et comme sociable. »¹⁴⁵²

Le Parlement de Paris paraphrase ici de nombreux théoriciens du contrat social et affirme que les lois doivent être consenties par le peuple. Il opère alors un contrôle sur les actes du Roi fondé uniquement sur les principes du droit naturel et de la raison. Il justifie ainsi l'interdiction des

1447Nous soulignons. *Ibid.*

1448*Ibid.*, p. 720.

1449*Ibid.*

1450*Ibid.*, p. 717.

1451Nous soulignons. *Ibidem*, p. 720.

1452Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 715.

lettres de cachet et l'impossibilité pour le Roi de disposer d'un tel pouvoir¹⁴⁵³. Il remettait en cause les fondements mêmes du droit puisque toute loi ou toute coutume pouvait être réévaluée à la lumière des principes du droit naturel et de la raison. L'ensemble du droit positif cède alors devant ce réexamen et seuls peuvent subsister les règles et les principes qui n'y sont pas opposés.

En quelques mois, le Parlement a donc préparé une réflexion portant uniquement sur le droit naturel et les droits de l'homme qui permettrait de faire l'inventaire des principes de droit public régissant la monarchie et il instaura à son profit une dictature de l'évidence¹⁴⁵⁴. Cette évolution ne concernait pas seulement la source du droit, mais également la source du pouvoir. Puisqu'il remettait en cause la souveraineté royale pour promouvoir une souveraineté nationale, au moins partielle.

b. Le principe du consentement à l'impôt fondé sur les droits des citoyens et de la nation

322. Le Parlement de Paris fonde le principe du consentement à l'impôt non pas sur l'invocation d'une tradition, mais sur les droits des citoyens et de la nation, déduit de la raison. Il suit alors des raisonnements proches de ceux menés par les philosophes jusnaturalistes et contractualistes.

Le Parlement de Paris considérait que la loi de la propriété est la « loi qui fait la base de toutes les autres »¹⁴⁵⁵. Elle était pour lui le fondement de l'ordre social et résultait du droit naturel¹⁴⁵⁶. Pour respecter le droit de propriété, l'impôt doit être proportionné aux besoins de l'État¹⁴⁵⁷, ce qui implique un droit d'en constater la nécessité. L'impôt n'est donc que la contrepartie

1453« Dira-t-on que cet usage est fondé sur la *nature du pouvoir monarchique* ? La réponse ne serait pas bien difficile. « Les rois règnent par l'effet de la conquête ou par la loi. Si le vainqueur abuse de la conquête, *s'il attende aux droits de l'homme*, si la conquête n'est pas changée en capitulation, la force qui dispose des fruits de la victoire ne retient pas aux pieds du conquérant des sujets, mais des esclaves. Si les rois règnent par la loi, il faut revenir aux principes. *Ce que la raison ne permettrait pas aux peuples de consentir, elle ne le permet par aux rois de l'ordonner.* » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 715.

1454« Heureusement, Sire, les *maximes tutélaires du genre humain n'ont pas besoin de preuves, elles se défendent par leur propre évidence*. Il est évident que la justice doit protéger la faiblesse contre la force. Il est évident que sa balance doit être égale entre les pauvres et les riches. » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 716.

145513 février 1785, *Flammermont*, III, p. 615.

1456« Le droit et la nécessité de réclamer pour toutes les propriétés, dès le moment qu'on voulait en attaquer une ; les dernières remontrances prouvent combien elles sont liées les unes aux autres. *Ce grand principe, ce principe conservateur, qui de l'homme fait un citoyen et de tous les citoyens un État, appuyé sur le droit naturel, soutient toute la masse du corps social ; tout naît, tout subsiste, tout s'ébranle, tout périt avec lui ; développer cette idée, ce serait l'affaiblir.* » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 612.

1457« ...l'essence des subsides n'étant pas d'augmenter avec les revenus des contribuables, mais d'avoir pour base fixe les besoins réels de l'Etat. » *Flammermont*, III, p. 407.

« Tout impôt doit être *proportionné au besoin et doit finir avec lui* ; tout impôt est la portion contributive de chaque citoyen pour maintenir la sûreté publique et la tranquillité individuelle. [...] dans ce cas même, l'impôt étant présumé nécessaire, le mode de sa perception doit se concilier avec cette tranquillité publique et individuelle *pour le maintien de laquelle il est établi*.

« Votre parlement, Sire, chercherait en vain à dissimuler à V.M. que l'impôt du Timbre *contrarie directement ces notions premières* ; il attaque la tranquillité individuelle, en ce que, plus dangereux que le régime déjà jugé de la Gabelle, qui ne donne ouverture qu'aux fraudes, il donnerait nécessairement ouverture aux erreurs. » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 671-672.

de la sûreté et de la tranquillité publique dont doit disposer le citoyen dans l'état social¹⁴⁵⁸. Défendre le principe du consentement à l'impôt revient donc à « conserver les droits de la Nation »¹⁴⁵⁹. Cette idée fut reprise par toutes les cours qui apportèrent au Parlement de Paris leur soutien et les droits de la nation furent invoqués à l'envi par ces cours.

Le 17 août 1787, la Chambre des comptes de Paris s'appuyait sur le droit de propriété, la tranquillité des citoyens et la nécessité de proportionner l'impôt aux besoins de l'État pour apporter son soutien au Parlement de Paris¹⁴⁶⁰. Le lendemain, la Cour des Aides se prononça en termes encore plus clairs en affirmant :

« La première de toutes les Loix, celle qui existe avant les Empires, est la Loi de la propriété ; que la propriété est le droit essentiel de tout Peuple qui n'est point esclave, et que, l'Impôt y dérogeant et y portant atteinte, ce serait anéantir ce droit sacré et imprescriptible, que de concourir à l'établissement de tout Impôt que la Nation elle-même n'aurait point octroyé. »¹⁴⁶¹

Elle suivait le Parlement de Paris et invoquait les droits de l'homme et du peuple pour fonder la revendication du principe du consentement à l'impôt.

323. En conséquence, seule la nation est considérée comme compétente pour consentir de nouveaux impôts et elle ne peut le faire que dans les États-généraux. Le Parlement de Paris se déclare alors incompetent pour consentir de nouveaux impôts. Il estime par exemple qu'il « n'a pas cru avoir des pouvoirs suffisants »¹⁴⁶² et est « dans l'impossibilité [...] de voter pour des impositions aussi accablantes »¹⁴⁶³. Là encore il fut suivi par la Cour des aides qui affirma que le Roi n'avait pas pu donner au Parlement le pouvoir de consentir l'impôt « puisqu'il n'appartient qu'à la Nation »¹⁴⁶⁴. Le Premier Président de la Chambre des comptes, M. de Nicolaï, affirmait également qu'il fallait : « rendre à la nation assemblée le pouvoir de consentir les impôts, et le droit naturel d'être consultés sur le choix des sacrifices. »¹⁴⁶⁵

1458« Mais ces impôts qu'il [le français] paye au Roi sont *une subvention qu'il ne doit qu'à l'Etat*, mais le Souverain n'en est que le dispensateur, mais tout ce qui n'est pas employé à la chose publique appartient toujours aux contribuables » Nous soulignons, *Ibid.*

1459Flammermont, III, p. 676.

1460« Considérant que la Subvention Territoire est une imposition indéfinie, et une véritable détraction de la propriété. « Que la Déclaration du Timbre présente des dispositions affligeantes et désastreuses, destructives du commerce, et préjudiciables à la tranquillité des citoyens.

« Que l'impôt doit être *mesuré sur le besoin réel*, et qu'il n'a été donné connaissance à la Chambre, ni du déficit, ni de celui des bonifications. » Nous soulignons, *Arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 17 août 1787*, BN Lb39-401.

1461Nous soulignons. *Arrêté de la Cour des Aides du 18 août 1787*, BN Lb39-401.

1462Lit de justice, 6 août 1787, *Flammermont*, III, p. 682.

1463*Ibid.*, p. 684.

1464« Si, dans l'espoir d'une libération prochaine, la Cour s'est cru permise d'autoriser la levée de certains Impôts, elle a plutôt présumé de l'amour des Français pour leur Souverain, qu'elle n'a mesuré l'étendue d'un pouvoir que le Roi lui-même ne peut communiquer à ses Cours puisqu'il n'appartient qu'à la Nation. » *Arrêté de la Cour des Aides du 18 août 1787*, BN Lb39-401.

1465*Discours prononcé par M. de Nicolaï à la Chambre des Comptes, dans la séance du 17 août 1787, et arrêté de la*

La Cour des aides persistait le 27 août 1787 en réclamant « les droits de la Nation à demander les États-généraux, sans le consentement desquels nul impôt ne peut être établi. »¹⁴⁶⁶ Le Parlement de Paris réaffirma ces principes dans son arrêté du 27 août 1787 : « les États généraux peuvent seuls sonder et guérir les plaies de l'Etat, et octroyer les impôts dont la nature et la quotité auront été jugées nécessaires après ample discussion et mûre délibération »¹⁴⁶⁷.

324. Ces revendications s'appuyaient sur le dangereux précédent qu'avait établi le Roi en convoquant les Notables et en instituant des Assemblées provinciales. La Cour des aides affirmait :

« c'est même seconder les vues bienfaisantes du Roi, que de demander la convocation des États-généraux ; *puisque en rassemblant les Notables, et en établissant les Assemblées Provinciales, il a manifesté que le vœu de son cœur est d'avoir des relations plus intimes et plus immédiates avec ses Peuples.* »¹⁴⁶⁸

Les cours interprétaient ces convocations comme le signe d'une reconnaissance partielle de la souveraineté de la nation et les opposaient au Roi pour le contraindre à convoquer des États-généraux.

325. De manière générale, les cours tentaient d'effacer les distinctions de classes dans leurs revendications en faveur des magistrats pour les appuyer sur les droits des citoyens et non sur leurs privilèges personnels¹⁴⁶⁹. Les cours ne mettaient donc pas trop en avant leurs prérogatives et les privilèges de leurs membres afin de s'assurer du soutien des patriotes, mais en contre-partie ces éléments étaient moins férocement défendus et moins largement diffusés¹⁴⁷⁰.

Suivant la même logique, le Parlement de Paris est présenté comme le protecteur de la nation. Plusieurs discours d'officiers¹⁴⁷¹ soulignent « l'héroïsme avec lequel la Cour réclame et sou-

Cour des aides du 18 août 1787, passé à l'unanimité, BN Lb39-392.

1466 *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle, contenant les événements relatifs aux impôts de la Subvention Territoriale et du Timbre proposés à l'enregistrement des Cours souveraines de Paris et registrés ensuite. Avec les Arrêtés, Remontrances, Supplications, Discours des Parlements, des Cours inférieures et des Chambres de Commerce, les réponses du Roi, Arrêts du Conseil, Édits et Lettres-Patentes concernant lesdits Impôts et la Translation du Parlement de Paris à Troyes et de Troyes à Paris ; enfin les compliments adressés au Parlements par les différents Corps et Cours inférieures, les réponses du Parlement, etc. et plusieurs autres pièces intéressantes*, Paris, Libraires associés, 1788, 267.

1467 Arrêté du Parlement de Paris, 27 août 1787, *Flammeront*, III, p. 693.

1468 Arrêté de la Cour des Aides du 18 août 1787, BN Lb39-401.

1469 La Cour des monnaies considère par exemple que l'éloignement du Parlement de Paris est « un acte d'autorité contraire aux droits des citoyens magistrats ». *Arrêtés des parlements de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes*, BN NUMM-47131, p. 21.

1470 Ils se contentent par exemple de les insérer dans une énumération plus large : « L'héritier de la Couronne est nommé par la loi ; la Nation a ses droits ; la Pairie a les siens ; la Magistrature est inamovible ; chaque province a ses coutumes, ses capitulations ; chaque sujet a ses juges naturels, tout citoyen a ses propriétés ; s'il est pauvre, il a du moins sa liberté. » *Flammeront*, III, p. 738.

1471 Voir également, Discours des Officiers du Bailliage de Mery-sur-Seine, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 186 ; Discours des Officiers du Bailliage de Langres, *Ibid.*, p. 195 ; Discours des Officiers du Bailliage d'Auxerre, *Ibid.*, p. 197 ; Discours des officiers du baillage de Sézane, *Ibid.*, p. 198 ; Discours des Officiers du baillage de Vitry-le-Français, *Ibid.*, p. 200 ; Discours des officiers du Bailliage de Provins, *Ibid.*,

tient les droits de la nation »¹⁴⁷². Le Parlement de Paris est présenté comme « Protecteur des droits sacrés de la Nation et des propriétés des citoyens, dépositaire des lois, conservateur de l'ordre public, appui du trône et de l'autorité Royale »¹⁴⁷³. Les parlementaires sont « les défenseurs généreux des droits de la Nation »¹⁴⁷⁴.

À mesure que les parlementaires affirment les droits de l'homme et de la nation, et leur capacité à représenter ses intérêts, ils adoptent également des thèses de plus en plus radicales sur la procédure des lits de justice, se reconnaissant compétents pour déclarer nuls et illégaux des actes royaux.

3. Nullité et illégalité des actes royaux : la redéfinition des pouvoirs des parlements contre la procédure des lits de justice

La notion de légalité renvoie à l'idée d'une conformité à la loi. Les parlementaires l'emploient à leur profit pour fixer des limites aux compétences dont dispose le Roi. Le principe de légalité leur permet par exemple de refuser l'enregistrement l'édit sur le Timbre tant que le Roi n'a pas fourni les renseignements que le Parlement de Paris demandait. Ce dernier estime qu'il « ne pouvait *délibérer légalement* qu'avec le secours des connaissances et des lumières qu'il a sollicitées »¹⁴⁷⁵.

326. La notion de légalité servait ainsi à estimer que des édits, déclarations ou ordonnances, qui

p. 205 ; Discours des officiers des eaux et forêts de France, *Ibid.*, p. 209 ; Discours des officiers de la prévôté de Bar-sur-Aube, *Ibid.*, p. 401 ; Discours des officiers du bailliage d'Épernay, *Ibid.*, p. 418 ; Discours des officiers du Bailliages de Chalons-sur-Marne, *Ibid.*, p. 420 ; Discours de MM. du Chapitre de l'église cathédrale de Troyes, *Ibidem*, p. 423 ; Discours des juges-consuls de Troyes, *Ibid.*, p. 434 ; Discours des avocats de Troyes, *Ibid.*, p. 436 ; Discours de M. Dizié, substitut de M. le Procureur-Général, prononcé à l'Audience de la Chambre des Vacations, le 3 octobre 1787, *Ibid.*, p. 442.

1472 Discours des officiers du Bailliage de Chaumont en Bassigny, en date du 28 août, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 177.

« La fermeté du magistrat, poussé jusqu'à l'héroïsme, n'a d'autre récompense que sa vertu. Il s'expose aux exils, aux disgrâces, souvent même aux persécutions : mais son nom est gravé dans les fastes de l'histoire, est compté parmi les bienfaiteurs de la Nation. On prononce avec un sain respect les noms de ces généreux magistrats, dont les descendants composent cet auguste Sénat et en font l'ornement. Ils ont soutenu au péril de leur fortune même de leur vie, tantôt les droits du trône attaqué, tantôt ceux de la Nation sur le penchant de sa ruine. » Discours des officiers du Bailliage de Provins, *Ibid.*, p. 206.

« Mais l'héroïsme que vous avez déployé, mais l'immortel service que vous avez rendu à la Nation, seront pour la postérité un long sujet d'admiration et de reconnaissance. Nos neveux liront vos noms avec intérêt mêlé d'attendrissement, et ils diront : si nous sommes libres, si nous sommes citoyens, voilà ceux à qui nous le devons. » Discours des officiers de la prévôté de Bar-sur-Aube, *Ibid.*, p. 401.

1473 Discours des officiers du Bailliage de Sens, *Ibid.*, p. 183.

1474 Discours des Officiers du Bailliage de Langres, *Ibid.*, p. 195.

« Il est bien doux pour nous de pouvoir vous exprimer en même temps la joie que nous éprouvons à la vue du succès éclatant qui vient de couronner la sage et courageuse résistance avec laquelle vous avez défendu les intérêts d'une Nation dont vous êtes plus que jamais les pères et les protecteurs. » Discours des officiers du bailliage d'Épernay, *Ibid.*, p. 418.

1475 Nous soulignons. Lit de justice, 6 août 1787, *Flammermont*, III, p. 682.

n'auraient pas été enregistrées à la suite d'une délibération libre du Parlement, seraient illégaux. Ce principe avait déjà été formulé auparavant par le Parlement¹⁴⁷⁶, mais il n'en avait jamais tiré des conséquences aussi radicales. La nouvelle formulation qu'il retenait conduisait à rendre impossible tout enregistrement forcé en lit de justice. Le Premier Président l'affirme en des termes non équivoques au cours de la séance royale :

« Si, malgré les supplications, les instances et les représentations de votre parlement, V. M. croyait encore devoir déployer son pouvoir absolu, votre parlement ne cesserait d'employer tout son zèle et d'élever la voix avec autant de fermeté que de respect contre des impositions dont *l'essence serait aussi funeste que la perception en serait illégale.* »¹⁴⁷⁷

Le Parlement poursuit son opposition à la procédure des lits de justice le lendemain lorsqu'il « déclare *nulles et illégales* les transcriptions ordonnées être faites sur ses registres »¹⁴⁷⁸. Le parlement se reconnaissait le pouvoir de casser les actes du Roi adoptés en lit de justice. Son arrêté du 13 août 1787 développe davantage cette idée. Les termes choisis sont très critiques à l'égard du pouvoir royal¹⁴⁷⁹ et il affirme alors clairement que le lit de justice ne peut jamais servir à établir une loi :

« le vain fantôme d'une délibération et l'ordre donné au Garde des Sceaux de parcourir une grande assemblée dans laquelle tous ceux qui sont obligés d'y paraître n'apportent que la douleur de s'y rendre et l'affliction profonde exprimée par un morne silence, *ne peut jamais donner au Roi un droit légal à un impôt [...], dont la perception légitime ne peut être autorisée que par le consentement libre et une obéissance raisonnée* »¹⁴⁸⁰

Le Parlement réfute donc la possibilité pour le Roi d'établir un nouvel impôt par l'enregistrement des lois fiscales en lit de justice. En conséquence, il condamne la distribution ces actes royaux, en déclarant cette distribution « nulle et illégale » et en qualifiant de « clandestine »¹⁴⁸¹.

327. La nouvelle rhétorique du Parlement de Paris est reprise par toutes les autres cours. La Chambre des comptes prit un arrêté similaire le 17 août 1787 et « a déclaré *nulle et illégale la*

1476 Voir en ce sens Roger BICKART, *op. cit.*, spéc. « Chapitre VI. Analyse du droit d'enregistrement. Résistance des Parlements aux enregistrements forcés », p. 194-248.

1477 Lit de justice, 6 août 1787, *Flammermont*, III, p. 684.

1478 Arrêté de la Cour des Pairs, 7 août 1787, *Flammermont*, III, p. 688.

1479 « Qu'il est affligeant pour le Parlement de voir que sa présence purement passive et involontaire serve de prétexte pour écraser les peuples » Arrêté du Parlement de Paris, 13 août 1787, *Flammermont*, III, p. 689.

1480 Arrêté du Parlement de Paris, 13 août 1787, *Flammermont*, III, p. 689.

1481 « A déclaré la distribution clandestine desdits édit et déclaration nulle et illégale, comme étant ladite distribution faite par suite d'une transcription sur les registres de la Cour, que ladite Cour a déclaré nulle et illégale par son arrêté du 7 de ce mois ; déclare ladite Cour lesdits édit et déclaration incapables de priver la Nation d'aucun de ses droits et d'autoriser une perception qui serait contraire à tous les principes, maximes et usages du Royaume ; se réservant ladite Cour de délibérer sur le surplus le 27 du présent mois, et sera le Procureur général du Roi chargé d'envoyer le présent arrêté aux bailliages et sénéchaussées du ressort pour y être lu et enregistré. » Arrêté du Parlement de Paris, 13 août 1787, *Flammermont*, III, p. 692.

transcription faite sur les Registres, d'impositions nouvelles, qui ne peuvent être consenties que par les États-généraux »¹⁴⁸². La Cour des aides vient elle aussi au soutien du Parlement de Paris et détaille davantage les principes du droit d'enregistrement : consentement libre et liberté de suffrage, sous peine d'illégalité. Elle réclame également la convocation des États-généraux et le rappel du Parlement de Paris¹⁴⁸³.

La procédure du lit de justice était complétement disqualifiée, ce qui conduisait à remettre directement en cause la souveraineté royale. Selon cette nouvelle doctrine, le Roi avait besoin de l'accord du Parlement pour enregistrer une loi, y compris en sa présence et ne disposait d'aucun recours face à un refus parlementaire. En outre, il était contraint de convoquer des États-généraux pour pouvoir lever de nouveaux impôts. Les revendications des cours niaient le principe monarchique, ce que le Roi ne put accepter. Cela conduisit à l'exil du Parlement de Paris, dès le 15 août 1787, et à diverses réponses et affirmation d'autorité de la part du Roi¹⁴⁸⁴.

328. La séance royale et la maladresse ayant conduit à changer de procédure au cours de la séance¹⁴⁸⁵ furent l'occasion de nouvelles revendications de la part du Parlement de Paris. Le 19 novembre 1787, à l'issue de cette séance, ce dernier adopte un arrêté dans lequel il se fonde sur « *l'illégalité* de ce qui vient de se passer à la séance du Roi, où les voix n'ont pas été comptées et réduites en la manière prescrite par les ordonnances, de sorte que la *délibération n'a pas été complète* » pour « déclare[r] qu'[il] n'entend prendre aucune part à la transcription ordonnée être faite sur ses registres, de l'édit »¹⁴⁸⁶.

Il attendit quelques mois avant de présenter au Roi ses remontrances sur cette séance et le fit le 11 avril 1788. Dans cet arrêté, il reprend l'affirmation paradoxale selon laquelle le Roi détient le pouvoir législatif, mais ne peut outrepasser un refus du Parlement¹⁴⁸⁷. Il résume ainsi sa doctrine :

1482 Nous soulignons. *Arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 17 août 1787*, BN Lb39-401.

1483 « le premier caractère de l'enregistrement est le *consentement libre des Magistrats* ; qu'il n'y a point de libre consentement, quand il n'y a plus de *liberté des suffrages*, et que tout enregistrement est sans effet, *par cela seul qu'il est forcé*.

« Que les Lits de Justice n'offrent plus que l'appareil affligeant du pouvoir absolu, et suivant l'expression de Henri IV, (que le Roi a annoncé vouloir prendre pour modèle) que des voies irrégulières qui ne ressentent que la force et la violence. [...] »

« La COUR, forte de sa conscience et de son honneur, inébranlable dans sa fidélité au Roi comme dans ses principes, a arrêté : Qu'elle *déclare illégales et nulles*, comme contraires aux intérêts du Roi, aux privilèges de tous les Citoyens, et aux *droits de la Nation*, les transcriptions faites le 17 sur ses registres ; et cependant que ledit Seigneur Roi sera très humblement supplié de *convoquer les États-généraux préalablement à tout Impôt, et de rappeler le Parlement dans le lieu ordinaire de ses fonctions*. » Nous soulignons. *Arrêté de la Cour des Aides du 18 août 1787*, BN Lb39-401.

1484 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1, C.

1485 Voir *supra*, *ibid.*

1486 Nous soulignons. *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, p. 62.

1487 « À Dieu ne plaise que ces principes portent jamais atteinte au *pouvoir législatif* de V.M. ! Le droit de vérifier les lois n'est pas celui de les faire ; mais *si l'autorité qui fait la loi pouvait encore suppléer ou gêner la vérification*, celle-ci n'étant plus qu'une précaution dérisoire ou qu'une vaine formalité, la volonté de l'homme pourrait

« cet arrêté [20 mars 1766¹⁴⁸⁸] maintiendra dans tous les temps l'autorité royale et la liberté publique, parce qu'il n'a point séparé les droits du Trône de ceux des peuples, les devoirs des sujets du serment des Rois, l'intérêt de la Nation aux droits de son chef de l'intérêt du chef aux droits de la Nation, et l'exercice du *pouvoir législatif dans la seule personne de V. M. du droit de vérification libre dans les mains du Parlement*, vrai consistoire des Rois, ce sont les termes de l'arrêté. »¹⁴⁸⁹

Il prétend ainsi, comme il l'avait fait avant et pendant la réforme Maupeou, que le Roi ne fait que proposer des lois que les parlements sont libres d'enregistrer ou non, qu'ils disposent d'un véritable droit de *veto*. De telles revendications contraignirent le Roi à rappeler à l'ordre ses parlements, comme avait dû le faire son prédécesseur. Néanmoins, le soutien de l'opinion publique était plus fort, les doctrines absolutistes semblaient de plus en plus dépassées et les parlements adoptaient des positions de plus en plus radicales.

Le Parlement de Paris obtint un large soutien et toutes ces cours reprenaient en chœur les thèmes et le vocabulaire développés par lui¹⁴⁹⁰. Cette unanimité dans l'opposition au Roi n'est pas fortuite et elle pourrait être attribuée à un plan de révolution fomenté par Brissot pour le compte du chancelier Du Crest et du Duc d'Orléans.

C. Le plan de révolution de Brissot : faire de la constitution le nouveau parti

329. Dans le cadre de la stratégie discursive du Parlement, la notion de constitution a joué un rôle clé. Elle représentait un symbole de liberté et de garantie des droits. Elle était l'étendard de la liberté. La constitution anglaise offrait la liberté politique et des garanties contre les enfermements arbitraires, alors que les États-Unis offraient le modèle d'une liberté nationale et individuelle acquise grâce à leur constitution. Cette connotation positive de la notion de constitution avait également été renforcée par les parlements. La diffusion des modèles américains et anglais par le biais de nombreuses publications – brochures, journaux et traduction des constitutions américaines – contribuait à renforcer la valeur d'idéal attachée cette notion.

En outre, par son indétermination et sa nouveauté, ceux qui l'invoquaient étaient débarrassés des contraintes et des *a priori* qui s'attachaient aux termes de lois fondamentales, droit d'enregistrement, inamovibilité des offices, franchise de la Noblesse et du Clergé etc. La notion de constitution offrait un terme indéfini et connoté positivement qui pouvait porter toute sorte de

remplacer la volonté publique et l'État tomberait *sous la main du despotisme*. » Nous soulignons. Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787, 11 avril 1788, *Flammermont*, III, p. 732.

1488Cet arrêté est un arrêté de résistance pris à la suite de la séance dite de « la Flagellation », voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, B.

1489Nous soulignons. Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787, 11 avril 1788, *Flammermont*, III, p. 733.

1490« On pourrait citer beaucoup d'autres manifestations des parlements dans le même sens pendant la période décisive qui s'étend de décembre 1787 au début de mai 1788. Les thèmes développés sont partout les mêmes. Mais c'est à n'en pas douter le parlement de Paris qui les a développés avec le plus de fermeté et de logique. » François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français*, éd. cit., p. 529.

revendications.

La manœuvre consistant à employer le terme de constitution avait été, au moins partiellement, orchestrée par Brissot de Warville¹⁴⁹¹ et ses écrits offrent une perspective éclairante sur les événements de l'été 1787. Il ne fut certainement pas le seul à projeter d'utiliser la constitution comme arme redoutable contre le pouvoir royal, mais son plan personnel donne une idée claire du caractère délibéré et réfléchi des stratégies discursives des parlementaires.

Brissot fut certainement à l'origine de l'édition du projet de Du Pont de Nemours attribué à Turgot et avait mis en mouvement la révolte contre les institutions de l'Ancien Régime avec cette publication (1). Cette incitation publique à l'opposition se doublait d'un plan de révolution secret mené dans l'ombre du chancelier Du Crest et du Duc d'Orléans visant à faire de la constitution la nouvelle arme de la révolte parlementaire (2). À partir de l'été 1787, la définition de la notion de constitution se standardise avec la résurgence de l'opposition parlementaire. Toutes les cours systématisent leur invocation de la notion de constitution et reprennent en chœur la définition donnée par le Parlement de Paris. Les cours employèrent donc cette notion pour justifier le principe du consentement à l'impôt et la loi de l'enregistrement, fournissant ainsi une définition matérielle de la constitution (3).

1. La publication du *Mémoire sur les municipalités pour inciter à la révolte*

330. Du Pont de Nemours accusa Mirabeau de la publication de son *Mémoire sur les Municipalités*, mais il est probable qu'elle soit en réalité imputable à Brissot de Warville. Mirabeau aurait transmis ce mémoire à Étienne de Clavière qui en aurait lui-même fait une copie que Brissot avait décidé de publier¹⁴⁹². Mirabeau avait tenté d'empêcher cette publication en 1786. Le mémoire ne parut probablement qu'au mois de juin 1787 à en croire la lettre de Du Pont de Nemours qui écrit dans le Journal de Paris du 2 juillet 1787 qu'on vient de le publier. Il est possible que Mirabeau ait changé d'avis et finalement accepté la publication ou plus probablement que Brissot ait décidé d'éditer le livre contre son gré. Cet ouvrage contient une préface de l'éditeur, probablement Brissot¹⁴⁹³, une lettre adressée à M. le Comte de M... [probablement Mirabeau] par M... [probablement Clavière] et les *Observations d'un Républicain* qui furent écrites par Brissot. Dans ses *Observations*, Brissot s'emploie à démontrer la nécessité d'abandonner le régime monarchique

1491 Sur Brissot voir Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *J.-P. Brissot mémoires (1754-1793), [suivi de] correspondance et papiers*, publ. avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, 3 vol., 1912.

1492 Voir en ce sens Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *J.-P. Brissot mémoires (1754-1793), [suivi de] correspondance et papiers*, publ. avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, 3 vol., 1912.

1493 L'auteur de la préface écrit qu'il a rapproché le *Mémoire* de Turgot de celui de Necker, ce qui est proprement l'objet des *Observations d'un Républicain sur les différents systèmes d'administrations provinciales particulièrement sur ceux de MM. Turgot et Necker et sur le bien qu'on peut en espérer dans les Gouvernements monarchiques* annexées à la fin de l'ouvrage.

et de s'appuyer sur le modèle américain.

331. Il utilise les critiques formulées par Necker à l'encontre de l'institution des Intendants pour justifier une critique plus générale du régime monarchique¹⁴⁹⁴. Il dénonce le principe monarchique et la centralisation du pouvoir entre les mains du Roi qu'il oppose aux droits dont devrait disposer le peuple¹⁴⁹⁵. Il réfute également les prérogatives dont prétendent disposer les parlements et leur refuse le rôle de représentants du peuple¹⁴⁹⁶. Néanmoins, il estime qu'en l'état actuel du régime, le Parlement est le seul moyen d'opposition viable dont disposent les patriotes¹⁴⁹⁷. Sur le fondement de ces réflexions, il réclame donc de nouveaux États-généraux disposant du pouvoir de s'opposer au Roi¹⁴⁹⁸.

Il s'appuie sur la citation attribuée à Turgot d'après laquelle « Le droit des hommes réunis

1494« L'administration des intendances a le même abus que l'administration d'une Monarchie ; c'est qu'elle est entre les mains d'un seul homme, qui n'ayant point de frein, peut tout faire avec impunité. Tous les maux doivent découler de cette sorte d'administration. Mais comment conseiller à un Monarque d'abolir les Intendants ? C'est lui faire son procès à lui-même. Le mal que son Intendant fait dans sa province, il le fait dans son royaume. [...] Aussi n'est-ce que par des sophismes que M. N... veut persuader que les administrations provinciales ne reverseraient pas le régime monarchique de la France. » Pierre-Samuel DU PONT DE NEMOURS, Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, Étienne CLAVIÈRE, *Œuvres posthumes de M. Turgot ou Mémoire de M. Turgot sur les Administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce Plan, et des Observations d'un Républicain sur ces Mémoires ; et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces Administrations dans les Monarchies*, Lausanne, 1787, BN Lb39-370, p. 117-118.

1495« Dans l'ordre actuel de despotisme, il faut une soumission aveugle, une obéissance passive dans tous les membres ; elle n'existerait plus, si l'on pouvait s'opposer aux volontés des Intendants ; la subordination serait dérangée. » *Ibid.*, p. 119.

« L'autorité est tout, le peuple n'est rien. Tel est le système de presque tous les gouvernements monarchiques. On ne cesse donc d'y exalter, d'y étendre les prérogatives de cette autorité, lorsqu'on s'attache à déprimer, à dépouiller le peuple. On lui fait un crime de ses mouvements, de ses murmures, de ses plaintes même ; on lui fait un crime de chercher un asile ailleurs que sous les pieds du chef qui l'écrase ; et ce système anti-populaire, je le retrouve partout dans l'ouvrage de M. Necker. » *Ibid.*, p. 127.

1496« Je crois donc, avec M. N..., que par la nature de la formation, jamais aucun Parlement ne peut représenter le peuple, ni conséquemment avoir mission pour discuter ses droits.

« Je crois avec lui que l'esprit de corps, les préjugés, les prétentions de cette assemblée d'*inamovibles*, le rend encore plus incapable de représenter le peuple.

« Je crois avec lui, que souvent les Parlements ont trahi le peuple, et en accordant trop facilement des impôts qui ne blessaient que lui, en respectant leurs intérêts personnels, et en s'élevant contre des réformes qui blessaient ces intérêts pour soulager le peuple. » *Ibid.*, p. 131.

1497« Mais d'un autre côté, je crois avec le Parlement et les patriotes français, que l'opposition des Parlements a souvent arrêté l'injustice et l'oppression des Ministres de finances. Je crois que dans l'état actuel, il est le *seul obstacle au Gouvernement absolu*.

« Je crois que ces lois fondamentales dont on fait tant de bruit, ne sont qu'une chimère ; que *le véritable frein des Ministres est dans ce Parlement*, qui cependant n'a qu'une ombre de force d'inertie. Je crois en conséquence que tout Ministre, ami de la nation, voyant que d'un côté l'opinion publique vantait ces Parlements *comme le seul rempart contre le despotisme*, que de l'autre les Princes et les Ministres s'étaient aussi accoutumés à le regarder comme tel ; je crois, dis-je, qu'un Ministre intègre ne devait pas décrier le Parlement aux yeux du Prince, ni renverser cette barrière, quoique imaginaire, et qu'il était coupable en ôtant au peuple son dernier appui. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 131-132.

1498« Je crois qu'un Ministre intègre ne devait renverser cette barrière, qu'en en substituant sur le champ une autre plus solide ; par exemple, en établissant, non des administrations provinciales, dont les Princes se seraient joués avec plus de facilité qu'il ne ballottent aujourd'hui les Parlements, non pas encore en ressuscitant ces antiques états généraux, trop remplis d'abus, trop confus, trop incohérents, trop partialement composés pour être légitimes, *mais des états généraux élus librement par le peuple, opinant librement, consentant et rejetant librement, et ayant une force quelconque pour s'opposer aux volontés arbitraires*. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 132.

en société [...] n'est point fondé sur leur histoire, mais sur leur nature » et sur l'exemple américain¹⁴⁹⁹, pour justifier le changement de gouvernement, c'est-à-dire l'abandon de la monarchie absolue. Turgot, comme les physiocrates, était un fervent défenseur de la monarchie et de la centralisation du pouvoir entre les mains du Roi¹⁵⁰⁰, mais Brissot ne voit là qu'une erreur et non un obstacle à sa démonstration :

« Le Ministre [Turgot] se dissimulait ici que *ce défaut de constitution* était dans la forme même du gouvernement. Il se dissimulait que cette forme nécessite le défaut de liaison entre les membres, l'extension de l'égoïsme, le vide du patriotisme, et cette guerre perpétuelle de prétentions et d'entreprises, etc.

« Il croyait pouvoir *créer une constitution à la nation*, en lui conservant la même forme de gouvernement. [...] il se trompait, ou peut-être, car on craint de prononcer qu'un homme aussi profond se trompait, peut-être masquait-il son dessein et ses espérances ; peut-être croyait-il que la constitution créée corrigerait ou détruirait le gouvernement ; peut-être espérait-il que le peuple ayant une éducation public [*sic*], et une part aux administrations provinciales, prendrait insensiblement de la force, ou vivrait les yeux sur les usurpations, et enfin réclamerait contre elle. »¹⁵⁰¹

Pour Brissot, la nécessité de donner à la France une constitution exigeait l'abandon de la monarchie absolue. Insensiblement, l'idéologie physiocrate était détournée pour servir les vues des patriotes.

Il reconnaît au peuple le droit de constater la nécessité de l'impôt, d'en contrôler l'emploi et d'en assurer la perception¹⁵⁰². Il ne s'arrête pas, contrairement aux parlements, au droit de consentir à l'impôt, mais étend le contrôle du peuple sur l'ensemble de l'administration intérieure et extérieure¹⁵⁰³. Pour lui, il ne s'agissait pas simplement d'adopter un régime proche de celui de l'Angleterre, ce à quoi la réforme de Du Pont aurait certainement conduit, mais il fallait plutôt

1499« C'est une maxime bien vraie que celle-ci ; mais avec cette maxime, les Américains ont secoué leurs chaînes ; ils ont été conséquents ; et M. T... ne l'était pas, quand il disait, quelques lignes plus bas, que le Prince devait se regarder comme législateur absolu. Il ne reste plus de droits à l'homme sous ce régime absolu, et le bon Turgot tentait une opération impossible en voulant les concilier. » *Ibid.*, p. 142.

1500Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, B-C.

1501Nous soulignons. *Observations d'un Républicain sur ces Mémoires*, éd. cit., p. 143.

1502« Le peuple ne doit point être imposé sans son consentement ; il a donc droit d'examiner si l'impôt qu'on lui demande est nécessaire, c'est-à-dire, s'il a son bien pour objet ; il doit donc avoir le droit de le refuser s'il ne le juge pas nécessaire. Quand il est accordé et acquitté, il a encore droit d'examiner si l'emploi en a été fait suivant sa destination ; comme lui seul porte ce fardeau, comme lui seul a intérêt de l'alléger, il a encore le droit de veiller sur sa perception, de la simplifier, d'en réformer les abus. [...]

« Exiger des monarchies illimitées qu'elles adoptent cette forme, c'est chercher une chimère. Trop heureux le peuple qui, dans cette sorte d'administration, la forcera ou l'amènera à consentir à l'établissement d'états généraux qui auraient le droit de fixer la quotité, l'emploi, la perception des impôts ! Ce sera déjà un grand point pour arrêter l'autorité arbitraire ; car sans argent, que peut-elle ? » *Ibid.*, p. 161.

1503« Un peuple qui jouit de tous ces droits, a une grande partie de la liberté politique, mais il ne la possède pas en entier ; il faudrait que son droit de contrôle d'inspection, de réforme s'étendît à toutes les parties de l'administration intérieure, car il n'est aucune dont il ne soit l'objet. Il faudrait encore que l'administration extérieure essayât la censure ; car, par une guerre follement entreprise, ou une paix lâche et désavantageuse, on peut compromettre et ruiner son bonheur. » *Ibid.*

prendre les États-Unis pour modèle¹⁵⁰⁴. Il estime par exemple qu'il ne faut pas laisser au Roi la liberté de décider de la convocation et de la dissolution des États-généraux et qu'il s'agit là d'un « abus dans la constitution de l'Angleterre »¹⁵⁰⁵. De même, il estime que les Ministres ne devraient pas pouvoir siéger dans l'Assemblée¹⁵⁰⁶.

Brissot publie donc, dès 1787, un projet visant à réformer entièrement la constitution, ou plutôt à en établir une d'après les principes qui guidèrent les constituants américains. Il eut également l'occasion de jouer un rôle dans l'élaboration de la doctrine sur laquelle le Parlement de Paris allait s'appuyer à partir d'août 1787.

2. Le projet secret de Brissot : faire de la constitution le mot d'ordre de la révolte parlementaire

332. Le terme de constitution était connoté positivement, mais il ne correspondait pas à une définition précise qui risquait de contraindre ceux qui l'utilisaient pour s'opposer au pouvoir royal. Elle était une arme parfaite car elle pouvait être façonnée par ceux qui l'invoquaient pour correspondre au mieux à leur revendication.

333. L'habileté du procédé rhétorique n'avait pas échappé à Brissot lorsqu'il élaborait un plan de révolution pour Du Crest, chancelier du Duc d'Orléans¹⁵⁰⁷. Il s'appuya sur les méthodes utilisées par les chefs de l'opposition en Angleterre et sur le modèle la Fronde¹⁵⁰⁸, en particulier les mémoires du Cardinal de Retz, pour élaborer ce plan. Ce projet fut rédigé après l'exil à Troyes du Parlement de Paris le 15 août 1787, mais avant l'arrêté du 27 août. Il y résumait les stratégies des chefs d'oppositions anglais qui arrivaient au ministère :

« en se rendant agréables au peuple, redoutables aux ministres et nécessaires au roi. Ils atteignent ce triple but en ayant une doctrine populaire, et la soutenant d'un parti considérable. Le parti les rend redoutables la doctrine les rend populaires. Le parti de M. L. M. Du Crest doit, pour plaire au peuple, avoir son bien pour objet. »¹⁵⁰⁹

Pour Brissot, il fallait donc tenir un discours susceptible d'être populaire afin d'assurer la force de son parti grâce au soutien du peuple. Il voulait employer cette ruse pour permettre à Du

1504« Mais c'est le dernier degré du perfectionnement de la civilisation, c'est le gouvernement le plus pur, et il se rencontre difficilement sur ce globe ; on ne le voit guère que dans nos républiques d'Amérique. L'Angleterre en offre une ombre en apparence. » *Ibid.*

1505 *Ibid.*, p. 164.

1506« Les Ministres en Angleterre ne peuvent, suivant sa constitution, assister aux délibérations de la Chambre des Communes ; ils éludent tous les jours la loi, en se faisant élire membres de quelque ville ou comté, ou confirmer dans leur élection, s'ils sont déjà membres. C'est un des abus les plus grands, et qui contribue le plus à la dégradation de la constitution, à la diminution de la liberté. » *Ibid.*, p. 166.

1507 Voir Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *J.-P. Brissot. Correspondance et papiers*, publ. avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, vol. 3, 1912, p. 151 et s.

1508« Depuis la fin de la guerre civile connue sous le nom de la Fronde, il n'y a plus eu en France qu'un parti triomphant, celui de la Cour ; le grand art de conduire un parti, que possédait si bien le cardinal de Retz, qu'il employa si mal, ce grand art s'est perdu faute d'exercice, et toutes les intrigues se sont bornées, en France à déplacer des ministres. » *Observations d'un Républicain sur ces Mémoires*, éd. cit., p. 154.

1509 *Ibid.*, p. 152.

Crest d'accéder au Ministère. La cause commune susceptible d'obtenir le soutien du peuple était le principe du consentement à l'impôt¹⁵¹⁰. Le parti était formé par une opposition systématique aux demandes de subsides, ce qui lui permettait d'être « celui des défenseurs du peuple contre l'administration. »¹⁵¹¹ Il devait s'appuyer sur le Parlement pour s'opposer au Ministère¹⁵¹².

334. Brissot recommandait donc au Duc d'Orléans et à Du Crest « de se mettre à la tête de ce parti, et de protéger et le peuple et leurs défenseurs »¹⁵¹³. La stratégie devait être de constamment invoquer et réclamer les droits du peuple pour obtenir le soutien des patriotes¹⁵¹⁴. Brissot suggérait de faire de la constitution le mot d'ordre de ce parti :

« Le malheur de la plupart des partis est de ne pas savoir ce qu'ils veulent, de ne pas s'entendre eux-mêmes. [...] je remarque que le parlement de Paris n'est pas exempt du même reproche dans son fameux arrêt du 13¹⁵¹⁵ ; il n'y a pas assez prononcé cette grande vérité : *Point d'impôt sans le consentement du peuple* ; il l'a enveloppée de trop d'idées étrangères. Il faut éviter par la suite cette confusion et donner un mot de ralliement. *Constitution française* doit être le mot de ce nouveau parti. Il faudra bien éclairer l'idée qu'on attache à ce mot ; il faut dire et répéter partout que la base de cette constitution est le droit de ne pas payer d'impôts sans y consentir. »¹⁵¹⁶

L'idée de Brissot est bien de prendre une idée simple et de la marteler pour obtenir un soutien populaire susceptible de faire plier le Ministère et le Roi¹⁵¹⁷. Le but n'est donc pas de poursuivre un idéal abstrait en se référant à une idée prédéfinie de la notion de constitution, mais bien d'employer une stratégie efficace pour déstabiliser « l'aristocratie ministérielle ».

Le plan est conçu en cinq étapes. Les deux premières étapes du plan de Brissot sont, premièrement, d'identifier la cause de Du Crest « et celle de la maison d'Orléans avec celle du peuple » et, deuxièmement, d'établir « un parti qui demande la réforme de la constitution »¹⁵¹⁸. Les deux étapes suivantes du plan sont, troisièmement, d'appuyer ce parti « sur le Parlement, les

1510« Les parlements ont réclaté pour la nation un droit précieux, celui de n'être point imposée sans son consentement. Voilà la grande vérité qu'il faut défendre, le centre autour duquel il faut rallier tous les esprits, tous les corps. » *Ibid.*, p. 152.

1511*Ibid.*, p. 154.

1512« La tête de ce parti doit être la maison d'Orléans, le tronc doit être l'union des parlements ; et on doit y joindre, quand elle sera formée l'administration provinciale. » *Ibid.*, p. 155.

1513*Ibid.*

1514« Ils doivent perpétuellement identifier leur cause à celle du peuple » *Ibid.*

1515Il s'agit de l'arrêté du 13 août 1787 de résistance à la suite du lit de justice du 6, voir *supra*, ce Chapitre, Section 2, § 1, C.

1516*Ibid.*, p. 155.

1517« Voilà une idée qui parle et parlera toujours à l'esprit du peuple, malgré l'ignorance où on le réduit. Car il paie l'impôt, il connaît toute l'étendue de ce mal terrible, et il espère ou moins payer, ou payer plus également. Il importe peu d'ailleurs de développer dans les commencements toutes les idées de ce mot constitution. Le peuple les apprendra à mesure qu'il s'éclairera, et l'idée de l'impôt suffira pour le gagner ; n'oublions pas qu'il faut toujours y joindre le respect pour son Roi, dont il ne doit jamais se départir. Car dans ces débats il ne faut tendre qu'à diminuer la force de l'aristocratie ministérielle qui environna de toute temps le trône et causa tous les abus. » *Ibid.*, p. 155.

1518*Ibid.*, p. 260.

administrations provinciales et même les Etats-généraux »¹⁵¹⁹ et, quatrième, d'amener ce parti à diriger le Parlement¹⁵²⁰. Brissot affirmait qu'il avait le soutien de Sabatier et Duval d'Eprémèsnil¹⁵²¹ qui furent à l'origine de la virulence de l'opposition parlementaire¹⁵²². Il s'inspire alors de la Fronde pour suggérer de prendre au plus vite un arrêt d'union¹⁵²³ et de diffuser aussi largement que possible les arrêts du Parlement pour obtenir le soutien populaire et faire ainsi pression sur le Ministère¹⁵²⁴. Il était néanmoins conscient des limites d'une opposition parlementaire et ambitionnait en conséquence de s'appuyer par la suite sur le peuple pour mener à bien son projet de révolution¹⁵²⁵.

Enfin, Brissot estimait que cette révolte était l'occasion de donner à la nation une constitution¹⁵²⁶. La cinquième et dernière étape était donc que le parti « se plonge avec le Parlement dans un ordre de choses tout à fait nouveau, qui exige un changement complet d'habitudes et d'idées »¹⁵²⁷. Brissot conclut que réaliser son plan conduirait « à rendre à la France sa constitution »¹⁵²⁸.

La notion de constitution n'est pas clairement définie chez Brissot, elle est volontairement floue pour permettre de rallier le peuple à sa cause. L'emploi répété du terme de constitution qui

1519 *Ibid.*

1520 « Pour former, soutenir ce parti, il faut qu'il se détermine à diriger le Parlement, qu'il l'amène à un plan de conduite suivi, qu'il donne l'exemple de la dépense patriotique » *Ibid.*

1521 « Je connais deux de ces membres sur lesquels M. D. compte beaucoup : l'abbé Sabathier et M. d'Espremesnil. Le premier a une réputation de rouerie beaucoup de finesse et d'ambition : la capitale ne peut que réfléchir en mal sur ceux qu'il servira. Avec sa finesse il les jouera, avec son ambition il sera au premier qui l'approchera le plus de son but. Partout il faut s'en servir en s'en défiant. Quand à M. Depr., je le connais beaucoup ; il a de la franchise, de l'énergie et de l'ambition ; mais sa franchise est souvent nuisible par son indiscrétion. Son énergie ne sort guère des idées parlementaires ; cependant, à cause de sa probité publique, je le préférerai toujours. » *Ibid.*, p. 156-157.

1522 Voir en ce sens François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 523 ; Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit. ; *Flammermont*, III.

1523 « L'énergie des corps diminue bien plus promptement encore que celle des individus, et toujours en raison du temps. [...] Voilà pourquoi il importe de frapper d'abord les grands coups ; voilà pourquoi il fallait presser l'union des parlements. Pourquoi cet arrêt d'union n'a-t-il pas été rendu ? C'est le premier pas à faire. – En 1647, le Parlement, à qui on adressa un édit de tarifs et une foule d'autres édits fiscaux, refusa de les enregistrer, et donna un arrêt d'union avec les autres cours pour s'occuper de la réformation de l'état. La Cour se plaignit et de l'union et de son objet, cassa l'arrêt, et manda le Parlement. Le fameux Molé prouva à la Cour que le Parlement avait le droit de s'unir et de s'occuper de la réforme de l'État. La Cour, dira le cardinal de Retz, beaucoup plus émue par la disposition du peuple que par la remontrance du Parlement, plia, et permit au Parlement de s'assembler et de s'occuper de la réformation de l'État. » Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *J.-P. Brissot. Correspondance et papiers*, publ. avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, vol. 3, 1912, p. 157.

1524 « Les parlements ne sont pas encore assez pénétrés de l'importance de l'opinion publique. Ils ne voient pas qu'ils ne sont forts que de son suffrage, et qu'on ne les craindrait pas tant si l'on ne voyait le peuple derrière eux. Ils doivent donc s'attacher à gagner l'opinion publique ; et, pour cet effet, imprimer et répandre leurs arrêts, favoriser les écrits qui sont pour la cause du peuple, les multiplier, etc. : et, pour cet effet, avoir des imprimeurs qui lui soient dévoués. » *Ibid.*, p. 158.

1525 « Il résulte de ces réflexions qu'on fera bien de se servir du Parlement pour la première pierre de la réforme de la constitution ; mais que, pour l'assurer, que pour élever l'édifice, il ne faut pas compter que sur le peuple, c'est-à-dire sur les administrations provinciales, et même les États-généraux. » *Ibid.*, p. 160.

1526 « il faut, en renversant les ministres qui existent, donner à la nation une constitution ; il faut, en conservant la monarchie, rendre le peuple libre et s'immortaliser. » *Ibid.*, p. 154

1527 *Ibid.*, p. 160.

1528 *Ibid.*

conduit à en faire le mot d'ordre des parlements n'était donc certainement pas fortuit et résulte d'un projet délibéré de répéter à volonté le terme de constitution pour en faire un idéal, un vœu commun, une pétition présentée au Roi puis un principe s'imposant à lui.

L'emploi croissant du terme de constitution et sa définition par les parlements s'inscrivait dans une stratégie discursive précise et n'était pas causé par une simple « mode ». L'homogénéité des réclamations des cours en atteste.

3. Invocation systématique de la constitution et homogénéisation de sa définition dans les discours parlementaires

L'invocation systématique de la notion de constitution conduit à en dessiner plus clairement les contours. Elle permet, d'une part, d'affirmer le principe du consentement à l'impôt par les États-généraux et, d'autre part, de défendre le droit d'enregistrement des parlements (a). Néanmoins, de manière plus fondamentale, l'usage qu'ils font de la notion de constitution permet de remettre en cause la souveraineté royale (b).

a. La constitution : consentement à l'impôt et droit d'enregistrement

Les cours étaient plus conservatrices que ne l'était Brissot. Elles utilisèrent donc la notion de constitution pour réclamer des droits pour la Nation, mais également pour préserver les prérogatives des parlements. Au cours de la période allant de l'été 1787 au printemps 1788, le plus frappant est la systématisation de l'invocation de la notion de constitution et l'homogénéisation de sa définition matérielle. La notion de constitution, et ses dérivés, sert de fondement à deux séries de réclamation : d'une part, la défense du principe du consentement de la nation à l'impôt et, d'autre part, le droit d'enregistrement pour les parlements.

335. Dès le lit du justice du 6 août 1787, les parlementaires s'appuient sur la notion de « principe constitutionnel » pour justifier le principe du consentement à l'impôt¹⁵²⁹. Cet argument est rapidement repris par les cours apportant leur soutien au Parlement de Paris. La Chambre des comptes affirme ainsi « suivant les *formes constitutionnelles de la Monarchie*, une nouvelle nature de subsides exige le consentement de la Nation »¹⁵³⁰. Marie d'Aubigny, avocat général de la chambre des comptes de Paris considère que l'imposition prévue par la déclaration sur le timbre est

1529« ledit Seigneur Roi n'ignore pas que *le principe constitutionnel de la Monarchie Française* est que les impositions soient consenties par ceux qui doivent les supporter » Nous soulignons. Protestation du Parlement de Paris du 5 août 1787, contre le lit de justice du 6 août, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 96.

Le Premier président affirme : « *Le principe constitutionnel de la Monarchie française* est que les impositions soient consenties par ceux qui doivent les supporter ; il n'est pas, Sire, dans le coeur d'un roi bienfaisant d'altérer ce principe qui tient aux *lois primitives de votre état*, à celles qui assurent l'autorité et qui garantissent l'obéissance. » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 682.

1530Nous soulignons. *Arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 17 août 1787*, BN Lb39-401.

« opposée à la constitution française »¹⁵³¹. De même, le Parlement de Bordeaux, le 3 septembre 1787 affirme que « l'Assemblée des États-généraux » doit « régl[er] la nature et fix[er] la durée » des impôts en se fondant sur « la constitution de la Monarchie » et il réclame le « retour à l'ancienne Constitution, trop longtemps oubliée »¹⁵³².

La constitution est donc employée pour justifier le principe du consentement à l'impôt.

336. La constitution fixe une limite au pouvoir du Roi et s'impose à lui s'agissant de la levée d'impôt, mais également pour l'établissement des lois :

« Et c'est précisément parce qu'il n'est pas donné aux rois d'être sans cesse en garde contre l'erreur ou la séduction, c'est pour ne pas abandonner la Nation aux malheureux effets des volontés surprises, que *la Constitution exige*, en matière de lois, la vérification des cours ; en matière de subsides, l'octroi préalable des États généraux, pour être sûr que la volonté du Roi sera conforme à la justice et ses demandes aux besoins de l'Etat. »¹⁵³³

La constitution est donc invoquée pour demander la convocation des États-généraux, bien que cette revendication soit aussi fréquemment appuyée directement sur le droit naturel. La notion de constitution fut également employée de manière presque systématique pour défendre les droits des parlements.

337. Cet emploi est très fréquent dans la seconde moitié du XVIII^e siècle¹⁵³⁴, mais il ne prend un tour réellement systématique qu'au cours de la Prérévolution. Les cours continuent d'invoquer les lois fondamentales, et d'employer des expressions connexes, mais elles ont le plus souvent recours à la notion de constitution. Comme pour la notion de légalité, elles emploient celle de constitution pour justifier la liberté de délibération et de suffrage, y compris en présence du Roi et l'impossibilité de supprimer ou d'interrompre l'activité des cours.

Les arguments du Parlement de Paris sont repris en chœur par les autres parlements et cours. L'argument constitutionnel se diffuse alors à une large échelle. Barentin, le Président de la Cour des Aides, qui devint Garde des sceaux le 14 septembre 1788, entend « remettre sous les yeux de sa Majesté quelques maximes fondamentales de notre constitution »¹⁵³⁵. Le Parlement de Dauphiné atteste de cette filiation lorsqu'il affirme qu'il « ne peut différer un instant [...] de remettre sous ses yeux [au Roi] les *principes de la constitution de l'État*, que son Parlement séant à Paris lui a expo-

1531 *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 223.

1532 *Arrêtés des parlemens de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes*, BN NUMM-47131.

1533 Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 740.

1534 Pour de plus amples développements, Arnaud VERGNE, *op. cit.*

1535 *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 249.

sés avec tant de noblesse et d'énergie »¹⁵³⁶. La Cour des Monnaies réclame le rappel du Parlement de Paris et demande au Roi de « rendre sa confiance à des Magistrats qui n'ont pu cesser de la mériter par leur attachement aux *principes constitutionnels de la Monarchie* »¹⁵³⁷. Le Parlement de Navarre fait valoir que le Parlement de Paris est inhérent à la constitution de l'État ce qui justifie l'impossibilité de l'éloigner¹⁵³⁸. Le Parlement du Dauphiné, dans un arrêt du 15 décembre 1788, estime également que :

« la Loi de la vérification et de l'enregistrement est la première et la plus inviolable de toutes les Lois ; qu'elle est la *sauve-garde de la constitution de la Monarchie de l'autorité du Souverain et des droits des Sujets* ; qu'elle peut seule prévenir le renversement des Lois anciennes et garantir des dangers des Lois nouvelles »¹⁵³⁹

La Cour des aides, dans un de ses arrêts, formule une compétence plus générale des États-généraux en affirmant que « suivant la *constitution de la Monarchie* ils ont toujours été et doivent toujours être assemblés, lorsqu'il y a nécessité urgente. »¹⁵⁴⁰

La notion de constitution est donc mise à profit pour garantir les prérogatives des parlements, et notamment leur droit d'enregistrement libre. Ces considérations sont proches de celles qu'avaient portées le Parlement de Paris avant la Réforme Maupeou¹⁵⁴¹, mais ils adoptent maintenant un discours plus radical qui conduisait à remettre directement en cause la souveraineté royale.

b. La remise en cause de la souveraineté royale : la dénonciation du « système de la seule volonté » au nom de la constitution

338. Tous les discours et les cours parlementaires dénoncèrent l'usage de « l'autorité absolue »¹⁵⁴²,

1536 Arrêté du Parlement du Dauphiné tendant à demander le rappel du Parlement de Paris, la continuation du procès contre M. de Calonne et la convocation des États-généraux du 21 août 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 347.

1537 Arrêté de la Cour des Monnaies pour demander le rappel du Parlement de Paris du 22 août, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 275.

1538 « Puissent nos représentations et nos prières émouvoir le cœur sensible de votre majesté, et obtenir de sa justice le rappel d'un corps lié à la constitution de l'état » Arrêté du parlement de Navarre, 3 septembre 1787, *Arrêtés des parlements de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes*, BN NUMM-47131.

1539 Arrêt du Parlement de Dauphiné, concernant les assemblées provinciales : du 15 décembre 1787, BN NUMM-47623, disponible sur Gallica.

1540 Nous soulignons. Arrêté unanime de la Cour des aides, du 27 août 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 266.

1541 « La conversion de la monarchie en despotisme, la violation des principes constitutifs, tel fut en effet, en 1788 comme en 1771, le thème des protestations parlementaires ; mais elle eurent quelque chose de plus direct et de plus abrupt. Nul besoin d'allusion timides ou de laborieuses explications : l'affaiblissement de la royauté, les idées déjà répandues sur la Constitution française, permettaient un langage net. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 566.

1542 Discours de Barentin, Président de la Cour des Aides de Paris, *Journal pour servir à l'histoire de France*, p. 246 ; Réquisitoire sur la déclaration concernant le timbre, 17 août 1787, Barville, Avocat-Général de la Cour des Aides, *Ibidem*, p. 456.

« Tout à coup VOTRE MAJESTÉ s'est environnée de l'appareil de sa toute-puissance, et par un acte d'autorité absolue, aussi effrayant dans son objet que dangereux dans ses suites, elle a fait enregistrer en sa présence des lois qui consommeraient la ruine de ses peuples. » Arrêté du parlement de Navarre, 3 septembre, in *Arrêtés des parlements de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes*, BN

du pouvoir absolu¹⁵⁴³ ou arbitraire¹⁵⁴⁴ et le despotisme¹⁵⁴⁵. Le Parlement de Dauphiné dénonce les actes d'autorité qui « ébranlent la constitution de la Monarchie »¹⁵⁴⁶, les « ordres arbitraires, qui ébranlent la constitution de l'État »¹⁵⁴⁷ et affirme de manière assez radicale que « l'autorité légitime du Monarque, n'est pas distinguée du pouvoir absolu du despote »¹⁵⁴⁸.

Le Parlement de Paris, dans ses remontrances d'avril 1788, estime que le « droit de suffrage en présence du Roi » est réclamé par « la Constitution »¹⁵⁴⁹. Il s'appuie également sur la notion de constitution pour affirmer que :

« La seule volonté du Roi n'est pas une loi complète ; la simple expression de cette volonté n'est pas une forme nationale ; il faut que cette volonté, pour être obligatoire, soit publiée légalement ; il faut, pour qu'elle soit publiée légalement, qu'elle ait été librement vérifiée : elle est, Sire, *la Constitution française*, elle est née avec la Monarchie. »¹⁵⁵⁰

En un paragraphe est condensée une bonne partie des ressources rhétoriques utilisées par le Parlement pour soumettre le Roi à sa volonté : légalité, rôle de la nation, vérification libre, constitution et récit des origines. Le Parlement affirmait, pour appuyer ses revendications, que : la « liberté du Parlement [...] fait partie de la constitution »¹⁵⁵¹ et que le droit de l'enregistrement est « sacré » et « inviolable »¹⁵⁵². En conséquence, il refusait au Roi le pouvoir de « concentr[er] le Parlement dans sa personne » au motif que cela reviendrait à « détruire d'un seul coup la Constitution »¹⁵⁵³. Le Parlement résume sa position en une formule : « point d'aristocratie en France, mais point de despo-

NUMM-47131, p. 14.

1543 Voir par exemple : *Remontrances du Parlement de Dauphiné, concernant les lettres de cachet, et l'arrêt du Conseil du 5 janvier 1788*, BN NUMM-47632, p. 9 ; Arrêté du Parlement de Franche-Comté tendant à obtenir le rappel du Parlement de Paris, à faire punir suivant les Lois du Royaume les Administrateurs infidèles, à la suppression des dépenses inutiles, et à obtenir la convocation des États-généraux, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 372-373 ; Arrêté du Conseil souverain du Roussillon tendant à obtenir le rappel du Parlement à Paris, la continuation du procès contre M. de Calonne et la convocation des États-généraux, 3 septembre, *Ibid.*, p. 377 ; *Extrait du registre des délibérations du parlement de Navarre, et Procès-verbal du 9 mai 1788*, BN Lb39-554, p. 1 ; *Arrêté du Parlement de Bretagne, du 9 mai 1788*, BN Lb39-6404, p. 2.

1544 Arrêté du Parlement de Franche-Comté tendant à obtenir le rappel du Parlement de Paris, à faire punir suivant les Lois du Royaume les Administrateurs infidèles, à la suppression des dépenses inutiles, et à obtenir la convocation des États-généraux, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 374 ; Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes. Année 1788, Juin, Première quinzaine, A Bouillon*, p. 81 ; *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601.

1545 Voir par exemple : *Remontrances du Parlement de Dauphiné, concernant les lettres de cachet, et l'arrêt du Conseil du 5 janvier 1788*, BN NUMM-47633 ; *Flammermont*, III, p. p. 756 ; *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 3.

1546 Arrêté du Parlement de Dauphiné, du 24 janvier 1788, BN NUMM-47627, p. 2.

1547 *Remontrances du Parlement de Dauphiné, concernant les lettres de cachet, et l'arrêt du Conseil du 5 janvier 1788*, BN NUMM-47633, p. 2.

1548 *Ibid.*

1549 *Flammermont*, III, p. 727.

1550 *Flammermont*, III, p. 727.

1551 *Flammermont*, III, p. 731.

1552 *Flammermont*, III, p. 730-731.

1553 *Flammermont*, III, p. 732.

tisme ; telle est la Constitution »¹⁵⁵⁴. Le Parlement adhéraît alors aux thèses les plus radicales des *Maximes du droit public* qu'il condamnait à peine quinze ans auparavant¹⁵⁵⁵.

Ces affirmations attestent du caractère irréconciliable des conceptions royales et parlementaires de l'exercice du pouvoir royal : la volonté royale est désignée, pour la première fois comme une loi incomplète – alors qu'auparavant le parlement faisait référence à la complétude de la procédure et non de la loi. Le Roi ne peut donc qu'avoir tort lorsqu'il affirme « c'est légal parce que je le veux ». Le Parlement ne se considérait plus comme l'interprète de la volonté royale ou le protecteur du Roi contre les surprises faite à sa religion. Il postulait l'idée révolutionnaire selon laquelle l'expression de la volonté du Roi n'est pas une loi ; il remettait directement en cause le principe de la souveraineté royale et liait la notion de constitution à cette réfutation.

Le Parlement de Paris orchestrait la dénonciation du « système de la seule volonté »¹⁵⁵⁶. Cette expression, qui revient souvent des ses arrêtés d'avril et de mai 1788, devint un vrai slogan repris par les autres cours¹⁵⁵⁷. Le principe monarchique, résidant dans le pouvoir du roi de légiférer seul, est alors refusé. Selon cette nouvelle doctrine, le Roi est dépossédé de son pouvoir. Néanmoins, le Parlement, après avoir remis en cause la souveraineté royale, n'ose pas clairement reconnaître la souveraineté de la nation : la volonté du Roi est insuffisante, mais le fantôme de la volonté générale ou nationale qui se substituerait ou s'ajouterait à la volonté royale n'est pas nommé.

339. La défense des droits du Parlement semble alors malaisée. Les parlementaires reconnaissent à la nation un pouvoir de consentir les impôts, mais s'estiment seuls compétents pour vérifier les lois¹⁵⁵⁸. Ils ne considéraient plus qu'ils tenaient leur pouvoir du Roi, mais n'osaient pas affirmer

1554 *Flammermont*, III, p. 738.

1555 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2, A.

1556 « Qu'on admette un moment les maximes surprises à V. M., que *sa seule volonté fasse l'arrêt en matière d'administration et de législation et que les conséquences éclairent enfin sur le principe.* » *Flammermont*, III, p. 738.

« *Sa seule volonté fera l'arrêt en matière de législation !* Elle pourra donc, par une loi, disposer de la Couronne, choisir son héritier, céder ses provinces, priver les États généraux du droit d'accorder les subsides, dénaturer la Pairie, rendre la Magistrature amovible ; changer les coutumes, intervertir l'ordre des tribunaux, s'investir elle-même du droit de juger seule ou de choisir les juges en matière civile, en matière criminelle ; se déclarer enfin co-proprétaire des biens de ses sujets et maîtresse de leur liberté. » *Ibid.*, p. 739.

« S'il était arrivé que votre parlement eût refusé des lois utiles, il faudrait plaindre l'humanité, sans rendre le Roi despote, *sans détruire la Constitution, sans établir la servitude par le système de la seule volonté.* » *Ibid.*, p. 741.

« Considérant enfin que le *système de la seule volonté* clairement exprimé dans les différentes réponses surprises audit Seigneur Roi annonce, de la part des ministres, le funeste projet d'anéantir les principes de la Monarchie, et ne laisse à la Nation d'autre ressource qu'une déclaration précise par la Cour des maximes qu'elle est chargée de maintenir, et des sentiments qu'elle ne cessera de professer » *Ibid.*, p. 745.

1557 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, D.

1558 « S'agit-il d'un subside ? C'est à la Nation à l'accorder. La liberté des États généraux n'a pas encore fait la matière d'un doute.

« S'agit-il d'une loi ? C'est aux cours à la vérifier librement ; mais le droit de vérifier librement les lois n'étant pas celui de les faire, les cours ne peuvent ni forcer ni suppléer la volonté du Roi ; votre parlement, Sire, l'a déjà protesté et le répétera aussi souvent que vos ministres tâcheront d'obscurcir cette vérité. » *Flammermont*, III, p. 741.

clairement qu'ils le tenaient de la nation, car ils risquaient alors de se le voir retirer. En affirmant que leurs droits provenaient de l'État¹⁵⁵⁹, ils en disaient trop ou trop peu : soit leurs droits provenaient du Roi et, selon la doctrine traditionnelle, ils devaient lui obéir ; soit ils tiraient leurs droits de la nation et, selon la doctrine patriote, ils devraient se soumettre à sa volonté. Les parlementaires démantelaient un système sans en avoir un nouveau qui pourrait se substituer à l'ancien. Les conséquences ultimes des *Maximes du droit public* dont il reprenait maintenant les formules étaient le dépassement du Parlement par les États-généraux¹⁵⁶⁰ et les parlementaires ne pouvaient s'y résoudre.

Néanmoins, face à la réforme Lamoignon qui visait à priver les parlements de leurs pouvoirs politiques, la révolte ne pouvait que s'intensifier. L'emploi de la rhétorique constitutionnelle se généralise alors au sein de tous les corps intermédiaires, y compris les plus conservateurs.

D. L'intensification et la généralisation de l'emploi de la rhétorique constitutionnelle et de la révolte à la suite de la réforme Lamoignon

La réforme judiciaire fit l'unanimité contre le Roi. Les parlements privés de leurs prérogatives politiques s'insurgèrent et crièrent au despotisme et à l'arbitraire en accusant les ministres de leurrer le Roi. L'Assemblée du Clergé¹⁵⁶¹, un corps traditionnellement monarchiste et conservateur, s'associait même aux revendications parlementaires. Cette seconde vague de la révolte parlementaire fut bien plus virulente que la première.

Si le contenu des revendications n'évolue pas réellement, les fondements utilisés par certains corps sont bien plus ouvertement révolutionnaires et s'appuient sur les théories contractualistes (1). En outre, même les corps les plus conservateurs s'associent maintenant à l'opposition royale et adoptent son vocabulaire (2).

1. La radicalisation de la révolte des corps intermédiaires : invocation systématique de la constitution, souveraineté nationale et adhésion apparente aux principes du contrat social

Dès l'été 1787, les discours de certains membres du Parlement de Paris attestent de l'adhésion aux thèmes rousseauistes. Duport, dans la séance du 10 août 1787, se réfère par exemple aux gouvernements établis par « la volonté générale » et aux « principes qui servirent à former le contrat social »¹⁵⁶². Il utilise cette expression pour qualifier un pacte synallagmatique entre la nation et le gouvernement ; tout en promouvant un retour à cet ordre ancien et originel¹⁵⁶³. Il affirme

1559« Mais il est, Sire, une autre dette que votre parlement vient acquitter au pied du Trône ; *nos droits ne sont point à nous, ils appartiennent à l'État* : le devoir nous oblige à les défendre. » *Ibid.*, p. 727.

1560Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

1561Sur l'Assemblée du Clergé voir Jean ÉGRET, « La dernière assemblée du Clergé de France (5 Mai-5 Août 1788) » in *Revue Historique*, T. 219, Fasc. 1 (1958), P.U.F. p. 1-15.

1562*Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 137.

1563« C'est alors que la nation reconnaît son erreur ; et n'osant rappeler entièrement les institutions de ses pères, elle y

ensuite : « on appelle despotisme, le pouvoir qui s'affranchit *des lois que la société a établies* »¹⁵⁶⁴. Il laisse donc entendre que les lois sont établies par la société et qu'elles contraignent le pouvoir royal, ce qui représente le fondement classique des théories constitutionnelles des contractualistes¹⁵⁶⁵.

Le Parlement de Paris avait initialement un discours plus modéré, mais au fur et à mesure que s'intensifiait l'opposition au Roi et poussé par le soutien des autres cours, il adopta une position plus radicale. La notion de constitution et ses dérivés furent au cœur de cette opposition et furent repris comme un slogan par les autres cours (a). Les thèses défendues se rapprochent progressivement des positions patriotes plus radicales en reconnaissant un partage de souveraineté entre le Roi et la nation de plus en plus explicitement et en mettant le « vœu national » sur un véritable piédestal (b). Enfin, certains parlements, ainsi que d'autres corps intermédiaires, adhéraient, au moins en apparence, de plus en plus clairement aux thèses contractualistes (c). Constitution, nation et société étaient devenus les mots-thèmes des discours parlementaires et d'opposition.

a. La constitution : slogan de la révolte parlementaire

340. La réforme Lamoignon suscite les plus vives réactions de la part des parlements qui utilisent alors la notion de constitution pour défendre leurs prérogatives. Les principales revendications s'appuient sur la crainte d'une nouvelle levée d'impôt sans le consentement des États-généraux¹⁵⁶⁶ – réclamation permettant de s'assurer du soutien populaire comme le prévoyait le plan de Brissot – et celle d'un nouveau coup Maupeou¹⁵⁶⁷. La notion de constitution et ses dérivés sont maintenant invoqués de manière systématique par les parlementaires. Les arguments sont formulés à Paris et repris en province presque mot pour mot.

Dans la séance royale du 8 mai 1788, le Premier Président du Parlement de Paris s'oppose à

cherche au moins les principes qui servent à former le contrat social entre eux et le gouvernement. L'embarras de choisir de meilleurs principes, la crainte de les trouver trop actifs en les fondant sur la base invariable de la nature et de la raison, *tout alors ramène aux institutions anciennes, et ne permet pas même de leur ôter la rouille dont le temps les a couvertes.* » *Ibid.*

1564 Nous soulignons. *Ibidem*, p. 139.

1565 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2-3.

1566 « La cour, se reposant avec confiance sur la pureté de ses vœux, a *unanimentement déclaré tenir pour maxime constitutionnelle* qu'il ne peut être levé d'impôt que de l'octroi et consentement de la nation, représentée par ses députés librement élus et légalement convoqués » Nous soulignons. Arrêt du Parlement de Dauphiné, du 9 mai 1788, Pierre-Joseph-Spiridon DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des Parlements de France, Chambres des comptes, Cours des aides et autres cours souveraines, depuis 1461 jusqu'à leur suppression*, Paris, Galliot (ci-après *Dufey*), vol. 2, 1826, p. 484-485.

1567 La référence est d'ailleurs explicite lorsque le Premier Président du Parlement de Paris dit au Roi : « ces disgrâces, ces efforts que l'on fait, sous différentes formes, pour empêcher la vérité de parvenir jusqu'au Trône, n'annoncent que trop le *changement de constitution que les ennemis de la Magistrature avaient tenté dès 1771* et qu'ils se flattent de pouvoir consommer en ce moment, en le présentant sous les dehors les plus spécieux. » Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 756.

« une innovation totale dans la constitution de la Monarchie »¹⁵⁶⁸. À sa suite, les parlements reprennent ces arguments et dénoncent les « innovations tentées sur la Constitution de la Monarchie »¹⁵⁶⁹ qu'ils considèrent « destructives de la Constitution de la Monarchie »¹⁵⁷⁰. Ils dénoncent les « dangers dont la constitution Française est menacée »¹⁵⁷¹ et accusent des « mal-intentionnés » de vouloir « substituer à l'antique et précieuse constitution de la monarchie française un pouvoir purement arbitraire »¹⁵⁷². Ils s'insurgent contre le « renversement de la constitution de la monarchie, que les ministres ont tenté »¹⁵⁷³ et « proteste[nt] contre tout ce qui, tant en sa présence qu'en son absence, pourrait être fait de contraire à la constitution de la monarchie »¹⁵⁷⁴ ou « contre toute loi nouvelle qui pourrait porter atteinte aux lois constitutives du royaume »¹⁵⁷⁵.

La notion de constitution sert donc de rempart face aux ambitions réformatrices de la monarchie. Cette notion et ses dérivés sont au cœur des revendications parlementaires.

341. Le champ lexical employé par les parlements oscille entre la référence à la constitution, d'une part, comme un ordre, une structure qui serait détruite ou renversée et, d'autre part, comme une norme à laquelle les réformes ministérielles seraient contraires. Pour exprimer ce rapport de

¹⁵⁶⁸Flammermont, III, p. 756.

¹⁵⁶⁹Lettres individuelles de Messieurs des Enquêtes et Requêtes à M. le Garde des sceaux, 9 mai 1788. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon*, BN Lb39-553, p. 94.

¹⁵⁷⁰Lettre des Messieurs de Grand-Chambre au Roi au sortir du lit de Justice du 8 mai 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon*, BN Lb39-553, p. 91.

¹⁵⁷¹Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon*, BN Lb39-553, p. 149.

¹⁵⁷²Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes*. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon, p. 81.

« ce même devoir qui prescrit aux Magistrats d'éclairer la religion du Souverain, leur prescrit encore de lui dénoncer, de dénoncer à la nation ceux qui depuis l'assemblée des Notables n'ont cessé d'ébranler la constitution monarchique » Nous soulignons. *Arrêté du Parlement de Bretagne, du 9 mai 1788*, BN Lb39-6404, p. 2.

¹⁵⁷³Nous soulignons. Parlement de Besançon, le 26 mai 1788, *Dufey*, vol. 2, p. 498.

« Dans les circonstances actuelles, la voix publique annonce les mêmes malheurs dans toutes les parties de la France, la subversion des lois, l'anéantissement de la magistrature, le renversement de la constitution monarchique, l'exécution enfin des projets enfantés par le despotisme ministériel. » Nous soulignons. *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 3.

¹⁵⁷⁴Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes*. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon, p. 82.

« Lorsque tout, jusqu'au mystère impénétrable dont on s'enveloppe, annonce les projets les plus désastreux, une opération destructive des forces constitutionnelles et des lois fondamentales de la monarchie en général, et en particulier, des droits franchises et libertés de cette province, auxquels est essentiellement liée la constitution de la magistrature ; [...] si, dans une pareil extrémité, nous ne nous empressions pas de réclamer, d'une manière authentique et solennelle, contre toute atteinte qui serait portée à la constitution nationale. » Protestation du procureur-général-syndic des états de Bretagne, *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 6.

¹⁵⁷⁵Nous soulignons. *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 3.

« Il y a tant d'atteintes portées à notre constitution, qu'il est impossible d'en réunir le détail. » *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 3.

contrariété, les discours parlementaires emploient assez largement les préfixes privatifs ou d'opposition « in » et « anti » lorsqu'ils condamne l'action ministérielle. Ils construisent ainsi les adjectifs « inconstitutionnel »¹⁵⁷⁶, « anti-constitutionnel »¹⁵⁷⁷ ou « antimonarchiques »¹⁵⁷⁸. Le Parlement de Navarre déclare par exemple : « le pouvoir arbitraire avait essayé d'établir un système de gouvernement *incohérent, impolitique et insocial* ; les réclamations de toutes les classes de citoyens s'étaient réunies pour *défendre la constitution* »¹⁵⁷⁹.

L'usage de préfixes privatifs avec les adjectifs constitutionnel, monarchique, politique et social permet de dénoter la contestation des réformes royales, qui sont conçues comme subversives de l'ordre constitutionnel, politique et social.

342. La réclamation ne porte pas uniquement sur la constitution de la monarchie, mais également sur les constitutions provinciales et les constitutions des parlements¹⁵⁸⁰. Dans son arrêt du 3 mai 1788, le Parlement de Paris avait consacré : « Le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes *aux lois*

1576« Sous prétexte des besoins indispensables de l'État, on cherche à introduire le *pouvoir inconstitutionnel de lever à volonté des impôts non accordés par la Nation*, d'étendre la quotité et la durée de ceux qui sont déjà établis ». Nous soulignons. *Extrait du registre des délibérations du parlement de Navarre, et Procès-verbal du 9 mai 1788*, BN Lb39-554, p. 1.

« Ce même devoir qui prescrit aux Magistrats d'éclairer la religion du Souverain, leur prescrit encore de lui dénoncer, de dénoncer à la nation [...] celui enfin qu'on a vu avancer les *principes les plus inconstitutionnels* en présence du son Souverain, et dans le tribunal même où il avait juré d'être fidèle à la loi. » Nous soulignons. *Arrêté du Parlement de Bretagne, du 9 mai 1788*, BN Lb39-6404, p. 3.

« Déjà des diverses Provinces de votre Royaume, il s'est élevé des réclamations contre une *forme de gouvernement inconstitutionnelle*, par cela seul, qu'elle est *opposée aux formes antiques*, conçues dans le mystère, par un petit nombre d'hommes qui caractérise la conjuration contre la chose publique, forme incertaine que de nouveaux Ministres pourraient varier à leur gré » *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 3.

« Inutilement votre Garde-des-sceaux, reconnaissant l'illégalité d'une opération moins désastreuse d'un de ses prédécesseurs, s'est-il efforcé de faire illusion sur l'étendue de la loi d'inamovibilité, puisqu'il est avoué que la suppression d'un Tribunal pour le remplacer par un autre, exige une forfaiture préalablement jugée, sans doute *il est également inconstitutionnel* d'attribuer à un tribunal de nouvelle convention, la plus grande partie de la Juridiction du Parlement, pour avoir prétexte de supprimer une partie des Offices de cette Compagnie. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 16.

1577Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon, Garde des Sceaux, au Lit de Justice du 8 Mai 1788. Avec le Récit abrégé des faits les plus intéressants qui se sont passés dans les différents Parlements, depuis l'époque dudit mois de Mai*, Londres, 1788, BN Lb39-553.

1578« Ceux qui persistant dans des *principes antimonarchiques* annoncés avec scandale, ont persuadé au Monarque d'écarter toutes représentations » Nous soulignons. *Arrêté du Parlement de Bretagne, du 9 mai 1788*, BN Lb39-6404, p. 3.

1579*Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 1-2.

1580Voir par exemple, Parlement de Besançon, le 26 mai 1788, *Duféy*, vol. 2, p. 495 et Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes*. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon, p. 81 ; Protestation du procureur-général-syndic des états de Bretagne, *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, p. 6 ; *BN Lb39-601, Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-6392, p. 33.

constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État »¹⁵⁸¹. Chaque Parlement réclame ainsi en faveur de la constitution de sa province¹⁵⁸².

Cette défense de la constitution, ou des constitutions (de la monarchie, des provinces et des parlements), s'amplifie et se systématisé. Elle se trouve en tête de toutes les réclamations ; elle devient le mot d'ordre et le slogan de la révolte parlementaire. En outre, cette amplification de la référence à la notion de constitution s'accompagne de la reconnaissance explicite d'une souveraineté et d'un vœu nationaux.

b. La reconnaissance d'une souveraineté et d'un vœu nationaux

343. Certains parlements provinciaux, au fur et à mesure qu'avance la révolte, adoptent un discours de plus en plus proche des thèses patriotes et bien moins prudent que celui du Parlement de Paris. Les théories nationales, favorables à une reconnaissance de la souveraineté de la nation et reconnaissant le droit de cette dernière à une représentation élue, sont affirmées sans détour. Pour eux, la nation est reconnue comme souveraine en concurrence directe avec le pouvoir royal. Elle est seule compétente non seulement pour consentir l'impôt, mais également pour faire les lois¹⁵⁸³, voire même changer la constitution. La nation n'était plus cet être inerte figurativement représenté par le Roi ou le Parlement, cette éternelle absente au nom de laquelle il fallait agir et parler, mais elle devenait un sujet de droit souverain, capable de vouloir et d'exprimer sa volonté par des représentants.

344. Le renforcement de la fonction jouée par la nation s'opère par l'invocation très fréquente du

1581 *Flammermont*, III, p. 746.

1582 Le Parlement de Besançon, le 26 mai 1788, considère que sa Cour est « inhérente et particulière à la constitution de la province », *Dufey*, vol. 2, p. 493.

« Ce jour [...] messire de Botherel, procureur-général-syndic des états de Bretagne [...] a dit : qu'ayant été instruit que l'arrivée du commandant de la province et du commissaire départi dans cette ville, pourrait avoir pour objet de faire éclater des actes d'autorité, qui *tendraient à ébranler la constitution de la province*, le devoir de sa place, consigné dans les charges expresses qu'il a reçues des états, l'aurait porté à former au parlement, au nom des états, conformément aux lois fondamentales de la province, toutes protestations et oppositions permises à bons et loyaux sujets, contre tout ce qui pourrait porter atteinte à la *constitution du pays, dans ses formes, ses lois et la magistrature* ». Nous soulignons. *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 13.

Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788, BN Lb39-601, p. 12, 14, 22 et 26.

1583 Le Parlement de Navarre exprime clairement cette idée d'un partage du pouvoir législatif entre le Roi et la Nation lorsqu'il déclare : « Les mêmes maximes qui s'opposent à l'érection des nouveaux Tribunaux, s'élèvent contre l'Édit portant réduction d'Offices aux Parlement. Innovation présentée dans son préambule comme une conséquence de la précédente, également *contraire au droit d'une Nation libre, qui, par ses fors, doit concourir avec le Prince à toutes les parties de la législation*. » Nous soulignons. *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 16.

« vœu national »¹⁵⁸⁴. Les parlements se présentent comme « l'organe fidèle des vœux de la Nation »¹⁵⁸⁵ et s'estiment « chargé de défendre les droits du peuple »¹⁵⁸⁶. Ils prétendent pouvoir « faire connaître le vœu général de la Nation »¹⁵⁸⁷ et se réfèrent au « langage uniforme de toutes les cours qui n'était que le vœu de la Nation entière »¹⁵⁸⁸. La délibération libre est donc souvent présentée comme suppléant « le vœu de la Nation »¹⁵⁸⁹. Les parlements prétendent agir pour la nation afin de renforcer la légitimité de leurs revendications. Néanmoins, un tel procédé ne conduit qu'à renforcer la figure de la nation et la nécessité de lui donner une véritable représentation. Or, les parlements n'offraient à la nation qu'une représentation très imparfaite. Dans ses conséquences ultimes, leur revendication en faveur de la suprématie du vœu national ne pouvait que disqualifier les parlements eux-mêmes et porter aux nues les États-généraux.

345. La Cour des aides tire toutes les conséquences de cette nouvelle théorie parlementaire et elle adopte en mai une position bien plus libérale que celle du Parlement de Paris et semble reconnaître une double souveraineté monarchique et nationale. Elle fait référence à « un véritable *crime de lèse-majesté royale et nationale* »¹⁵⁹⁰. En ce sens, il existerait alors deux majestés : l'une royale et l'autre nationale. En accordant à la nation un rôle central, elle reconnaît le droit de la nation à une représentation et les limites inhérentes de la représentation par les parlements : « si elles [les cours] *ne peuvent pas être rigoureusement considérées comme les représentants de la nation*, elle en sont au moins les organes nécessaires, puisque seules depuis la cessation des États-généraux, elles se sont conservées dans la prérogative de porter la vérité aux pieds du trône »¹⁵⁹¹. Selon cette conception, les parlements n'ont qu'un rôle de substitution et sont nécessairement affaiblis par la perspective de convocation des États-généraux. De surcroît, dans cette conception, il ne tiennent leur légitimité que de la nation et non plus de l'histoire ou d'un acte fondateur.

1584« *La Nation Française, sans assemblée commune, avait un vœu uniforme, qui s'élevait de toutes les parties de votre vaste empire* » *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 2.

1585Lettre à MM. du Châtelet de Paris du siège présidial de Lyon, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 316.

1586Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon*, BN Lb39-553, p. 149.

1587Lettre au Roi du Parlement de Navarre tendant à obtenir le rappel du Parlement de Paris, 31 août 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 360.

1588Réclamation de la Chambre des comptes contre l'arrêt du Conseil, 1er septembre 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 231.

1589« l'acquiescement libre et délibéré peut seul former le caractère de la loi, et suppléer le vœu de la Nation » Réclamation de la Chambre des comptes contre l'arrêt du Conseil, 1er septembre 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 232.

1590Nous soulignons. Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon*, BN Lb39-553, p. 149.

1591Nous soulignons. Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Ibid.*

346. Sur le fondement d'une telle souveraineté nationale, plusieurs cours reconnaissent à la nation un pouvoir constituant. La Cour des aides estime que la constitution ne peut être changée qu'avec son accord¹⁵⁹² : les atteintes « aux lois constitutives » doivent être « consenti[es] par la Nation légalement assemblée en Etats-Généraux »¹⁵⁹³. Suivant cette conception, la constitution est modifiée avec l'accord de la nation exprimée dans les États généraux.

347. Les parlements de province ont également un double discours tendant à défendre simultanément les droits de la nation française et ceux de la nation provinciale¹⁵⁹⁴. Le Parlement de Normandie affirme par exemple qu'il « ne peut et ne doit en aucun temps déposer le droit constitutionnel que pour le remettre à ceux même qui le lui ont confié »¹⁵⁹⁵. Néanmoins, il estime tenir son pouvoir des États-généraux de la province et non de la France¹⁵⁹⁶. Le consentement doit donc être celui de la province. Le Parlement de Bretagne imagine une double ratification (celle des États-généraux et celle des États de Bretagne)¹⁵⁹⁷.

348. Le lien intime entre constitution et nation est clairement réaffirmé par les parlements au cours de cette période. Un autre élément atteste d'ailleurs de l'approfondissement de l'attachement à la notion de nation : la référence de plus en plus fréquente à la « constitution nationale »¹⁵⁹⁸. La

1592« Que tout Tribunal qu'on tenterait de créer, pour échapper à la loi protectrice de l'enregistrement dans les Cours, ou pour en changer la forme, quelque nom qu'il portât, de quelques Membres qu'il fût composé, *serait illégal et anti-constitutionnel, tant qu'il n'aurait pas reçu son existence de la Nation assemblée* » Nous soulignons. Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Ibid.*, p. 150.

1593Arrêté de la Cour des Aides de Paris, du 5 mai 1788, *Ibid.*, p. 151.

1594« NOUS, SIRE, Citoyens, Magistrats d'un Pays étranger à la France, quoique soumis au même Roi, nous devons exposer à V.M. les *droits particuliers de deux Nations*, que la précipitation des Administrateurs a confondues avec vos Sujets des diverses Provinces de France. » Nous soulignons. *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 4.

1595Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes*. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon, p. 81.

1596« Le tribunal souverain, la seule et vraie Cour de justice du duché, dont l'existence remonte au delà même de la conquête des Normands, *ne peut, dans sa constitution, éprouver aucune altération légale que par l'avis et le consentement de ses États* » Nous soulignons. Parlement de Normandie, 5 mai, *Journal politique ou Gazette des Gazettes*. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon, p. 81.

1597« De pareils changements *intéressant essentiellement la constitution*, ils ne pourraient être admis dans le royaume qu'après avoir été *consentis par les états-généraux*, et dans le ressort de la cour, qu'après avoir été consentis par les états de Bretagne » Nous soulignons. *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392.

« Nous venons déposer dans votre sein et sur vos registres, nos protestations solennelles contre toute atteinte qui pourrait être portée aux lois et à la *constitution nationale*, aux privilèges de la magistrature, à l'administration de la justice, qui ne peuvent éprouver ni altération, ni changement, *sans le consentement et la participation des états*. » Nous soulignons. Discours de M. le comte de Bothérel, procureur-général-syndic, *Ibid.*, p. 4-5.

1598Elle se trouve par exemple à plusieurs reprises dans les arrêtés du Parlement de Navarre. *Extrait du registre des délibérations du parlement de Navarre, et Procès-verbal du 9 mai 1788*, BN Lb39-554, p. 2, 3 ; dans les Protestations des officiers du Parlement de Besançon, 26 mai 1788, *Dufey*, vol. 2, p. 486 ; Discours de M. le comte de Bothérel, procureur-général-syndic, *Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788*, BN Lb39-6392, p. 4 ; *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 32-

constitution n'était donc plus relative au royaume ou à la monarchie, mais à la nation même. Certains libellistes affirment ainsi qu'elle lui appartient¹⁵⁹⁹. La constitution est alors considérée comme la création de la nation et sa possession.

Les parlements se présentent unanimement comme les défenseurs des droits de la nation, mais les plus audacieux d'entre eux tirent les conséquences de telles affirmations en faisant de la nation la concurrente directe du Roi en matière de souveraineté. De plus, ils reconnaissent à la nation un droit à la représentation qui ne peut être réellement satisfait que dans des États-généraux ou provinciaux. Au moment où ils affirment de la manière la plus virulente leur pouvoir, ils l'abdiquent au profit d'une autre institution offrant une plus juste représentation. Dans cette perspective, ils appuient également de plus en plus clairement leur revendications sur les principes contractualistes en adoptant un vocabulaire directement tiré du *Contrat social*.

c. L'adhésion partielle aux thèses du contrat social

À l'instar du Parlement de Paris, les parlements provinciaux multiplient les références au droit naturel et aux principes abstraits et tirés uniquement de la raison¹⁶⁰⁰. En revanche, dans leurs argumentaires, ils se réfèrent de manière plus explicite et générale aux théories contractualistes¹⁶⁰¹. La référence à la naissance des sociétés politiques et à l'origine contractualiste du pouvoir est fréquente.

33.

1599 Antoine BARNAVE, *Esprit des édits, enregistrés militairement au Parlement de Grenoble : le 10 mai 1788*, BN Lb39-555, 1788.

1600 « Que sans une nécessité connue, vérifiée, admise, sans un emploi utile et déterminé par les propriétaires ou leurs représentants, tout impôt est nul dans son principe, illégal dans sa perception, et ne peut pas être obligatoire chez un peuple libre.

« Que la liberté des personnes et la propriété des biens sont les premiers droits de la nature, les premiers attributs de la Monarchie. Que ces droits sacrés ne furent même jamais contestés en France par les plus zélés partisans du pouvoir absolu. Que le Monarque est assujéti aux lois fondamentales qui les assurent à la Nation, et que le souverain des Français rejeterait avec indignation le titre odieux qui ne lui offrirait plus pour sujet que des esclaves humiliés. », Arrêté du Parlement de Franche-Comté tendant à obtenir le rappel du Parlement de Paris, à faire punir suivant les Lois du Royaume les Administrateurs infidèles, à la suppression des dépenses inutiles, et à obtenir la convocation des États-généraux, 3 septembre 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 373.

« Qu'une de ces lois fondamentales et constitutives assure à la Nation le pouvoir de consentir librement à l'établissement des subsides ; loi essentielle à tout Royaume policé, à tout peuple qui n'est point esclave, et sans laquelle la propriété ne serait plus qu'un droit imaginaire. » Arrêté de la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier tendant à obtenir le rappel des Parlements de Paris et de Bordeaux, la révocation des impôts du Timbre et la subvention territoriale et la convocation des États-généraux, 11 septembre 1787, *Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle*, p. 379.

1601 Pour de plus amples développements sur cette question voir notamment Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789). Des théories parlementaires au rousseauisme*, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997 : « Parmi ceux qui participent à l'agitation parlementaire, s'opposent donc deux attitudes : celle incarnant le passé, où le langage patriote n'est qu'une rhétorique sans conséquence sur les objectifs de classes réels – et celle, authentiquement bourgeoise, qui préfigure l'avenir proche. Deux lectures de Rousseau incarnent ces deux attitudes Saige et Brissot. » p. 29.

349. Le Parlement de Provence affirme par exemple dans une lettre qu'il adresse au Parlement de Paris que « le droit de propriété [...] n'est pas seulement loi fondamentale, mais *l'origine, le but, le fondement de l'association politique* pour lequel toutes les Lois ont été faites, et que tous les pouvoirs s'honorent de respecter »¹⁶⁰². Il se réfère à des principes valables dans « toute société »¹⁶⁰³.

Le Conseil souverain du Roussillon se fonde également sur les causes de la réunion des hommes en société et la considère comme une source de droit antérieure et supérieure aux autres : les hommes seraient réunis en société pour préserver leur droit de propriété et la constitution d'un État monarchique devrait garantir, par des lois fixes, liberté et propriété aux citoyens. Cette garantie seraient rendue possible par l'existence d'assemblées représentant la nation ayant notamment pour fonction de consentir l'impôt¹⁶⁰⁴. Si la référence aux « lois fixes » et à la nature de la constitution fait écho à la doctrine de Montesquieu, le reste du discours est plus radicalement jusnaturaliste et se fonde sur l'origine des sociétés politiques pour juger de la validité d'un gouvernement. Cette cour reconnaît sur ce fondement des droits inaltérables et sacrés à tous les citoyens membres de la société. Elle en infère un droit du peuple de donner librement son consentement à l'impôt. Liberté de la nation et droits des citoyens sont choisis comme les « véritables » sources de droit, négligeant ainsi la doctrine parlementaire classique.

350. Les parlements multiplient également les références à la société, en parallèle de l'attachement à la nation. Le Parlement de Navarre affirme par exemple : « Sous tous les gouvernements, Sire, l'exercice de l'autorité Souveraine est réglé par *quelques lois sociales*, puisque la fidélité des Sujets est un devoir. L'obéissance ne serait qu'une contrainte antérieure, si l'autorité n'était que le pouvoir actuel de se faire obéir »¹⁶⁰⁵. La notion de lois fondamentales est redéfinie : de même que la constitution devient nationale, les lois deviennent sociales. Ce Parlement

¹⁶⁰²Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle, p. 447.

¹⁶⁰³Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle, p. 448.

¹⁶⁰⁴« Que la conservation inaltérable du droit de propriété, est un des principaux motifs qui ont réuni et qui maintiennent les hommes en société : que cette loi primitive est essentiellement incompatible avec le pouvoir illimité d'enlever une partie de la propriété, soit en nature, soit par des impôts : Que son altération détruirait la fin même du Gouvernement ; réduirait la propriété à une possession précaire, et ne laisserait plus de bornes à la dépense, et en anéantissant celles de la recette.

« Que ce principe des sociétés tient encore plus essentiellement à la constitution d'un État monarchique, dont la nature est d'être gouverné par des lois fixes qui règlent l'exercice de la puissance publique, et garantissent au citoyen la liberté et la propriété : Que par l'effet naturel de ces droits inaliénables et sacrés, les subsides ne furent dans leur origine établis en France, que par la délibération libre du peuple [...]

« Que l'interruption de ces assemblées protectrices de la liberté des citoyens, n'a pu déroger aux droits imprescriptibles de la Nation, ni fonder contre la nature même des choses, en faveur de la puissance publique, l'anéantissement des droits confiés à sa protection. » Nous soulignons. Arrêté du Conseil souverain du Roussillon tendant à obtenir le rappel du Parlement à Paris, la continuation du procès contre M. de Calonne et la convocation des États-généraux, 3 septembre, Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle, p. 378.

¹⁶⁰⁵Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788, BN Lb39-601, p. 8.

invoque également la « sûreté sociale » pour désigner la loi d'enregistrement¹⁶⁰⁶. L'ordre politique se rapporte de plus en plus clairement à la collectivité des individus et non plus au Roi ou au royaume.

351. Certains parlements provinciaux développent même l'idée d'un contrat synallagmatique entre le Roi et la Province¹⁶⁰⁷. L'idée n'est pas nouvelle, mais elle s'exprime dans un nouveau vocabulaire. Le Parlement de Navarre se réfère à « son contrat social originaire »¹⁶⁰⁸ qui contient des « stipulations également obligatoires de la Nation assemblée, d'une part, du Prince de l'autre »¹⁶⁰⁹. Il semble toutefois aller plus loin lorsqu'il invoque un « contrat social antérieur à la royauté »¹⁶¹⁰.

352. L'Assemblée des trois Ordres de la province du Dauphiné¹⁶¹¹, en date du 21 juillet 1788, affirme plus clairement son attachement aux thèses rousseauistes lorsqu'elle déclare :

« *Quelque soit la constitution d'un État, en quelques mains que soit placé l'exercice de la législation, la loi doit être l'expression de la volonté générale. Pour être convaincu de la nécessité d'obéir, il faut avoir senti l'utilité du précepte : s'il est détesté par le peuple, il n'est plus une loi ; il ne saurait lier valablement, il enchaîne tout au plus par la force, dont l'empire n'est jamais ni légitime ni durable.* »¹⁶¹²

Une telle affirmation est proprement révolutionnaire. Dans des représentations adressées au Roi lui-même, ce dernier est présenté comme le simple exécutant de la volonté du peuple, le passage de la souveraineté royale à la souveraineté de la communauté est déjà opéré.

353. Le dernier élément de la radicalisation des thèses des corps intermédiaires est la référence, non seulement à des principes abstraits, mais aux droits de l'homme. Le Parlement de Navarre invente le « crime de lèse-humanité »¹⁶¹³. L'assemblée des trois Ordres du Parlement du Dauphiné affirme :

« En parlant de nos privilèges, nous sommes bien éloignés de vouloir abandonner les intérêts des autres

1606 *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 23.

1607 Voir par exemple, *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 6-8.

1608 *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 8.

1609 *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 8.

« Tel fut l'objet des contrats passés avec les États-généraux de ces deux pays, sur divers abonnements, contrats toujours renouvelés sous la même forme, qui, par le caractère de ce genre de traité, supposent une égale liberté dans les conventions réciproques. » *Ibid.*, p. 21.

1610 *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 10.

1611 L'Assemblée du Dauphiné n'est pas un parlement. Elle est une représentation des États provinciaux du Dauphiné ordonnée par Louis XVI. Voir sur ce point, Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné. Romans (septembre 1788 – janvier 1789)*. Thèse complémentaire pour le doctorat, Grenoble, 1942.

1612 Très respectueuses Représentations des trois Ordres de la Province de Dauphiné, *Assemblée des trois ordres de la province de Dauphiné : du vingt-un juillet mil sept cent quatre-vingt-huit*, 1788, BN Lb39-614, p. 2.

1613 *Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788*, BN Lb39-601, p. 13.

Français. Toutes les provinces ont des chartres [*sic*] qui les affranchissent des impôts arbitraires ; et quand elles n'en auraient pas, elles ne devraient pas moins en être exemptes. *Ni le temps ni les lieux ne peuvent légitimer le despotisme ; les droits des hommes dérivent de la nature seule, et sont indépendants de leurs conventions.* »¹⁶¹⁴

Selon cette doctrine, le contrat synallagmatique de sujétion est lui-même dépassé et soumis aux droits de l'homme, qui sont ultimement la seule réelle source de droit.

Certains corps intermédiaires adoptent donc un discours très radical et déjà révolutionnaire. Ce mouvement n'est pas uniforme, mais l'opposition à la réforme royale est généralisée et les corps les plus conservateurs rejoignent la révolte et adoptent, au moins partiellement, la rhétorique constitutionnelle.

2. L'adoption de la rhétorique constitutionnelle par l'Assemblée du Clergé

Le Roi avait toujours eu dans le Clergé un précieux appui, mais au cœur de la révolte, l'Assemblée générale du Clergé rejoint le mouvement d'opposition, laissant le Roi sans autre soutien que ses ministres. L'Assemblée du Clergé se réunit et, dans les remontrances qu'elle présente au Roi le 15 juillet 1788, elle adhère aux thèses du Parlement de Paris.

D'une part, elle se fonde sur la constitution pour reconnaître la loi d'enregistrement : « Telle est la *constitution de ce Royaume*, que toutes les Lois sont conçues dans le Conseil privé du Souverain, et sont ensuite vérifiées et publiées dans ses Conseils publics et permanents. »¹⁶¹⁵ D'autre part, elle reconnaît le principe du consentement à l'impôt¹⁶¹⁶ et les « droits naturels de la Nation »¹⁶¹⁷. Sur ces fondements, le Clergé réclame que les convocations des États-généraux soient « rapprochées et périodiques »¹⁶¹⁸.

Le Clergé n'adhère pas aux thèses contractualistes, mais il prend, comme les autres corps intermédiaires, la communauté des individus comme le centre de l'action politique : « Les maux sont grands ; mais les remèdes le sont encore plus : car *la gloire de Votre Majesté n'est pas d'être Roi de France, mais d'être Roi des Français* ; et le cœur de vos Sujets est le plus beau de vos

1614 Nous soulignons. Très respectueuses Représentations des trois Ordres de la Province de Dauphiné, *Assemblée des trois ordres de la province de Dauphiné : du vingt-un juillet mil sept cent quatre-vingt-huit*, 1788, BN Lb39-614, p. 3.

1615 *Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788*, p. 4.

1616 « Il est un point sur lequel la Nation a toujours réclamé invariablement son consentement et sa volonté libre : ce sont les impôts, parce que les impôts attaquent la propriété de chaque Citoyen ; qu'ils tiennent à toutes les passions qui ont intérêt de les établir et de les perpétuer, et que le fisc veille sans cesse pour reculer ses bornes. [...] Le Peuple Français n'est donc pas imposable à volonté. La *propriété est un droit fondamental et sacré* ; et cette vérité se trouve dans nos annales, quand même elle ne serait pas *dans la justice et dans la nature*. » *Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788*, p. 7-8.

1617 *Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788*, p. 11.

1618 *Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788*, p. 13.

domaines. »¹⁶¹⁹ Un des corps les plus conservateurs du royaume adhère donc aux thèses modérées de la révolte parlementaire et s'approprie leur vocabulaire.

La révolte initiée par le Parlement de Paris est largement suivie par les autres corps intermédiaires parisiens et provinciaux. Certains reprennent simplement les thèses qu'il défend, mais d'autres adoptent des positions bien plus radicales et révolutionnaires. De manière générale, la révolte parlementaire est marquée par un mouvement de radicalisation qui conduit à invoquer des principes de plus en plus libéraux et patriotes. Dans le cadre de leur stratégie discursive, la référence à l'origine des sociétés politiques, au contrat social, aux droits et libertés, sacrés et imprescriptibles des citoyens et des hommes leur permet d'appuyer solidement leur revendication. La contrepartie est qu'ils légitiment ces revendications et ces conceptions du droit, ce qui leur fut ultimement défavorable.

1619 *Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788*, p. 16.

Conclusion du Chapitre 2

354. La notion de constitution est importée dans le débat politique français par Montesquieu puis Le Paige. Le premier s'attache à théoriser le fonctionnement idéal du régime monarchie, d'après l'histoire et la raison. Le second décrit la constitution de la monarchie française, d'après le récit de ses origines. Tous deux ont recours à la notion de constitution et leurs théories sont reprises par les parlements d'Ancien Régime qui les emploient le plus souvent pour défendre leur prérogatives.

À la suite de la réforme Maupeou, qui visait à casser la résistance parlementaire, et à l'accession au trône de Louis XVI, la notion de constitution est à nouveau débattue. D'une part, certains défenseurs du parti parlementaire, tel que l'auteur des *Maximes du droit public*, se rapprochent des thèses jusnaturalistes et contractualistes et mêlent Rousseau à Montesquieu pour reconnaître dans les parlements les représentants de la nation, dans l'intervalle des États-généraux. D'autre part, le parti royaliste, défendu par Moreau, tente de définir la constitution comme l'instrument permettant de garantir les droits des citoyens, grâce au monopole du pouvoir entre les mains du Roi. Ces deux partis ont en commun la reconnaissance d'une double constitution : une constitution dictée par la raison, immuable et commune à toutes les monarchies ou toutes les sociétés, et une constitution positive, propre à chaque État, qui doit respecter les principes de la constitution naturelle. Le règne de la raison est ainsi reconnu dès les années 1770 par les partis royalistes et parlementaires. Les physiocrates franchirent un pas supplémentaire en estimant qu'elle devait régner seule et que les lois positives ne pouvaient en être que l'expression directe. Ces philosophes, proches du pouvoir royal, furent les premiers à déclarer qu'au regard des principes tirés de la raison, la France n'avait pas de constitution. Victor Mirabeau constatait, à la suite de Mably, que l'absence d'un accord des royalistes et des parlementaires sur la constitution était due à son inexistence. Les trop grandes variations dans les règles de fonctionnement du régime politique au cours des siècles prouvaient l'absence de règles stables et déterminées régissant l'exercice du pouvoir politique. Du Pont de Ne-

mours estimait que la constitution était un attribut de la nation et qu'elle en était dépourvue en raison des disparités dans le fonctionnement de l'administration sur l'ensemble du territoire.

La constitution était devenue, pour certains, un attribut dont il fallait doter la France – qu'il s'agisse de la nation ou de la monarchie –, pour d'autres un objet qu'il fallait protéger car elle serait le résultat de la raison et/ou trouverait sa source à l'origine de la monarchie.

355. Au cours de la Prérévolution, ces théories qui avaient été développées essentiellement dans des brochures prirent une place centrale dans les débats opposant le Roi et les privilégiés. Le Roi tenta de se réapproprier la notion de constitution, mais les discours de ses ministères varièrent tellement que son autorité en ressortit largement affaiblie. Calonne adoptait des raisonnements et une rhétorique proches de ceux des physiocrates, bien qu'il s'en défendît. Il autorisait ainsi la critique du régime en place et présentait la nécessité de le réformer d'après la raison. En changeant de ministres, le Roi changeait de discours. Loménie de Brienne et Lamoignon le conduisent à reconnaître l'existence d'une constitution garantissant les droits et privilèges des Ordres et le respect des rangs. Parallèlement, le Roi institue des assemblées locales censées représenter la nation et pour lesquelles il admet le principe de l'élection, le doublement du Tiers-état et le vote par tête. Face aux résistances des cours, le Roi tente de redéfinir la notion de constitution afin qu'elle soit conforme au principe monarchique. Toutefois, cette tentative échoue et il cède progressivement du terrain. Il admet d'abord le principe de nécessité de l'impôt puis, dans un dernier mouvement, tente d'utiliser la notion de constitution contre les parlements eux-mêmes en défendant des théories proches de celles de Le Paige. Dès 1788, le Roi admet donc l'existence d'une monarchie limitée par une constitution d'après laquelle, d'une part, les États-généraux doivent consentir à l'impôt et être consultés sur les réformes administratives et, d'autre part, une cour doit enregistrer les lois pour l'ensemble du territoire. Ces organes ne peuvent être supprimés par le Roi et sont les représentants de la nation.

Le Roi tente ainsi de s'approprier le vocabulaire et les termes employés par les cours. Ses ministres se prévalent du droit naturel et de la raison pour justifier leur réforme. Ils reconnaissent également la nécessité de s'appuyer sur le vœu de la nation, exprimé par l'opinion publique. Les intérêts du Roi sont ainsi peu à peu distingués de ceux de la nation et cette dernière se voit reconnaître un droit à la représentation. Ces théories royales refusent néanmoins toute origine contractuelle du pouvoir et ne veulent pas non plus reconnaître de pouvoir à la nation. Le parti royaliste tente ainsi d'associer une conception absolutiste du pouvoir avec une reconnaissance des principes jusnaturalistes. Incapable de se sortir de l'impasse dans laquelle l'opposition parlementaire le contraint, il finit néanmoins par admettre, en sus des principes tirés du droit naturel, l'existence d'une constitution originelle. Le Roi reconnaissait finalement aussi bien le droit naturel et la raison, comme source de

droit, que l'existence d'une constitution antique contraignant son action. Sa tentative de casser la révolte des privilégiés n'avait réussi qu'à l'attiser et à affaiblir considérablement son autorité.

356. Les cours, en modernisant leurs discours pour s'adapter aux revendications patriotes, avaient abandonné les thèmes et les thèses qui les protégeaient. Elles avaient lancé un mouvement de révolte sur lequel elles s'appuyèrent avant d'en perdre le contrôle. À force de réclamer les États-généraux, les cours avaient obtenu leur convocation, mais cela signifiait également la fin de leur influence.

Les corps intermédiaires avaient fait leurs théories abstraites fondées sur des raisonnements *a priori*, délaissant parallèlement les sources traditionnelles du droit public. Leur discours politique se restructure autour des notions de constitution et de nation. Tout devient constitutionnel¹⁶²⁰ et national. Ces deux termes sont eux-mêmes de plus en plus intimement liés. Le monopole de la souveraineté royale est largement remis en cause au profit d'un partage de souveraineté entre le Roi et la nation représentée par les États-généraux et les cours. La notion de constitution joue un rôle clé, car elle est censée représenter cette loi originaire de la monarchie, d'après laquelle les droits et prérogatives des différents organes la composant ont été fixés¹⁶²¹. Les doctrines les plus libérales adoptent la conception contractualiste de la notion de constitution et la présentent comme le résultat de la volonté de la société. La notion de société et ses dérivées prennent également une place de plus en plus importante dans les discours politiques, de même que celle de droits du citoyens et de droits de l'homme. La constitution et les droits de la nation sont donc également déduits de la raison et du droit naturel.

357. Les discours opposés du Roi et des corps intermédiaires eurent pour principal objet de séduire l'opinion publique en se dénigrant mutuellement. Ils avaient ainsi fait de cette opinion, censée représenter la volonté du peuple et de la nation, le nouvel arbitre au détriment des institutions traditionnelles de l'Ancien Régime. Le Roi avait admis la représentation de la nation par l'élection ; il avait reconnu que les intérêts de la nation étaient distincts des siens. Les parlements avaient également renoncé à représenter la nation en réclamant la convocation des États-généraux ; ils abdiquaient sans le vouloir le fondement de leur pouvoir.

1620«La polémique de brochures se nourrit des mêmes arguments : cour “tout à fait inconstitutionnelle”, “établissement inconstitutionnel”, “système destructeur, attaquant la constitution de l'État”, aussi “contraire à notre constitution qu'à notre liberté” : ainsi fut jugée la réforme “fondée, avait dit Louis XVI, sur l'ancienne constitution de nos états”. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 567.

1621Les révoltes parlementaires restent attachées aux particularismes et refusent à ce titre l'uniformité que tente d'imposer le Roi. Dans ce cadre, elles réclament également en faveur de plusieurs constitutions, défendant aussi bien la constitution de la monarchie que celle des provinces ou des parlements.

La période de la Prérévolution marque une rupture dans le discours officiel des cours et du Roi. L'ensemble des organes politiques reconnaissent à la nation des droits, au moins celui de consentir l'impôt, et admettent l'existence d'une constitution contraignant l'exercice du pouvoir politique. Dans les discours d'opposition, les considérations abstraites et *a priori* priment les autres sources traditionnelles du droit public ; en ce sens, le règne du droit naturel semble avoir débuté.

L'affrontement du Roi et des privilégiés eut pour principal effet de renforcer les doctrines libérales, jusnaturalistes et contractualistes et la légitimité des revendications en faveur de la nation. Nation et constitution étaient maintenant au cœur d'un débat dont les acteurs politiques traditionnels allaient bientôt se voir déposséder.

Conclusion de la Partie 1

358. La notion de constitution, et particulièrement de constitution de la société, fut inventée et théorisée par les philosophes contractualistes et jusnaturalistes. La constitution de la société désigne un ordre politique et social, soumis à la raison, fait par la volonté des hommes. La notion de constitution permet une rupture avec les conceptions antérieures qui considéraient que l'ordre politique était soumis à la tradition et forgé historiquement par la volonté divine. Ces philosophes modifient ainsi les théories relatives à l'origine de la souveraineté et du pouvoir politique et inventent à cette occasion la notion de constitution. La notion de constitution et celle de société sont intimement liées à l'idée que l'ordre politique est constitué d'individus libres et égaux et non plus de groupes sociaux. Dans ce modèle, il existe un rapport direct de l'individu à la société¹⁶²².

Dans le dernier quart du XVIII^e siècle, la notion de constitution, qui s'était essentiellement construite dans le cadre de la pensée jusnaturaliste et contractualiste, trouve une place au sein des institutions de la France de l'Ancien Régime comme nouvel outil de contestation utilisé par le parti parlementaire contre le pouvoir royal¹⁶²³. Cela contribue à alimenter son ambivalence : la constitution encadre et limite le pouvoir royal, mais elle garantit également les droits des privilégiés¹⁶²⁴. Cette notion, conçue initialement comme un dérivé du droit naturel, est alors utilisée pour servir les privilèges des Ordres et corps de l'Ancien Régime : « elle oscille entre le privilège et

1622 Cela représente une rupture avec le modèle de l'Ancien Régime : « L'individu n'y a d'existence [dans la société ancienne] qu'à travers ses appartenances et ses solidarités organiques : la famille, la communauté, le corps, l'ordre, définis par des droits qui sont à la fois collectifs et particuliers, puisque ce sont des privilèges de groupe, partagés par chacun de ses membres. L'univers social est ainsi constitué d'une pyramide de corps qui ont reçu de l'histoire et du roi de France leur place et leurs titres, selon une hiérarchie conforme à l'ordre naturel du monde. » François FURET, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, éd. cit., p. 97.

1623 « La liaison des privilégiés avec la "constitution de l'État", – c'est-à-dire avec un ensemble de coutumes et de préjugés qui pouvaient parfois entraver l'arbitraire, – créaient réellement un obstacle à leur suppression : l'accusation de despotisme, si facilement répétée contre les réformateurs, les vouait aux soupçons sinon à la haine, et de ce fait, l'appui qu'ils cherchaient dans l'opinion nationale, contre les cabales de l'oligarchie, leur manqua toujours plus ou moins. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 542.

1624 « Vigoureusement propagée, à dater de 1771, par l'action et la littérature parlementaires, l'idée d'une constitution positive, limitant le pouvoir royal devient sous Louis XVI un élément de la vie publique. Mais son influence s'exerce en deux sens différents : elle favorise à la fois les intérêts aristocratiques et la liberté nationale. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 526.

le droit naturel »¹⁶²⁵.

Cet emploi du terme constitution eut une influence déterminante sur la place qu'il prit dans le débat politique devenu public. Les parlements instaurent durablement l'idée que la constitution – qu'il s'agisse de celle du royaume, d'une institution ou d'une province¹⁶²⁶ – est un ordre sacré à respecter et à protéger et une norme qui s'impose aux décisions royales. Comme l'écrit Wolfgang Schmale, « L'importance d'une constitution, son inviolabilité, enfin son caractère sacro-saint, c'est un peu le testament politique des parlements. »¹⁶²⁷

Le Roi et ses agents, dans un mouvement réactionnaire, tentent de se réapproprier la notion de constitution et le thème du droit naturel. Ils la redéfinissent comme l'ordre mis en place par la providence divine pour assurer les droits des individus et au nom de laquelle le pouvoir royal ne doit et ne peut rencontrer aucune limite dans son action.

Enfin, les physiocrates s'approprièrent la notion de constitution et la détachèrent de toute considération positive et historique. Ils instaurent l'idée d'une constitution universelle, valable en tout temps et en tout lieu. La constitution n'est plus celle d'un royaume déterminée, elle ne varie plus selon les époques, les climats et les régimes politiques comme chez Montesquieu¹⁶²⁸. Ils l'emploient pour planifier la réforme de l'État. Comme l'écrit Michel Ganzin, « Dans l'esprit de Turgot, le terme constitution signifie ici, non pas un régime, mais une société organisée rationnellement en fixant les droits et les devoirs de chacun, et les principes de l'organisation. »¹⁶²⁹

359. Ces différentes conceptions de la notion de constitution ont des traits communs. Elles reconnaissent une hiérarchie à trois niveaux : au sommet, des principes supérieurs, vrais partout, se déduisant de la raison¹⁶³⁰ et qui assignent un but à la société¹⁶³¹ ; ensuite, la constitution positive, qui

1625« De là, le caractère indéfini de la “Constitution française”, telle que la construisent, vers 1775, des légistes libéraux. Produit de la philosophie du siècle et de l'opposition parlementaire, elle oscille entre le privilège et le droit naturel : commode ambiguïté, qui permet de faire passer des “maximes aristocratiques” pour des “principes de liberté”, entretient l'illusion d'un accord solide entre les trois ordres, et réunit sous un même signe des forces que leur victoire allait bientôt diviser. » Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p.668.

1626Sur la notion de constitution locale voir Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 79 et s. et p. 11 et s.

1627« Cette influence lente, presque secrète des parlements sur le niveau du discours et de la formation d'un nouvel horizon politique a été renforcée par ce qu'on appelle communément l'opposition des parlements au roi. Ce n'était point une opposition qui se jouait seulement entre le roi et les parlements ; tout acte d'opposition était une sorte d'acte public, une “affaire publique”. [...] ce qu'on n'a pas changé c'est que “la constitution” avait la valeur d'une idéologie [...] L'importance d'une constitution, son inviolabilité, enfin son caractère sacro-saint, c'est un peu le testament politique des parlements. » Wolfgang SCHMALE, « Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction » *loc. cit.*, p. 424.

1628Voir en ce sens Élie CARCASSONNE, *op. cit.*, p. 313.

1629Michel GANZIN, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste » *loc. cit.* p. 173.

1630Le droit naturel (par exemple pour les jusnaturalistes) et/ou les principes axiomatiques du gouvernement monarchique (par exemple pour Montesquieu ou Mey) ou de toute société (par exemple pour Moreau).

1631Réaliser le bien commun (par exemple pour Lawson) et/ou garantir les droits des individus (par exemple pour Locke) ou des ordres (par exemple pour Montesquieu).

doit être conforme à ces principes et qui est établie par une volonté humaine¹⁶³² ; enfin, la loi faite par les organes suprêmes eux-mêmes soumis à la constitution positive. Ce triptyque remplace en France le précédent : loi divine, lois fondamentales du royaume et lois du roi. Cette nouvelle hiérarchie est commune aux parlementaires, aux contractualistes et aux physiocrates. La constitution doit donc établir un ordre stable et cohérent pour l'exercice du pouvoir politique et sa répartition au sein de la société afin de réaliser les principes tirés du droit naturel et de garantir les droits des différentes parties de la société. Une fois la constitution établie, elle doit également être fixe.

360. La constitution régit tant l'ordre social que l'ordre politique. L'État peut être divisé en Ordres (la Noblesse, le Clergé, le Tiers-état) ; il a différentes fonctions (légiférer, exécuter les lois, trancher les litiges, etc.) ; il est composé de différents organes (le Roi, les parlements, etc.) Le terme de constitution est employé pour désigner l'ensemble de ces rapports, ce qui participe à son ambiguïté. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, il n'y a donc pas un mais des constitutionnalismes : constitutionnalismes parlementaire, royaliste et patriote.

Dans le constitutionnalisme parlementaire, il n'y a pas de réelle distribution des pouvoirs, du moins l'idée n'est pas exprimée ainsi. La constitution se forme d'un pouvoir et de contre-pouvoirs. Le Roi a le pouvoir et la faculté de statuer, les parlements sont des contre-pouvoirs et ont la faculté d'empêcher. Néanmoins, la répartition des fonctions de l'État entre ces différents organes reste relativement indéterminée. Le Roi dispose théoriquement de l'ensemble du pouvoir législatif et exécutif et de la compétence d'établir des juges. Néanmoins, d'une part, les parlements, s'ils ne peuvent théoriquement pas participer à l'écriture de la loi, ont la faculté d'empêcher qu'elle entre en vigueur. D'autre part, Montesquieu et ses successeurs mettent l'accent sur l'indépendance des juridictions et le droit au juge naturel ; ces juges, une fois institués par le Roi, seraient inamovibles, ce dernier ne pourrait soustraire aucune affaire à leur examen et ils disposeraient d'une certaine liberté dans l'interprétation de la loi. Dans ce modèle, les organes de l'État correspondent, au moins en partie, aux différentes classes de la société¹⁶³³. Plusieurs théories parlementaires se fondent d'ailleurs sur l'existence de la noblesse ou du parlement dès l'origine de la monarchie pour justifier l'intangibilité de leurs droits. Les droits que la constitution protège sont principalement ceux de ces groupes sociaux qui représentent les différentes parties fondatrices de la société, et subsidiairement ceux des individus composant ces groupes sociaux. Les organes de l'État disposent de droits car ils sont au nombre des parties fondatrices de l'État. Les prérogatives dont disposent ces organes

1632 Celle du peuple, des pères fondateurs ou des rois fondateurs.

1633 « Selon les cours et les assemblées de l'Ancien Régime, la structure de la société faisait donc partie du domaine de la constitution. » Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 127.

priment toute logique de distribution des pouvoirs. Il est plus important de protéger les Ordres et les privilèges, que d'avoir une répartition déterminée et rationnelle des différentes fonctions étatiques. Ces théories réalisent une sorte de fusion entre les thèses des Malcontents – voire même des monarchomaques – et l'esprit des Lumières : la constitution venue de l'origine de la monarchie doit permettre la réalisation du droit naturel et de la raison et garantit les droits de la nation, tout en protégeant les droits acquis par les corps et groupes sociaux.

Le constitutionnalisme patriote estime que l'essentiel est d'assurer une séparation stricte entre la fonction exécutive et la fonction législative dans l'État ; afin d'éviter que celui qui exécute la loi la choisisse, c'est-à-dire en vue de se prémunir contre l'arbitraire, qu'il soit royal ou parlementaire. Ces deux fonctions sont séparées et confiées à deux organes différents. En outre, la société ne peut être divisée en classes : « Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État et que chaque Citoyen n'opine que d'après lui. »¹⁶³⁴ La constitution doit garantir les droits des individus qui composent le peuple et permettre de réaliser l'harmonie entre ces individus. Elle tient tant de l'organisation sociale que de l'organisation politique. Pour réaliser ce but social, il faut, d'une part, que les fonctions étatiques soient distinctes et, d'autre part, que la société ne connaisse pas de distinction de classes. Dans le constitutionnalisme patriote, deux modèles coexistent : l'un où la fonction législative est partagée, l'autre où elle est monopolisée par le peuple qui constitue un organe alors que le gouvernement en constitue un autre. Dans l'un comme dans l'autre, le peuple, la nation ou la société doivent élaborer la constitution et participer à la fonction législative.

Enfin, pour les physiocrates, la concentration du pouvoir est essentielle pour assurer la garantie des droits des individus¹⁶³⁵ et spécialement de leur droit de propriété, qui divise les citoyens en plusieurs classes (la classe des propriétaires, la classe productive et la classe stérile). La constitution vise alors, d'une part, à instaurer des rapports uniformes et rationnels entre ces différentes parties de l'État et, d'autre part, à concentrer le pouvoir entre les mains d'un seul, car cela permet de réaliser l'uniformisation des règles sociales et d'imposer la dictature de l'évidence. Il importe alors peu que les différents organes de l'État soient indéterminés dès lors que les fonctions étatiques sont concentrées entre les mains d'un seul¹⁶³⁶ et que les distinctions sociales sont

1634ROUSSEAU, *Op. cit.*, II, III, p. 64. « On sait qu'un des soucis majeurs de Rousseau a toujours été d'empêcher la constitution de groupes particuliers qui rompent l'harmonie du corps social, truquent les conditions du contrat, et en confisquent à leur profit exclusif tout bénéfice. » Roger BARNY, *Prélude idéologique à la Révolution*, éd. cit., p. 84.

1635Comme l'explique Jean-Fabien Spitz, « pendant une grande partie de l'époque moderne, le concept d'une souveraineté sans limites, bientôt relayé par celui d'un exécutif fort, est souvent apparu comme un instrument plus efficace de promotion des droits individuels qu'une problématique du partage et de la limitation du pouvoir. » Jean-Fabien SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, coll. Léviathan, P.U.F., 1995, p. 21.

1636Cette position est toutefois à relativiser car la plupart des physiocrates reconnaissent un rôle central à d'autres institutions que le Roi ; qu'il s'agisse de cours de justices ou d'assemblées élues.

respectées. Le constitutionnalisme royaliste ne refuse pas toujours les distinctions d'Ordres, mais il se nourrit de la pensée physiocrate. D'après le parti royaliste, la constitution est une organisation harmonieuse et uniforme de la société régissant les rapports sociaux et politiques. Dans ce modèle, le pouvoir doit être monopolisé par le Roi afin de garantir les droits des individus et de préserver ceux de la couronne.

361. Il existe ainsi un consensus concernant le fait que la constitution établit un ordre social et politique en vue de réaliser des objectifs qui lui préexistent, mais l'objet de cet ordonnancement est encore largement indéterminé. Il peut s'agir d'organes ou de classes (qui peuvent être réunis dans la notion d'Ordres) ou de fonctions étatiques (qui sont également appelées puissances ou pouvoirs). Enfin, si l'expression « constitution de l'État » semble relativement neutre, celles de constitution de la société, du royaume, de la monarchie ou encore de la nation sont bien davantage connotées. Les expressions de constitution du royaume ou de la monarchie mettent l'accent sur l'exercice du pouvoir politique et les organes de l'État. Celles de constitution de la société ou de la nation se concentrent davantage sur les individus vivant dans l'État, et les rapports qu'ils entretiennent entre eux et avec le pouvoir.

L'origine de la constitution n'est d'ailleurs pas la même dans toutes ces théories. Pour les théoriciens jusnaturalistes et contractualistes, la constitution a pour origine la société, qui est elle-même le résultat d'un contrat. Les théoriciens parlementaires ont davantage tendance à considérer qu'elle est le résultat d'un contrat entre le roi et la nation, ou entre le roi et la noblesse ; la société en revanche n'a pas forcément une origine contractuelle. Pour les théoriciens du pouvoir royal, ni la constitution ni la société ne sont le résultat d'un contrat.

L'adjectif ou le complément du nom qui accompagnent le terme de constitution diffère également. Les théoriciens inspirés du droit naturel, physiocrates et contractualistes, ont fréquemment recours à l'expression constitution de la société, car ils présentent des considérations théoriques et abstraites valables pour toute société. Ils recourent également à l'idée d'une constitution de la nation. Pour eux, le corps social entier est institué pour la protection des individus le composant et la constitution ordonnance les rapports sociaux autant que l'exercice du pouvoir politique. En revanche, les défenseurs d'un ordre présenté comme traditionnel, qu'il s'agisse des royalistes, des aristocrates ou des parlementaires, s'attachent à la notion de constitution de la monarchie, du royaume ou de la France¹⁶³⁷ et, lorsqu'ils se réfèrent à la nation, il ne s'agit pas d'une assemblée d'individus, mais d'un assemblage d'Ordres. La constitution vient protéger les privilèges

¹⁶³⁷Il n'y a aucune occurrence de l'expression « constitution de la société » dans les actes des parlements d'après la recension d'Arnaud VERGNE annexée à sa thèse.

acquis par la tradition et réglemente l'exercice du pouvoir politique et les compétences des différentes institutions représentant les intérêts des différentes parties de l'État. L'expression constitution de la société renvoie bien plus à la première tradition de pensée qu'à la seconde. Néanmoins, il existe un trait commun entre ces traditions de pensée : la notion de constitution est toujours employée comme un outil de contestation et de disqualification des prétentions d'un autre groupe politique. Elle est invoquée par ceux qui ne disposent pas immédiatement du pouvoir pour s'opposer à ceux qui l'exercent¹⁶³⁸. En outre, elle est associée à l'idée d'un pouvoir de la nation, par les parlementaires comme par les contractualistes, et d'une limitation du pouvoir par des principes supérieurs et antérieurs.

362. La notion de constitution sert toujours l'action politique et son invocation est un acte politique. En ce sens, l'idée qu'il existerait une constitution antique ou traditionnelle est un mythe. Le mot constitution est employé dans un contexte politique et en vue de projets politiques déterminés. Elle est façonnée par ces invocations et aucune d'entre elles ne reprend l'image qui peut être donnée d'une « constitution antique ». La notion de constitution est toujours révolutionnaire puisqu'elle ne sert qu'à subvertir l'ordre que l'on tente d'établir, à s'opposer à l'action de celui qui détient le pouvoir politique.

D'un point de vue conceptuel, la notion de constitution apparaît dans un mouvement de pensée bien loin d'être traditionnel. La constitution de la société, pensée par les contractualistes, est conçue comme l'établissement libre et volontaire de la société politique. La constitution originelle invoquée par les révolutionnaires anglais et, à leur suite, par les parlementaires français, n'est qu'un moyen d'obtenir la limitation du pouvoir royal. La constitution américaine est, quant à elle, le moyen d'établir un nouvel ordre social et politique, en rupture avec la monarchie.

Ce n'est qu'une fois qu'elle devient un mot d'ordre et un principe généralement invoqué et admis que la monarchie et ses agents reprennent à leur compte cette terminologie pour la contourner ou la redresser. L'histoire du mot constitution nous apprend qu'il est initialement un mot de résistance et de révolution et non de conservation et de tradition. Les conceptions « traditionnelles » ou « classiques » de la constitution ne sont en réalité que des stratégies de rattrapage d'un pouvoir se sentant menacé ou celles de groupes sociaux tentant de maintenir leurs privilèges face aux réformes royales. Le rôle joué par la notion de constitution est toujours le même : opposer à un ordre établi un autre ordre antérieur et supérieur. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, il n'y a de constitution invoquée ou créée que contre un ordre préexistant, qu'en tant que contestation du

¹⁶³⁸Pour s'en convaincre, il est possible de se référer à la thèse d'Arnaud VERGNE qui relève un emploi très rare du terme de constitution dans la doctrine monarchique Arnaud VERGNE, *op. cit.*, p. 183-191.

pouvoir.

L'émergence du terme de constitution et la généralisation de son emploi marquent l'aboutissement d'un processus de conceptualisation s'étalant sur plusieurs siècles. Le recours à un nouveau terme ne marque pas la preuve de l'ébauche d'un nouveau concept, mais davantage la preuve de son parachèvement. Comme l'écrit Quentin Skinner, « le signe le plus certain qu'une société est entrée dans la possession assurée d'un nouveau concept est qu'un nouveau vocabulaire sera développé, dans les termes duquel le concept peut être publiquement exprimé et discuté. »¹⁶³⁹

¹⁶³⁹« *the surest sign that a society has entered into the secure possession of a new concept is that a new vocabulary will be developed, in terms of which the concept can be publicly articulated and discussed.* » [T.d.A.] Quentin SKINNER, *The foundations of modern political thought*, vol. 2, Cambridge University Press, 1978, p. 352.

Transition

363. Le terme de constitution ou l'idée de la constitution, comme norme réglementant l'exercice du pouvoir politique, ne naissent donc pas au cours de la Prérévolution et de la Révolution. Le débat qui opposa le Roi aux privilégiés au cours de la Prérévolution fit néanmoins de la constitution, de la nation, de la société et du droit naturel des thèmes incontournables du débat politique et public. La résistance des corps intermédiaires avait progressivement fait siennes les thèses radicales du parti patriote, alors que le parti royaliste avait reconnu la raison comme source de droit et l'existence d'une monarchie limitée. Les partis parlementaire et royaliste légitimèrent donc par leurs débats le recours à la raison pour analyser, critiquer et réformer l'ordre politique et social. Ils mirent sur un piédestal la nation et sa volonté, telle qu'exprimée par l'opinion publique. Ils avaient ainsi préparé la Révolution.

Avec l'annonce de la convocation des États-généraux, l'idéologie constitutionnelle a fait l'objet d'une profonde redéfinition conduisant au schisme du constitutionnalisme libéral. Les patriotes parvinrent à imposer leur conception de la constitution face au Roi et au parti conservateur et l'article 16 est le symbole de cette victoire. Il représente également la consécration juridique de la définition patriote de la constitution ; il impose dans un texte cette nouvelle conception de l'État et du droit.

Partie 2. L'adoption de l'article 16 : la consécration de la conception patriote de la constitution

C'est de la même façon que se produit au cours de l'Histoire, par une série d'impulsions et d'impulsions contraires, une modification du comportement humain dans le sens de la civilisation. Là encore, chaque étape intermédiaire a été déterminée par les désirs et les projets de différents individus ou groupes d'individus ; mais ce qui s'est institué jusqu'à ce jour par cette voie, nos normes de comportement et la structure de notre intériorité n'ont en aucun cas été projetées ni voulues par des individus isolés. C'est ainsi que se meut la société humaine dans son ensemble, ainsi que s'est accomplie et que s'accomplit encore l'évolution historique de l'humanité :

*Née de multiples projets, mais sans projet,
animée par de multiples finalités, mais sans finalités.*

Nobert ELIAS, *La société des individus*, coll. « Agora », Fayard, 1987, p. 107-108.

364. L'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 représente à la fois la victoire du parti patriote sur les partis royaliste et conservateur et le choix du consensus s'agissant de la définition de la notion de constitution, au sein des patriotes.

365. La notion de constitution, telle qu'elle est définie dans la Déclaration, est le résultat du projet des patriotes, mais les projets de constitution et de définition de cette notion sont nombreux au début de la Révolution.

À partir du moment où le Roi annonce la convocation des États-généraux, les alliances politiques se reforment et les définitions de la constitution se diversifient et se multiplient. Les patriotes et les parlementaires qui s'étaient réunis dans un parti libéral opposé au Roi se divisent.

Les parlementaires cessent d'invoquer les droits de l'homme et la raison. Les patriotes ne réclament plus les droits des parlements.

Les privilégiés prennent la parole dans la nouvelle Assemblée des Notables et dans les parlements pour défendre leurs prérogatives. Ils redéfinissent la constitution afin qu'elle protège mieux leurs droits face aux revendications des patriotes. Leur discours se teintent d'un fort traditionalisme et ils réclament le respect d'une constitution monarchique répondant à une nouvelle définition. Dans cette définition de la constitution, qu'ils présentent comme la véritable constitution antique, le rôle des parlements semble marginal. La constitution de la monarchie, telle qu'ils la redéfinissent, se caractérise par la distinction et la séparation des Ordres. Les conservateurs utilisent les institutions de l'Ancien Régime pour défendre leur définition de la constitution et la rendre publique dans les actes pris par ces institutions.

En retour, les patriotes s'expriment principalement dans la campagne des pamphlets. Ce débat public informel leur permet de livrer une définition patriote de la constitution qui, tout en refusant point par point la définition proposée par les conservateurs, propose également son propre modèle de constitution à établir. Cette constitution, fondée sur le droit naturel, doit permettre d'assurer la garantie des droits des individus en déterminant les répartitions des fonctions étatiques et en organisant la participation de la nation à ces fonctions.

La notion de constitution est doublement réinventée à la Révolution, d'une part, par les privilégiés, et, d'autre part, par les patriotes. Deux définitions concurrentes de la constitution sont donc proposées. D'une part, la constitution conservatrice repose sur la séparation et la distinction des Ordres en conférant des droits aux Ordres. Cette constitution serait le résultat de la tradition et de la volonté conjointe du Roi et des Ordres, et correspondrait à la constitution antique de la monarchie. D'autre part, la constitution patriote repose sur une double source : la raison et la volonté de la nation, considérée comme une association d'individus libres et égaux. Elle doit réglementer l'exercice du pouvoir politique en procédant à la distinction des fonctions étatiques et à la réglementation de leur exercice en vue de garantir les droits des individus.

Ces deux partis allaient s'affronter dans l'Assemblée des États-généraux. L'adoption de la Déclaration et de l'article 16 est le symbole de la victoire du parti patriote sur le parti conservateur. La définition de la constitution finalement consacrée est conforme à leur vision. Leur définition invalide en retour celle des conservateurs. La définition retenue est néanmoins consensuelle au sein des patriotes et permet de masquer les tensions déjà présentes entre les différents courants de ce mouvement.

366. Pour comprendre la signification de l'adoption de l'article 16, il faut saisir que, s'il représente un consensus au sein des révolutionnaires ou patriotes, ce consensus s'est également construit contre les tenants d'une idéologie aristocratique et parlementaire qui avaient construit et élaboré une doctrine au service de leurs intérêts.

Dès les débuts de la Révolution, les parlementaires et les aristocrates développent une doctrine claire concernant l'organisation de l'État et ils l'associent définitivement à la notion de constitution. Ils firent de ce terme le véhicule de leurs revendications. Les patriotes firent de même. Ces deux conceptions de la notion de constitution se co-construisent et se formalisent au cours des mois précédant la réunion des États-généraux. Il n'existe donc pas une conception « classique » et une conception « révolutionnaire »¹⁶⁴⁰, mais deux conceptions visant à contester la légitimité du pouvoir royal et spécialement de son absolue souveraineté.

La notion de constitution a, dans ces deux séries de discours, la même fonction : garantir des fonctions prédéfinies aux organes étatiques et garantir les droits des éléments constitutifs de l'État (les Ordres pour les uns, les individus pour les autres). Les uns veulent assurer la séparation des Ordres, les autres veulent déterminer la distribution des pouvoirs. Les uns veulent garantir les droits des Ordres, et spécialement des Ordres privilégiés, les autres veulent garantir les droits des individus. Pour les uns, la constitution est à protéger, pour les autres elle est à construire ; mais pour les deux partis la constitution est une invention, elle est leur chose et leur bouclier et non une réalité préexistante.

En adoptant, l'article 16 de la Déclaration, l'Assemblée nationale invalide toutes les théories prérévolutionnaires de la Noblesse et justifie son projet politique¹⁶⁴¹, tant par rapport au parti royaliste qu'au parti conservateur.

367. Plusieurs Cours avaient réclamé, tout au long de la Prérévolution, la convocation des États-

¹⁶⁴⁰Contra, Marina VALENSISE, « La constitution française » in *The French Revolution and the creation of modern political culture, sous la direction de Keith Michael BAKER*, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 441.

¹⁶⁴¹« Prémisse hypothétique et abstraite de la nouvelle figure de constitution légale, l'article XVI de la Déclaration des droits proclame : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution." Cet article donne au concept de constitution un contenu particulier, restreignant l'acception du terme à la protection des droits de l'individu face à la puissance publique, et à la distribution des pouvoirs. S'il sanctionne le caractère artificiel et idéal de la constitution, il ratifie aussi l'absence de constitution dans ce régime où il n'y a ni division des pouvoirs ni garanties des droits de l'individu, créant du coup le concept d'Ancien Régime. Rétrospectivement cette figure nouvelle de la constitution dévoile à l'historiographie libérale l'inexistence d'une constitution dans l'ancienne monarchie française, où les pouvoirs que la Révolution veut séparer se confondent entre les mains d'un souverain unique, le roi, et des dépositaires de sa volonté ; les prérogatives, instables et intermittentes des différents corps politiques donnent lieu à des usages variables et contradictoires ; et les garanties de l'individu – figure d'ailleurs absente dans l'imaginaire politique de l'ancienne société – sont soumises aux aléas d'un pouvoir qui, même s'il protège les propriétés des sujets, peut en violer les libertés par une simple lettre de cachet. Introuvable, la constitution de l'Ancienne France devient évanescence dès que la Révolution crée un concept nouveau. » Marina VALENSISE, art. cit., p. 443-444.

généraux¹⁶⁴². Elles employaient cette réclamation comme un moyen de résistance au pouvoir royal justifiant notamment le refus d'enregistrer les lois fiscales. Le Roi finit par décider de la convocation des États-généraux.

Le 19 novembre 1787, au cours d'une séance royale, le Roi avait annoncé son projet de réunion des États-généraux avant 1792, en vue de leur présenter l'état des finances¹⁶⁴³. Le 5 juillet 1788, le Roi confirme son intention de convoquer les États-généraux. Néanmoins, cette annonce vise à diviser les libéraux bien plus qu'à préparer une réelle convocation. Le but poursuivi par Loménie de Brienne, ancien président de la première Assemblée des Notables, ministre principal et chef du Conseil royal des finances, est de mettre en lumière les contractions internes du mouvement libéral prétendant vouloir la convocation des États-généraux, tout en leur promettant cette même convocation¹⁶⁴⁴. Il pensait pouvoir retarder éternellement les États-généraux et instituer à la place des États provinciaux¹⁶⁴⁵. À cette fin, il rédigea l'arrêt du Conseil d'État du Roi concernant la convocation des États-généraux du royaume en date du 5 juillet 1788¹⁶⁴⁶ qui demandait de fournir les pièces relatives à la convocation des États-généraux de 1614 afin de déterminer la loi électorale pour leur nouvelle convocation.

Cette stratégie royale de division, comme beaucoup d'autres avant elle, ne put être menée à bien. La grave crise financière à laquelle l'État dut faire face ne permit pas de la poursuivre¹⁶⁴⁷. Le 8 août 1788, le Roi décidait d'abord d'annoncer la convocation des États-généraux pour le 1^{er} mai suivant et de suspendre le rétablissement de la Cour plénière qu'il avait annoncé au cours du lit de justice du 8 mai 1788¹⁶⁴⁸. Puis, le 25 août 1788, Brienne fut renvoyé et le Roi fut contraint de

1642 Voir *supra* Chapitre 2, Section 2, § 2.

1643 « Telles sont les vues que nous nous sommes proposées et que nous voulions faire connaître à nos sujets.

« Nous les avons adoptées d'autant plus volontiers, que sans nouveaux impôts, sans nécessité d'en établir, sans que les intérêts à payer soient une nouvelle charge, nous aurons par une administration économique et combinée de nos revenus, pourvu pendant les années qui paraissent les plus difficiles, aux dépenses indispensables et à l'acquit de nos engagements. Nous nous serons aussi mis en état de préparer et d'opérer l'heureuse révolution que nous nous proposons dans nos finances ; et *quelle satisfaction n'éprouverons nous pas, lorsqu'avant l'année 1792, nous pourrons montrer à la nation assemblée, comme nous nous le proposons, que l'ordre est rétabli, que les emprunts ne sont plus nécessaires, que la libération de l'état peut marcher avec assurance, et qu'enfin il n'est ni sacrifices, ni soins qui aient pu nous coûter, pour assurer la prospérité intérieure de notre empire.* » Édit du Roi, portant création d'Emprunts graduels et successifs pendant cinq ans. Donné à Versailles au mois de novembre 1787, enregistré en Parlement le 19 desdits mois et an. *Tableau de la séance du 19 novembre 1787*, éd. cit., p. 26.

1644 « Ce que désirait évidemment l'Archevêque, en juillet 1788, c'était d'abord de gagner du temps : les réponses à la consultation ordonnée n'étaient attendues que pour les premiers mois de 1789. C'était surtout jeter la discorde chez l'adversaire. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 309.

1645 Voir en ce sens Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 310-311.

1646 Duvergier, p. 1, *BN F-23666 (1077)*.

1647 « La crise était si grave que, pour essayer de ranimer le crédit défaillant, l'Archevêque de Sens dut se résoudre à annoncer une date précise et prochaine pour la réunion des États généraux. » Jean ÉGRET, *La Prérévolution*, éd. cit., p. 313.

1648 « Comme Sa Majesté est, en même temps, informée que le rétablissement de cette Cour a excité parmi un grand nombre de ses Sujets, des alarmes et des inquiétudes, que sa bonté la portera toujours à calmer, lors même qu'elles sont sans fondement, Elle a résolu de *suspendre ce rétablissement jusqu'à la tenue des États-généraux, et d'attendre sur l'existence de cette Cour, ainsi que sur sa composition et son pouvoir, les représentations qu'ils pourront lui*

rappeler Necker. En parallèle, Lamoignon prévoyait un lit de justice pour le courant du mois de septembre, mais les Magistrats du Parlement de Paris se réunirent de manière préventive pour s'y opposer¹⁶⁴⁹. Face à cette vive opposition, le Roi renvoie Lamoignon, dès le lendemain, le 14 septembre 1788. Il nomme alors Barentin, premier président de la Cour des Aides, une des cours les plus actives dans la résistance au pouvoir royal, le 19 septembre 1788. Sur les conseils de Necker, il annonce la convocation imminente des États-généraux et rappelle les parlements, le 23 septembre 1788¹⁶⁵⁰. Une fois encore, le Roi changeait de politique sous la pression parlementaire et populaire.

368. Cette crise institutionnelle eut deux conséquences.

En premier lieu, les parlements ne tardèrent pas à présenter des vues conservatrices. À l'occasion de l'enregistrement de la déclaration du Roi en date du 23 septembre 1788, le Parlement de Paris réclame le respect des formes de 1614¹⁶⁵¹. Les parlementaires deviennent les défenseurs d'un ordre purement traditionnel après avoir pendant plusieurs mois défendu les droits de l'homme et les principes tirés de la raison. En retour, les patriotes se désolidarisent de leurs revendications et adoptent un discours plus radical.

En second lieu, le Roi, qui avait tenté tant bien que mal de contrôler l'opinion publique par

adresser. » Nous soulignons. Arrêt du Conseil-d'État du Roi qui fixe au 1er mai prochain la tenue des États-généraux, et suspend jusqu'à cette époque le rétablissement de la cour plénière, 8 août 1788, signé Laurent de Villedeuil, *Brette*, I, p. 23.

Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 1, D.

1649« Justement alarmés de l'annonce d'un Lit de Justice prochain, considérant que cette forme ordinairement employée pour manifester des volontés contraires aux intérêts de la Nation, est celle dont veut se servir le même Ministre qui, au mois de Mai dernier, a préparé, avec le même mystère, des *Édits destructeurs des droits de la Nation*, et par le discours qu'il a prononcé lors de leur publication, s'en est déclaré l'auteur ou le complice ;

« Considérant que contraint par la force de l'opinion publique qui a repoussé ces Lois désastreuses, ce Ministre a perdu l'espoir de *renverser d'un seul coup la constitution de cette Monarchie* ; mais qu'il n'abandonne point, sans doute ses funestes projets :

« Convaincu que son unique but est toujours de *soumettre les Peuples au joug du Despotisme*, comme son unique moyen pour y parvenir est d'enlever à la Magistrature l'estime et la confiance de la Nation, persuadé qu'il lui serait facile d'anéantir les Lois s'il pouvait diriger l'opinion publique contre ceux qui, par état, son leurs gardiens et leurs défenseurs :

« Considérant que dans cette vue il se bornera peut-être à attaquer des *principes moins essentiellement liés en apparence à la constitution*, et qu'il présentera comme intéressant seulement les privilèges et les droits des Cours : » Nous soulignons. Protestation du Parlement de Paris, 13 septembre, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon, Garde des Sceaux, au Lit de Justice du 8 Mai 1788. Avec le Récit abrégé des faits les plus intéressants qui se sont passés dans les différents Parlements, depuis l'époque dudit mois de Mai*, Londres, 1788, BN Lb39-553, p. 95-96.

1650Déclaration du roi, donnée à Versailles le 23 septembre 1788, enregistrée en parlement le 25 dudit mois, qui ordonne que l'assemblée des États-généraux aura lieu dans le courant de janvier de l'année 1789, et que les officiers des cours reprendront l'exercice de leurs fonctions, Armand BRETTE, *Recueil de documents relatifs à la convocation des États généraux de 1789* (ci-après *Brette*), I, Imprimerie nationale, 1894, I, p. 25.

1651« Ne cessera ladite Cour, conformément à son Arrêté du 3 Mai dernier, de réclamer pour que les États-Généraux, indiqués pour le mois de Janvier prochain, soient régulièrement convoqués et composés, et ce, suivant la forme observée en 1614 » Enregistrement de la Déclaration du 23 septembre 1788, Parlement de Paris, 25 septembre 1788, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 95-96.

la censure, autorisait la liberté de presse avec l'arrêté du 5 juillet 1788 par lequel il invitait « tous les savants et personnes instruites de son royaume, et particulièrement ceux qui composent l'Académie des inscriptions et des belles lettres de sa bonne ville de Paris, à adresser à M. le Garde des Sceaux tous les renseignements et mémoires »¹⁶⁵² sur la convocation des États-généraux¹⁶⁵³. Les discours contestataires allaient donc pouvoir prospérer, ce qui s'illustra dans la campagne des pamphlets.

Dans ce nouveau rapport d'opposition entre conservateurs et patriotes, la notion de constitution est reconstruite et redéfinie. Elle devient alors clairement duale : les privilégiés inventent une constitution conservatrice et les patriotes reprennent l'idée que la France est dépourvue de constitution.

369. Le 5 octobre, le Roi décide de convoquer une nouvelle Assemblée des Notables afin qu'elle se prononce sur les formes qu'il convient de suivre pour la convocation des États-généraux¹⁶⁵⁴. Le Roi ne voulait pas prendre seul la décision de la forme de leur convocation pour éviter de nouvelles contestations. Néanmoins, la convocation de cette nouvelle Assemblée des Notables et le rétablissement des parlements donnaient à nouveaux aux privilégiés des voies officielles pour exprimer leurs revendications. Des assemblées locales, comme l'Assemblée des trois États de la province du Dauphiné ou l'Assemblée de la noblesse de Bretagne, prennent également part au débat sur la constitution : la première en offrant le modèle d'un premier processus constituant, la seconde en défendant la conception conservatrice de la constitution. De nombreux pamphlets paraissent sur la convocation et l'organisation des États-généraux, de même que sur la notion de constitution et sa définition. Dans ce débat public informel, les patriotes ont l'occasion de présenter leurs arguments et leurs théories, proches des philosophes jusnaturalistes et contractualistes.

La consultation de la seconde Assemblée des Notables ne donne pas réellement satisfaction. À la fin du mois de décembre 1788 et au mois de janvier 1789¹⁶⁵⁵, le Roi ordonne la convocation des États-généraux d'après un mode de convocation relativement moderne : doublement du Tiers, droit de suffrage quasi-universel masculin, régime électoral relativement égalitaire, système représentatif¹⁶⁵⁶. Néanmoins, il ne tranche rien s'agissant des conditions de délibérations au sein des

1652 Arrêt du Conseil d'État du Roi concernant la convocation des États-généraux du Royaume, 5 juillet 1788, *Brette*, I, p. 19.

1653 « C'était, de fait, la liberté de la presse » Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel*, éd. cit., p. 71.

1654 Arrêt du Conseil d'État du Roi pour la convocation d'une assemblée de notables du 3 novembre prochain, signé Laurent de Villedeuil, 5 octobre 1788, *Duvergier*, p. 3.

1655 *Résultat du Conseil d'État du Roi, tenu à Versailles, le 27 décembre 1788, signé Laurent de Villedeuil*, 1788, BN Lb39-889 ; Lettre du Roi, pour la convocation des États généraux à Versailles, le 27 avril 1789. Du 24 janvier 1789, *Brette*, I, p. 64 ; Règlement fait par le Roi pour l'exécution des lettres de convocation, 24 janvier 1789, *Brette*, I, p. 66.

1656 Voir sur ce point Jacques CADART, *Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, 1952.

États-généraux. Les mois qui mènent à la réunion des États-généraux sont donc marqués par l'intensification de la campagne des pamphlets et des débats tant sur les modalités de délibération des États-généraux que sur la constitution. Les patriotes défendent une théorie de la constitution, inspirée des philosophes jusnaturalistes et contractualistes, adaptée à leur revendication. Ils sont favorables à une délibération en commun et un vote par tête et développent l'idée que la France est dépourvue de constitution et doit s'en doter. Les conservateurs défendent la distinction et les séparations des Ordres, c'est-à-dire la délibération des Ordres dans trois chambres séparées et le droit de *veto* de chaque Ordre. Ils invoquent en leur faveur une constitution antique qu'ils théorisent.

370. L'ouverture des États-généraux a lieu le 5 mai 1789, sans que le Roi n'ait rien tranché sur les modalités de délibération. S'ouvre alors un affrontement de deux mois entre les députés de la Noblesse et ceux du Tiers. À l'occasion de cet affrontement, les deux partis développent et présentent leurs théories de la constitution. Au cours de cette période, le Roi laisse d'abord les deux partis s'affronter à dessein. Puis, voyant que les membres du Tiers se radicalisent dans leur discours, il décide d'imposer un mode de délibération, au cours d'une séance royale le 23 juin. Cette séance royale, comme celles qui l'ont précédée, fut un échec pour le Roi qui, à la suite d'une insurrection populaire venant le menacer dans ses appartements, décide de demander aux députés des Ordres privilégiés de se réunir à ceux du Tiers, le 27 juin. La réunion des Ordres marque la défaite de la conception conservatrice de la constitution et ouvre le débat au sein des patriotes sur cette notion.

Les patriotes sont divisés entre les patriotes radicaux et les monarchiens. Les premiers estiment que la France est totalement dépourvue de constitution et que l'Assemblée est libre d'établir une constitution et de définir les rapports de pouvoir qu'elle souhaite entre les organes de l'État. Les seconds considèrent que la France dispose d'une constitution partielle à laquelle l'Assemblée n'est pas libre de porter atteinte. Pour eux, la constitution doit reconnaître et garantir les prérogatives royales.

Un premier comité de trente membres pour préparer l'ordre du travail sur la constitution est désigné le 6 juillet. Mounier présente, au nom de ce comité, un premier rapport, le 9 juillet. Le 11 juillet, La Fayette présente le premier projet de déclaration des droits devant l'Assemblée. Le 14 juillet, un comité de constitution¹⁶⁵⁷, composé de huit membres, est élu. Les modérés sont en

¹⁶⁵⁷Sur le comité de constitution voir Roberto MARTUCCI, « Le pivot de la Constituante. À propos du comité de Constitution (1789-1991) » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 651 et Pierre-Yves RUDELLE, « Le premier comité de constitution ou l'échec du projet monarchien » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993,

majorité dans ce comité, mais des patriotes radicaux en font également partie. Mounier, Lally-Tolendal, Champion de Cicé, Clermont-Tonnerre et Bergasse sont modérés et défendent les positions monarchiennes. Sieyes et Le Chapelier sont des patriotes radicaux et n'hésitent pas à défendre leurs positions devant l'Assemblée, en bénéficiant fréquemment du soutien du public présent dans les tribunes. Talleyrand est également membre de ce comité, mais il n'intervient qu'assez peu dans le débat sur la constitution et la déclaration au cours des mois de juillet et d'août.

Le 27 juillet, le comité de constitution présente trois rapports. Un rapport général sur les travaux du comité est présenté par Champion de Cicé. Clermont-Tonnerre lit un rapport contenant le résumé des cahiers relatifs à la constitution. Mounier expose un projet des premiers articles de la Constitution. Les déclarations de Mounier et de Sieyes sont également distribuées dans les bureaux, avec d'autres projets ayant été proposés.

Le débat sur la nécessité d'une déclaration s'ouvre le 1^{er} août, et le 4 août, l'Assemblée décide de l'adoption d'une déclaration de droits. Les partisans du rejet de la déclaration ou d'une déclaration des droits et des devoirs perdent face aux patriotes. Du 5 au 11 août, l'Assemblée est occupée à la rédaction de l'arrêté sur l'abolition des privilèges décidé dans la nuit du 4 août. Elle délaisse donc le travail constituant.

Le débat sur la Déclaration reprend le 12 août et l'Assemblée décide de nommer un comité chargé de dresser un projet de Déclaration des droits. Les membres de ce comité sont désignés le 13 août. Ce comité des cinq présente son projet de déclaration le 17 août, mais ce projet est rejeté par l'Assemblée le 19 août. Elle décide alors d'engager la discussion sur la déclaration sur la base d'une discussion article par article du projet rédigé par le sixième bureau, représentatif du courant des patriotes modérés.

La discussion article par article s'engage alors les 20 (préliminaire et articles 1 à 3), 21 (articles 4 à 6), 22 (article 7 à 9), 23 (article 10), 24 (article 11 à 13) et 26 août (articles 14 à 16). Le 26 août la discussion des articles de la déclaration du sixième bureau est terminée. Deux articles additionnels sont proposés, l'un par Montmorency, l'autre par Duport. Celui de Montmorency est rejeté et celui de Duport est accepté (article 17). Le 27 août, l'Assemblée décide de « s'occuper sur-le-champ de la Constitution, et de renvoyer après ce travail, la discussion des articles qui devraient être ajoutés à la déclaration des droits »¹⁶⁵⁸.

La consécration de la conception patriote de la constitution dans la déclaration, et notamment son article 16, est donc l'aboutissement d'un long processus au cours duquel les patriotes parviennent d'abord à imposer leurs vues face aux royalistes et aux conservateurs, pour

p. 87.
1658 *Baudouin*, I, p. 75.

ensuite s'accorder sur une définition consensuelle de la constitution.

Les débuts de la Révolution sont d'abord marqués par le schisme au sein du constitutionnalisme libéral. L'alliance entre les patriotes et les parlementaires est dissoute et deux partis opposés se dessinent : le parti conservateur et le parti patriote. Le Roi tente alors de s'imposer comme l'arbitre entre ces deux partis et adopte diverses positions en vue de tenter de rétablir son autorité. Le constitutionnalisme patriote finit néanmoins par l'emporter face aux constitutionnalismes royalistes et conservateur (Chapitre 3). Les patriotes peuvent alors consacrer juridiquement leur conception de la constitution, notamment dans la Déclaration (Chapitre 4).

Chapitre 3. Le schisme au sein du constitutionnalisme libéral et la victoire du constitutionnalisme patriote

Alors que les privilégiés et la bourgeoisie avaient, pour l'essentiel, fait cause commune contre le despotisme ministériel¹⁶⁵⁹, ces deux partis s'affrontèrent violemment au cours de la période précédant la convocation des États-généraux. Le Roi n'était pas réellement parvenu, comme il l'espérait, à rétablir son autorité, mais il avait en revanche réussi à révéler une opposition frontale entre les thèses des privilèges et celles des patriotes.

À la fin de l'été 1788, la perspective d'une convocation des États-généraux se précise et le débat s'engage sur la loi électorale qui devait permettre la représentation de la nation, tant réclamée et enfin admise par le Roi. Les privilégiés demandent alors le respect des traditions et de leurs privilèges, alors que les patriotes veulent voir consacrée une représentation dégagée des distinctions d'Ordres¹⁶⁶⁰.

La notion de constitution, dont les privilégiés avaient fait le mot d'ordre de leur révolte,

1659« Au début, l'ensemble de la nation, dans la mesure où elle est concernée, semble prendre fait et cause pour les parlementaires. Les privilégiés, travestis en représentants du peuple, s'opposent alors, au nom de tous, aux entreprises du despotisme. Bien que leurs objectifs soient d'une étroitesse caricaturale, leur langage est celui de l'universalisme bourgeois. Le scénario a déjà servi plus d'une fois depuis le début du siècle, notamment à l'époque de la "révolution Maupeou". Mais la contradiction atteint maintenant le point de rupture : alors que la puissance et la cohésion du Tiers se sont accrues et la faiblesse du pouvoir royal aggravée, les privilégiés ont radicalisé leurs propos, renforçant la couleur "nationale" de ceux-ci. Ils vont être pris au piège.

« Cependant, sans compter les défenseurs habituels de la monarchie absolue, comme Moreau ou l'avocat Linguet, des hommes résistent à cette trouble exaltation anti-despotique : ainsi Condorcet et Mirabeau, qu'il s'agisse de leur part de lucidité quant à la portée réelle du "patriotisme" parlementaire, ou de sympathie a priori pour le pouvoir [...] ils sont favorables aux édits de Lamoignon sur la réforme de la justice, au moment où gronde la révolte contre la "tyrannie" du ministre. » Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel*, éd. cit., p. 11.

1660« Après que le Parlement et les notables ont jeté le masque en réclamant la tenue des États-généraux sous leur ancienne forme, le conflit prend sa vraie dimension. La doctrine liée à l'ascension de la bourgeoisie échappe à ceux qui pensaient l'utiliser impunément, et va servir les objectifs révolutionnaires de la classe montante.

« Ce retournement est l'occasion de véhémentes protestations d'une part, de mises au point de l'autre.

« Les thèmes nationaux se dégagent définitivement de l'idéologie aristocratique et se radicalisent. Une redistribution s'opère quand à la situation du pouvoir royal dans cet ensemble idéologique : du côté de la bourgeoisie, toute attaque contre lui cesse aussitôt. L'adversaire n'est plus le "despotisme", même ministériel, mais l'égoïsme de classes des privilégiés. » Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel*, éd. cit., p. 12.

devenait un enjeu de débat au sein du constitutionnalisme libéral. Les privilégiés libéraux changent complètement de discours et deviennent profondément conservateurs. Ils défendent leur position au sein des institutions de l'Ancien Régime. En parallèle, de nombreux pamphlets paraissent pour défendre les thèses patriotes. La définition de la constitution devient l'objet d'un débat public qui n'est plus monopolisé par les organes politiques traditionnels qu'étaient le Roi et les corps intermédiaires.

À la veille de la convocation des États-généraux, l'alliance entre le parti patriote et le parti parlementaire contre le parti royaliste n'est plus¹⁶⁶¹. Le Roi a provoqué en partie ces divisions car il espérait se positionner comme l'arbitre entre ces deux partis¹⁶⁶².

À la suite de la réaction des conservateurs et à la campagne des pamphlets, les armes sont prêtes pour un débat idéologique qui occupe les premiers mois des États-généraux. Le parti conservateur est représenté aux États-généraux par la majorité de la Noblesse et une partie du Clergé. Les patriotes sont largement majoritaires au sein du Tiers, bien que les premières tensions apparaissent déjà entre les modérés et les radicaux.

Les patriotes emportent successivement plusieurs victoires. Après un affrontement de près de deux mois, ils obtiennent la réunion des Ordres et le vote par tête. La constitution conservatrice est donc rejetée et le Roi ne parvient pas non plus à imposer une conception de la constitution qui lui serait favorable.

371. Le tournant réactionnaire des privilégiés s'illustre particulièrement dans l'invention et la défense du mythe de la constitution antique (section 1). En retour, la campagne des pamphlets est l'occasion d'une définition patriote de la constitution (section 2). Trois partis existent donc : le parti du Roi, caractérisé par un certain opportunisme doctrinal et cherchant à préserver le principe monarchique ; un parti conservateur, porté par les privilégiés réclamant la constitution antique qu'ils ont théorisée ; un parti patriote, exigeant l'établissement d'une constitution par la nation. Ces trois partis allaient s'affronter une dernière fois dans les États-généraux en mai et juin 1789 (Section 3).

1661« Il y a maintenant – écrivait l'Avocat Godard, le 25 mai 1788 – dans le Royaume et à Paris, trois partis : celui des Royalistes, celui des Parlementaires et celui des Nationaux. Ces deux derniers font cause commune. Les Nationaux espèrent que cette alliance sera longue et qu'à son tour, le Parlement, instruit par cette crise, conservera les bons principes. » cité par Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, p. 278.

1662Sur cette période voir notamment, Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, chapitre 7 « Le recours aux États-généraux », p. 306 et s.

Section 1. Le tournant réactionnaire des privilégiés : le mythe de la constitution antique

372. Les privilégiés, dépassés par un courant trop libéral et individualiste à leurs yeux, se replient sur des positions conservatrices à l'annonce de la convocation des États-généraux, en septembre 1788¹⁶⁶³. Ce nouveau parti conservateur se définit par un attachement aux traditions et un renoncement au syncrétisme philosophico-traditionnel. En face de ce parti conservateur se définit un parti résolument patriote qui renonce également au syncrétisme philosophico-traditionnel pour ne plus s'appuyer que sur la raison. Cette dernière ne sert plus à suppléer les traditions, mais à juger leur validité. Les patriotes réclament une égalité, au moins fiscale, une uniformisation, voire une codification, des règles organisant le fonctionnement de l'État. Ce parti trouve à s'exprimer de manière plus marginale dans les institutions.

Le Roi est en partie à l'origine de ce schisme puisque c'est en vue de diviser les libéraux, et de faire apparaître les contradictions internes de leur idéologie, qu'il lance une consultation sur la manière dont il convient de convoquer les États-généraux, d'abord en demandant l'envoi de documents relatif à la convocation des États-généraux le 5 juillet 1788¹⁶⁶⁴, puis en convoquant une Assemblée des Notables afin de « délibérer uniquement sur la manière la plus régulière et la plus convenable de procéder à la formation des États-Généraux de 1789 »¹⁶⁶⁵. Il déclare vouloir « que les États-Généraux soient composés d'une manière constitutionnelle »¹⁶⁶⁶ ouvrant ainsi le débat sur la notion de constitution et son contenu.

Le schisme constitutionnel est provoqué par les ministres du Roi (§ 1). Il conduit à la construction du mythe de la constitution antique par les conservateurs (§ 2). Les différentes conceptions patriotes et conservatrices sont également représentées au niveau des provinces dans des institutions locales, comme en Dauphiné et en Bretagne (§ 3), préparant par là un affrontement national.

1663« Les historiens datent généralement la rupture entre les institutions attachées aux privilèges des deux premiers ordres et les positions réformatrices du tiers état du dernier trimestre 1788, c'est-à-dire à partir du moment où le Parlement de Paris et la deuxième Assemblée des notables ont demandé que les États généraux de 1789 soient réunis selon leur forme traditionnelle. Cette prise de position a orienté le débat politique de façon décisive. Alors que, auparavant, existait une certaine convergence de vue pour dénoncer le despotisme et l'arbitraire du pouvoir, faisant de la liberté la question centrale du débat, à partir de septembre 1788, ce sont les aspects inégalitaires de la société d'Ancien Régime qui ont été la cible des patriotes à travers de nombreux pamphlets, libelles et brochures, mettant en avant l'idée d'égalité. C'est la deuxième phase de cette lutte qui transparait de façon atténuée dans les cahiers de doléances. » Arnaud VERGNE, *Op. cit.*, p. 127-128.

1664Arrêt du Conseil d'État du Roi concernant la convocation des États-généraux du Royaume, 5 juillet 1788, *Brette*, I, p. 19.

1665*PV Assemblée de notables 1788*, p. 3.

1666*Ibid.*, p. 4.

§ 1. *Un schisme constitutionnel provoqué par les ministres du Roi*

Le schisme constitutionnel est provoqué par les ministres du Roi. D'abord avec Brienne qui entendait diviser les libéraux en annonçant la convocation des États-généraux, sans pour autant avoir l'intention de les réunir réellement. Il met alors en en avant la notion de constitution et les contradictions internes qu'elle contient, entre une constitution produit de la raison ou une autre issue de la tradition. Brienne utilise donc la notion de constitution, mobilisée par les libéraux, contre eux en vue de les diviser (A). Ensuite, la décision de convocation des États-généraux et la consultation de l'Assemblée des Notables sur les modalités de convocation de cette assemblée conduit le Roi à poser ouvertement la question de ce qu'est la constitution, et de ce qu'est une convocation conforme à cette constitution. Il ouvre ainsi le débat sur la définition de la constitution (B).

A. L'emploi royal de la notion de constitution en vue de diviser les libéraux

373. Le but de Brienne était de diviser l'opposition au Roi en mettant en avant ses contradictions internes. Sa stratégie était de montrer que les opposants au Roi seraient incapables de s'accorder sur un mode de convocation des États-généraux et, en laissant la situation se dégrader ainsi, d'obtenir l'abandon du projet de convocation. En conséquence, il met en avant l'impossibilité de se référer à des règles et des pratiques constantes en matière de convocation des États-généraux, ouvrant par là un débat national sur la loi électorale et le principe de la représentation.

Il rédige à cette fin l'arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-généraux, qui est publié le 5 juillet 1788, dans lequel il souligne l'absence de régularité des règles relatives à la convocation des États-généraux¹⁶⁶⁷. Il présente les diverses questions relatives à la convocation des États-généraux sans pour autant les trancher et en choisissant celles susceptibles de diviser les libéraux : le problème de la représentation et celui des sources du droit.

374. Si le principe de la représentation de la nation dans les États-généraux est admis, il met en avant l'incertitude s'agissant des modalités de cette représentation : la proportionnalité de la représentation par rapport à la population, la représentation des corps intermédiaires (villes provinces et ordres) ainsi que la légitimité de cette représentation :

« Sa Majesté a cependant considéré que, si ces préliminaires n'étaient pas fixés avant la convocation des États-généraux, on ne pourrait recueillir l'effet salutaire qu'on en doit attendre ; que le choix des députés

¹⁶⁶⁷« Il résulte du compte rendu que Sa Majesté s'est faite rendre des recherches faites jusqu'à ce jour, que *les anciens procès-verbaux des États présentent assez de détails sur leur police, leurs séances et leurs fonctions* ; mais qu'il n'en est pas de même sur les formes qui doivent précéder et accompagner leur convocation » Nous soulignons. *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, Bn F-23666 (1077).

pourrait être sujet à des contestations ; que *leur nombre pourrait n'être pas proportionné aux richesses et à la population de chaque provinces* ; que *les droits de certaines provinces et certaines villes* pourraient être compromis ; que *l'influence des différents ordres* pourrait n'être pas suffisamment balancée ; qu'enfin, le nombre des députés pourrait être trop, ou trop peu nombreux ; ce qui pourrait mettre du *trouble et de la confusion, ou empêcher la nation d'être suffisamment représentée.* »¹⁶⁶⁸

Dans ce discours, il mêle les points de vue des patriotes et des privilégiés. D'une part, il présente les exigences patriotes : la volonté de proportionner la représentation aux richesses et à la population, ces deux principes pouvant d'ailleurs être incompatibles. D'autre part, il expose les revendications des privilégiés : la préservation des droits des villes, des provinces et des Ordres. Ces principes sont formulés en terme volontairement flous : l'exigence de balancer l'influence des différents ordres peut renvoyer aussi bien au doublement du tiers, qu'au refus d'une telle égalité entre privilégiés et non-privilégiés. Enfin, il met accent sur les dangers qu'entraînerait une mauvaise représentation, ouvrant par ce biais toutes les voies à la critique.

375. Brienne est très imprécis s'agissant des sources de droit retenues pour fixer les règles relatives à la convocation :

« Sa Majesté cherchera toujours à *se rapprocher des formes anciennement usitées* ; mais lorsqu'elles ne pourront être constatées, elle ne veut suppléer au silence des anciens monuments, qu'en demandant avant toute détermination, *le vœu de ses sujets*, afin que leur confiance soit plus entière, dans une *assemblée vraiment nationale par sa composition comme ses effets.* »¹⁶⁶⁹

Brienne prétend donc s'inscrire dans la tradition en respectant les formes anciennes, mais ouvre également une consultation publique pour compléter ces formes. Le Roi propose de s'en remettre au vœu de ses sujets et prévoit donc l'expression de ce vœu dans les États et Assemblées provinciaux¹⁶⁷⁰. Au cas où cette consultation publique ne suffirait pas à semer le trouble dans le

1668 Nous soulignons. *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, Bn F-23666 (1077).

1669 Nous soulignons. *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, Bn F-23666 (1077).

1670 « Art. 4. L'intention de Sa Majesté est que, de leur côté, lesdits syndics et commissions intermédiaires fassent, à ce sujet, les recherches nécessaires ; et seront, lesdites recherches, mises sous les yeux desdits États et assemblées, pour être, par elles, formé un vœu commun, et être adressé un mémoire sur les objets contenus auxdites recherches, lequel sera envoyé par lesdits syndics, à M. le garde des Sceaux.

« Art. 5. Dans les provinces où il y a des assemblées subordonnées, le vœu desdites assemblées sera remis, avec toutes les pièces qui y seront jointes, à l'assemblée supérieure, qui remettra pareillement son vœu, et l'enverra, comme il est dit, à M. le garde des Sceaux, avec le vœu, les mémoires et les pièces qui lui auront été remises par les assemblées subordonnées.

« Art. 6. Au cas où toutes lesdites recherches ne seraient pas parvenues auxdits syndics avant la tenue prochaine des États et assemblées, Sa Majesté, voulant que les résultats qu'elle demande lui parviennent au plus tard dans les deux premiers mois de l'année prochaine, entend, qu'à raison du défaut desdites pièces et renseignements, lesdites assemblées, tant subordonnées que supérieures, ne puissent se dispenser de former un vœu, et de dresser un mémoire sur les objets relatifs au présent arrêté, sauf aux syndics et commissions intermédiaires et à envoyer, après la séparation desdites assemblées, les pièces nouvelles et intéressantes qui pourraient leur parvenir. Si dans quelques unes desdites assemblées il y avait diversité d'avis, l'intention de Sa Majesté est que les avis différents soient

parti libéral, l'arrêt prévoit également un appel aux « savants et personnes instruites »¹⁶⁷¹. Un tel appel à l'opinion publique ne pouvait conduire qu'à un affrontement entre les partis patriotes et privilégiés.

L'arrêt prétend que le Roi veut « prévenir les contestations »¹⁶⁷², mais il apparaît que Brienne souhaite en réalité susciter ces contestations pour empêcher la réunion des États-généraux. Par cet arrêt, il rend impossible l'objectif affiché de « déterminer, d'une manière précise, ce qui doit être observé pour la prochaine convocation des États-généraux, et aussi nationale et aussi régulière qu'elle doit être »¹⁶⁷³.

Brienne a pour seul but d'attiser les tensions entre les patriotes et les privilégiés de sorte que leur alliance soit dissoute et que le Roi soit érigé comme le sauveur face à la menace d'une guerre civile. Néanmoins, dans cet arrêt, le Roi reconnaît le principe de représentation nationale et la validité de la consultation de l'opinion publique pour établir une règle de droit.

376. Les difficultés financières rencontrées par la couronne contraignent le Roi à annoncer, le 8 août 1788, qu'il convoquerait les États-généraux le 1^{er} mai suivant et suspendait le rétablissement de la Cour plénière¹⁶⁷⁴. Dans son arrêt du 8 août 1788, le Roi déclare qu'il « ne tolérera pas qu'aucuns Corps particuliers transgressent les bornes qui leur sont prescrites, en même temps qu'[il] se plaint à remettre la Nation dans l'entier exercice de tous les droits qui lui appartiennent »¹⁶⁷⁵. Il disqualifie ainsi les prétentions des parlements, en érigeant les États-généraux en seuls représentants légitimes de la nation. La résistance à Brienne ne s'arrête pas : le Roi le renvoie à la fin du mois d'août et rappelle Necker.

Avec le retour de Necker, le Roi rappelle les parlements et avance au mois de janvier la

énoncés avec les raisons sur lesquelles chacun pourrait être appuyé ; autorise même, Sa Majesté, tout député desdites assemblées à joindre un mémoire général de l'assemblée tous mémoires particuliers en faveur de l'avis qu'il aura adopté. » *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, BN F-23666 (1077).

1671« Art. 8. Sa Majesté invite, en même temps, tous les savants et personnes instruites de son royaume, et particulièrement ceux qui composent l'Académie des inscriptions et des belles lettres de sa bonne ville de Paris, à adresser à M. le Garde des Sceaux tous les renseignements et mémoires sur les objets contenus au présent arrêt. » *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, Duvergier, 5 juillet 1788, BN F-23666 (1077).

1672« Le Roi espère ainsi procurer à la nation la tenue d'États la plus régulière et la plus convenable ; prévenir les contestations qui pourraient en prolonger inutilement la durée, établir, dans la composition de chacun des trois ordres, la proportion et l'harmonie qu'il est si nécessaire d'y entretenir ; assurer à cette assemblée la confiance des peuples, d'après le vœu desquels elle aura été formée ; enfin, la rendre ce qu'elle doit être, l'assemblée d'une grande famille, ayant pour chef le père commun. » *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, Bn F-23666 (1077).

1673Art. 9. *Arrêt du Conseil-d'État du Roi concernant la convocation des États-Généraux du royaume*, 5 juillet 1788, BN F-23666 (1077).

1674Arrêt du Conseil-d'État du Roi qui fixe au 1er mai prochain la tenue des États-généraux, et suspend jusqu'à cette époque le rétablissement de la cour plénière, 8 août 1788, signé Laurent de Villedeuil, *Brette*, I, p. 23.

1675Arrêt du Conseil-d'État du Roi qui fixe au 1er mai prochain la tenue des États-généraux, et suspend jusqu'à cette époque le rétablissement de la cour plénière, 8 août 1788, signé Laurent de Villedeuil, *Brette*, I, p. 23.

convocation des États, dans un arrêté du 23 septembre 1788¹⁶⁷⁶. Le 25 septembre, le Parlement de Paris demande « que les États-Généraux, indiqués pour le mois de Janvier prochain, soient régulièrement convoqués et composés, et ce *suivant la forme observée en 1614* »¹⁶⁷⁷. Le débat qu'avait lancé Brienne devait être maintenant être tranché et le Roi seul ne voulait pas s'y risquer. Il décida donc de convoquer une nouvelle Assemblée des Notables¹⁶⁷⁸.

B. L'ouverture du débat sur la définition de la constitution par le Roi

377. La convocation de l'Assemblée des Notables a pour unique objet de délibérer sur le mode de convocation des États-généraux. Le Roi et ses ministres ouvrent donc le débat sur la manière dont les États-généraux doivent être composés et élus. Ce débat constitutionnel est justifié par l'impossibilité de suivre pleinement la tradition. Les directives que le Roi donne à l'Assemblée des Notables pour se prononcer sur la constitution sont elles-mêmes dérogoires à une conception traditionnelle du pouvoir politique. Comme l'écrit Ran Halévi, « l'ancienne monarchie a détruit elle-même non seulement sa tradition constitutionnelle, mais l'idée de recourir à cette tradition »¹⁶⁷⁹. Les discours du Roi et de ses ministres mêlent les exigences relatives au respect de la tradition et celles relatives au respect d'un principe de justice et de raison.

378. Dans l'arrêt de convocation de l'Assemblée des Notables, le Roi souligne l'impossibilité de respecter les principes de convocation de 1614¹⁶⁸⁰.

Les raisons qu'il invoque tiennent d'abord au respect du principe de représentation. Il souligne la nécessité de prendre en compte l'accroissement de la population et d'assurer la représentation de nouvelles catégories d'individus¹⁶⁸¹. Il relève également – et semble déplorer –

1676 Déclaration du roi, donnée à Versailles le 23 septembre 1788, enregistrée en parlement le 25 dudit mois, qui ordonne que l'assemblée des États-généraux aura lieu dans le courant de janvier de l'année 1789, et que les officiers des cours reprendront l'exercice de leurs fonctions, *Brette*, I, p. 25.

1677 *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., Bn Lb39-553, p. 127.

1678 Voir notamment sur la seconde Assemblée de notables, Jean ÉGRET, « La seconde Assemblée de Notables (6 novembre - 12 décembre 1788) » in *Annales historiques de la Révolution française*, 21e Année, N° 115 (Juillet-Septembre 1949), Armand Colin, pp. 193-228.

1679 François FURET, Ran HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, coll. « les Constitutions françaises », Fayard, 1996, p. 9.

1680 « Le Roi aurait désiré que celles suivies pour la dernière tenue des États-généraux eussent pu servir de modèle en tous les points ; mais Sa Majesté a reconnu que plusieurs se concilieraient difficilement avec l'état présent des choses, et que d'autres avaient excité des réclamations dignes, au moins, d'un examen attentif. » Nous soulignons. Arrêt du Conseil-d'État du Roi pour la convocation d'une assemblée de notables du 3 novembre prochain, 5 octobre 1788, *PV Assemblée de notables 1788*, éd. cit., p. 2.

1681 « Que les élections du tiers-état avaient été concentrées dans les villes principales du royaume, connues alors sous le nom de bonnes villes, en sorte que les autres villes de France, en très grand nombre, et dont plusieurs sont devenues considérables depuis l'époque des derniers États-généraux, n'eurent aucun représentant.

« Que les habitants des campagnes, excepté dans un petit nombre de districts ne paraissaient pas avoir été appelés à concourir par leurs suffrages à l'élection des Députés aux États-généraux. » *Ibid.*

l'absence de proportion entre, d'une part, le nombre de représentants et, d'autre part, la population, la richesse et l'étendue du territoire¹⁶⁸². La question de la représentation est enfin envisagée sous l'angle du choix des représentants puisque l'arrêt du Conseil-d'État relève que « l'Ordre du Tiers fut presque entièrement composé de personnes qualifiées nobles dans les procès-verbaux de la dernière tenue, en 1614 »¹⁶⁸³. La critique de la représentativité des anciens États-généraux rend compte de la conception royale de la représentation qui semble reposer sur la volonté de proportionner le nombre de représentants à la population, à la richesse et à l'étendue du territoire et de permettre aux membres du Tiers-État d'élire leurs pairs.

Par ailleurs, le Roi estime que des changements de circonstances rendent impossible ou difficile le maintien des anciens principes¹⁶⁸⁴. Il reproche enfin aux formes de 1614 de ne pas fixer « le nombre respectif des députés des différents ordres [...] d'une manière uniforme dans chaque bailliages, en sorte que la proportion entre les membres du clergé, de la noblesse et du tiers-état, ne fut pas la même pour tous »¹⁶⁸⁵. La recherche de l'uniformité semble être privilégiée au détriment du respect des particularismes et des traditions locales.

L'Assemblée des Notables est donc convoquée par le Roi en vue de donner son avis sur les nouvelles règles et principes relatifs à la convocation des États-généraux.

379. L'arrêt du Conseil-d'État annonçant la convocation de l'Assemblée des Notables détermine également les principes que doivent suivre l'Assemblée pour le conseiller et se réfère à la

1682« Que les élections étaient faites par Bailliages, et chaque Bailliage avait à peu près le même nombre de députés, quoiqu'ils différaient considérablement les uns des autres en étendue, en richesse et en population.

« Que les États-généraux se divisèrent, à la vérité, en douze Gouvernements dont chacun n'avait qu'une voix ; mais cette forme n'établissait point une égalité proportionnelle, puisque les voix, dans chacune des sections, étaient recueillies par Bailliage, et qu'ainsi le plus petit et le plus grand avaient la même influence.

« Qu'il n'y avait même aucune parité entre les Gouvernements, plusieurs étant de moitié au-dessous des autres, soit en étendue, soit en population. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 3.

1683*Ibid.*, p. 3.

1684« Que les municipalités des villes furent principalement chargées des élections du tiers-état ; mais, dans la plus grande partie du royaume, les membres de ces municipalités, choisis autrefois par la commune, doivent aujourd'hui l'exercice de leurs fonctions à la propriété d'un office acquis à prix d'argent. [...]

« Que les inégalités entre les bailliages et sénéchaussées sont devenues beaucoup plus grandes qu'elles ne l'étaient en 1614, parce que, dans les changements faits depuis cette époque, on a perdu de vue les dispositions appropriées aux États-généraux, et l'on s'est principalement occupé des convenances relatives à l'administration de la Justice.

« Que le nombre des Bailliages ou Sénéchaussées, dans la seule partie du royaume soumise, en 1614, à la domination française, est aujourd'hui considérablement augmenté.

« Que les provinces réunies au royaume depuis cette époque, en y comprenant les trois évêchés, qui n'eurent point de députés aux États-généraux, représentent aujourd'hui près de la septième partie du royaume.

« Qu'ainsi, la manière dont ces provinces doivent concourir aux élections pour les États-généraux, ne peut être réglée par aucun exemple ; et la forme usitée pour les autres provinces peut d'autant moins y être applicable, que dans la seule province de Lorraine, il y a trente-cinq bailliages, divisions qui n'ont aucune parité avec le petit nombre de bailliages ou sénéchaussées, dont plusieurs généralités du royaume sont composées.

« Que les élections du Clergé eurent lieu d'une manière très différente, selon les districts et selon les diverses prétentions auxquelles ces élections donnèrent naissance. » *Ibid.*, p. 2-4.

1685*Ibid.*, p. 4.

constitution, à la raison et à la volonté nationale :

« Le Roi veut que les États-Généraux soient *composés d'une manière constitutionnelle* ; que les anciens usages soient respectés dans tous les règlements applicables au temps présent, et dans toutes les *dispositions conformes à la raison et aux vœux légitimes de la plus grande partie de la nation*. [...] toutes les personnes qui ont formé, en 1787, l'assemblée des notables, seront de nouveau convoquées pour se trouver réunies en sa ville de Versailles, [...] pour y délibérer uniquement sur *la manière la plus régulière et la plus convenable de procéder à la formation des États-Généraux de 1789*. »¹⁶⁸⁶

Le Roi fait à nouveau allégeance, d'une part, aux anciens usages et, d'autre part, à la constitution, à la raison et à la volonté de la nation. Il demande donc que les règles relatives à la convocation des États-généraux soient fixées d'après cette double exigence qui fut celle des parlements au cours des mois précédents, abdiquant par là une part importante de son pouvoir et ouvrant le débat sur la définition de la constitution.

380. Necker rappelle ce double impératif à l'ouverture de l'Assemblée des Notables, le 6 novembre 1788 :

« Le Roi qui attend d'être éclairé par vos recherches, par vos discussions et par votre vœu, ne peut en ce moment qu'animer votre zèle et votre amour pour le bien public. C'est vous, Messieurs, qui devez l'aider à prendre la meilleure voie. Il sait quel respect on doit avoir pour les *antiques usages d'une Monarchie* ; c'est par leur filiation que tous les *droits constitutifs* acquièrent un nouveau degré de force, et assurent le maintien de l'ordre public, en opposant de salutaires obstacles à l'amour inconditionné des innovations. Mais Sa Majesté est également pénétrée de ces *premiers principes de justice*, qui n'ont ni date, ni époque, ni dernier terme, et qui lui imposent le devoir de chercher à *connaître par une juste représentation le vœu de ses Sujets*. »¹⁶⁸⁷

Necker instaure un rapport d'opposition entre les usages antiques et l'exigence de justice, notamment en matière de représentation. Il met en avant la nécessité de concilier ces exigences opposées.

L'hypothèse d'une restauration purement traditionnelle de l'Assemblée des États-généraux est exclue d'emblée par le pouvoir royal, qui se ménage une capacité d'innovation en même temps qu'il se lie à un jugement de l'opinion publique. Les contradictions entre les différents usages, les « principes d'équité générale », « les oppositions [...] entre l'esprit des anciennes formes et les différentes applications qu'on en aurait faites », « l'influence d'un intervalle de près de deux siècles, pris dans une période où les opinions politiques et morales ont éprouvé les plus grandes révolutions »¹⁶⁸⁸ sont autant de raisons avancées par Necker pour réévaluer et transformer l'ancien

1686Ibid.

1687Nous soulignons, *PV Assemblée de notables 1788*, éd. cit., p. 53.

1688*PV Assemblée de notables 1788*, éd. cit., p. 55.

mode de convocation des États-généraux.

381. Le Roi et ses ministres reconnaissent la nécessité de composer les États-généraux d'une manière constitutionnelle et livrent une définition des sources de la constitution : tant le respect des usages que celui de la raison et de la volonté de la nation.

Les Notables étaient consultés sur la composition des États-généraux, leur mode de convocation, le découpage des circonscriptions, l'organisation des élections. Sur les 54 questions auxquelles devaient répondre les six bureaux, certaines étaient particulièrement sensibles : Fallait-il proportionner la représentation à la population ? Quel doit être le nombre respectif des Députés de chaque Ordre ? Comment les États-généraux devaient-ils délibérer : par ordre ou en commun ? Les membres du Tiers-états pouvaient-ils être représentés par des députés issus des ordres privilégiés ?

Cette consultation allait être l'occasion pour les conservateurs de défendre la constitution antique qu'il venait de théoriser.

§ 2. La construction du mythe de la constitution antique par les conservateurs

Le mythe de la constitution antique est construit par les privilégiés et développé dans les parlements et dans l'Assemblée des notables, à la suite de l'annonce de la convocation des États-généraux. Les privilégiés passent de la révolte à la réaction.

Les parlements sont les premiers à réagir. Le Parlement de Paris se met à défendre une conception conservatrice de la constitution, centrée sur le respect des droits des Ordres et leur séparation (A). Cette rhétorique pseudo-traditionaliste est reprise par la majorité de la seconde Assemblée des notables (B) et exprimée dans le manifeste des conservateurs qu'est le mémoire des Princes du sang (C).

A. La réaction conservatrice du Parlement de Paris

382. Le Parlement de Paris réagit en réclamant le respect des formes de 1614 pour la convocation des États-généraux, en poursuivant les anciens ministres Lamoignon et Brienne et en condamnant de nombreuses brochures patriotes et royalistes. À l'occasion de cette réaction conservatrice, le Parlement de Paris redéfinit la notion de constitution pour supprimer toute référence au droit naturel et à la raison. Pour autant, cette nouvelle définition de la constitution ne renoue pas réellement avec l'idée d'une origine traditionnelle du pouvoir politique et justifie encore la constitution et son origine par l'expression de la volonté de la nation, conçue comme l'union des trois Ordres.

383. Le discours de Séguier, avocat général au Parlement de Paris, utilise des sources anciennes

pour démontrer les principes de la souveraineté parlementaire et nationale. Néanmoins, l'origine de la constitution reste contractuelle. Il distingue le « droit public du Royaume », qui s'imposerait aux Rois, des « Ordonnances des Rois », qu'ils seraient libres de changer :

« Nous reconnaissons qu'il ne peut y avoir qu'un seul Souverain en France, et que l'autorité réside dans sa seule personne. La volonté du Prince fait la Loi ; mais *la Loi à son tour devient la volonté du Prince*. Quand elle a été demandée par les États, quand elle a été *accordée par le Souverain*, quand elle a été *consentie par la Nation*, elle devient le *Droit public du Royaume* ; il n'est plus libre au Monarque de l'anéantir par un seul acte de sa volonté suprême ; il est digne alors de la majesté d'un Roi juste de déclarer qu'il est lui-même sur l'empire de la Loi. »¹⁶⁸⁹

La constitution devient un ordre traditionnel à protéger, mais elle reste un artefact et le résultat d'un acte de volonté. Le « droit public du Royaume » résulte de la rencontre des volontés royale et nationale et il devient alors contraignant pour le Roi lui-même¹⁶⁹⁰. L'idée d'une limitation du pouvoir royal par des règles de droit n'était pas nouvelle puisqu'elle était au cœur de la notion de « lois fondamentales », mais la notion de constitution comporte le caractère artificiel, volontariste et contractualiste de cet ensemble de règles de droit :

« Les Ordonnances du Royaume, les Coutumes, et les Capitulations des Provinces [...] ne peuvent être changées ni altérées, ou *parce qu'elles tiennent à la constitution de la Monarchie, et parce qu'elles ont été formées sur les demandes des États*, ou *parce qu'elles sont la condition irritante sous laquelle les Provinces ont été unies et incorporées à la Couronne* »¹⁶⁹¹

Les lois constitutionnelles seraient de deux sortes : celles relatives à la constitution, qui doivent être consenties par les États, et celles imposées par les provinces comme condition de leur rattachement à la couronne. Cette distinction entre lois du roi et lois du royaume est ancienne, mais la défense que Séguier en fait s'inscrit elle-même dans le cadre des théories contractualistes. Ces lois seraient obligatoires car elles seraient le résultat d'un contrat entre le Roi et les peuples. Il souligne ainsi : « c'est un Contrat synallagmatique ; et le Monarque ne peut pas plus y donner atteinte, que les Peuples se soustraire à leur serment de fidélité »¹⁶⁹². La constitution a donc, même dans sa défense traditionnelle, une origine contractuelle et est le résultat de la volonté de la

1689 Nous soulignons. Discours de Séguier. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 109-110.

1690 « Le droit public du Royaume ne peut être altéré, que le Trône lui-même ne soit ébranlé. S'il était possible de suspendre ou d'abolir arbitrairement les Lois anciennes, chaque nouveau Règne verrait éclore un nouveau système de Législation, un nouveau système de Finances, un nouveau système de Gouvernement. L'ordre établi serait renversé ; il n'y aurait d'autres Lois que celles du moment ; et la France affermie par la Loi Salique, tremblerait en se rappelant *les atteintes qu'un Ministre corrompu a tenté autrefois de porter à sa constitution*. » Nous soulignons. Discours de Séguier. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 110.

1691 Nous soulignons. Discours de Séguier. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 112-113.

1692 Nous soulignons. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 113.

nation¹⁶⁹³.

384. Séguier abandonne toute référence au droit naturel pour se prévaloir de principes traditionnels favorables aux privilégiés. Il fustige maintenant « les Républiques de la Grèce [qui] ont penché vers leur ruine, aussitôt qu'énervées par le luxe, *elles ont permis aux Philosophes de leur siècles d'attaquer les Lois et de s'élever contre leur constitution* »¹⁶⁹⁴. La reconnaissance de principes philosophiques représenterait désormais une menace pour la constitution.

385. Le 25 septembre, le Parlement de Paris décide également de la mise en accusation des anciens ministres Brienne et Lamoignon, notamment sur le fondement de la violation de la constitution. Le discours de Bodkin de Filz-Gérald, sur la dénonciation de MM. de Brienne et de Lamoignon, présente cette action du parlement comme une action en défense des droits de la nation¹⁶⁹⁵ et s'appuie sur le principe de la responsabilité ministérielle¹⁶⁹⁶. Les chefs d'accusation sont notamment :

« 1° La résolution prouvée de ces deux Ministres, *d'anéantir les droits constitutionnels de la Nation*, par un système général, qui a commencé à être public dans la séance du 19 novembre 1787. [...]

« 2° Les manœuvres perfides, par lesquelles ils ont attiré la disgrâce du Roi sur un Prince de son Sang, et sur deux Magistrats qui n'avaient fait qu'employer leur zèle, de la manière la plus modérée, à exposer à Sa Majesté *la vérité des principes, et le respect dû aux droits de la Nation*.

« 3° L'établissement du *système de la seule volonté* dans les réponses qu'ils ont surprises au Roi, et les attaques qu'ils ont portées aux principes qui assurent la *liberté individuelle des Citoyens*. [...]

« 5° Le *renversement des principes constitutionnels au Lit de Justice du 8 mai* :

« La violation des capitulations des Provinces, en persuadant au Roi qu'elles étaient respectées ;

1693 Cela s'inscrit dans la lignée des théories développées dans les *Maximes du droit public français*, éd. cit. Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

1694 Nous soulignons. Discours de Séguier. *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 111.

1695 « De tous les devoirs des Cours souveraines, les plus grands, et dont l'observation est la plus essentielle, sont ceux qui tiennent le plus au maintien de la tranquillité publique et *des droits de la Nation*.

« La Cour manquerait dans ce moment à un de ces devoirs sacrés ; elle manquerait au Roi, à l'État, au Lois, à elle-même, sil elle ne s'occupait de la manière la plus sévère des moyens d'empêcher que la Nation ne tombe dans la suite d'une crise pareille à celle qui a été dernièrement sur le point de la perdre.

« Un de ces moyens, est de rendre plus sensible qui jamais cette importante maxime, sur laquelle est fondée le repos des Empires ; "que c'est le plus grand des crimes d'entreprendre d'en renverser les lois".

« Ne pas fixer l'attention publique sur cette matière, ce serait assurer l'impunité, et par conséquent encourager les Ministres qui seraient encore capables de sacrifier les intérêts des peuples aux intérêts des différentes personnes en crédit, et de verser le sang des Citoyens pour anéantir les droits de la Nation. ». Nous soulignons. Discours de Bodkin de Filz-Gérald, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 129.

1696 « Si les Ministres n'étaient pas responsables, le sort des Rois serait affreux ; ils resteraient chargés des malédictions du peuple, que ces mêmes Ministres auraient seuls méritées. » Discours de Bodkin de Filz-Gérald, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 131.

« L'attribution du droit d'enregistrement des emprunts et des impôts à une Cour Plénière *constituée de la manière la plus illégale*, quoique le Roi ait déclaré, peu de temps après, qu'aucune Cour ne pouvait suppléer la Nation ;

« L'atteinte portée à *l'inamovibilité des Offices*, et aux Tribunaux d'exception consacrés par la Nation »¹⁶⁹⁷

Cet acte d'accusation synthétise les réclamations des cours : la défense des droits de la nation et des citoyens, la dénonciation du système de la seule volonté et l'inamovibilité des offices. L'accusation estime également que ce procès n'est qu'une continuation du procès de l'opinion publique : « les intérêts du Souverain et des Peuples, lui prescrivent d'instruire un procès que l'opinion publique a pour ainsi dire commencé »¹⁶⁹⁸.

386. Les éléments définis comme constitutionnels et les principes défendus par le Parlement de Paris et ses membres apparaissent clairement comme correspondant à leurs intérêts. Ils souhaitent défendre leur droits et leurs positions et les protéger contre l'atteinte que pourraient y porter des États-généraux formés de manière égalitaire.

La description de la constitution par Séguier, la poursuite des ministres et la réclamation des formes de 1614, pour la convocation et la composition des États-généraux, présentée par le Parlement de Paris, le 25 septembre 1788¹⁶⁹⁹ ouvre la voix aux revendications fondées sur les formes antiques et la constitution, telle qu'elle résulterait d'un contrat fondateur et de contrats successifs entre le Roi et la nation. Ces théories constitutionnelles allaient trouver leur expression privilégiée dans l'Assemblée des Notables.

B. L'adoption d'une conception conservatrice de la notion de constitution par la majorité de la seconde Assemblée des Notables et les Princes du sang

387. L'Assemblée des Notables se tient du 6 novembre au 12 décembre 1788. L'Assemblée est répartie en six bureaux en vue de la délibération. Chaque bureau exprime sa position et décompte les voix. La décision de l'Assemblée est comprise comme la décision de la majorité des voix exprimées et non comme celle de la majorité des bureaux. Néanmoins, les avis et les votes sont rédigés et recueillis dans les bureaux, au sein desquels les dynamiques de pouvoir peuvent jouer un rôle déterminant¹⁷⁰⁰.

1697Nous soulignons. Discours de Bodkin de Filz-Gérald, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 132-133.

1698Discours de Bodkin de Filz-Gérald, *Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 132-134.

1699*Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux*, éd. cit., BN Lb39-553, p. 127.

1700Sur la seconde Assemblée des Notables, voir Jean ÉGRET, « La seconde Assemblée de Notables (6 novembre - 12 décembre 1788) » in *Annales historiques de la Révolution française*, 21e Année, N° 115 (Juillet- Septembre 1949),

388. Le Premier Président du Parlement de Paris, défend, dans l'Assemblée des notables, une position plus conservatrice que celle adoptée par le Ministère en rappelant la prise de position du parlement en faveur de « la forme pratiquée en 1614 »¹⁷⁰¹. De même, le Prince de Conti propose une motion tendant « à représenter au Roi combien il est important pour la stabilité de son trône, pour les lois et le bon ordre, *que tous les nouveaux systèmes soient proscrits à jamais, et que la constitution et les formes anciennes soient maintenues dans leur intégralité* »¹⁷⁰². Cette position plus radicale et traditionaliste est celle qui prévalut dans la seconde Assemblée des notables.

La notion de constitution et les sources du droit public sont une nouvelle fois redéfinies pour servir les intérêts des privilégiés directement menacés par la perspective de convocation des États-généraux. Les discours prennent alors un tournant conservateur. La tradition est choisie comme source privilégiée du droit (1), la constitution est définie par la séparation des Ordres (2) et les particularismes sont ardemment défendus (3).

1. Traditionalisme

389. Alors que Necker invitait les Notables à concilier la tradition et la justice, ces derniers prirent très largement parti pour les usages et les formes anciens, contre tous idées ou principes nouveaux. La référence aux usages qualifiés d'anciens, d'antiques, accoutumés, constants, connus est omniprésente dans le procès-verbal des bureaux¹⁷⁰³. Il en va de même des formes anciennes, accoutumées, régulières, antiques, établies, légales et constitutionnelles¹⁷⁰⁴.

La constitution est alors redéfinie pour correspondre à ce tournant traditionaliste. Elle se caractérise par la conformité, non plus à la raison, mais aux formes et aux usages traditionnels. Elle est attestée par des faits historiques¹⁷⁰⁵. La plupart des bureaux exprime en des termes généraux cet

Armand Colin, pp. 193-228.

1701PV *Assemblée de notables de 1788*, p. 68.

1702PV *Assemblée de notables de 1788*, le 28 novembre, p. 91.

1703Nous avons relevé plus de 200 occurrences du terme « usage » au singulier et au pluriel.

1704Nous avons relevé plus de 300 occurrences du terme « forme » au singulier et au pluriel.

1705« Après avoir *recherché dans les monuments de l'Histoire, la suite des faits qui attestent la constitution* [...] le Bureau n'a plus qu'un vœu à former » Quatrième bureau, PV *Assemblée de notables de 1788*, p. 310-311.

impératif du respect des traditions¹⁷⁰⁶ et l'allient à la notion de constitution et à ses dérivés¹⁷⁰⁷.

D'une manière générale, les Notables se montrèrent circonspects à l'égard de toute innovation¹⁷⁰⁸. Il convient ainsi de respecter la constitution des Ordres, telle qu'elle résulte des États-généraux de 1614¹⁷⁰⁹. Ils inscrivent alors leur discours dans la lignée des théories traditionalistes, en invoquant les « Lois du Royaume, et [les] principes invariables de la Monarchie française »¹⁷¹⁰, en rappelant le principe de soumission du Roi à la loi¹⁷¹¹.

390. Cet hommage rendu à la tradition ne les empêche pas d'invoquer des théories plus

1706« La plupart de ces questions ont présenté des difficultés d'autant plus embarrassantes, que le Bureau n'a jamais cru pouvoir perdre de vue les *lois et les usages que la tradition a conservés* » Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 200.

« Il paraît *juste de ne pas contrarier leurs usages consacrés par le temps et par une possession immémoriale, par des contrats ou des traités* dont nos Souverains ont garanti l'exécution. » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 289.

« Le Bureau ne s'est point arrêté à la seule convocation de 1614 ; il est remonté jusqu'en 1483, époque précieuse, en ce qu'elle offre *l'origine de la constitution actuelle de nos États-généraux*. [...] C'est à cet intervalle qui embrasse trois siècles, et qui présente six convocations d'États, que le Bureau s'est fixé. Ce sont les *usages observés constamment, perpétuellement, uniformément pendant ce temps*, qui forment la base des observations qu'il a l'honneur de présenter à Votre Majesté. » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 313.

« Nous avons cherché, Sire, dans les *formes anciennes reçues et consacrées*, dans les *formes légales et constitutionnelles*, dans les *formes déjà pratiquées*, les moyens les plus prompts, les plus efficaces, les plus sûrs pour que rien ne pût arrêter l'accomplissement du bienfait que Votre Majesté accorde à la Nation, ni en retarder l'exécution. » Nous soulignons. Discours de Monsieur le Prévôt des Marchands de la ville de Paris, *Ibid.*, p. 492-493.

1707« Le Bureau a estimé qu'il ne pouvait exister qu'une *seule forme de convocation constitutionnelle, la forme établie par les lois et par les usages*. Un respect religieux pour les *usages généraux et constants*, a été la règle de sa détermination » Nous soulignons. Second bureau, *PV Assemblée de notables de 1788*, p. 136.

1708« Le Bureau ne dissimulera point qu'il a *crainé de proposer des changements dans la constitution des États-généraux*, au moment où l'ouverture de cette Assemblée va permettre de recueillir son vœu ; il a craint, en proposant des idées d'innovation, de contrarier les motifs de justice, de confiance et de bonté qui ont déterminé Sa Majesté à convoquer les États. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 137.

« C'est un principe général que la sagesse dicte aux Rois, de se conformer, autant qu'ils le peuvent, aux *usages anciens*, et de ne les changer que lorsqu'ils y sont forcés par la nécessité. La science du Gouvernement consiste plus à obéir avec une sage lenteur à l'empire inévitable du temps, aux progrès plus ou moins sensibles des connaissances, qu'à franchir par une marche rapide tous les intervalles qui doivent séparer les grands changements. *L'autorité de l'usage consolide celle des Souverains, et les peuples se soumettent avec plus de docilité aux maximes et aux formes qu'ils sont accoutumés à révéler*. » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 313.

« Oui, Sire, vous retrouverez dans cette Nation l'esprit de nos pères, cet excellent esprit loyal et franc, cet esprit de dévouement à ses Maîtres, qui a toujours caractérisé la Nation Française ; cet esprit de cœur, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, *bien préférable à ces théories douteuses si souvent opposées aux faits et à l'expérience, à ces demi-lumières, phare incertain qui nous égare*, présent funeste et dangereux quand elle ne sont pas consacrées à l'harmonie sociale et à la félicité publique. » Nous soulignons. Discours de Monsieur le Prévôt des Marchands de la ville de Paris, *Ibid.*, p. 492-493.

1709« Ainsi, toutes les considérations, comme tous les principes, ramènent *au respect que le second Bureau a témoigné pour les usages*, et il croit prouver au Roi sa respectueuse reconnaissance de la confiance dont Sa Majesté l'a honoré, en proposant le plan de convocation des États le plus circonspect, le plus sage, le plus expédient ; plan qui ne donne prétexte à aucune réclamation légitime, *puisqu'il est conforme à la constitution des Ordres aux derniers États-généraux*. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 138.

1710Discours de Monsieur le Premier Président du Parlement de Paris. *Ibid.*, p. 486.

1711« La Monarchie française *s'est soumise elle-même à des lois et des coutumes* ; l'attachement à ces lois et à ces coutumes dans les objets essentiels, est inséparable de l'amour de la Patrie, et c'est de ces sentiments que dépendront toujours sa splendeur et sa gloire. » Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 200.

Sur l'ensemble des ces théories voir notamment André LEMAIRE, *Op. cit.*

contemporaines du XVIII^e siècle, mais uniquement au profit des idées qu'ils défendent. Ainsi, tout en invoquant la tradition, ils formulent également l'idée que la constitution est le fruit de la volonté de la nation. Cette idée est employée afin d'obtenir le maintien des traditions, car ces dernières auraient été implicitement, mais nécessairement ratifiées par la Nation¹⁷¹². La constitution reste donc formée par la Nation, mais par le biais d'un consentement passif et tacite.

De même les références à la justice¹⁷¹³ et à l'équité¹⁷¹⁴, présentes dans le discours de Necker, restent très marginales dans le procès-verbal des bureaux. Le premier bureau, le plus libéral, s'y réfère pour justifier le doublement du Tiers : « Quand les faits ne présentent ni mesure ni proportion, quand les exemples se contrarient et se détruisent, il est absolument nécessaire de se former des principes *d'après la justice et la raison*. »¹⁷¹⁵ Il s'agit néanmoins d'une exception. Enfin, les références au droit naturel ou à la justice naturelle sont elles aussi très marginales¹⁷¹⁶.

391. Les notables invoquent au profit de cette définition traditionnelle de la constitution l'exigence de stabilité¹⁷¹⁷ et la crainte d'une révolution :

« Si la crainte de quelques inconvénients attachés à des formes anciennes faisait adopter légèrement des innovations importantes, la *constitution d'un grand Empire deviendrait sujette à une versatilité qui serait le plus grand de tous les maux*. »¹⁷¹⁸

« Il serait imprudent *d'ébranler les fondements d'une constitution vénérable par son antiquité*, et surtout dans ces temps difficiles, remarquables dans l'histoire des Empires, par une fermentation qui annonce de grands orages ; par une inquiétude jalouse sur la nature et les limites de tous les pouvoirs ; par l'incertitude des opinions entre les formes antiques et les idées nouvelles ; par un choc violent entre l'autorité accoutumée à commander, et la subordination qui s'efforce de se soustraire au joug. »¹⁷¹⁹

Les prémisses de la Révolution dans les provinces et à Paris, sont employées pour effrayer le

1712« Puisque la *Nation s'est assemblée plusieurs fois sans réclamer contre les formes de sa convocation*, ils [les membres du bureau] ont cru devoir considérer ces formes comme *ayant été constamment adoptées par Elle dans toutes ces Assemblées, et étant devenues essentiellement constitutionnelles par cette adoption*. » Nous soulignons. Troisième bureau, *PV Assemblée de notables de 1788*, p. 215.

« Les membres du Bureau reconnaissant leur impuissance pour adopter ou rejeter l'une de ces options plutôt que l'autre, croient devoir se borner à proposer les formes essentielles sanctionnées par un consentement universel des cinq dernières tenues d'États-généraux. » Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 225.

1713Nous avons relevé moins de 35 occurrences du terme « justice », hors référence à l'activité judiciaire, dans le procès-verbal des bureaux.

1714Nous avons relevé moins de 10 occurrences du terme « équité », hors référence à l'activité judiciaire, dans le procès-verbal des bureaux.

1715*PV Assemblée de notables de 1788*, p. 101.

1716Deux références aux droits naturels des citoyens ou des individus, *Ibid.*, p. 161 et p. 245. Une référence au droit naturel, *Ibid.*, p. 187. Deux références à la justice naturelle, p. 215 et p. 218.

1717« Nous n'avons point eu d'autre guide dans nos recherches que l'amour de la vérité ; point d'autre système dans le vœu de nos suffrages et l'économie de nos résolutions, que de constater les vrais principes, d'en prolonger la trace, d'en perpétuer le règne, et d'en assurer la stabilité. » Discours de Monsieur le Premier Président du Parlement de Paris, *Ibid.*, p. 485.

1718Troisième bureau, *Ibid.*, p. 200.

1719Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 316.

Roi et le contraindre à adopter une position traditionaliste. Cette rhétorique permet de justifier simultanément la protection du Roi et de son autorité et celle des prérogatives et privilèges des corps de l'Ancien Régime.

392. La notion de constitution est redéfinie à la lumière de cette perspective traditionaliste et conservatrice. Dans cette conception, il n'y a pas une mais des constitutions – constitution des États-généraux¹⁷²⁰, des Ordres¹⁷²¹, des provinces¹⁷²² ou de la monarchie¹⁷²³. Ce « millefeuille constitutionnel » représente autant de contraintes pour le pouvoir royal et de limites aux prétentions du Tiers. En s'appuyant sur ces théories, les Notables prirent position dans le débat national sur la convocation des États-généraux.

Seul le premier bureau accepta de proportionner le nombre de député à la population¹⁷²⁴ et le doublement du Tiers¹⁷²⁵. Les cinq autres bureaux adoptèrent des positions bien moins progressistes, ils refusèrent tous de proportionner le nombre de députés à la population¹⁷²⁶ et rejetèrent également le doublement du Tiers et la délibération en commun. Ils invoquèrent tous pour ce faire des principes constitutionnels. La notion de constitution devient alors l'instrument d'un conservatisme virulent servant à défendre la séparation des Ordres et les prérogatives des corps intermédiaires.

2. La constitution de la Monarchie : une séparation des Ordres

393. Pour tous les bureaux, y compris le plus libéral, la séparation et la distinction des Ordres sont constitutionnelles¹⁷²⁷. Ce thème de distinction et de séparation des Ordres est abondamment développé par les Notables. Il est un principe cardinal de leur théorie constitutionnelle et sert de fondement à d'autres principes constitutionnels : délibération et vote séparés, droits, liberté et égalité des Ordres (droit de délibérer séparément et droit de *veto*) et refus du doublement du Tiers. Cette indépendance des Ordres a un double fondement : les Ordres représentent simultanément les sujets de droit de la constitution (a) et les organes de cette constitution (b).

¹⁷²⁰Constitution des États-généraux ou de l'Assemblée nationale : 6 occurrences.

¹⁷²¹Constitution d'un Ordre ou des Ordres : 7 occurrences.

¹⁷²²Constitution d'une Province ou d'un Pays-d'États : 13 occurrences.

¹⁷²³Constitution monarchique, nationale, française de la Monarchie, de l'État, du Royaume, notre constitution, la constitution (sans complément du nom) : 17 occurrences.

¹⁷²⁴PV Assemblée de notables de 1788, le 28 novembre, p. 100.

¹⁷²⁵Cet avis est adopté à une très courte majorité de 13 voix contre 12. *Ibid.*, p. 101-105.

¹⁷²⁶Le cinquième bureau affirme ainsi « Le projet d'accorder aux différents Bailliages un nombre de Députés proportionné à leur population, séduit au premier coup d'œil ; il présente un ordre de proportion et de justice qui frappe d'abord ; mais en l'approfondissant avec attention, on revient de cette première illusion, et l'on voit que cette formation d'États-généraux contraire à l'usage constant, qui est la loi suprême en cette matière, n'est pas même conforme aux principes stricts de l'équité. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 322.

¹⁷²⁷Voir par exemple, Premier bureau. *Ibid.*, p. 104, p. 148 ; Second bureau, p. 149 ; Quatrième bureau, p. 301 ; sixième bureau, p. 450.

a. Les Ordres, sujets de droit constitutionnel

394. Pour les Notables, les Ordres sont les réels sujets de droit constitutionnel. Ils sont titulaires de droits imprescriptibles. Le Roi doit protéger leurs droits et leur constitution¹⁷²⁸. La Nation n'est pas composée d'individus-citoyens libres et égaux, mais d'Ordres, libres et égaux :

« Telle est la *constitution de cette Monarchie*, que la Nation entière est *composée de trois Ordres de Citoyens* ; que chaque Ordre a son existence légale et ses *droits imprescriptibles* ;

« Qu'un des droits essentiels de chaque Ordre est *d'avoir dans les États-généraux ses Représentants*, auxquels il donne par un choix libre sa confiance et ses pouvoirs ;

« Que c'est cette représentation des trois Ordres qui *forme la constitution des États-généraux* ;

« Que le *droit de délibérer par Ordre* est une suite de la distinction des trois Ordres »¹⁷²⁹

La notion de droits subjectifs et imprescriptibles est mobilisée en faveur des Ordres composant la nation. Ces droits fondent le principe représentatif et la délibération séparée. Cette composition de la nation forge également la constitution de la Monarchie et celle des États-généraux¹⁷³⁰.

395. La nécessité de préserver la nation et ses droits est régulièrement mise en avant. En ce sens, les notables maintiennent les revendications libérales des parlements et des patriotes. La nation doit pouvoir consentir les impôts et en constater la nécessité ; ce droit est garanti par la constitution¹⁷³¹. Néanmoins, leur représentation de la nation est irrémédiablement liée à la séparation des Ordres, « puisque les trois parties constitutives de l'État ne peuvent être que les trois Ordres qui forment la Nation »¹⁷³².

1728« Ainsi ce *principe constant et uniforme, d'égalité* n'a jamais été violé depuis 1302 jusqu'à présent, et il est aisé de se convaincre qu'il est *intimement lié avec la constitution essentielle des Ordres*, qu'il fait partie des *droits acquis à chacun d'eux et que la conservation en est leur garantie par la protection que le Prince leur doit*, parce que le Monarque ne peut pas plus altérer les droits des Sujets, que les Sujets ne peuvent attenter au droit du Souverain. » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 293.

« [La séparation des Ordres] contient tous les Ordres dans leurs limites naturelles, *sous l'empire d'un modérateur unique dont l'autorité paternelle veille aux droits de tous et aux intérêts de chacun* » Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 331-332.

1729Nous soulignons. Second bureau. *Ibid.*, p. 149.

1730Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 300-301.

1731« [La constitution] a tout fait pour nos propriétés, en réservant exclusivement à la Nation, *la liberté de juger les besoins de l'État, et d'y proportionner ses dons* » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 298.

« Ce vœu que l'honneur a dicté, que la justice réclame et que la nécessité commande, sera ratifié par les Ordres réunis dans l'*Assemblée de la Nation*. Les Ordres privilégiés n'ont d'autre privilège, en matière de contributions, que celui de donner un *consentement libre à l'établissement des subsides*. Ce privilège leur était commun avec le Tiers-état ; le Tiers-état l'avait perdu par l'interruption des Assemblées nationales, et par la substitution de la formalité de l'enregistrement aux anciennes formes légales. Le *Souverain va rendre à la Nation le droit qui lui appartenait, et les prochains États-généraux ne feront que ce que les anciens États-généraux ont toujours fait, puisqu'ils n'ont jamais accordé de subsides qui n'aient été également répartis sur les trois Ordres*. » Nous soulignons, Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 336-337.

1732Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 307.

396. Pour les Notables, la séparation des Ordres implique des élections séparées et une délibération séparée, tant au niveau local que national¹⁷³³. Au niveau local, cette séparation des Ordres pour les élections et la délibération implique également une séparation pour la rédaction des cahiers de doléances¹⁷³⁴. Au niveau national, ils réclament une délibération et un vote des Ordres séparés.

La délibération et le vote séparés sont doublement constitutionnels pour les bureaux conservateurs. Ils tiennent, d'une part, à la constitution de la Monarchie, telle qu'elle résulte de la tradition¹⁷³⁵ et, d'autre part, à la constitution de chaque Ordre¹⁷³⁶. Selon cette théorie, chaque Ordre dispose d'une constitution qui lui confère des droits. L'un des droits des Ordres est le droit à une délibération séparée :

« Le droit appartenant aux Ordres de délibérer séparément dans les États-généraux, est fondé sur les droits et la constitution des trois Ordres, sur les Ordonnances du Royaume et sur les usages constamment suivis. »¹⁷³⁷

« C'est un principe que le Bureau croit devoir rappeler, que la distinction des trois Ordres et l'égalité de leurs pouvoirs sont constitutionnelles en France, et que le droit de délibérer séparément, en est la

1733Seul le premier bureau, se prononce en faveur d'une liberté laissée aux Ordres pour choisir de délibérer en commun ou séparément au niveau local et national. Les autres bureaux estiment que la délibération des Ordres doit être séparée, sous réserve des usages locaux. Quant au niveau national, les cinq autres bureaux réclament une délibération par Ordre. Ce sont les réponses aux questions 6 (« Quelle a été et quelle pourrait être la forme de délibérer des trois Ordres dans les États-généraux ? »), 12 (« Dans les Assemblées de Bailliage, à qui appartiendra la présidence, quand les Ordres seront réunis ? À qui appartiendra-t-elle quand chacun, lorsqu'ils seront séparés ? Le Bailli d'épée, s'il est présent, présidera-t-il de droit la Noblesse ? et en son absence par qui sera-t-elle présidée ? Qui présidera le Clergé ? Qui présidera le Tiers-état ? ») et 39 (« Les Ordres doivent-ils délibérer séparément aux Assemblées qui députent directement aux États-généraux ? »).

1734Par exemple, le sixième bureau affirme : « Comme ces Assemblées sont formées de Corps distincts et séparés, savoir le Clergé, la Noblesse et le Tiers-état, chacun de ces Corps doit dresser un cahier particulier. » *Ibid.*, p. 450.

1735« La distinction des trois Ordres de l'État, l'égalité de leurs pouvoirs, leur droit de délibérer séparément ; ces bases de la constitution nationale seront respectées, si le vœu du Bureau est adopté. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 137. « Telle est la constitution de cette Monarchie » Second bureau, *Ibid.*, p. 149. « La délibération par Ordre paraît un point essentiel de notre constitution. », Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 269. « Une des maximes les plus constante de notre droit public, est que chaque Ordre doit délibérer séparément. » Quatrième bureau, p. 291. « l'usage le plus ancien et le plus constant déterminait la délibération par Ordre [...] ce principe est devenu l'une des maximes les plus constantes de notre droit public [...] il paraît appartenir à la nature même de notre Gouvernement » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 330-332. « Le Bureau est d'avis que depuis plus de trois siècles, les États-généraux paraissent avoir toujours opiné par Ordre, et que toute autre forme serait une contravention à l'ancien usage. » Nous soulignons. Sixième bureau, *Ibid.*, p. 424-425.

Le troisième bureau relève que c'est la « forme la plus constante » et qu'en conséquence cela doit être la forme de la première délibération. Néanmoins, « il ne pense pas devoir proposer d'indiquer aux États-généraux dans laquelle délibéreront constamment pendant tout le temps de leur tenue » (*Ibid.*, p. 231-232). De même le cinquième bureau souligne : « tout changement qui serait jugé nécessaire et convenable, ne pourrait être adopté que par une délibération par Ordre » (*Ibid.*, p. 331-332). Ces deux bureaux admettent donc une évolution de la forme de délibération, sous réserve du respect de la rigidité constitutionnelle qui implique un consentement de chaque État pour opérer une révision constitutionnelle.

1736« Le Bureau s'est cru fondé à juger que cette parité entière toujours conservée entre les trois Ordres par les expressions des Lettres de convocations, ne pourrait être fondée que sur le principe de la distinction constitutive de ces trois Ordres et de l'égalité de leurs pouvoirs, qui fait de même partie de leur constitution. » Deuxième bureau, *Ibid.*, p. 148.

1737Nous soulignons. Deuxième bureau, *Ibid.*, p. 151.

suite. »¹⁷³⁸

« Si les trois États ont concouru quelques fois ensemble, soit par des Commissaires, soit autrement, pour des intérêts communs, ils ont pu *faire usage de leur liberté, sans rien perdre de leurs droits.* »¹⁷³⁹

Ce droit à une délibération séparée est donc un droit qui tient à la constitution du Royaume et à la constitution des Ordres qui doivent toutes deux être également protégées. Les Ordres ont droit à la garantie, par la constitution, de leur liberté, de leur égalité et de leur indépendance mutuelle.

397. Cette liberté et cette égalité des Ordres, revendiquées par les Notables, implique enfin une égalité de représentation, « de leurs pouvoirs et de leurs suffrages »¹⁷⁴⁰ qui conduit au refus du doublement du Tiers, par tous les bureaux sauf le premier, et au maintien d'un droit de *veto* pour chaque Ordre.

Le premier bureau s'appuie sur le droit des États de « régler leur police intérieure »¹⁷⁴¹ et de décider en conséquence d'adopter le vote par tête pour défendre le doublement du Tiers. Il estime alors que « l'égalité numérique dans les Représentants de chaque Ordre deviendrait dans ce cas, surtout quand il sera question d'impôts, une injustice manifeste »¹⁷⁴². Il reprend donc la distinction entre les privilégiés et les non-privilégiés défendues par les patriotes et accepte le doublement du Tiers¹⁷⁴³. Cette position est minoritaire dans l'Assemblée des Notables.

Les autres bureaux se montrèrent bien plus réservés et souhaitèrent préserver l'égalité de représentation entre les Ordres, car cela était, selon eux, conforme à la constitution et à l'usage :

« Le Bureau pense qu'on ne peut rompre cette égalité *sans altérer les principes constitutionnels de la Monarchie* ; que si le Tiers-état acquérait une influence égale à celle des deux autres Ordres réunis, il n'y aurait plus, à proprement parler, que deux Ordres dans l'État, et que bientôt peut-être ils seraient tous confondus, ce qui produirait un désordre dont les effets sont incalculables. »¹⁷⁴⁴

Les Notables rejettent ainsi l'idée que les Assemblées provinciales formeraient un précédent valable pour admettre le doublement du Tiers¹⁷⁴⁵. Le refus du doublement du Tiers est également

1738 Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 184-185.

1739 Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 149.

1740 Second bureau, *Ibid.*, p. 198.

« L'égalité des trois Ordres, en nombre, en voix, en pouvoirs » Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 310-311.

« C'est la crainte de voir troubler cette *harmonie, sans laquelle toute les lumières et toutes les bonnes intentions devient inutiles* [arrêt du Conseil du 5 octobre 1788], qui a déterminé le quatrième Bureau à supplier le Roi de ne pas permettre qu'il soit porté aucune atteinte à cette proportion dans les députations, à cette *égalité de suffrages entre les Ordres*, qu'il regarde comme la sauvegarde de l'État, et comme *le plus ferme appui de la constitution et de la liberté civile et politique.* » Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 293-294.

1741 *Ibid.*, le 28 novembre, p. 103.

1742 *Ibid.*, le 28 novembre, p. 103.

1743 « Chaque députation sera composée d'un Député de l'Ordre de l'Église, d'un député de la Noblesse, et de deux du Tiers-État, c'est-à-dire égalité du Tiers au nombre réuni de l'Église et de la Noblesse. » *Ibid.*, p. 101.

1744 Sixième bureau, *Ibid.*, p. 423-424.

1745 Voir par exemple, Sixième bureau, *Ibid.*, p. 415.

motivé par la crainte que cette augmentation de sa représentation n'entraîne inéluctablement la revendication d'un vote par tête qui serait alors défavorable aux privilégiés¹⁷⁴⁶.

Les Notables présentent même ce droit de *veto* comme une protection pour le Tiers-état, qui ne pourrait être imposé sans son consentement exprès ou se voir contraint à consentir à une idée à laquelle à laquelle il serait opposé¹⁷⁴⁷. Cette conception conservatrice favorise en réalité l'inertie et rend toute perspective de réforme favorable aux non-priviliégiés très improbable.

La défense de la séparation des Ordres repose sur l'idée qu'ils sont des sujets de droit constitutionnel qui doivent voir leur égalité et leur liberté protégée, mais elle est également appuyée sur des représentations tirées de la philosophie politique qui défendent la nécessité d'un équilibre entre les organes de l'État.

b. Les Ordres, organes constitutionnels

398. Considérer les Ordres comme des organes de la constitution permet aux Notables de mobiliser les théories politiques relatives à l'équilibre des pouvoirs. Ils font ainsi valoir la nécessité de respecter une « balance égale des trois Ordres »¹⁷⁴⁸, les « principes d'équilibre des Ordres »¹⁷⁴⁹, de « maintenir cet équilibre parfait qui prévient toutes les invasions d'un ou de deux Ordres sur un autre »¹⁷⁵⁰, de respecter la constitution qui « a fondé l'équilibre de tous les Ordres, en conservant

1746« Le Bureau convient que si l'on continue à opiner par Ordre dans les États-généraux, il deviendrait assez indifférent que le Tiers-état eût deux voix au lieu d'une ; mais alors qui peut l'engager à les demander ? Mais enfin il est possible que les États-généraux changent cet usage, et qu'on se décide quelque jour à opiner par tête ; il est même vraisemblable que *c'est cette espérance qui excite dans ce moment-ci les réclamations du Tiers-état* » Nous soulignons. Sixième bureau, *Ibid.*, p. 423-424.

« L'attribution au Tiers-état d'une représentation égale à celle des deux premiers Ordres réunis renverserait toutes ces idées, en même temps *qu'elle confondrait tous les droits ; elle conduirait à la forme de délibérer par tête, elle en inspirerait la pensée, elle en ferait chercher les moyens ; et qui pourrait en calculer les funestes conséquences ?* »

« C'est vers cet objet important que la première délibération des États serait forcément dirigée, et son effet serait d'y produire la plus orageuse fermentation. » Avis des opposants dans le Premier bureau, *Ibid.*, p. 106.

1747« Ils ont reconnu que *dans aucun cas, deux Ordres ne peuvent obliger le troisième en matière de subsides*. Ce droit de *veto* assure tous les autres, et il semble juste de ne pas changer cet ordre de choses, avant que la Nation légalement assemblée, ait examiné elle-même ses véritables intérêts » Troisième Bureau, *Ibid.*, p. 224.

« Par cet équilibre, l'intérêt de tous les Ordres, et *spécialement l'intérêt du Tiers-état*, est plus solidement assuré que par tout autre système. Sa *liberté est absolue*, soit qu'il s'agisse du consentement de l'impôt, soit que l'on en discute la répartition, soit que d'autres objets appellent la délibération, et l'Ordre du Tiers-état ne dépend que de lui-même : *quelle autre constitution pourrait lui être aussi favorable ?* » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 292.

Le vote séparé « est plus favorable au véritable intérêt du Tiers-état, parce qu'il lui donne la force nécessaire pour repousser *toute entreprise contraire à ses droits* » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 331-332.

« [Le Tiers-état] connaît mal ses intérêts, puisque dans cette supposition il perdrait l'avantage dont il jouit, en vertu des lois du Royaume, de pouvoir en matières de subsides, *rendre nul par son opposition le consentement des deux autres Ordres*. Cet avantage seul achève de démontrer, qu'en maintenant l'égalité qui a toujours existé entre les trois Ordres, on ne blesse en aucune manière la justice ni les intérêts du Tiers-état ». Nous soulignons. Sixième bureau, *Ibid.*, p. 423-424.

1748Troisième bureau, *Ibid.*, p. 224.

1749Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 291.

1750Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 331-332.

l'indépendance de chacun »¹⁷⁵¹. L'indépendance des Ordres est alors fondée sur la constitution et la tradition.

Cette indépendance et cette égalité des Ordres est présentée comme la garantie de la stabilité constitutionnelle, grâce à la balance ou l'équilibre entre les Ordres :

« On voit donc clairement consacrée dans ces Ordonnances *l'indépendance de chacun de trois Ordres*, non seulement pour l'octroi de l'imposition, mais encore pour la répartition proportionnelle entre eux.

« Ces *Lois solennelles et fondamentales* n'ont jamais été révoquées, et sont encore en pleine vigueur. »¹⁷⁵²

« Il y a *toujours eu trois Ordres en France, et la plus parfaite égalité a toujours régné entre eux*. C'est cette égalité précieuse, ce *balancement de pouvoirs*, qui ne permettant pas qu'aucun puisse prédominer, *maintient dans l'État cet équilibre parfait qui assure sa tranquillité et sa conservation*. »¹⁷⁵³

« La crainte de donner à un Ordre une prépondérance de suffrages capable de *rompre l'équilibre qui de tout temps a été maintenu dans les trois Ordres de l'État*. Cet équilibre essentiel à maintenir entre trois Ordres égaux entr'eux, l'assure que chacun sera contenu dans ses justes bornes ; que l'un ne pourra jamais rien contre les deux autres, et que deux ne pourront jamais assujettir le troisième. Si l'on perd les anciennes traces, si quelque prétexte suffit à s'écarter des voies accoutumées, on s'aidera bientôt de la supériorité du nombre pour prétendre à la supériorité d'influence, et *la constitution recevra une atteinte qu'il suffit de prévoir*, pour qu'il soit prudent de l'éviter. »¹⁷⁵⁴

« Il serait superflu sans doute d'en dire davantage, mais on pourrait facilement établir que cet *équilibre est également avantageux aux trois Ordres*, en conservant la *constitution monarchique et les pouvoirs intermédiaires et dépendants qui forment une chaîne non interrompue depuis le Souverain jusqu'au dernier Sujet*. Cet *équilibre* maintient chaque Ordre dans sa liberté individuelle, et il donne au résultat de leurs délibération un juste poids et une autorité suffisante. »¹⁷⁵⁵

L'indépendance, la liberté et l'égalité des Ordres sont présentées comme autant de garanties de la constitution. Les Notables font également implicitement référence aux théories politiques de l'équilibre des pouvoirs en présentant les Ordres comme autant de pouvoirs qui doivent s'équilibrer mutuellement. Leur défense de la séparation des Ordres est parfois appuyée sur des références implicite à Montesquieu lorsqu'ils font valoir que cette distinction « conserve la distinction des rangs intermédiaires, sans lesquels la Monarchie ne peut exister », « l'empêche de tendre à l'aristocratie, ou de descendre vers la démocratie »¹⁷⁵⁶ ou encore lorsqu'ils présentent les Ordres comme des pouvoirs intermédiaires et dépendants¹⁷⁵⁷.

399. En conséquence, les Notables faisaient valoir « la nécessité du concours unanime des trois

1751 Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 298.

1752 Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 291.

1753 Nous soulignons. Sixième bureau, *Ibid.*, p. 423-424.

1754 Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 252.

1755 Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 292.

1756 Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 331-332.

1757 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

Ordres pour former une décision nationale »¹⁷⁵⁸. Cette logique servait à enfermer le Tiers-état dans un carcan constitutionnel. La position minoritaire du premier bureau le rappelle : « telle est en France *la balance des forces publiques* ; elle ne donne pas au Tiers-état un *ascendant injuste sur les autres Ordres*, mais elle lui assigne la *même mesure de pouvoir* »¹⁷⁵⁹.

La constitution a alors pour fonction d'encadrer le Tiers-état : les opposants du premier bureau affirment ainsi « que le Tiers-état devait respecter les *limites antiques que notre constitution lui assigne* ; que, satisfait d'être indépendant et libre, il ne devait pas aspirer à donner la loi »¹⁷⁶⁰. La constitution n'est donc plus simplement une limite contre les entreprises du Roi et de ses ministres, mais permet également de rejeter les revendications patriotes.

La constitution du Royaume, comme celle des Ordres, sont mobilisées par les Notables en vue d'endiguer les revendications du Tiers-état. La critique des revendications est implicite, mais omniprésente dans le procès-verbal de l'Assemblée des Notables. Le quatrième bureau affirme par exemple : « tel est l'avantage du respect pour les anciennes maximes, que leur observation *assure les droits de tous les Ordres* ; ils ont tous été sagement combinés par cette *constitution qui a été si souvent méconnue ou calomniée, et dont on aime mieux nier existence que d'en jouir* »¹⁷⁶¹.

Les Notables ne sont pas simplement attachés aux droits des Ordres, mais défendent également les prérogatives des provinces et les usages locaux.

c. Les constitutions locales et droits des nobles : une défense des particularismes contre les droits des citoyens

400. Les bureaux de l'Assemblée des Notables font très fréquemment référence aux « usages locaux » et aux constitutions des provinces¹⁷⁶² qu'il convient de préserver. Les provinces sont, au même titre que les Ordres, reconnues comme de réels sujets de droit qui disposent de « droits acquis et fondés sur leur constitution »¹⁷⁶³. De même, ils reconnaissent à certains bailliages ou villes des droits comme celui de députer directement aux États-généraux¹⁷⁶⁴.

Ces droits acquis n'excluent pas toute réforme, mais exigent le respect d'une parallélisme des formes : « *les droits concédés à divers Corps de l'État*, ne peuvent leur être enlevés que par la même autorité dont ils les tiennent, et [...] le droit public ne doit être changé que de la manière dont

1758Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 335.

1759Nous soulignons. *Ibid.*, p. 105-106.

1760Nous soulignons. *Ibid.*, p. 108.

1761Nous soulignons. *Ibid.*, p. 298.

1762Voir par exemple, Second bureau, *Ibid.*, p. 136. Cinquième bureau, p. 321 et p. 331-332. Sixième bureau, p. 414 et p. 470-471. Discours de Monsieur l'Évêque de Châlons-sur-Saône, élu général des États de Bourgogne, p. 490.

1763Second bureau, *Ibid.*, p. 142.

1764Second bureau, *Ibid.*, p. 141 et p. 176-177. Quatrième bureau, p. 306 et p. 381. Sixième bureau, p. 410 et p. 448.

il a été formé »¹⁷⁶⁵. Ce formalisme constitutionnel exige ainsi le consentement de la nation – c'est-à-dire de chaque Ordre – et du Roi¹⁷⁶⁶.

401. À côté de ces droits corporatistes, les Notables reconnaissent des droits aux citoyens, mais ces droits individuels doivent toujours être conciliés avec les droits des provinces et des Ordres :

« Il a paru que dans la convocation des États-généraux de France, deux objets principaux devaient être considérés ; le *droit de tout Français de donner son suffrage*, et la *distinction des divers Ordres de l'État*.

« Dans le plan proposé, il existe une relation nécessaire entre le Souverain et le Sujet ; tout Français est admis à former un vœu sur l'ordre public, et à donner son *consentement aux impôts qu'il doit supporter*. »¹⁷⁶⁷

Le principal droit reconnu est le droit à la représentation¹⁷⁶⁸, et son corollaire, le droit de suffrage¹⁷⁶⁹. Ce droit à la représentation est parfois rattaché à la qualité de propriétaires¹⁷⁷⁰. Enfin, ce droit s'exerce uniquement dans l'Ordre auquel les citoyens appartiennent¹⁷⁷¹.

Les principes traditionalistes finissent toujours par primer les droits des individus. Le second bureau relève par exemple que l'« on a peine à concilier cette apparente contradiction avec *l'égalité des pouvoirs et des suffrages de chaque Citoyen qui forme l'essence et la constitution d'une Assemblée nationale* »¹⁷⁷². Néanmoins, il fonde son refus de proportionner la représentation à la

1765 Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 316.

1766 « Sans doute, dans les États-généraux, il sera possible à la Nation réunie à son Roi, de réformer quelques-uns de ses usages ; il sera même peut-être convenable qu'à celles de ses formes qui présentent le plus d'imperfections et qui tiennent le moins à la constitution du Royaume, elle substitue des formes nouvelles aussi constitutionnelles et plus utiles » Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 315.

1767 Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 137.

1768 « Si la convocation de la Nation est un des actes les plus éminents de la prérogative royale, *l'avantage de représenter ou d'être représenté dans l'Assemblée de la Nation, est un droit précieux pour chaque citoyen* » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 338-339.

1769 « La *qualité de citoyen donnant entièrement le droit d'être électeur et éligible dans l'Ordre du Tiers-état*, la valeur de la propriété et la mesure de la contribution sont absolument indifférentes. » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 370.

1770 « En demandant qu'aucun citoyen ne fût élu dans l'Ordre du Tiers-état, s'il ne payait une imposition en son nom, on a écarté ceux qui seraient dans une dépendance servile, et il ne faut pas confondre cette dépendance avec d'autres rapports qui, s'ils devenaient des motifs d'exclusion, léseraient les droits qu'ont les propriétaires à la représentation nationale. » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 304.

« Tout citoyen ayant une propriété et par conséquent un intérêt réel à la chose publique, ne peut être privé de l'espoir d'être élu membre des États-généraux » Position minoritaire dans le troisième bureau, *Ibid.*, p. 241.

1771 « Il n'a pas cru d'un côté devoir limiter par des conditions rigoureuses un *droit personnel de représentation qui doit appartenir à tous les Citoyens dans leur Ordre* » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 155.

« Il n'y aurait que la nécessité de céder à l'usage le plus incontestable, qui pût balancer les *droits naturels des Citoyens* ; que le premier droit de tous les Citoyens est celui de *leur propre représentation dans l'Ordre auquel ils appartiennent*, et que cette représentation ne peut s'exercer que par le droit d'élire et d'être élu. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 161.

« La constitution de l'État, protectrice née de l'harmonie nécessaire entre les trois Ordres, doit venir à la conservation des droits acquis à chacun des individus que les composent ; et qu'il serait infiniment à craindre qu'en les privant du *droit naturel d'être éligibles par l'Ordre dans lequel ils sont une fois parvenus*, il n'en résultât une division capable d'empêcher le bien désirable que l'on attend des États-généraux. » *Ibid.*, Position minoritaire dans le troisième bureau, *Ibid.*, p. 244-245.

1772 Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 143.

population sur le caractère traditionnel de cette disproportion¹⁷⁷³ et sur la primauté de la communauté sur l'individu¹⁷⁷⁴. L'individu-citoyen et ses droits s'effacent donc devant les droits de sa communauté, de son Ordre, de sa province ou de sa ville.

Le droit des citoyens à la représentation dans son Ordre s'efface également devant le respect des privilèges traditionnels. Les plus libéraux considèrent que les nobles tiennent de leur naissance le droit de siéger dans l'Ordre de la Noblesse, car tout citoyen a le droit d'être représenté dans son Ordre¹⁷⁷⁵. Les plus conservateurs considèrent en revanche que ce droit de représentation est réservé aux nobles possesseurs de fiefs par la constitution de la monarchie¹⁷⁷⁶. Ainsi, l'énoncé de principes libéraux et abstrait est toujours tempéré par le respect dû aux communautés et à la tradition.

402. Si en apparence certains bureaux prétendent concilier « le droit de tout Français de donner son suffrage, et la distinction des divers Ordres de l'État. »¹⁷⁷⁷, en réalité, les droits des citoyens cèdent toujours devant le principe constitutionnel de distinction des Ordres et la défense des droits particuliers.

Les véritables titulaires de droits constitutionnels sont les corps, Ordres et provinces, et les individus ne disposent de droits qu'au sein de ces corporations. Les privilégiés mobilisent une fois encore la notion de constitution pour la redéfinir de manière à ce qu'elle permette la défense de leurs intérêts. À la veille de la convocation des États-généraux, l'enjeu est de garantir la distinction

1773« Une disproportion nouvelle et nécessairement arbitraire serait l'ouvrage de l'autorité ; il semble qu'une disproportion ancienne et constante est *l'ouvrage du concours même du Souverain et de la Nation.* » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 143.

1774« Cette apparente inégalité résulte même de *l'égalité réelle des intérêts qui doivent régler les droits des Citoyens et des Communautés.* »

« Chaque Communauté a son intérêt propre qui doit dicter ses représentations ; chaque Communauté forme son cahier de doléances. Les intérêts des sociétés les plus faibles sont aussi chers et précieux que ceux des associations les plus considérables : les différences sont dans les objets ; les effets en sont bien les mêmes, puisqu'il s'agit des biens et des maux de chaque citoyen. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 145-146.

1775« Il faut que les Nobles soient exclus par des lois expresses pour renoncer au *droit que leur naissance leur donne de siéger dans l'Ordre de la Noblesse* ; on ne retrouve aucune Ordonnance ancienne ou nouvelle qui les prive des droits de leur naissance. [...] C'est sur le régime féodal qu'étaient fondés les privilèges exclusifs des Seigneurs ; les *droits des Citoyens de chaque Ordre* se sont étendus à mesure que le régime féodal a perdu une partie de son influence sur l'état des Citoyens. » Nous soulignons. Second bureau, *Ibid.*, p. 167.

« Dès que la Noblesse transmissible est irrévocablement acquise, elle donne à l'anobli le plus récent, comme au Noble dont l'origine remonte aux temps les plus reculés, les mêmes avantages et les mêmes droits. » Nous soulignons. Quatrième bureau, *Ibid.*, p. 303.

« *Le droit de voter dans l'Ordre du Clergé et de la Noblesse* était indépendant de la possession d'un bénéfice ou d'un fief. » Nous soulignons. Cinquième bureau, *Ibid.*, p. 346.

1776« Elle doit donc conserver à ceux seulement qui possèdent des fiefs, un *droit qui de tout temps leur fut réservé*, et il ne doit pas être indifférent de conserver les traces de ces anciens privilèges ; ce n'est qu'en s'écartant qu'on fait disparaître peu-à-peu les *principes de la constitution de notre Monarchie.* » Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 239-240.

« Si ces privilèges les appellent à voter dans un Ordre qui en jouit, ils ne suffisent pas pour leur donner une prérogative que *l'ancienne constitution n'a jamais réservée qu'aux seuls possesseurs de fiefs*, qu'aux vrais Vassaux de la Couronne. » Nous soulignons. Troisième bureau, *Ibid.*, p. 241.

1777Second bureau, *Ibid.*, p. 137.

des Ordres, les droits des Ordres, la délibération et le vote séparés. Ils abandonnent alors les références au droit naturel et aux droits de l'homme qui desserviraient leur cause et réclament le respect de usages et de formes anciens qui garantissent les droits d'une nation, composée d'Ordres séparés. Ce tournant conservateur et réactionnaire des Notables fut soutenu par le mémoire des princes du sang.

C. La réclamation de la constitution antique dans un manifeste conservateur : le mémoire des princes du sang

403. Le 12 décembre 1788, les princes du sang présentent un mémoire au Roi en vue de réclamer le respect des formes antiques pour la convocation des États-généraux¹⁷⁷⁸. Ils souhaitent le mettre en garde car ils considèrent qu'« une révolution se prépare dans les principes du Gouvernement »¹⁷⁷⁹ et décrivent le climat général de la campagne des pamphlets¹⁷⁸⁰.

Ils reprennent dans ce mémoire les arguments de la majorité des Notables en refusant le doublement du Tiers et réclamant le respect de la séparation des Ordres¹⁷⁸¹. Ils retiennent la même définition de la constitution que les Notables :

« Il a été exposé à Votre Majesté combien il est important de conserver la seule forme de convocation des États-Généraux qui soit constitutionnelle, la forme consacrée par les Lois et les usages, la distinction des Ordres, le droit de délibérer séparément, l'égalité des voix, ces bases inaltérables de la Monarchie Française. »¹⁷⁸²

La constitution est définie par le respect de la tradition et les droits qu'elle reconnaît sont ceux des Ordres et non des individus : « que le Tiers-Etat cesse donc d'attaquer les droits des deux premiers Ordres ; droits qui, non moins anciens que la Monarchie, doivent être aussi inaltérables que sa constitution »¹⁷⁸³. La guerre est ouverte entre ces privilégiés qui tentent de défendre leurs prérogatives traditionnelles et le Tiers-État qui porte des revendications tirées du droit naturel. Avant de s'affronter dans les États-généraux, ces deux partis s'expriment dans les institutions locales.

1778 *Mémoire présenté au Roi par Monseigneur Comte d'Artois, M. le Prince de Condé, M. le Duc de Bourbon, M. le Duc d'Enghien, et M. le Prince de Conti ou mémoire des princes du sang*, BN Lb39-866.

1779 *Ibid.*, p. 4.

1780 « Tout Auteur s'érige en Législateur, l'éloquence ou l'art d'écrire, même dépourvu d'étude, de connaissances et d'expérience semblent des titres suffisants pour régler la constitution des Empires : quiconque avance une proposition hardie, quiconque propose de changer les Lois, est sûr d'avoir des lecteurs et des sectateurs. » *Ibid.*, p. 5.

1781 « Les Princes soussignés ne répéteront pas ce qu'ont exposé plusieurs Bureaux, l'injustice ou le danger d'une innovation dans la composition des États-Généraux, ou dans la forme de les convoquer ; la foule des prétentions qui en résulteraient ; la facilité, si les voix étaient comptées par tête et sans distinctions d'Ordres, de compromettre par la séduction de quelques Membres du Tiers-Etat, les intérêts de cet Ordre mieux défendus dans la constitution actuelle ; la destruction de l'équilibre si sagement établi entre les trois Ordres, et leur indépendance respective. » *Ibid.*, p. 6-7.

1782 *Ibid.*, p. 7.

1783 *Ibid.*, p. 11.

§ 3. *Le Dauphiné et la Bretagne : deux exemples de débats provinciaux sur la notion de constitution*

Le débat national sur la forme de convocation des États-généraux n'est pas circonscrit à la capitale et trouve d'important échos dans les provinces du royaume. À cet égard, la place du Dauphiné et de la Bretagne fut singulière.

Ces deux provinces, qui étaient des Pays d'États¹⁷⁸⁴, bénéficiaient à ce titre d'une indépendance plus grande que les autres provinces du Royaume. Leurs États provinciaux ne tardèrent pas à prendre position dans le débat national pour appuyer les positions des privilégiés, en Bretagne, et celle des patriotes, dans le Dauphiné.

Le processus constituant ayant lieu en Dauphiné offre un modèle d'une révolution libérale, portée par l'idéal patriote. La conception de la constitution qui est défendue dans l'Assemblée des trois Ordres de la province du Dauphiné est à contrepied de celle imaginée par les conservateurs dans les parlements, l'Assemblée de Notables et le mémoire des princes du sang. La diffusion du processus dauphinois par voie de presse offre un contre-modèle par rapport à la réclamation de la constitution antique (A). À l'opposé, la Noblesse bretonne défend une conception conservatrice de la constitution (B).

A. Un contre-modèle dauphinois : le premier processus constituant libéral

404. En Dauphiné, le Roi convoque l'Assemblée des trois Ordres¹⁷⁸⁵, afin de la consulter sur la forme qu'il convient de donner à l'administration, c'est-à-dire sur l'élaboration de la constitution de la Province¹⁷⁸⁶. Cette constitution précise le nombre et les qualités de ceux qui doivent entrer aux États, la forme de convocation des États, de nomination des Officiers et de la Commission intermédiaire¹⁷⁸⁷ et les pouvoirs des États et de la Commission intermédiaire¹⁷⁸⁸.

Ce précédent fut largement documenté et discuté au cours de la Prérévolution et représente ce que pourraient être les États-généraux du Royaume. Les trois Ordres du Dauphiné sont convoqués et le Roi reconnaît à la nation un pouvoir ambigu : cette dernière peut lui faire des suggestions sur sa constitution, qu'il serait libre d'adopter ou non¹⁷⁸⁹. Les trois Ordres du Dauphiné

1784 Sur les pays d'États, voir notamment l'appendice à Alexis TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*.

1785 Sur ce processus voir Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné. Romans (septembre 1788 – janvier 1789)*. Thèse complémentaire pour le doctorat, Grenoble, 1942.

1786 « Le Roi, uniquement occupé du bonheur de ses peuples, n'attend que de connaître le vœu de la Nation, pour lui assurer à jamais une administration qui concilie ses vrais intérêts avec l'honneur du nom Français et l'amour qu'elle porte à son Souverain » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné, tenue à Romans, par permission du roi*. [10 septembre 1788.], BN Lk14-66, 1788, p. 81.

1787 La commission intermédiaire est un organe exécutif local chargé d'exécuter les décisions des États et d'assurer l'intérim entre deux convocations.

1788 Le projet de constitution proposé par les États du Dauphiné est reproduit intégralement dans le *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit.

1789 « Dans la crainte que vos formes anciennes ne puissent exciter de nouvelles réclamations, Elle vous rassemble

proposaient de réformer leur constitution au regard des impératifs tirés de la raison. Le fait qu'une tradition soit solidement établie ne justifiait pas son maintien¹⁷⁹⁰ (1). Le Dauphiné offre donc le premier modèle français de processus constituant en 1788. Les Nobles soutinrent les revendications du Tiers et permirent l'adoption d'une constitution relativement libérale¹⁷⁹¹. Cette constitution, et les idées sur lesquelles elle s'appuyait, faisaient figure de contre-modèle par rapport à la constitution traditionaliste présentée par les Notables (2).

1. Une constitution à réformer

405. La constitution du Dauphiné n'est pas présentée comme une constitution à préserver à tout prix, mais au contraire comme un ouvrage à perfectionner : « Les Trois-Ordres de cette Province ont présenté à Sa Majesté une *nouvelle constitution de ces États, qui serait exempte de la plus part des abus de l'ancienne*, et ils attendent l'approbation du Roi. »¹⁷⁹²

Elle est élaborée par les États provinciaux convoqués par le Roi, puis soumise au Roi pour homologation¹⁷⁹³. Elle fut élaborée en septembre et adoptée par le Roi, sous réserve de certaines modifications, en octobre. Les trois Ordres ont ensuite donné leur avis sur ces modifications en novembre¹⁷⁹⁴ et les États de Dauphiné sont assemblés au moins de décembre¹⁷⁹⁵.

pour vous consulter, et vous mettre à portée de lui faire connaître *celles que vous croirez les meilleures pour procurer au Dauphiné une constitution sage*, en pesant dans une juste balance, les intérêts des différents Ordres, et ceux de tous les Cantons de cette Province. » Nous soulignons. *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 83.

1790« Il est très vrai que le Dauphiné, dans ses États Provinciaux, accordait les subsides au Monarque ; il est très vrai que ses Chartes auraient pu lui fournir des prétextes plausibles pour refuser d'envoyer ses Représentants aux États-Généraux, et de se soumettre aux Impôts accordés à la pluralité des suffrages par les Députés de toutes les parties du Royaume ; mais heureusement le Dauphiné n'a pas cru qu'il lui fût avantageux de se séparer de la Nation, dans les moments où elle délibère sur ses plus grands intérêts. » *Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des Etats de Béarn* [Grenoble, le 24 octobre 1788] (rédigée par Mounier et contresignée par d'autres membres des États du Dauphiné), BN Lb39-662, p. 2.

1791« À la faveur de la grande crise politique de l'été de 1788, et sur les ruines du pouvoir des intendants et des Cours souveraines, Mounier et ses amis ont imposé à un gouvernement affaibli une administration provinciale, qui provoquera l'émulation des autres provinces de France. Affranchie de toute tutelle du commissaire du roi – réduit au rôle d'un surveillant passif – elle répondait parfaitement au désir d'autonomie administrative qui animait les notables de tous les Ordres. [...] En outre, les auteurs de la nouvelle Constitution avaient su faire reconnaître aux privilégiés – leurs associés – la prépondérance légitime du Tiers-État. » Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 165.

Ce soutien n'était toutefois pas monolithique ni pleinement volontaire, comme le souligne Jean ÉGRET, « si la scission n'existait pas dans l'image rassurante que donnaient de ces débats les procès-verbaux officiels, elle divisait réellement les esprits et les cœurs et elle frappait l'œuvre accomplie à Romans d'une irrémédiable fragilité. » *Ibid.*, p. 167.

1792Nous soulignons. *Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des Etats de Béarn* [Grenoble, le 24 octobre 1788] (rédigée par Mounier et contresignée par d'autres membres des États du Dauphiné), BN Lb39-662, p. 1.

1793« L'Assemblée délibérant ensuite de nouveau sur le plan proposé, a déclaré l'accepter dans tout son contenu ; et en conséquence elle a arrêté qu'il sera présenté à Sa Majesté, et qu'Elle sera suppliée de l'homologuer par des Lettres-Patentes adressées à la présente Assemblée. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 131.

1794*Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans, le 2 novembre 1788*, BN Lk14-69.

1795*Procès-verbal des Etats de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, 1788, BN Lk14-70.

Cette nouvelle constitution est libérale. Elle confère une assez grande indépendance aux États vis-à-vis du Roi¹⁷⁹⁶ et du parlement¹⁷⁹⁷, instaure une forme de séparation des pouvoirs et adopte des principes de représentation relativement libéraux.

406. Les Trois-Ordres de la province du Dauphiné prévoient une assemblée périodique convoquée par le Président de l'Assemblée, et non pas le Roi¹⁷⁹⁸. La législature de cette assemblée est de quatre ans ; l'assemblée est renouvelée par moitié tous les deux ans¹⁷⁹⁹. Les députés ne peuvent être réélus que quatre ans après l'expiration de leur mandat¹⁸⁰⁰. Cette disposition « a pour but de prévenir l'esprit de corps »¹⁸⁰¹. À côté de cette assemblée, qui fait figure d'organe législatif, est instituée une Commission intermédiaire, composée de membres élus par l'Assemblée. Cette dernière se réunit également de plein droit « au moins une fois par semaine »¹⁸⁰².

Les pouvoirs des États et de la Commission intermédiaire sont relativement étendus et garantissent également l'indépendance relative de la province. Les États ont notamment pour fonction de défendre les droits de la province¹⁸⁰³, de répartir les impôts, d'ordonner la confection

1796« Tous les objets relatifs à l'Administration, aux Subsidés, Milices, Ponts et Chaussées, Agriculture, Commerce, Industrie, Affaires des Villes et Communautés ; en un mot, *tout ce qui peut concourir au bien de la Province sera du ressort de ses États* ; ils remplacent d'une manière plus étendue les fonctions du Commissaire départi et de l'Administration Provinciale. Il n'est pas besoin de faire remarquer combien *cette forme est plus solide, plus constitutionnelle, plus indépendante de l'influence de l'autorité* que ne l'étaient les Administrations, et combien il est avantageux pour cette Province d'être délivrée du pouvoir trop souvent abusif des Intendants et de cette armée d'Agents subalternes qui le partagent. » Nous soulignons. *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné, contenant leur examen et leur développement, pour servir aux états généraux*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, 1788, BN Lb39-783, p. 47.

1797Comme le souligne Jean ÉGRET « Les trois Ordres n'hésitèrent pas à reprendre à la Cour souveraine, dont on annonçait la prochaine réintégration, les prérogatives qu'elle exerçait seule, depuis la suspension des anciens États. » *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 46-47.

1798« Art. 26 : Les États se rassembleront chaque année le quinze Novembre : la convocation sera faite par le Président, et à son défaut, par l'un des Procureurs Généraux-Syndics. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 142.

1799Art. 39. *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 143.

1800Ce principe fut critiqué par Necker. Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 55.

1801*Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans*, éd. cit., p. 87.

1802« Art. 37 : La Commission intermédiaire s'assemblera au moins une fois par semaine ; mais le Président, ainsi que les Procureurs-Généraux-Syndics, et les uns au défaut des autres, pourront la faire assembler toutes les fois qu'ils le jugeront nécessaire. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 145-146.

1803Cette défense des droits de la Province n'est pas attribuable à la volonté de préserver des privilèges locaux. Il s'agit de garder quelque rempart contre le pouvoir royal tant que la convocation des États-généraux et leur succès ne sont pas garantis, comme en atteste les *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit. :

« La constitution charge les États du soin de veiller au *maintien des Droits et Privilèges* du Dauphiné, notamment de celui qui ne permet pas que les Dauphinois *soient distraits du Ressort des Tribunaux de la Province*.

« Dans un Gouvernement bien ordonné, c'est au Souverain, dépositaire de la force publique, à veiller à l'exécution des lois, et à la conservation des Privilèges des Provinces. Mais si les limites entre la Puissance législative et la Puissance exécutive, n'étaient point encore irrévocablement posées ; s'il suffisait d'une seule erreur d'un Ministre pour changer tout à coup la face d'une constitution, ou ce qui est plus funeste qu'une erreur, s'il s'en rencontrait qui eussent, comme dit Montesquieu, le despotisme dans la tête et dans le cœur, et que la violence soutînt l'ouvrage de l'erreur, n'est-il pas de la prudence d'une Province qui réforme sa constitution, de prendre toutes les précautions qui

des ouvrages publics et la distribution des récompenses pour l'agriculture le commerce et les arts¹⁸⁰⁴. Ils s'arrogent aussi le droit d'enregistrement auparavant réservé aux cours souveraines¹⁸⁰⁵. Lors de l'enregistrement du Règlement portant constitution de leurs États, les Trois-Ordres empruntent d'ailleurs « des formes analogues à celles qui étaient usitées dans les Cours souveraines »¹⁸⁰⁶.

407. Néanmoins, l'indépendance ainsi reconnue aux États-provinciaux peut être limitée au profit des États-généraux. Ces derniers sont considérés comme seuls compétents pour accorder des subsides¹⁸⁰⁷. Cela se justifie également par une perspective libérale et patriote défendue par les meneurs de l'opposition dauphinoise dans une *Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des Etats de Béarn*¹⁸⁰⁸. L'abandon des privilèges provinciaux trouve sa justification dans la volonté d'agrèger l'ensemble des Citoyens dans une seule et même nation en abandonnant les particularismes locaux :

« Pour jouir de nos Droits nationaux, nous ne devons retenir de nos Privilèges particuliers que ceux qui ne peuvent nuire au bonheur de nos Concitoyens, et nous devons voir notre Patrie dans la France entière. Ne formons plus qu'une même Famille. Bernois, Bretons, Dauphinois, faisons gloire d'être Français, remplissons-en les devoirs, et volons au secours de notre Patrie. »¹⁸⁰⁹

peuvent lui assurer le maintien de ses Privilèges. » p. 50-51.

Voir également en ce sens Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné*, éd. cit.

1804« Art. 45 : Les États veilleront au maintien des *droits et des privilèges du Dauphiné*, et notamment de celui qui ne permet pas que les Dauphinois soient distraits du ressort des Tribunaux de la Province ; ils feront la *répartition de toutes les impositions foncières et personnelles*, tant de celles qui seront destinées pour le Trésor royal, que de celles qui seront relatives aux besoins de la Province ; ils *ordonneront la confection de tous les chemins, ponts, chaussées, canaux, digues et autres ouvrages publics*, dont ils passeront les adjudications par eux, ou par la Commission intermédiaire, ou par d'autres délégués.

« Art. 46 : Les États ordonneront encore la *distribution des dégrèvements, les récompenses, indemnités, encouragements, pour l'agriculture, le commerce et les arts* ; ils surveilleront et approuveront, par eux ou par la Commission intermédiaire, toutes les dépenses relatives aux réparation des Églises, Presbytères, et autres dépenses quelconques, particulières aux Communautés ; ils surveilleront également l'administration de tous les Établissements publics, les frais et le tirage des Milices ; ils vérifieront les comptes des Officiers des Villes et Communautés, même ceux relatifs à leurs biens patrimoniaux ; ils feront à Sa Majesté toutes les représentations qu'ils croiront nécessaires, et généralement seront chargés de tous les objets qui peuvent intéresser le bien de la Province. » Nous soulignons. *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 149-150.

1805« Art. 49 : Toute loi nouvelle, avant son enregistrement dans les Cours, sera communiquée aux Procureurs-Généraux-Syndics, afin qu'il en soit délibéré, conformément aux privilèges de la Province. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 150-151.

1806Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 71.

1807« Art. 47 : Les États ne pourront accorder aucun subside, ni établir aucune taxe directe ou indirecte, ni consentir à aucune prorogation d'un impôt établi à temps, ni faire aucun emprunt pour le compte du Gouvernement, que lorsque les Représentants de la Province en auront délibéré dans les États-généraux du Royaume. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit.

1808Elle fut rédigée par MOUNIER, BN Lb39-662.

1809*Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des Etats de Béarn*, BN Lb39-662, p. 6.

L'objectif est ainsi d'abandonner les privilèges provinciaux aux profits de droits détenus au niveau national, sans distinction entre les différentes provinces.

408. Cette constitution locale instaure en outre une forme de séparation des pouvoirs, qui s'apparente à la conception rousseauiste de la séparation des pouvoirs¹⁸¹⁰. L'Assemblée prend des décisions et dispose à ce titre d'un pouvoir normatif, dans la limite du respect de la constitution¹⁸¹¹. La Commission intermédiaire est en revanche strictement encadrée et ne peut qu'exécuter les décisions de l'Assemblée¹⁸¹². Cette idée est clairement exprimée dans les *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné* :

« Les États d'une Province étant trop nombreux pour rester constamment assemblés, il est nécessaire qu'ils confient à une Commission Intermédiaire, *non leur autorité entière, elle est de nature à ne pouvoir être déléguée*, mais la *puissance exécutive* et la faculté de veiller au mouvement de toutes les parties de l'Administration. »¹⁸¹³

La distinction est ainsi faite entre puissance législative et exécutive et le caractère subordonné de cette dernière est exprimé.

409. Enfin, les principes guidant la représentation sont relativement libéraux. Les Trois-Ordres maintiennent la distinction des Ordres¹⁸¹⁴, contrairement au projet d'Assemblées provinciales de Calonne¹⁸¹⁵. Néanmoins, ils acceptent le doublement du Tiers¹⁸¹⁶, la délibération en commun et le vote par tête¹⁸¹⁷. Ce choix est loué par l'auteur des *Observations sur les principes de la constitution*

1810 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

1811 « Art. 60 : Les États auront le droit de faire tous les règlements qu'ils jugeront nécessaires, pourvu qu'ils n'aient rien de contraire aux articles ci-dessus ; mais ils ne pourront faire aucun changement à leur constitution, à l'exception de celui qui leur est réservé par les articles X, XVII, XXIII et XXIV. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 154.

1812 « Art. 52 : La commission intermédiaire ne pourra prendre des délibérations que pour exécuter celles de la dernière assemblée des États, à l'exception des objets qu'il serait impossible de différer jusqu'à la première assemblée des États, et sous la réserve expresse de leur approbation. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 152.

1813 p. 75.

1814 Voir sur ce point Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 32.

1815 Voir *supra*.

1816 « La Province a senti vivement ces inconvénients et les deux premiers Ordres n'ont pas balancé à voter pour une parfaite égalité de voix entre eux et le Tiers-Etat ; ç'a été le premier pacte de leur coalition ; il leur a paru si fondamental, si constitutionnel, qu'ils en ont demandé la confirmation dans chaque Assemblée générale ; et c'est d'après ces vues de justice et de concorde qu'a été rédigé le premier article de la constitution qui porte que les États seront composés de 144 Députés, dont 24 du Clergé, 48 de la noblesse et 72 du Tiers-Etat, ce qui assure à ce dernier ordre une balance égale dans les opinions ; et pour que cette balance ne puisse être rompue, il a été arrêté, par un article précis, que les Ecclésiastiques et les Nobles ne pourraient être admis pour représentants du Tiers-Etat, ni assister aux Assemblées qui seront tenues pour nommer les Députés de cet Ordre. » Nous soulignons. *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit., p. 17-19.

1817 « Art. 53 : Dans les États et la Commission intermédiaire, il ne pourra être pris de délibération, que par les Trois-Ordres réunis ; pourra néanmoins, l'un des Ordres, faire renvoyer jusqu'au jour suivant une délibération proposée. » *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 152.

des états de Dauphiné : « Le Dauphiné fournit aux États-généraux une forme qui serait *plus nationale, plus conforme à l'unité d'intérêt, et plus sage* que celle de délibérer par Ordre séparé. »¹⁸¹⁸ Ils prévoient également dans leur constitution le doublement du Tiers pour la représentation aux États-généraux¹⁸¹⁹.

Enfin, « toutes les places sont électives »¹⁸²⁰. Cela signifie que la constitution ne reconnaît aucun membre de droit à l'Assemblée des États, ni à aucun autre poste ou emploi. De même le Roi ne dispose pas du pouvoir de nommer à ces places ; il ne peut y être pourvu que par l'élection¹⁸²¹. Cette règle est fondée sur l'idée que la fonction de représentation ne peut être obtenue que par l'élection¹⁸²². Ce principe de « l'Élection libre » est considéré par les États comme « la partie *la plus essentielle de leur nouvelle constitution* qui ne peut subir aucun changement sans l'autorité du Roi et le consentement des Assemblées générales des Trois-Ordres de la Province, qui ont concouru à son établissement. »¹⁸²³

410. Necker et le Roi n'accepte pas l'intégralité de ces principes libéraux¹⁸²⁴. Ils réaffirment l'attachement du Roi à des principes traditionnels :

« Sa Majesté sera toujours disposée à écouter les observations qui tendront à éclairer sa justice, et qui pourront seconder le désir qu'Elle a de concourir à la satisfaction de sa Province de Dauphiné.

« Elle ne tiendra jamais irrévocablement *qu'aux principes essentiels de l'ordre public, et aux dispositions*

1818 Nous soulignons. *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit., p. 46.

1819 « Art. 50 : *Pour choisir les personnes qui seront députées par la Province aux États-Généraux du Royaume*, le Clergé, la Noblesse et les Communes s'assembleront pour nommer, dans les formes, et avec les qualités ci-devant prescrites, un nombre de représentants, égal à celui des membres des États ; ces nouveaux représentants se réuniront avec les États pour élire, par voie de scrutin, ceux qui seront envoyés aux États-Généraux, lesquels pourront être choisis au gré des Électeurs, soit parmi les membres des États, soit parmi les autres Citoyens, pourvu que les uns et les autres soient propriétaires et domiciliés dans la Province, sans distinction de lieu et de district : *on députera un nombre de représentants du Tiers-État, égal au nombre de ceux du premier et du second Ordre réunis.* » Nous soulignons. *Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné*, éd. cit., p. 151.

1820 *Ibid.*, p. 130.

1821 « Il a été arrêté que nul ne sera admis aux États de la Province, que par le choix libre de ceux qui ont le droit de s'y faire représenter ; que toutes les places y seront électives, nonobstant les protestations de M. l'Évêque de Grenoble et de M. le Marquis de Maubec. » *Ibid.*, p. 130.

« [L'assemblée] espère de la justice du Monarque, qu'il voudra bien agréer son choix, et confirmer, pour l'avenir, l'élection libre de toutes les places. » *Ibid.*, p. 155.

1822 « Les États doivent avoir pour but le bien de la Province et non l'avantage particulier de ceux qui les composent ; qu'on n'y est pas appelé pour défendre son propre intérêt, mais l'intérêt général, qu'ainsi *il ne saurait exister de titre valable, qui pût attacher aux Fiefs le droit de siéger dans les États* ; qu'on ne doit pas représenter un Ordre sans avoir obtenu ses suffrages, et qu'il ne peut y avoir de Membres nés, dans les États, *sans renverser tous les principes de l'équité et de la raison* ; que M. et Madame de Pons donnent, sans fondement, le nom de droits à d'anciens usages tombés en désuétude ; que les États étaient suspendus depuis un siècle et demi ; qu'il faut les considérer, *non tels qu'ils étaient autrefois, mais tels qu'ils viennent d'être rétablis, conformément aux vœux de la Province.* » Nous soulignons. *Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans*, éd. cit., p. 93.

1823 *Procès-verbal des États de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, éd. cit., p. 182.

1824 Voir en ce sens ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 56 et p. 62 et s.

*qui seront fondées sur les Loix de son Royaume, et sur les antiques usages de la Monarchie. »*¹⁸²⁵

Ils tiennent à rappeler le pouvoir du Roi de convoquer l'Assemblée, de sanctionner le choix du président, de fixer le lieu de réunion de la Commission intermédiaire¹⁸²⁶, de décider de l'emploi des deniers publics¹⁸²⁷, de choisir la forme de convocation des États-généraux¹⁸²⁸ et de refuser les règlements établis par les États¹⁸²⁹. Le Roi tente ainsi de défendre ses prérogatives et de limiter l'indépendance des États provinciaux.

Ce débat entre le Roi et les Trois-Ordres est public et fut observé attentivement par les patriotes.

2. Un modèle pour les États-généraux

411. Le processus constituant du Dauphiné sert de modèle¹⁸³⁰ ou de contre-modèle pour le reste du royaume. Les Dauphinois deviennent les figures de proue des revendications patriotiques¹⁸³¹. En outre, le débat dans les États du Dauphiné est aussi l'occasion d'une prise de position publique de cette province sur les États-généraux¹⁸³².

412. Les Trois-Ordres, poussés par Mounier, déclarent que la France n'a pas de réelle constitution et que cette dernière ne peut résulter que de l'union des provinces¹⁸³³ :

1825 *Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans*, éd. cit., p. 32-33.

1826 Motifs des changements apportés par le Conseil du Roi, à quelques Articles du Plan présenté au nom de l'Assemblée de Romans, pour la nouvelle formation des États de Dauphiné, *Ibid.*, p. 63.

1827 « L'étendue à donner aux dégrèvements, l'emploi à faire des deniers publics sont dans tout le Royaume sous l'autorité du Roi, et ne peuvent être déterminés qu'avec l'approbation de Sa Majesté. » *Ibid.*, p. 63.

1828 « Le Roi est très disposé à approuver la demande formée dans cet article pour l'élection des Représentants du Dauphiné aux États-Généraux ; mais Sa Majesté se réserve de faire connaître ses intentions à cet égard dans le Règlement qu'Elle donnera pour la convocation des États-Généraux, après avoir entendu le vœu qui lui sera présenté par les Notables de Son Royaume. » *Ibid.*, p. 63.

1829 « En accordant aux États le droit de faire des Règlements, soit qu'ils fussent relatifs à leur constitution ou à leur administration, il faudrait ajouter, *sous le bon plaisir du Roi* ; mais alors l'interdiction énoncée à la fin de l'article ne pourrait faire partie d'un Règlement émané de Sa Majesté. » *Ibid.*, p. 63.

1830 « Le Dauphiné a l'avantage inappréciable d'avoir obtenu un Arrêt du Conseil qui forme la constitution des ses États particuliers : voilà le modèle de tous vos États particuliers des Provinces et celui de vos États généraux. » *Le Despotisme des parlements, ou Lettre d'un Anglais à un François, sur la révolution opérée dans la monarchie française par l'enregistrement de la Déclaration du 23 septembre 1788, fait dans les divers parlements du royaume*, Attribué à Joseph-Jean-Antoine Fauchet, BN Lb39-635, p. 10.

1831 « Hors de la province, les événements dauphinois étaient suivis et commentés avec passion [...] À Paris surtout, les organisateurs des Assemblées de Vizille et de Romans étaient populaires. » Jean ÉGRET, *Les derniers états du Dauphiné...*, p. 53.

« De plusieurs régions de France leur parvenaient des témoignages d'admiration ou des demandes de conseil. » *Ibid.*, p. 58.

1832 « Les "Patriotes" n'avaient aucune confiance dans les notables que le roi réunissait, en ce mois de novembre, pour leur demander conseil sur le mode de convocation des États-généraux. » *Ibid.*, p. 74.

1833 « C'est sur cette idée d'unité nationale – union des Ordres et union des Provinces – qui inspirait les meneurs du mouvement dauphinois, depuis le mois de juin 1788, que Mounier insiste » *Ibid.*, p. 76.

« C'est avec une joie plus dissimulée, mais profonde, que ces notables remplaçaient, pour la défense des intérêts provinciaux, une aristocratie parlementaire dont on reconnaissait les services mais dont on niait les droits et dont on contestait la force. À l'impuissante coalition de tous les Parlements de France contre l'arbitraire ministériel – la

« Jusqu'à ce jour, Messieurs, *la France n'a point eu de constitution fixe, qui garantisse les droits du Prince et ceux de ses Sujets*. Les Provinces, les Ordres, les Individus ne se sont que trop isolés. Bornant leurs soins à ce qui les intéresse directement, ils n'ont pas vu que leur division n'est propre qu'à les affaiblir ; qu'en s'attachant uniquement à la conservation de leurs Privilèges, ils négligent la *défense de la liberté personnelle et celle des propriétés* ; que l'Autorité les trouvant désunis, pourrait les accabler successivement, et se servir même de leurs propres forces pour leur imposer le joug de la servitude.

« Les Provinces ne doivent séparer leurs intérêts que lorsqu'elles forment des *Républiques fédératives*, possédant chacune, en particulier, le pouvoir souverain : mais dans une Monarchie elle ne pourront jamais être libres, si elles sont dirigées par les mêmes principes, animés du même esprit, et ne *se réunissent pour veiller au maintien de la Constitution générale*. »¹⁸³⁴

La constitution ici a clairement pour objet la garantie des droits du Roi et des sujets – liberté personnelle et droit de propriété – et non des Ordres et de provinces. Mounier, et les cosignataires de la lettre, appellent en conséquence à l'union des provinces et à l'abandon des privilèges provinciaux. Ces derniers doivent céder devant les droits de l'homme et la raison :

« Ceux qui sont intéressés à *la conservation des abus qu'ils appellent des privilèges*, s'efforceront de les défendre ; mais qu'ils sachent que le temps des préjugés est passé, que les *droits des hommes* sont connus, que les lumières se propagent, et qu'il est plus honorable de renoncer soi-même à des droits abusifs, que d'attendre qu'ils soient renversés par les efforts de la *raison publique*. »¹⁸³⁵

Les réclamations des privilégiés sont disqualifiées et présentées comme autant d'abus qui doivent être supprimés pour assurer le règne de la raison et des droits de l'homme. Ce mouvement est également marqué par la volonté d'uniformiser les différents régimes juridiques dans le royaume¹⁸³⁶.

Les trois Ordres du Dauphiné reprenaient donc à leur compte le discours d'uniformisation et de rationalisation du régime politique qu'avait défendu Calonne tout en faisant leurs revendications liées aux droits de l'homme, à la liberté personnelle et à la propriété individuelle qu'avaient portées les parlements. L'individu et ses droits sont néanmoins considérés comme supérieurs aux intérêts des corps.

413. Pour eux, l'individu est reconnu comme le réel sujet de droit constitutionnel, au détriment

fameuse "union des classes" dont le gouvernement s'était joué – les réformateurs dauphinois substituaient l'union des provinces, réalisée dans les États généraux à qui ils sacrifiaient, de bonne grâce, la privilège d'octroyer les subsides. » *Ibid.*, p. 165.

1834 Nous soulignons. *Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des États de Béarn* [Grenoble, le 24 octobre 1788], BN Lb39-662, p. 4.

1835 Nous soulignons. *Ibid.*, p. 83-84.

1836 « Cette *uniformité de régime dans toutes les parties du Royaume*, fournirait une grande facilité pour la convocation des États-généraux ; et ce centre commun auquel tous les États particuliers viendraient aboutir, donnerait à la France *une des formes de constitution la plus parfaite qui eût jamais existé*. » Nous soulignons. *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné, Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit., p. 80.

des Ordres et provinces. Ils réclament en conséquence que le Roi proportionne la représentation à la population :

« Que tous les hommes ont les mêmes droits au bonheur ; que moins ils sont favorisés de la fortune, plus il est digne de la générosité française de s'occuper de leur sort ;

« Que ce ne sont pas les Provinces qui doivent être représentées, mais leurs habitants. Quelles que soient leur richesse ou leur étendue, le premier soin que doivent avoir des hommes, est d'y considérer les hommes ; qu'ainsi, la population peut seule former la base sur laquelle il faut déterminer le nombre des Représentants, d'autant plus que les impositions, les richesses ou l'étendue du territoire n'offriraient que des bases incertaines et presque impossible à saisir »¹⁸³⁷

Les États du Dauphiné adoptent des positions diamétralement opposées à celles des Notables, dont l'avis n'a pas encore été rendu public. Ils réclament une représentation entièrement proportionnée à la population, ce qui est conforme de l'individualisme de l'idéologie patriote.

414. Les Trois-Ordres expriment leur opinion sur la convocation des États-généraux et présentent au Roi « plusieurs principes essentiels, qu'ils considèrent comme les seules bases sur lesquelles puisse reposer la félicité publique », au nombre desquels figurent le doublement du Tiers, la délibération en commun et le vote par tête¹⁸³⁸. Ils nient également l'existence de toute tradition à respecter¹⁸³⁹ et se fondent, pour appuyer leurs revendications, sur le « droit de chaque Homme libre, de voter par lui ou par ceux auxquels il remet son pouvoir, droit sacré, droit inaltérable, [qui] fut toujours reconnu chez les Français »¹⁸⁴⁰. L'histoire comme source de droit est ainsi disqualifiée au profit du droit naturel¹⁸⁴¹.

Lorsqu'ils mobilisent des sources historiques¹⁸⁴², ils le font en vue de défendre l'union des Ordres et estiment ainsi que : « les formes observées en 1614 ne sauraient être appelées des formes antiques et constitutionnelles »¹⁸⁴³. En décembre, ils mobilisent la rhétorique de la constitution antique qu'il conviendrait de régénérer pour justifier leurs prétentions (délibération en commun,

1837 Nous soulignons. *Procès-verbal des Etats de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, éd. cit., p. 71.

1838 « Ces principes sont l'Élection libre des Représentants.

« Leur nombre supérieur à celui de tous les précédents États-Généraux.

« L'égalité du nombre entre les Députés du premier et du second Ordre réunis, et ceux des Communes.

« Toutes les Délibérations prises par les Trois-Ordres réunis, et les suffrages comptés par tête. » *Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans*, éd. cit., p. 97.

1839 « Les formes des Assemblées nationales n'ont pas été constantes, elles n'ont jamais été déterminées par une Loi précise ; il faut en chercher la cause dans le régime féodal. Il empêcha les Français de porter leurs vues au-delà des Coutumes de leurs domiciles. Il sépara tellement les intérêts, que dans les États-Généraux, les Représentants furent plus occupés de prétentions particulières, que de donner au Corps national une forme régulière et stable » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 97.

1840 *Ibid.*

1841 « L'autorité des Rois n'est jamais plus respectable que lorsqu'elle protège les droits de la nature » *Ibid.*, p. 102.

1842 *Ibid.*, p. 103-106.

1843 *Ibid.*, p. 104.

vote par tête, doublement du Tiers)¹⁸⁴⁴. Ils en concluent à nouveau « qu'il est impossible d'appeler *forme antique et constitutionnelle* la séparation des Ordres »¹⁸⁴⁵.

415. Cette constitution antique ayant été perdue, ils disqualifient les prétentions des privilèges et considèrent que la constitution reste à établir :

« La Province de Dauphiné espère que Votre Majesté mettra sa gloire à *procurer à la France une constitution qui fasse respecter les droits du Monarque et protège ceux de ses Sujets*, et qui ne laisse plus d'obstacle au désir qu'Elle a de rendre son peuple heureux. Le jour viendra sans doute où les États-Généraux étant *établis sur des principes stables et formés à la satisfaction de tout le Royaume*, par un grand nombre de Représentants librement élus, les Provinces pourront faire le sacrifices de quelques privilèges particuliers, pour s'assurer la jouissance des droits nationaux. »¹⁸⁴⁶

La tâche d'établir la constitution incombe ainsi aux représentants et au Roi et elle ne peut s'accomplir qu'avec l'union des Ordres et des provinces¹⁸⁴⁷. Les États conditionnent le mandat qu'ils donnent à leurs députés pour élaborer une constitution au respect des principes libéraux qu'ils ont réclamés¹⁸⁴⁸.

Ils fixent également « les principes et les bases de cette constitution » : la constitution doit reconnaître la liberté personnelle des citoyens ; les lois doivent être établies par le Roi et les Assemblées nationales ; ces assemblées doivent être fréquentes et périodiques ; les ministres et les tribunaux doivent respecter les lois ainsi établies ; l'impôt est consenti par les États-généraux et doit être réparti le plus également entre les citoyens. Enfin, ils refusent que tout impôt soit consenti tant que ces bases n'auront pas été fixées¹⁸⁴⁹.

1844« Pour ne pas prendre des résolutions différentes sur des intérêts communs, pour ne pas nuire à l'esprit public, les Ordres et les Provinces doivent *délibérer ensemble*, les *suffrages être comptés par tête*, et le *Tiers-État avoir un aussi grand nombre de Représentants que le premier et le second Ordre réunis* [...] séparer les Ordres pour en former plusieurs Chambres, *serait contraire à l'ancienne constitution du Royaume*, suivant laquelle les affaires publiques ne pouvaient être traitées que par le Roi et la Nation *délibérant en un seul Corps* » Nous soulignons. *Procès-verbal des Etats de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, éd. cit., p. 68-69.

1845*Ibid.*, p. 70.

1846Nous soulignons. *Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue dans la ville de Romans*, éd. cit., p. 106.

1847« Quand les Représentants de la Nation seront rassemblés, ah ! Daignez, Sire, pour son bonheur ne pas indiquer aux Ordres des séances séparées. Si Votre Majesté désire de connaître les vœux de tous ses Sujets, si elle désire que l'enthousiasme patriotique puisse triompher de tous les obstacles, Elle voudra sans doute *que les Trois-Ordres soit constamment réunis, et que les suffrages soient comptés par tête*.

« Si les Ordres, si les Provinces étaient séparées, *ce ne serait plus la Nation même* qui s'exprimerait pas l'organe de ses Députés. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 103.

1848« Et dans les cas seulement où les États-Généraux seraient *composés de Membres librement élus*, les Députés du Tiers-État, *en nombre égal à ceux du premier et du second ordre*, les délibérations *prises par ordres réunis*, et les *suffrages comptés par tête*, l'Assemblée donne pouvoir et mandat spécial à ses Députés, de concourir, par tous les efforts de leur zèle, à *procurer à la France une heureuse constitution qui assure à jamais la stabilité des droits du Monarque et de ceux du peuple Français* » *Procès-verbal des Etats de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, éd. cit., p. 119.

1849*Ibid.*, p. 119-120.

416. En adoptant sa constitution et en obtenant l'assentiment du Roi, les États du Dauphiné offrent le modèle d'un processus constituant relativement paisible et fondé sur les principes de la raison et non sur le respect des traditions¹⁸⁵⁰. Les États du Dauphiné représentent au niveau institutionnel l'idéologie patriote. Cette idéologie, fondée sur les droits de l'homme, le droit naturel et la raison, réclame l'uniformisation des administrations provinciales et l'union des Ordres et des provinces dans les États-généraux. Elle demande que la représentation soit proportionnée à la population. Elle exige le doublement du Tiers, la délibération en commun et le vote par tête. Elle considère l'individu comme le seul sujet de droit constitutionnel et estime que la constitution reste à établir. La notion de constitution est alors redéfinie à la lumière de ces revendications patriotes. Deux conceptions opposées de la constitution coexistaient et allaient bientôt s'affronter dans les États-généraux.

Les États du Dauphiné présentent ainsi un contre-projet différent en tout point de celui que les notables allaient bientôt présenter. Seule était maintenue la distinction des Ordres. Au sud-est de la France l'idéologie patriote trouvait une voie institutionnelle, alors qu'au nord-ouest, les privilégiés trouvèrent de virulent défenseurs de leur cause en Bretagne.

B. La défense d'une conception conservatrice de la constitution par la Noblesse de Bretagne

417. Le 25 octobre 1788, la Noblesse de Bretagne prit un arrêté pour défendre la conception traditionaliste de la constitution en la considérant comme un ensemble de « maximes incontestables »¹⁸⁵¹. Au nombre de ces maximes figurent la distinction des Ordres, qui implique un vote séparé et que « chacun [ait] une influence égale dans les Délibérations communes aux trois États »¹⁸⁵². Ils considèrent que la Constitution confère à « chacun d'eux dans les Délibérations concernant les Impôts et les Lois nouvelles »¹⁸⁵³ un droit de *veto*.

Ils défendent également une forme de rigidité constitutionnelle en considérant que seuls les États-généraux pourraient changer « la parité d'influence entre les Ordres »¹⁸⁵⁴. Enfin, ils rejettent

1850« L'exemple que vient de donner une seule Province, *promet à la Nation de hautes espérances*. Le Dauphiné a montré dans sa conduite, un ensemble, une sagesse, un esprit de suite et de fermeté qui *l'on amené à une constitution à laquelle il devra sa gloire et sa félicité*. Ce sera, pour cette Province, une époque bien remarquable dans son histoire, que la courte période qui s'est écoulée, depuis l'instant où l'appareil le plus terrible menaçait la vie de ses citoyens, jusqu'à celui où elle a vu son souverain entrer avec elle dans *la discussion paisible de ses droits et de sa constitution*. » Nous soulignons. *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné, contenant leur examen et leur développement, pour servir aux états généraux*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit., p. 2.

1851Arrêté à Rennes, le 25 octobre 1788, adopté par la Noblesse, et imprimé le 3 Novembre, BN Lb39-6602, p. 1.

1852Ibid., p. 1.

1853Ibid., p. 1.

1854« Que la parité d'influence entre les Ordres est la base la plus solide de leur union ;

« Que les trois Ordres ne doivent jamais consentir que cette parité d'influence soit détruite ; que toute innovation, en ouvrant la porte à l'arbitraire, ne tendrait qu'à faire naître le trouble et l'anarchie ;

« Que la forme adoptée en 1614, pour les Élections, doit être conservée comme étant consacrée par cette adoption même ;

« Que les États-Généraux ont seuls le droit de la changer ; que ce droit n'appartient point aux Notables ;

l'idée qu'il serait nécessaire de proportionner la représentation à la population¹⁸⁵⁵.

Cette prise de position de la Noblesse bretonne annonce celle prise par l'Assemblée des Notables et derrière laquelle se rangèrent les privilégiés, y compris les princes du sang.

Un parti privilégié émerge et dispose d'un corps de doctrine relativement structuré qui redéfinit la notion de constitution au début de la Révolution. Cette redéfinition a lieu dans un rapport d'opposition avec les patriotes qui construisent en parallèle un corps de doctrine radicalement opposé.

418. La constitution antique est inventée par le parti conservateur à partir de l'annonce de la convocation des États-généraux. Cette nouvelle définition de la constitution de la monarchie ne met plus l'accent sur les droits des parlements et ne leur reconnaît plus non plus la capacité à représenter la nation entre deux convocations des États-généraux. Elle est centrée sur le rôle des Ordres, leurs droits et leur séparation.

Elle ne correspond pas à une constitution traditionnelle, puisque les traditions françaises relatives aux États-généraux sont difficiles à établir et contradictoires. Les conservateurs ne s'appuient d'ailleurs pas réellement sur des traditions, mais sur l'idée que la constitution serait le résultat d'un contrat entre le Roi et la nation. Leurs théories s'inscrivent dans une relative continuité avec le constitutionnalisme libéral. L'origine volontaire de la constitution n'est pas remise en cause par ce parti. Ils reconnaissent également des droits de la nation, notamment un droit à une représentation par l'élection. Enfin, ils font leurs les théories relatives à la balance et l'équilibre du pouvoir.

Le caractère réactionnaire de leur théorie constitutionnelle réside dans les entités qu'ils reconnaissent comme sujets de droit constitutionnel et organes de l'État. Si la nation est bien une association d'entités libres et égales, qui voit ses droits garantis par la constitution, ces entités sont les Ordres et non les individus. Ce sont eux qui sont libres, égaux et indépendants. De même, si l'équilibre et la balance des pouvoirs reconnue comme nécessaire au bon fonctionnement du régime politique, cet équilibre est réalisé par la distinction et la séparation des Ordres. Ils sont reconnus comme des organes mutuellement indépendants disposant d'un droit de *veto*.

La constitution conservatrice n'est donc ni une constitution traditionnelle, ni une codification des lois fondamentales, elle est une théorie constitutionnelle moderne, mise au service des intérêts des privilégiés, et en particulier de la noblesse.

« Qu'ils ne pourraient se permettre de conseiller des innovations, sans s'exposer à l'improbation générale » *Ibid.*, p. 1-2. 1855 *Ibid.*, p. 3-4.

Face à ce discours conservateur émerge un discours réformateur patriote qui reprend une définition de la nation conforme aux théories jusnaturalistes : la nation est une association d'individus libres et égaux. Ils réclament alors que les principes tirés du droit naturel, des droits de l'homme et de la raison dictent les règles de convocation des États-généraux, et plus généralement les principes de la constitution. Ce discours jusnaturaliste dont s'étaient servi les ministres réformateurs du Roi, comme les parlementaires, allait être mis au service des revendications patriotes.

Section 2. La campagne des pamphlets : la définition patriote de la constitution

Lorsque se profile la convocation des États-généraux, et pour répondre à la demande du Roi, de nombreuses brochures paraissent pour conseiller le Roi sur le mode de convocation des États-généraux et pour commenter les événements provinciaux¹⁸⁵⁶. Dans ce débat public informel, s'expriment les opinions des patriotes qui ne disposaient pas de réels porte-parole institutionnels. Les canaux officiels étaient dominés par les privilégiés. Ces idées nouvelles, que les privilégiés ne tardèrent pas à combattre, se diffusent en conséquence par des voies officieuses, dans les sociétés de pensée, dans les loges maçonniques et dans les pamphlets¹⁸⁵⁷.

Les patriotes exploitent les contradictions des discours des privilégiés et reprennent à leur compte les principes que ces derniers promouvaient encore quelques semaines auparavant : droit naturel et droits de l'homme¹⁸⁵⁸. En s'appuyant sur ces prémisses, ils défendent les intérêts du Tiers-état. Ils estiment que le Tiers représente la majorité de la Nation et refusent la séparation des Ordres. Ils réclament en conséquence le doublement du Tiers – à défaut de la suppression de toute distinction entre les Ordres, la réunion des Ordres et le vote par tête. Face à la réclamation de l'ancienne constitution, soit ils affirment que la France en était dépourvue, soit ils se prévalent d'une autre constitution plus conforme à leur prétentions.

La campagne des pamphlets se déroule en deux temps. Avant la fin du mois de décembre 1788, elle est avant tout un mouvement contestataire qui vise à disqualifier les prétentions et les théories des conservateurs. Leurs arguments sont centrés sur la déconstruction des thèses réactionnaires et le rejet de la constitution conservatrice (§ 1). Une fois le mode de convocation des États-généraux décidé, à la fin du mois de décembre, et au début du mois de janvier, la doctrine patriote s'attache davantage à définir le contenu de ses propres revendications. Elle est plus constructive et vise à définir pleinement la constitution patriote et non plus simplement à discréditer la constitution conservatrice (§ 2).

§ 1. Le rejet de la constitution conservatrice par les patriotes

419. Dès les premiers mois de la campagne des pamphlets, les patriotes construisent un discours visant à disqualifier les prétentions des privilégiés. Ils rejettent la constitution conservatrice théorisée par les conservateurs et tentent de déconstruire le support théorique sur lequel elle repose. Ils refusent d'abord l'idée que la France eût une constitution (A). Ils rejettent l'histoire comme

1856 Voir sur ce point, Roger BARNY *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, éd. cit., p. 72 et s.

1857 L'ensemble des pamphlets cités furent publiés avant la publication du règlement des États-généraux de Necker le 27 décembre 1788.

1858 Voir en ce sens Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, p. 332.

source de droit, et invoquent à sa place la raison, le droit naturel et les droits de l'homme (B). Ils ne veulent pas d'une séparation des Ordres, et redéfinissent la nation comme une association d'individus (C). Ils s'opposent également à l'existence des corps intermédiaires et de privilèges liés à l'appartenance à un corps (D). En lieu et place de cette organisation politique, ils proposent une nouvelle conception de la distribution du pouvoir (E).

A. Le refus de la constitution conservatrice : la France n'a pas de constitution

420. Les patriotes estiment qu'une constitution est caractérisée par l'existence de règles stables et précises déterminant la répartition du pouvoir politique et garantissant les droits des individus. D'après cette définition, ils considèrent que la France n'a pas de constitution.

Ils remettent en cause l'existence de règles stables et précises déterminant les compétences des organes de l'État. Ils critiquent particulièrement l'indétermination des pouvoirs du Roi et des ministres. Cette indétermination prouve l'inexistence de la constitution. Ils disqualifient les prétentions des privilégiés et condamnent l'usage que ces derniers font de la notion de constitution. Ils démontrent l'inexistence des principes constitutionnels dont se revendiquent les privilégiés. Ils s'appuient pour cela sur l'injustice des principes en cause et promeuvent le respect des principes tirés du droit naturel et de la raison, qui doivent servir de nouveaux guides à l'établissement d'une constitution. L'innovation fustigée par les privilégiés est alors présentée comme une nécessité.

421. À la suite de Mably et des physiocrates¹⁸⁵⁹, les patriotes mettent en cause l'existence de règles stables, précises et connues régissant l'exercice du pouvoir politique. La France d'Ancien Régime ne respecte pas à leur yeux l'exigence de précision et de détermination attachée à la notion de constitution.

Volney, commentateur des événements bretons et futur député du Tiers d'Angers, souligne cette exigence :

*« Par constitution, l'on entend une forme de gouvernement quelconque, exprimée par écrit, ou déterminée par l'usage, mais toujours avec la condition d'être claire dans ses principes, identique dans son esprit, sans équivoque comme sans contradiction dans les clauses du contrat politique. »*¹⁸⁶⁰

La détermination, la clarté, la précision, la cohérence et la stabilité sont autant de conditions nécessaires à l'existence d'une constitution. Sur le fondement de cette définition, il estime que la France en est dépourvue :

« Maintenant je demande où est notre constitution ? Qui l'a faite ? En quel temps a-t-elle été faite ? Où est le code qui la contient ? Où sont les usages notoires et constants qui la forment ?

1859 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 3, B-C.

1860 VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, BN Lb39-672, p. 4.

« J'ouvre les recueils de nos lois, et je n'y vois qu'ordonnances antiques et barbares, inapplicables à notre temps, qu'édits et arrêts modernes qui se contrarient et se détruisent.

« J'examine l'organisation du Corps politique, et je ne vois les droits d'aucune classe, les limites d'aucun pouvoir clairement défini, que variations éternelles. »¹⁸⁶¹

Il soulève donc la question de l'origine de la constitution, conteste la légitimité des sources traditionnelles et relève l'instabilité des principes politiques. Il souligne également l'exigence de déterminer les limites des pouvoirs. Il en arrive à la conclusion que la France n'a pas de constitution : « Où est le code fondamental ? Où est la constitution ? Avouons-nous-le hardiment ; il n'en existe point : non, nous n'avons point de constitution »¹⁸⁶². Cette condamnation, qui avait déjà été formulée à plusieurs reprises depuis les années 1770¹⁸⁶³, prenait une toute autre mesure dans le cadre de la détermination de mode de convocation des États-généraux.

Le constat de l'inexistence de la constitution ne remet pas formellement en cause la monarchie. Néanmoins, l'affrontement entre le Roi et les parlements, au cours de la Prérévolution, avait contribué à remettre directement en cause l'autorité royale et en particulier les pouvoirs du Roi. Volney peut aisément affirmer que la France n'est pas dépourvue de toute forme de gouvernement, mais que les pouvoirs du Roi sont largement indéterminés¹⁸⁶⁴.

L'absence de détermination des pouvoirs des organes de l'État est donc une des raisons justifiant l'idée que la France n'a pas de constitution.

422. Rabaut Saint-Étienne, futur député de Nîmes aux États-généraux, fait figurer le constat de l'absence de constitution dans le titre même de l'ouvrage qu'il fait paraître à cette période : *Avis important à la nation, sur les Vices de son Gouvernement ; sur la nécessité d'établir une Constitution ; et sur la Composition des États-Généraux*. S'adressant à la Nation, il écrit :

« Songez avant tout, que vous n'avez jamais eu de Constitution, que vous devez en établir une, et que c'est par ce grand ouvrage qu'il faut commencer, parce que, sans Constitution, il ne peut pas exister de bon Gouvernement.

« Tant que la *forme versatile et arbitraire de votre administration subsistera*, tant qu'il sera permis aux Ministres, à qui vos intérêts sont passagèrement confiés, de bouleverser l'ordre établi avant eux, de changer, modifier, ou abroger les Lois et les Règlements faits par leurs prédécesseurs, tous vos efforts, pour corriger les abus et pour améliorer votre situation, seront inutiles et sans effet durable. Les avantages

1861 *Ibid.*

1862 *Ibid.*, p. 6-7.

1863 Voir *supra*.

1864 « Je ne prétend pas dire cependant que nous soyons tellement dépourvus de toute forme de gouvernement que nous n'ayons aucun point fixe : il est bien évident que nous sommes un royaume et non une république, que la royauté n'est point élective à chaque règne, mais attribuée à une famille ; que le sceptre passe aux aînés et non aux cadets ; que les femmes en sont exclues, et quelques autres points. Voilà des usages également constants et bons à garder. Mais quels sont les pouvoirs du Roi ? Voilà ce qui est équivoque ! » VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, éd. cit., p. 7, en note.

qu'un Ministre sage et bien intentionné vous aura procuré, seront en un instant anéantis, par des successeurs ignorants ou prévaricateurs.

« Ne perdez donc pas de vue, que l'unique barrière à opposer aux variations continuelles, et aux attentats du crédit et de la faveur, est une *Constitution fixe et immuable*, et qu'il dépend aujourd'hui uniquement de vous de l'établir. »¹⁸⁶⁵

Rabaut distingue également le gouvernement de la constitution et ne remet pas en cause l'existence de la monarchie. Il souligne néanmoins l'instabilité et l'imprécision de la répartition des compétences entre les différents organes de l'État, et en particulier l'absence de limites claires imposées aux pouvoirs des ministres. La constitution patriote présente les mêmes caractéristiques que la constitution conservatrice : elle doit être fixe et immuable. Cependant, Rabaut considère qu'une telle constitution n'existe pas.

423. Cette condamnation du régime a une fonction rhétorique évidente : disqualifier les prétentions des privilégiés et réclamer l'établissement d'une nouvelle constitution d'après les principes que les patriotes mettent en avant :

« C'est donc erreur ou mauvaise foi de dire qu'il est à craindre que l'on ne change la constitution, que l'on ne fasse des innovations, que l'on ne reverse l'ordre ; l'unique sens de ces discours est celui-ci, qu'il est à craindre que l'on ne change l'état actuel, c'est-à-dire, que l'on ne réforme les abus qui règnent ; et si l'on observe de qui viennent ces alarmes, l'on trouvera presque toujours que c'est de personnes à qui ces mêmes abus sont utiles. »¹⁸⁶⁶

Les prérogatives dont se prévalent les privilégiés au nom de la constitution sont disqualifiées par les patriotes comme n'étant pas des droits, mais des abus. Les réclamations des privilégiés sont présentées comme une volonté égoïste de préserver leurs intérêts.

Les revendications des privilégiés sont également tournées en dérision car ils ne réclament pas un strict respect de la constitution et admettent, au moins partiellement, sa modification. Volney met en évidence les contradictions des privilégiés. Dans la *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S.....t*¹⁸⁶⁷, il écrit : « Je pourrais vous demander ce que vous entendez ensuite par *constitution régénérée*, lorsqu'en même temps vous inculpez les *changements* comme *dangereux* »¹⁸⁶⁸. Lanjuinais adopte un parti similaire lorsqu'il affirme : « Il est permis à chacun d'ériger, dans son esprit, ses opinions ou ses préjugés sur le Droit Public en *maximes incontestables et parfaitement constitutionnelles*. Cette liberté appartenant à tout le monde, n'inquiète

1865RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation, sur les Vices de son Gouvernement ; sur la nécessité d'établir une Constitution ; et sur la Composition des États-Généraux*, Novembre 1788, BN Lb39-6649, p. 7-8.

1866VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, éd. cit., p. 7-8.

1867Le 6 mars 1789, cet écrit est condamné à être lacéré et brûlé comme sédition et calomnieux par le Parlement de Paris. Brette, I, p. 41.

1868VOLNEY, *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S.....t (Serrant)*, BN LB39-1370, p. 7.

personne. »¹⁸⁶⁹ Les privilégiés sont soupçonnés de redéfinir les contours de la constitution suivant leurs intérêts personnels.

Cette théorie est donc présentée comme une invention ayant pour seule fonction de préserver leurs intérêts¹⁸⁷⁰.

424. La théorie de la constitution antique est également remise en cause par des arguments historiques, visant à mettre en lumière les potentialités des sources historiques qui peuvent aussi bien servir les intérêts des privilégiés que défendre les droits du Tiers-état. Les privilégiés avaient eux-mêmes ouvert cette brèche en se référant à des principes de régénération et en réclamant un retour aux origines. Ils avaient déjà rompu avec l'idée d'un droit purement traditionnel¹⁸⁷¹. Les patriotes vont donc réclamer une constitution antique bien différente de celle défendue par les privilégiés :

« On dit que la Constitution de la Monarchie Française exigeait qu'il y eût dans les Assemblées trois ordres séparés. / Mais, [...] Cette *Constitution qu'on réclame n'est-elle même que la dépravation d'une Constitution plus simple* ; dépravation qui est la suite de la lente destruction du régime féodal, de la longue anarchie qui accompagna cette destruction, de l'ignorance où l'ont était alors plongé ? Pourquoi dans un temps plus éclairé la raison ne rétablirait-elle pas l'ancienne simplicité ? Pourquoi ces Amateurs si zélés des Institutions antiques ne s'arrêteraient-ils jamais qu'à celles qui sont absurdes ? Pourquoi ne réclameraient-ils pas *l'ancienne Constitution où tous les Français libres jouissaient des mêmes droits* ? Est-elle vicieuse à leurs yeux depuis que tous les Habitants du territoire de la France sont devenus libres et Français ? »¹⁸⁷²

Il s'agit pour les patriotes de retourner l'argument d'un retour aux origines contre les conservateurs. Cette idée d'un retour au moment fondateur de la constitution, présentée par Hotman, Locke et Le Paige¹⁸⁷³ est au fondement de la révolte parlementaire des années 1750 et de la Prérévolution. Condorcet l'utilise contre les privilégiés pour se prévaloir d'une constitution primitive où règne, non pas l'égalité des Ordres, mais l'égalité des droits :

« Il est donc évident que la distinction des trois Ordres n'a pas toujours existé dans la Nation, que cette *constitution abusive* a pris naissance à une époque où le *vrai principe du Gouvernement était détruit* ; que notre *véritable Constitution* est d'avoir des Assemblées formées par la Nation en un seul Corps, que tel a été l'ordre primitif ; que c'est le seul admissible, tant sur ce rapport que parce qu'il est véritablement

1869 LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, 1788, BN Lb39-6603, p. 3.

1870 « Une réprobation aussi catégorique conduit donc, en bonne logique, à ne voir dans l'« ancienne constitution » qu'un édifice imaginaire, une construction polémique, la dénomination abusive d'un régime que l'histoire condamne et la raison réprouve. » Ran HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, éd. cit., p. 16.

1871 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 2.

1872 Nous soulignons. CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, 1788, BN Lb39-800, p. 49-51.

1873 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

conforme à l'esprit de tout bon Gouvernement. »¹⁸⁷⁴

Le critère permettant de choisir entre ces deux constitutions concurrentes est celui de la vérité et de la raison : la constitution primitive doit être préférée à la constitution conservatrice car elle est plus juste et conforme à la raison. Condorcet justifie ainsi son refus de la séparation des Ordres.

425. Qu'ils se prévalent d'une constitution plus antique que la constitution antique ou qu'ils considèrent simplement que la France n'a jamais eu de constitution, les patriotes s'accordent sur la nécessité d'élaborer une nouvelle constitution¹⁸⁷⁵ d'après les principes qu'ils défendent en abolissant les privilèges¹⁸⁷⁶. L'innovation fustigée par les privilégiés est considérée par les patriotes comme une nécessité :

« Tant qu'il y aura de grands abus à corriger, tant qu'il nous manquera une constitution qui procure le plus grand bonheur de tous ; tant que tous gémiront accablés sous les débris encore terribles du Gouvernement Féodal, toute maxime qui rejettera en général les innovations, sera une maxime tyrannique.

« Les innovations qui feraient revivre en Bretagne la dignité de l'Homme et ses droits imprescriptibles, qui aboliraient les privilèges des Nobles en matière d'impôt, et les humiliantes exclusions données au Tiers-État, de telles innovations, on ne peut les supposer capables de produire des troubles, qu'en faisant aux Nobles l'injure de les regarder comme de mauvais citoyens. »¹⁸⁷⁷

La constitution a pour objet, non pas de garantir les droits des corps ou des ordres, mais d'assurer le bonheur de tous. Le régime est critiqué comme ne permettant pas la réalisation de cet idéal. L'innovation est alors présentée comme le moyen permettant de réaliser ce but et fait figure d'outil de libération des individus-citoyens. Les droits imprescriptibles de l'homme représentent donc le véritable étalon pour évaluer la qualité de la législation et la validité de la constitution.

1874 Nous soulignons. *Principes sur la Constitution de la France et des États-généraux*, 1788, BN Lb39-6663, p. 18.

1875 « Si nous ne rasons pas de fond en comble notre gothique Constitution, nous aurons toujours une tournure gothique » VOLNEY, *La Sentinelle du peuple, aux gens de toutes professions, sciences, arts, commerce et métiers, composant le Tiers-État de la province de Bretagne*, n°4 p. 18.

« Quand mon concitoyen et moi, nous aurons parcouru ensemble les originaux des capitulaires ; quand nous aurons discuté ce que sont des lois écrites dans le cœur, nous tomberons d'accord, ou que nous n'avons point de constitution, ou qu'il faut la refaire. » VOLNEY, *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S....t (Serrant)*, éd. cit., p. 5.

1876 « Il est question de faire une Constitution. Pour qu'elle soit permanente et stable, il faut qu'elle soit égale, juste et utile pour tous. Pourra-t-on y parvenir si chacun veut conserver ses intérêts particuliers ? Le Clergé ne veut pas abandonner ses prétendus Privilèges. Si ce Corps obtient quelque distinction à cet égard, la Noblesse ne doit pas être traitée d'une manière différente, ainsi voici le Tiers-Etat en opposition avec une partie de la Nation, et chacune des parties a des intérêts divisés, d'où il résulte des querelles, des reproches, des débats et des discussions interminables. » *Principes sur la Constitution de la France et des États-généraux*, éd. cit.

1877 LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, 1788, BN Lb39-6603, p. 17.

B. Le refus de l'histoire comme source de droit : l'invocation de la raison, du droit naturel et des droits de l'homme

426. Les patriotes considèrent que la raison, le droit naturel et les droits de l'homme sont les seules sources de droit valables. Les principes traditionnels ou historiques dont se prévalent les privilégiés sont refusés et doivent être réévalués à la lumière de la raison. La souveraineté de la raison justifie également l'uniformisation des règles politiques sur l'ensemble du territoire. Le recours aux droits de l'homme impose enfin une égalité entre les individus-citoyens.

427. Les patriotes déconstruisent l'idée que l'histoire serait une source de droit valable¹⁸⁷⁸. Rabaut Saint-Étienne réfute le caractère normatif de l'histoire :

« Cependant, pour justifier ces formes et ces lois, on s'appuie de leur ancienneté ; mais l'ancienneté d'une loi ne prouve autre chose, sinon qu'elle est ancienne. On s'appuie de la possession ; mais la possession passée n'est pas un droit à une possession éternelle ; autrement il ne faudrait jamais rien changer, même aux abus ; car les abus sont une possession aussi. On s'appuie de l'histoire ; mais notre histoire n'est pas notre code. Nous devons nous défier de la manie de prouver ce qui doit se faire, parce qu'il s'est fait ; car c'est précisément de ce qui s'est fait que nous nous plaignons.

« Cette histoire même, que nous nous gardons bien d'alléguer comme une loi, et que nous n'employons que contre ceux qui la citent, l'histoire témoignerait contre eux ; car, en prouvant qu'on a changé jadis, elle les forcerait à conclure qu'on peut changer aujourd'hui. Nous connaissons, en effet, l'époque de chacune des lois, ou de chacun des usages, que leurs protecteurs et leur protégé appellent loi fondamentale. Or chacune d'elles a succédé à un autre ordre de choses ; elle a fait un changement, et ce changement dépose contre elle ; car de quel droit changèrent-ils les lois *fondamentales* qui existaient auparavant ? Ou quel droit ont-ils pour qu'on ne puisse pas changer les leurs ? Pourquoi ne pourrait-on pas faire aujourd'hui, ce qu'on fit alors pour les devanciers ? Leur institution dépose donc contre leurs principes, ou leurs principes condamnent leur institution. »¹⁸⁷⁹

Rabaut discrédite simultanément l'histoire comme source de droit et la théorie des lois fondamentales. Il ne s'agit donc pas simplement de réfuter les récits historiques des privilégiés, mais plus radicalement de considérer que l'histoire ne peut être une source de droit valable et que la nation peut toujours revoir sa constitution. Condorcet recommande même la méfiance à l'égard de l'histoire : « tout ce qui porte l'empreinte du temps, doit inspirer la défiance bien plus que le respect. »¹⁸⁸⁰

1878 « l'organisation des nouveaux États-généraux doit être découverte dans la nature des choses et non dans l'histoire. Tous les écrivains du Parti national furent unanimes dans cette revendication du droit naturel » Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, p. 332.

1879 p. 13-14.

1880 CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, *post scriptum*, p. 104.

428. En se fondant sur la raison et le droit naturel, les patriotes suivent la voie tracée par les parlements avant qu'ils changent de doctrine. Ils ne manquent d'ailleurs pas de dénoncer l'opportunisme des privilégiés et leur revirement idéologique¹⁸⁸¹.

La raison, le droit naturel et les droits de l'homme sont présentés par les patriotes comme les seules sources valables de droit. Condorcet refuse de reconnaître tout principe qui serait « contraire aux droits naturels des hommes »¹⁸⁸² :

« Il faut d'abord s'attacher à bien connaître les *droits naturels de l'homme* dans toute leur étendue, ceux de la liberté, ceux de la propriété, ceux de l'égalité encore si méconnus chez toutes les Nations qui osent se vanter d'être libres, ne pas trop se livrer sans doute à l'espérance de les lui rendre à la fois dans toute leur intégrité, mais ne souffrir, ni aucun rétablissement d'une chose antique, ni aucune nouveauté qui puisse porter à ces droits l'atteinte la plus légère. »¹⁸⁸³

Le respect des droits de l'homme devient une condition de validité des principes présentés comme constitutionnels.

429. À l'instar des théoriciens du droit naturel, Volney reconnaît l'existence d'une double constitution¹⁸⁸⁴ : une constitution naturelle, commune au genre humain, qui prime la constitution positive :

« Mais je suppose que nous eussions une constitution, je suppose que nos aïeux eussent consenti ou souffert une forme déterminée de gouvernement, s'ensuivrait-il que nous fussions astreints à la conserver, à la suivre ? Non certainement : parce qu'il est du droit public de toutes les Nations, et encore plus *du droit naturel de l'espèce*, que nul ne peut engager autrui ; et il est à la fois injuste et absurde que les morts puissent lier les vivants, et qu'une génération contracte pour une autre. Sans cette faculté de dissoudre une constitution établie, la plupart des Nations seraient condamnées à une éternelle servitude [...] Que nous importe donc ce qu'ont fait nos pères ? Qui nous assurera pourquoi et comment ils l'ont fait ? [...] les temps passés sont incertains ; les conventions furent accidentelles ; les circonstances varient sans cesse ; *les seuls droits essentiels des hommes, leurs rapports naturels dans l'état de société, voilà les bases éternelles de toute forme de gouvernement, voilà le modèle imprescriptible et constant, présent à tous les lieux et à tous les temps.* »¹⁸⁸⁵

1881« C'est un tableau de comparaison à-la-fois curieux et indignant que celui de leurs défenses contre le Roi, et de leurs défenses contre le Peuple. Il se trouve qu'ils disaient alors tout ce que nous disions aujourd'hui : et qu'ils nous répondent aujourd'hui tout ce qu'on leur répondait alors. Ils réclamaient *la liberté des hommes, les droits des Citoyens, le rétablissement et l'observation des Lois qui fondent la prospérité de l'État sur le bien-être de chacun de ses Membres* ; et c'est ce que nous réclamons. Ils attaquaient des empiètements d'autorité sur ses dépositaires légitimes, des usurpations de pouvoir destructives de la Société, des infractions de Lois expresses ou tacites, mais évidentes, parce qu'elles sont *naturelles* ; ils protestaient contre des usages déjà invétérés, par la raison que les abus ne se confirment point par l'usage, et que *la Justice, la liberté sont des Lois antérieures et imprescriptibles* ; et maintenant ils disent le contraire. » Nous soulignons. VOLNEY, *La Sentinelle du peuple*, n°4, p. 10.

1882*Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., p. 131.

1883*Ibid.*, II, *post scriptum*, p. 103-104.

1884Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2-3.

1885Nous soulignons. VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, éd. cit., p. 7-8.

La constitution positive qui ne serait pas conforme au droit naturel et aux droits de l'homme serait donc nulle. Cette invocation du droit naturel justifie également un pouvoir constituant éternel reconnu à la nation.

Les patriotes font leurs les théories du droit naturel qui avaient déjà été adoptées par les physiocrates et considèrent qu'il suffit de découvrir le droit naturel pour fixer la bonne forme de gouvernement. Condorcet affirme ainsi : « Nous n'avons cherché, dans ces réflexions sur la Constitution des Assemblées Provinciales, d'autre principes que ceux qui nous ont paru indiqués par la raison, et fondés sur la nature et sur les droits de l'humanité. »¹⁸⁸⁶ Seuls le bon sens et le droit naturel doivent être consultés¹⁸⁸⁷.

Rabaut tente ainsi de présenter « les principes d'une constitution juste et fondée sur les droits inaliénables des hommes et des sociétés. »¹⁸⁸⁸. Volney affirme « nous ne voulons point renverser l'ordre naturel et social : nous voulons, au contraire, le rétablir, quand ils l'ont troublé »¹⁸⁸⁹. Enfin, Lanjuinais présente le droit de la nature comme « la règle suprême »¹⁸⁹⁰.

430. Cette rationalisation du pouvoir conduisait les patriotes à réclamer, comme les physiocrates, l'uniformisation des règles de droit sur l'ensemble du territoire. Condorcet affirme ainsi : « La vérité et la justice sont les mêmes dans tous les pays et pour tous les hommes. Ce qui est bon dans une Province, ne saurait être mauvais dans une autre. L'uniformité dans tous les objets de l'ordre public est un lien de plus entre les hommes ; toute différence est une semence de discorde. »¹⁸⁹¹ Rabaut Saint-Étienne défend la même idée. Il estime que les constitutions particulières des provinces « sont très défectueuses et très oppressives ». Les États-généraux devraient donc adopter une « *constitution uniforme* » pour toutes les provinces¹⁸⁹².

Cette recherche d'uniformité permet de rejeter non seulement les distinctions territoriales, mais également toute autre forme de distinction entre les individus.

1886CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., I, p. 188.

1887« Ce sont là les vrais principes, c'est votre code, ce sont véritablement vos instructions, tiers-état, et je vous invite à les méditer. N'ouvrez point nos livres, vous y trouveriez toutes les contradictions ; ne consultez pas la conduite de vos aïeux, ils n'avaient point de principes, et ils étaient avilis ; ne demandez pas ce qu'on a fait ; car vous le savez, on vous a sacrifié. Ne consultez que le bon sens, qui est de tous les pays et de tous les âges, et le droit naturel, base de tous les droits et dont les principes immortels ne prescrivent jamais. » RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers État, adressées au peuple des provinces par un propriétaire foncier*, 1788, BN Lb39-758, p. 36-37.

1888RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 46.

1889VOLNEY, *La Sentinelle du peuple*, n° 4 p. 16.

1890LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, éd. cit., p. 10.

1891CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, *post scriptum*, p. 104.

1892RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 32-33.

431. Les droits de l'homme servent de fondement à la réclamation d'une égalité entre les citoyens :

« Ne perdons point de vue qu'égalité de droits et liberté sont synonymes ; que toute inégalité qui est établie par la loi [...] est une *violation directe de l'égalité primitive et naturelle, une véritable atteinte aux droits de l'humanité* ; [...] et que tout Citoyen qui aspire à des privilèges particuliers, à des prérogatives, doit nécessairement désirer des lois qui ne soient pas conformes aux intérêts généraux, au *droit naturel des hommes* puisque l'existence seule des privilèges qu'il réclame serait une violation de ces droits. »¹⁸⁹³

L'abolition des privilèges est présentée comme une conséquence logique du respect du droit naturel. Cette égalité de droits s'étend aux droits politiques : « tous les hommes étant égaux devant la nature ; chacun d'eux n'ayant qu'un même poids dans ses balances, le nombre le plus grand doit toujours l'emporter. »¹⁸⁹⁴

Les principes qui doivent guider la constitution sont donc purement rationnels et tirés du droit naturel. Ils imposent le rejet des particularismes locaux et des inégalités entre les individus. Les patriotes reprennent donc les théories physiocrates, mais ils s'en distancient s'agissant du rôle de la nation.

C. Le refus de la séparation des Ordres : la redéfinition de la nation et de son rôle

Les patriotes redéfinissent la notion de nation et l'étendue de ses droits en fusionnant les conceptions jusnaturalistes, contractualistes et parlementaires. Ils estiment que la nation est une association d'individus et non d'Ordres (1), qu'elle dispose du droit d'être représentée et de participer à l'élaboration des lois et de la constitution (2).

1. La nation, une association d'individus libres et égaux

432. Les conservateurs définissent la nation comme l'association des Ordres, libres et égaux. Les patriotes, en revanche, considèrent que la nation est une association d'individus libres et égaux. Ils reprennent donc les théories contractualistes. Volney défend l'idée d'une égalité de droits entre les hommes, plaçant sur le même plan le paysan et le roi¹⁸⁹⁵. Il présente la société comme le résultat

1893 Nous soulignons. CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, p. 327-328.

1894 VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, éd. cit., p. 29.

1895 « Sachez donc, ô Concitoyens ! que tous les hommes, quelle que soit leur classe et leur condition, depuis celui qui rampe sous le chaume jusqu'à celui qui est assis sur le trône ; que tous les hommes, dis-je, naissent égaux !
« Qu'en leur donnant à tous les mêmes sens, les mêmes facultés, la *puissance supérieure* qui les forma, leur donna les mêmes droits à la vie, à ses bienfaits, aux fruits de la terre, à ceux de leur travail, qui deviennent leur propriété ;
« Que doués tous de moyens suffisants à remplir leurs vrais besoins, ils sont essentiellement indépendants les uns des autres, primordialement libres, et que nul n'a le droit d'asservir la personne ou la volonté d'un autre. » VOLNEY, *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S.....t*, éd. cit., p. 17.

d'un contrat entre ces individus libres et égaux :

« Mais parce que réduits chacun à nous-mêmes, nous serions faibles et dénués, les hommes se sont réunis en société pour s'entraider, s'entredéfendre, pour alléger par des services mutuels la somme de leur calamités, et accroître par des échanges celle de leurs jouissances.

« Ainsi la *société* est un *contrat* qui pose des *droits* et des *engagements réciproques* ; l'équilibre de leur balance constitue la *justice* ; et toute les fois que cet équilibre n'existe plus, le contrat social est dénaturé.

« Or, parce que l'entretien d'une société quelconque exige des dépenses communes, chaque membre est obligé d'y contribuer ; et c'est cette *contribution* que l'on nomme improprement un *impôt* ; et la mesure de cette *contribution* générale doit être celle des *vrais* besoins de la société ; et sa proportion, relativement à chaque membre, doit être celle de ses facultés, parce qu'il est de stricte justice que les charges d'un contrat soient en raison des avantages. »¹⁸⁹⁶

L'égalité et la liberté naturelles des hommes permet de justifier l'établissement des sociétés et d'en défendre une conception contractualiste, tout en justifiant le principe d'égalité des individus devant l'impôt. Les éléments constituant la société et la nation ne sont pas les Ordres, mais les individus membres de la société.

433. Cette égalité naturelle entre les hommes-citoyens milite contre toute distinction d'Ordres¹⁸⁹⁷ et contre toute exigence d'un consentement des Ordres privilégiés pour abdiquer leurs privilèges¹⁸⁹⁸. Une fois admise l'idée que la nation-société est constituée d'individus libres et égaux, la séparation des Ordres paraît absurde :

« Le vrai principe, c'est que, dans une assemblée des états-généraux, il ne devrait y avoir aucune distinction, parce que, malgré toutes les sanctions, *la distinction de rangs amène toujours nécessairement une distinction de pouvoir* ; parce que la distinction des trois ordres fait naître celle de trois intérêts, et que dès lors l'assemblée n'est plus une, mais triple. Et dans les débats de la jalousie contre le pouvoir, et du bien public contre le privilège, il est impossible que l'état soit bien servi. [...]

Que si cette distinction de pouvoir existait, il serait injuste qu'il appartint au plus petit nombre ; et que *cette sous-aristocratie serait inconstitutionnelle* ;

¹⁸⁹⁶VOLNEY, *Ibid.*, p. 17-18.

¹⁸⁹⁷« Oui, le seul principe qui doit être adopté, dans les circonstances présentes, est de ne faire aucune distinction d'Ordres, aucune division entre le Clergé, la Noblesse et le Tiers-Etat ; il faut, au contraire, considérer tous les Sujets de la Monarchie comme faisant un seul et même tout, parce qu'ils sont en effet, les membres d'un même Corps indivisible par sa nature. Le Corps politique, pour qu'il soit bien constitué, doit être organisé comme le sont les Corps physiques ; tous les membres de ceux-ci, soumis à un même régime sont destinés à les soutenir, à les conserver, suivant les fonctions que la Nature assigne à chaque partie ; il est en de même des États formés par les hommes, pour vivre en société et qu'on appelle Corps politique : chaque membre a ses fonctions qui doivent tendre au même but, c'est-à-dire, concourir à leur conservation commune, et à l'avantage général ; si au contraire, l'harmonie naturelle est rompue, parce qu'une partie veut s'attribuer des forces, des avantages qui doivent être communs à tous, il en résulte des commotions, des convulsion qui agitent l'État et entraînent sa ruine. » *Principes sur la Constitution de la France et des Etats-généraux*, éd. cit., p. 6-7.

¹⁸⁹⁸« L'égalité entre les ordres peu nombreux, et la masse presque entière de la Nation, la nécessité de leur consentement pour voter la destruction des abus qui résultent de leurs prérogatives ou de leurs prétentions, leur prépondérance, s'ils se réunissent, sont autant d'atteintes au droit naturel des Citoyens. » CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., I, p. 141.

Que puisque les assemblées nationales sont des assemblées contributives, on doit y entrer pour contribuer comme les autres, ou n'y entrer pas ;

Que ceux qui y entrent, ne le font que comme contribuables, et qu'une seule dénomination, présentant une seule idée, les états-généraux ne sont qu'un seul corps, un corps de contribuables »¹⁸⁹⁹

La théorie de la distinction des Ordres, associée à celle de la séparation des Ordres est rejetée par les patriotes. L'idée d'un droit de *veto* des Ordres est présentée comme une monstruosité dans une société égalitaire. La constitution étant fondée sur la justice, les patriotes peuvent présenter la distinction des Ordres comme inconstitutionnelle, retournant complètement l'argument des conservateurs. Ce refus de la distinction des Ordres est fondé sur celui de reconnaître des pouvoirs différents aux membres d'une même société, qui doivent contribuer aux charges publiques et participer aux décisions politiques à parts égales.

En conséquence, la nation ne forme qu'un seul corps et n'est pas composée de différents Ordres¹⁹⁰⁰. La violation de principes tirés du droit naturel peut donc être qualifiée d'inconstitutionnelle, ce qui atteste de la redéfinition de la notion de constitution et de nation.

De nombreuses brochures fournissent des calculs visant à mettre en évidence le déséquilibre que génère la séparation des Ordres lorsque la nation est considérée comme composée d'individus et non d'Ordres :

« La Nation est un tout. Les Ordres en sont les parties : il y en a trois : donc chaque Ordre est un tiers ; donc il suffit que le Tiers ait une voix sur trois, dont deux sont nobles, et il y a parité d'influence entre les Citoyens.

« Ce n'est là qu'une illusion de mots : en arithmétique de choses, le Tiers est presque tout ; c'est plus de vingt-trois millions contre quelques centaines de milliers. »¹⁹⁰¹

« Qu'appellez-vous un Ordre ? Changez vos termes, Monsieur : le Tiers-État n'est point un Ordre il est la *Nation* ; c'est un *Corps* entier et complet dont la Noblesse et le Clergé ne sont pas même les membres utiles ; car ils ne le font ni vivre ni agir : ils ne sont que des loupes [c'est-à-dire des tumeurs] qui l'épuisent, et dont on veut résorber la substance pour renforcer la masse. »¹⁹⁰²

Dès la fin de l'année 1788, les patriotes défendent l'idée que le Tiers représente l'ensemble de la nation, car ils sont l'écrasante majorité des citoyens.

1899 Nous soulignons. RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat*, éd. cit., p. 35.

1900 « Enfin, cette distinction n'est pas dans la définition de la monarchie, qui est un état composé d'une nation et d'un roi. La nation est le corps dont le roi est la tête. Il n'y a donc primordialement, et dans la nature des choses, qu'un seul corps qui est l'état ; et si le monarque distingue quelques sujets par des prérogatives, il n'entend pas en faire des corps séparés de l'état : de leur donner des intérêts opposés, de les rendre ennemis de l'intérêt général, ce serait dire que le monarque a voulu porter la désunion dans son royaume ; ce qui implique contradiction. » RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat*, éd. cit., p. 33.

1901 LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, éd. cit., p. 15.

1902 VOLNEY, *La Sentinelle du peuple*, n°3, p. 10.

434. Cette reconnaissance du poids du Tiers dans la nation implique la volonté de lui reconnaître une représentation plus importante qu'aux deux autres Ordres et la nécessité d'une délibération en commun.

Certains auteurs ne se contentent pas de réclamer le doublement du Tiers, mais exigent une représentation entièrement proportionnée à la population, et se fondent sur la constitution, telle qu'elle résulte du droit naturel et de la raison¹⁹⁰³.

Rabaut adopte une position médiane. Il affirme qu'« il n'y a que les députés du tiers-état qui représentent véritablement la chose publique. »¹⁹⁰⁴ Pour autant, il ne préconise pas de proportionner entièrement la représentation à la population et souhaite instaurer un régime inspiré de l'Angleterre où les Ordres privilégiés sont réunis dans une chambre, car il craint que la réunion dans une seule chambre conduise à une aristocratie nuisant à l'autorité du Roi¹⁹⁰⁵.

Les patriotes restent donc souvent modérés dans leurs revendications en 1788, en réclamant simplement le doublement du Tiers.

435. En dernier lieu, ce droit à la représentation est conçu comme un droit à la représentation par l'élection, non par nomination ou hérédité. L'enjeu est ici de discréditer les prétentions des parlements à représenter la nation et celles des privilégiés à disposer, de droit, de certaines places¹⁹⁰⁶.

1903« Si l'on propose d'assembler des États-Généraux par égalité de Députés dans chaque Ordre, cette forme est injuste et absurde. Comment en effet concevoir que les vingt-neuf trentièmes d'une Nation, ou si l'on aime mieux les 23-24^e ayent une moindre représentation que la petite faction qui compose le reste du tout.

« Jamais le Tiers-Etat n'y souscrira, et même, dans ce cas, il ne députera pas à l'Assemblée. Si l'on convoque les Députés du Tiers en nombre égal à ceux des deux autres Ordres réunis, cette forme est plus juste ; mais elle est vicieuse encore, parce qu'elle est toujours inégale, et qu'elle laisse substituer *la distinction que notre Constitution et le bon sens proscrivent*, et qu'elle retombe dans le premier abus qui est d'élever une séparation entre les membres du même État. [...]

« Il ne faut pourtant pas se flatter que le troisième moyen que je propose de ne faire qu'un seul Corps de la Nation sera exempt de critique ; il faut compter qu'il s'en élèvera beaucoup de la part de ceux dont il choquera les intérêts particuliers, et qui sont intéressés à maintenir les abus de la forme dont ils sont les défenseurs ; mais, puisque, dans tous les cas, il faut combattre des difficultés, la bonne politique prescrit l'obligation de choisir le meilleur parti, celui qui est fondé en raison et en justice. Le Roi et son Conseil doivent donc prendre *celui qui est le seul constitutionnel, celui qui est indiqué par les vrais principes, par toutes les lumières naturelles et acquises*. Ce système se soutient de lui-même ; et, ayant tous ces avantages, il finira par réunir tous les suffrages. » Nous soulignons. *Principes sur la Constitution de la France et des Etats-généraux*, éd. cit., p. 20-22.

1904RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat*, éd. cit., p. 41.

1905« Nous ne pouvons trop insister sur la nécessité de cette division. Si les États-Généraux sont réunis dans une seule et même Assemblée, il est facile de présager que tôt ou tard ils formeront une aristocratie également redoutable pour l'autorité du Roi, et pour la liberté des Peuples. » RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 65.

1906« Suivant le droit de la nature, qui est la règle suprême, une seule chose est de l'essence de l'Assemblée des États-Généraux d'un grand Peuple, c'est que tous ou presque tous les Citoyens compétents, aient nommé librement les Députés qui la composent, ensorte qu'on ne puisse douter qu'ils y portent les sentiments de toute la Nation. » LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, éd. cit., p. 10.

« La vérité, la raison, qui, dans des temps paisibles, finit toujours par être écoutée, la voix libre de Représentants choisis suivant des formes qui assurent à la fois de leur impartialité et de leurs lumières ; voilà les vrais Défenseurs des

Cette représentation de la nation est également affichée comme la garantie contre une dérive despotique, que les corps intermédiaires ne permettraient pas d'assurer effectivement¹⁹⁰⁷.

Cette reconnaissance d'un droit à la représentation est accompagnée de celle d'un pouvoir législatif et constituant détenu en faveur de la nation.

2. La reconnaissance d'un pouvoir législatif et constituant en faveur de la nation

Les patriotes réclament un partage de la fonction législative entre le roi et la nation. Le droit de la nation à consentir aux lois fiscales avait été revendiqué par les parlementaires, mais ils n'étendaient pas ce droit à l'ensemble des lois ordinaires et même à la constitution.

Cette idée avait pu également prospérer en France grâce à l'exemple anglais qui offrait le modèle d'un monarque sans monopole de la puissance législative. Cette présentation avait été offerte par Montesquieu dans son chapitre consacré à la Constitution d'Angleterre¹⁹⁰⁸, mais elle avait certainement eu un retentissement d'autant plus fort avec l'ouvrage de Delolme. Cet ouvrage d'un Genevois fut largement diffusé en France¹⁹⁰⁹ et est souvent cité par les patriotes modérés. Sa présentation de la constitution est, contrairement à celle de Montesquieu appuyée sur l'idée d'une souveraineté du peuple et se concentre non sur les distinctions sociales, mais sur la répartition politique du pouvoir. Elle n'encourt ainsi pas la même critique de biais favorable à la noblesse. L'autre différence avec l'œuvre de Montesquieu est que le modèle et l'idéal de Montesquieu n'est pas la constitution anglaise, mais la constitution monarchique telle qu'il l'a décrite et théorisée¹⁹¹⁰.

Delolme, en revanche, estime que la constitution anglaise résultant de la Glorieuse Révolution pose « les grands et vrais principes des sociétés »¹⁹¹¹. Il reprend le modèle anglais et le décrit comme un régime où le peuple souverain est limité dans l'exercice de sa souveraineté¹⁹¹². Il

droits du Peuple, les seuls qui soient dignes de soutenir une si belle Cause. » CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, p. 328.

1907« Si la nation nommait elle-même ce corps intermédiaire, ou il serait son représentant, et alors ce serait la nation elle-même, ou il ne le serait pas, et alors il n'aurait pas les mêmes intérêts, il aurait ses intérêts particuliers.

« Si le corps était le représentant de la nation, il n'y aurait plus un pouvoir intermédiaire, mais un pouvoir d'équilibre, le seule propre à arrêter les progrès du despotisme. Encore arriverait-il bientôt que les représentants de la nation trahiraient ses intérêts ; ce qui prouve qu'une nation ne doit pas désirer des intermédiaires, mais un équilibre, un contre-poids, un contre-balancement de pouvoir. Ceci prouve encore qu'il n'y a que la nation elle-même qui puisse faire cet équilibre.

« Pour que ce pouvoir intermédiaire fût le représentant de la nation, il faudrait qu'elle l'eût elle-même fondé ; il faudrait qu'elle se fit rendre compte par lui, et qu'elle le renouvelât selon ses besoins. S'il n'est pas autorisé par la nation, et instruit pas elle de ses vœux, il ne la représente point du tout. » Nous soulignons. RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat*, éd. cit., p. 46.

1908EDL, XI, VI.

1909« Quatre éditions de cet Ouvrage en notre Langue, et autant en Anglais, l'avaient universellement répandu dans l'Étranger, avant qu'il perçât parmi nous. » MALLET DU PAN, Sur l'ouvrage de J.-L. de Lolme, Constitution de l'Angleterre, *Mercur de France*, n° 3, 17 janvier 1789.

1910Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

1911DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1774, p. 41.

1912« En diminuant le pouvoir ou plutôt l'exercice actuel du pouvoir par le Peuple, et en ne le faisant intervenir dans la Législation, que par des Représentants, elle a évité la violence irrésistible de ces grandes et générales assemblées,

renverse donc entièrement les théories de la souveraineté limitée.

Il montre que le pouvoir législatif n'est pas inhérent à la qualité de monarque¹⁹¹³. Il estime qu'en Angleterre, la puissance législative appartient au parlement composé de trois éléments : les deux chambres et le Roi¹⁹¹⁴. La fonction législative est donc conçue comme une fonction partagée, ce partage garantissant l'équilibre d'un régime dans lequel il n'y a pas de distinction formelle entre la loi et la constitution¹⁹¹⁵. Elles sont donc toutes deux faites par la réunion de la volonté des trois organes formant le parlement. La stabilité de la constitution résulte de la division de la fonction législative et de la compétition entre volontés opposées :

« La division du Pouvoir exécutif introduit nécessaire des oppositions de fait, même des violences, entre les diverses parties ; et celle qui vient à bout de réunir à soi toutes les autres, se met incontinent au dessus des lois. Mais l'opposition qui s'introduit, et qui pour le bien des choses doit s'introduire, entre les diverses parties du Corps législatif, n'est jamais qu'une opposition de principes et d'intentions : tout se passe dans les régions morales ; et la seule guerre qui se fasse, est une guerre de volontés et de nolontés. [...]

« Règle générale, par conséquent. Pour qu'un État soit stable, il faut que le Pouvoir législatif y soit divisé : pour qu'il soit tranquille, il faut que le Pouvoir exécutif y soit réuni. »¹⁹¹⁶

Cette guerre de volontés et de nolontés garantit la constitution, par la compétition d'intérêts opposés et utilise les passions humaines pour équilibrer le régime politique¹⁹¹⁷.

Il se prononce également en faveur du régime représentatif qu'il appelle constitution représentative par opposition à la constitution populaire¹⁹¹⁸. La constitution anglaise dont il fait la

qui, de quelques côté qu'elles se jettent, abattent et prosternent tout. De plus, comme le pouvoir du Peuple, lorsqu'il en a et qu'il sait et veut s'en servir, est toujours prodigieusement formidable, la Constitution lui a formé un contrepoids ; et c'est la Puissance Royale qui est ce contrepoids. » *Ibid.*, p. 118.

1913« Dans presque tous les Royaumes de l'Europe, la volonté du Prince tient lieu de loi ; et l'habitude y a tellement confondu le Droit avec le fait que les Jurisconsultes y font envisager le pouvoir législatif comme essentiellement attaché à la qualité de Roi ; et que la plénitude de son pouvoir leur paraît découler nécessairement de la définition de son titre. » *Ibid.*, p. 41.

1914« La base de la Constitution d'Angleterre, le grand principe auquel tous les autres tiennent, c'est, que c'est au Parlement seul qu'appartient la puissance législative, c'est-à-dire, le pouvoir d'établir les lois, de les abroger, de les changer, de les expliquer. / Les parties constituantes du Parlement, sont la Chambre des Communes ; la Chambre des Seigneurs ; le Roi. » *Ibid.*, p. 42.

1915« Sans doute, il est très essentiel, pour assurer la Constitution d'un État, d'y limiter le Pouvoir exécutif ; mais il l'est beaucoup plus d'y limiter le Pouvoir législatif. Ce que celui-là ne fait que par contre-coup, je veux dire de reverser les lois, et par une suite plus ou moins longue d'événements ; celui-ci le fait un en moment : les lois n'ayant besoin, pour exister, que de sa volonté, il peut aussi les anéantir par sa volonté. Et, si l'on veut me permettre l'expression, la Puissance législative change la Constitution, comme Dieu créa la lumière.

« Pour rendre donc stable la Constitution d'un État, il faut absolument y borner le Pouvoir législatif. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 129.

1916*Ibid.*, p. 130-131.

1917« Pour rendre, donc, régulière cette différence dans les opinions des Corps législatifs, que nous disons être requise, il faut absolument établir une différence dans les intérêts particuliers, tout au moins, de leurs différents individus. » *Ibid.*, p. 135.

1918« Pour tout dire en un mot : Une Constitution *représentative* met le remède entre les mains de ceux qui sentent le mal ; mais une Constitution *populaire* met le remède entre les mains de ceux qui causent le mal, et elle mène nécessairement au malheur, à la calamité politique, de confier les moyens et le soin de réprimer le pouvoir, à ce qui ont le pouvoir. » *Ibid.*, p. 167.

promotion n'est pas valorisée en raison de son historicité, mais de sa conformité au droit naturel : « la Constitution de l'Angleterre [est] dictée par la Nature elle-même »¹⁹¹⁹.

Delolme offre donc un modèle de constitution, dictée par la nature et la raison, qui repose sur la souveraineté de la nation, la division du pouvoir législatif et constituant entre plusieurs organes et la participation de la nation à cette fonction. Le modèle anglais ne fait cependant pas l'unanimité et les patriotes radicaux sont favorables à la monopolisation de la fonction législative par la nation¹⁹²⁰.

436. L'idée d'une participation de la nation à la fonction législative et constituante est reprise par les patriotes, qui lui reconnaissent un droit de consentir non seulement à l'impôt, mais également aux lois. Ils estiment également que la nation doit avoir consenti à la constitution pour qu'elle existe.

Rabaut affirme « La Nation a droit de consentir non seulement aux Lois de l'impôt, mais encore à toutes les autres Lois sans exception. »¹⁹²¹ Volney estime de manière plus radicale « qu'en la Nation assemblée réside essentiellement et exclusivement toute puissance législative »¹⁹²². Les patriotes ne s'accordent donc pas clairement sur le monopole de la nation sur la fonction législative¹⁹²³, mais lui reconnaissent un droit de participation à l'élaboration de la législation.

Condorcet estime que la forme de convocation des États-généraux ne peut être considérée comme constitutionnelle si elle n'a pas reçu l'approbation de la nation¹⁹²⁴. S'agissant de la France, il estime que « jamais on ne trouve une Constitution fixe, proposée par la Nation, acceptée par elle, ou même seulement munie de la sanction d'une de ces Assemblées »¹⁹²⁵. Target se fonde sur les mêmes principes pour estimer :

« Dans un Royaume où il n'y a pas de Lois écrites sur le Droit public, il ne peut y avoir que des usages. Pour que ces usages méritassent de porter le nom de constitution, il faudrait que *la Nation les eût consacrés par une décision solennelle* : on ne prétend pas qu'il y en ait aucune : au moins faudrait-il que ces usages fussent antiques, certains et immuables ; sans cela, comme on ne pourra pas supposer un consentement même tacite de la Nation, il sera *impossible de reconnaître les caractères d'une constitution nationale.* »¹⁹²⁶

1919 *Ibid.*, p. 229.

1920 Voir *infra*, chapitre, Section 2, § 3, C.

1921 RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 11.

1922 VOLNEY, *Des conditions nécessaires à la légalité des États généraux*, éd. cit., p. 32.

1923 Voir *infra*, chapitre, Section 2, § 3, C.

1924 « Si même il existait une Assemblée Nationale qu'on pût regarder comme vraiment constitutionnelle, c'est-à-dire dont la forme eût reçu sanction publique ou tacite de la Nation, qui peut seule lui mériter ce titre » CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., p. 128.

1925 *Ibid.*, I, p. 134.

1926 Nous soulignons. TARGET, *II suite de l'écrit intitulé, « Les États-généraux convoqués par Louis XVI »*, BN Lb39-1175, p. 13.

La constitution n'existe en conséquence que si elle est conforme à la raison et à la volonté de la nation. Les patriotes redéfinissent la notion de constitutionnalité comme la conformité au droit naturel et à la volonté nationale¹⁹²⁷.

Cette nouvelle conception de la constitution conduit également à rejeter l'existence de corps intermédiaires et les privilèges des Ordres et des provinces.

D. Le refus des corps intermédiaires : critique virulente des parlements et des privilèges des Ordres et des provinces

437. Les parlements, avec lesquels les patriotes avaient jusqu'alors fait alliance, sont dénoncés comme despotiques. Une brochure attribuée à Fauchet paraît sur le nom de *Despotisme des parlements*. Ces derniers y sont présentés comme des corporations ayant pour seul objectif de préserver leur privilèges¹⁹²⁸ et cherchant à instaurer une aristocratie parlementaire¹⁹²⁹. Le *Catéchisme des parlements*, défend des idées similaires. Feignant de parler au nom des parlementaires, l'auteur écrit : « Nous ne voulons les États-généraux qu'autant que nous serons sûrs d'y être les maîtres. »¹⁹³⁰ Il affirme que les parlementaires veulent instaurer « l'aristocratie parlementaire, ou la *robinocratie* »¹⁹³¹. Ce glissement de la dénonciation du despotisme ministériel au despotisme parlementaire est significatif de l'évolution du parti patriote et de son autonomisation vis-à-vis des privilégiés.

438. Cette critique virulente des parlements conduit plus généralement au rejet des corps intermédiaires : « entre le Prince et ses Sujets il ne faut point d'intermédiaire. Tous ces intermédiaires tendent nécessairement à s'agrandir en abaissant le trône ou en asservissant la

1927« Les réformes que le Roi fera dans la composition des États-Généraux, ne feront pas naître plus de *doutes* que celles que de ses prédécesseurs. Elles exciteront la reconnaissance et l'amour des Peuples, elles seront érigées, par les États, en Lois fondamentales, si elles sont, comme il l'a promis, *conformes à la raison et aux vœux légitimes de la plus grande partie de la Nation*, et alors la formation sera constitutionnelle.

« On ne connaît point de *légalité* positive pour la formation d'une Assemblée Nationale, interrompue depuis deux siècles, et qui n'a jamais été déterminée par aucun Règlement. Il n'y a donc ici à consulter que la loi de nature, combinée avec les mœurs et le génie de la Nation. » LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, éd. cit., p. 25-26.

1928« Il est bien connu à présent, même dans les pays lointains, et surtout dans notre Angleterre, que dans leurs débats avec le Gouvernement, vos Parlements n'ont agit que pour eux-mêmes et la défense de leurs privilèges. » FAUCHET, *Le Despotisme des parlements, ou Lettre d'un Anglais à un François, sur la révolution opérée dans la monarchie française par l'enregistrement de la Déclaration du 23 septembre 1788, fait dans les divers parlements du royaume*, BN Lb39-635, p. 15.

1929« Il est donc bien vrai, comme je vous l'ai déjà dit, que vous n'êtes plus sous le gouvernement monarchique dont la France se vantait de donner à l'Europe le plus pur exemple, mais que vous êtes menacés de rester sous le *gouvernement aristocratique de vos Parlements*, mille fois pire que le despotisme des Turcs. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 18.

1930*Catéchisme des parlements*, BN LB39-936, p. 3.

1931*Ibid.*, p. 6.

Nation. »¹⁹³² Implicitement, les théories de Montesquieu, si chères aux parlementaires et aux privilégiés, sont disqualifiées.

439. À côté du despotisme des parlements, Volney dénonce le despotisme de la Noblesse et son hypocrisie :

« Dans ces troubles derniers, vos Nobles parlaient de *patriotisme*, de *dévouement*, de *liberté* ; nous pensions que c'était l'esprit de la Nation. Nous vous croyions un Peuple libre, et vous être des hommes subjugués. Ils tonnaient contre le despotisme ; et je n'ai jamais vu de lieu où il y en eût plus que dans votre Ville (Rennes). De quelque côté que je me tourne, je ne trouve que Despotisme ; Despotisme de Noblesse ; Despotisme de Parlement ; Despotisme même de Clergé, et tout cela Despotisme Gentilhomme. »¹⁹³³

Là encore, les théories de Montesquieu sont mis à mal, l'idée que la noblesse est nécessaire à la monarchie est frontalement contestée. Lanjuinais attaque également les nobles en les accusant de « despotisme aristocratique »¹⁹³⁴.

440. De manière générale, la doctrine patriote fustige toute réclamation corporatiste appuyée sur la tradition. Rabaut Saint-Étienne déclare par exemple :

« Le cri en faveur de l'usage et de la coutume, n'est jamais poussé par le peuple, qui, fatigué des abus, soupire toujours après la réforme. Observez-le bien : c'est toujours le cri des corps particuliers ; chacun d'eux appelle, *loi fondamentale*, la loi qui lui donne des prérogatives, de l'éclat ou de l'autorité.

« Ils appellent donc, constitution de l'état, ce qui n'est au fond, que leur constitution ; et maxime d'état, ce qui n'est que leurs maximes. Cependant il n'y a qu'une maxime d'état, c'est le bonheur du peuple : *salus populi suprema lex esto [sic]*. Aussi ne manquent-ils pas de dire, que le bonheur du peuple est attaché à la conservation de ces maximes ; mais ce sont eux qui le disent ; le peuple a droit d'en appeler, et il peut juger, mieux que personne, si ces lois, prétendues fondamentales, font réellement son bonheur. »¹⁹³⁵

Les corps particuliers sont opposés au peuple, qui représente la généralité. Les usages revendiqués par ces corps sont présentés comme la défense d'intérêts particuliers au détriment de l'intérêt du peuple et de son bonheur. Seul ce dernier serait compétent pour juger de la validité des lois fondamentales, en évaluant si ces lois servent le seul objectif valable de l'État : le bonheur du peuple.

Pour Rabaut, ces corps intermédiaires ne peuvent que chercher à défendre leurs

1932 FAUCHET, *Le Despotisme des parlements*, éd. cit., p. 27-28.

1933 VOLNEY, *La Sentinelle du peuple*, n° 4, p. 12-13.

1934 LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, éd. cit., p. 4.

1935 RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat*, éd. cit., p. 12-13.

prérogatives¹⁹³⁶ : « sous aucun aspect, les pouvoirs intermédiaires ne sont les défenseurs naturels et assurés des droits et des intérêts de la nation : un corps intermédiaire n'est donc qu'un corps isolé et *interposé*. »¹⁹³⁷ Les corps, par l'esprit de corps qui les animent, ne peuvent être occupés qu'à préserver leur intérêts particuliers¹⁹³⁸ contre l'intérêt général : « Qu'on me cite quelque vérité nouvelle adoptée par les hommes, et je prouverai qu'elle a été longtemps arrêtée par quelque corps, et toujours par celui qui avait intérêt à l'arrêter ; intérêt d'argent, ou intérêt de domination, ou intérêt d'amour-propre. »¹⁹³⁹ En conséquence, il souhaite que les États-généraux supprime ces corps intermédiaires¹⁹⁴⁰.

441. Condorcet est encore plus radical dans son attaque des idées de Montesquieu et son refus des corps intermédiaires :

« Montesquieu regarde les distinctions, les Compagnies, les Institutions aristocratiques comme utiles dans un État monarchique [...] Mais si on songe que ces distinctions, ces corporations, qui ne peuvent exister qu'à grands frais, sont pour le Peuple un impôt énorme et perpétuel ; qu'elles tendent à augmenter, à éterniser l'inégalité des fortunes, et avec elles le luxe, le mépris des vertus privées, la corruption des mœurs ; si on n'oublie pas que ces Corps ont aussi des prérogatives à soutenir contre la Nation ; qu'ils cherchent plus à la dominer qu'à la défendre, on ne pourra disconvenir que ses intérêts seront soutenus avec moins d'inconvénients, de dangers, et d'une manière plus sûre, par des Assemblées de Représentants élus par elle, ne pouvant avoir une existence indépendante d'elle, et dont on rejetterait d'autant plus difficilement les réclamations, qu'on ne pourrait les supposer dictées par un esprit de domination ou de cabale. [...] ces Assemblées donnent au Peuple un moyen légal de faire entendre ses réclamations par un organe pur et tranquille, on ne pourra disconvenir qu'elles seront un garant de la tranquillité publique plus sûr que des Corps intermédiaires, perpétuels, et occupés de leur propre intérêt. »¹⁹⁴¹

Ici encore les corps intermédiaires sont critiqués pour leur biais corporatiste. Ils doivent en conséquence être remplacés par une représentation de la nation, qui soit réellement son porte-parole. Le modèle de l'équilibre des forces, des pouvoirs intermédiaires et de la nécessité de la

1936Il développe longtemps cette idée dans le point XI consacré aux « pouvoirs intermédiaires » et dans le point XII dédié aux « intérêts particuliers des corps » *Ibid.*, p. 44-57.

1937*Ibid.*, p. 46.

1938« Les corps particuliers sont, en un sens, les ennemis naturels du roi et de la nation ; non qu'il faille suspecter la moralité de ceux qui composent ces corps, ni même leurs lumières, mais parce qu'il est dans la nature des choses que tout corps cherche à conserver son autorité, ses prérogatives et ses richesses, et même à les accroître.

« Or, il ne peut accroître son autorité qu'au dépens de celle du monarque, et ses richesses qu'aux dépens des sujets. » *Ibid.*, p. 38-39.

1939*Ibid.*, p. 54.

1940« Un si grand danger ne peut être prévenu que par l'intervention des États-Généraux qui, concourant à la législation, de concert avec le Roi, détruiront tous les pouvoirs intermédiaires, dont la forme, purement imaginaire, n'existe que par une concession tacite et sans aucun droit réel. » RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 54.

1941CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., p. 85-87.

Noblesse, qui formait la théorie de la constitution de la monarchie de Montesquieu¹⁹⁴², est frontalement attaqué par les patriotes qui adoptent une conception différente de la distribution du pouvoir politique.

E. Une nouvelle conception de la distribution du pouvoir

Si la répartition du pouvoir n'est pas dictée par l'appartenance à différentes classes de la société, elle est construite, en opposition aux parlements et au Roi, comme une nécessité de séparer les pouvoirs exécutif et législatif (1). Les patriotes ne s'accordent néanmoins pas sur la modalité optimale de distribution du pouvoir (2).

1. La nécessité de séparer les pouvoirs exécutif et législatif

La nécessité de séparer les fonctions de législation et d'exécution des lois est mise en avant par les patriotes ; leur confusion conduirait au despotisme. Cette exigence leur permet de critiquer les parlements et leur refuser tout droit à participer à la fonction législative.

442. Condorcet utilise la notion de pouvoir législatif pour critiquer la volonté des parlements de s'en arroger une portion et de le confondre avec le pouvoir de juger :

« Si une Nation est menacée du plus cruel de tous les despotisme, le despotisme judiciaire, *par une union monstrueuse du pouvoir de juger avec des prétentions à une partie du pouvoir législatif* [...] Alors on ne peut se dissimuler que [...] tout ce système de législation [...] n'ait besoin d'une grande réforme, et qu'il ne soit temps qu'un nouvel édifice appuyé sur la raison, sur l'humanité, sur le droit naturel, remplace les restes des monuments gothiques que nos aïeux avaient bâtis sur l'orgueil, la superstition et le mépris des hommes. »¹⁹⁴³

La confusion du pouvoir de consentir aux lois et de juger en application de ces lois est vivement critiquée par Condorcet qui y voit une confusion des pouvoirs menant au despotisme.

443. Le *Catéchisme des Parlements* présente une idée similaire :

« D. Qu'êtes-vous de votre nature ?

« R. Nous sommes des officiers du Roi, chargés de rendre la justice à ses peuples.

« D. Qu'aspirez-vous à devenir ?

« R. Les législateurs, et par conséquent les maîtres de l'état.

« D. Comment pourriez-vous en devenir les maîtres ?

« R. Parce qu'*ayant à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif*, il n'y aura rien qui puissent nous

1942 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

1943 Nous soulignons. CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, p. 254-255.

résister. »¹⁹⁴⁴

Les notions de pouvoir législatif et de pouvoir exécutif permettent de critiquer les prétentions parlementaires et de réclamer des distinctions qui ne soient pas sociales mais fonctionnelles. Ce n'est pas les différentes classes de citoyens dans la société qu'il faut distinguer, mais les différentes fonctions de l'État. Cette distinction des pouvoirs est la seule garantie contre le despotisme.

Dans ce nouveau paradigme, les parlements, loin d'être une protection contre le despotisme, en deviennent l'image même : les patriotes reprochent en conséquence aux parlements d'avoir usurpé le pouvoir royal pour instaurer une « oppressive Aristocratie »¹⁹⁴⁵.

Le *Despotisme des parlements* souligne ainsi :

« Il ne faut dans une Monarchie que deux sortes de pouvoirs ; la puissance législative qui réside dans le Peuple, et la puissance exécutrice qui appartient au Souverain : tous les autres pouvoirs sont des usurpations. »¹⁹⁴⁶

Pour cet auteur, le refus de la société d'Ordres conduit donc à ne reconnaître que deux organes dans l'État : le Roi et la nation. Ces deux organes ne se font pas mutuellement contre-poids, mais deux fonctions étatiques – légiférer et exécuter les lois – sont réparties entre ces deux organes.

Si les patriotes admettent que ces deux fonctions étatiques doivent être réparties entre les deux organes de l'État que sont le Roi et la nation, les modalités de cette répartition ne sont pas les mêmes pour tous les patriotes.

2. La diversité des conceptions de la répartition du pouvoir politique

Dès 1788, les patriotes sont divisés sur la distribution des fonctions législative et exécutive. Cette distinction des pouvoirs est au fondement du constitutionnalisme patriote. Néanmoins, les uns sont favorables à une monopolisation de la fonction législative par la nation (a), alors que d'autres entendent voir cette fonction partagée entre le Roi et la nation (b).

a. La monopolisation de la fonction législative par la nation et le rejet du modèle anglais

444. La frange la plus radicale des patriotes estime que le pouvoir législatif est détenu par la nation seule et que l'exécutif appartient au Roi. Ils réfutent également toute idée de balance des pouvoirs. Condorcet écrit à cet égard :

« Tout pouvoir a été établi pour le bien de celui qui obéit. Il est absurde de supposer que *les hommes*

1944Nous soulignons. *Catéchisme des parlements*, éd. cit., p. 1.

1945FAUCHET, *Le Despotisme des parlements*, éd. cit., p. 23.

1946Nous soulignons. FAUCHET, *Le Despotisme des parlements*, éd. cit., p. 28.

doivent élever sur eux un pouvoir trop étendu, pour le contre-balancer par une autre aussi trop étendu. Mais il ne faut donner à chaque pouvoir que l'étendue nécessaire pour qu'il soit utile. L'homme ne s'est pas mis en société pour être froissé entre des pouvoirs opposés, et devenir également la victime de leur réunion ou de leurs querelles, mais pour jouir en paix de tous ses droits sous la direction d'une autorité uniquement instituée pour les maintenir, et qui, ne devant jamais avoir la puissance de les violer, ne peut avoir besoin d'être contre-balancée par une autre puissance. »¹⁹⁴⁷

La théorie de la balance des pouvoirs¹⁹⁴⁸ est ainsi refusée en faveur d'une soumission du pouvoir royal au droit naturel, conformément à la théorie physiocrate. L'équilibre des pouvoirs est présenté comme une doctrine ayant pour seule fonction la conservation des privilèges : « tous ces principes de contrepoids et d'équilibre qu'on appelle la sauvegarde de la liberté, et [...] ne sont dans, le vrai, que celle de l'autorité du Riche ou du Noble, du Magistrat ou du Prêtre. »¹⁹⁴⁹

445. Cette conception plus radicale de la répartition du pouvoir politique rejette le plus souvent le modèle anglais qui confère un droit de *veto* législatif au Roi et aux privilégiés. Volney et Condorcet critiquent d'ailleurs l'anglomanie de certains des patriotes :

« Vous citez l'Angleterre où le Roi, les Pairs et les Communes sont trois pouvoirs ayant chacun puissance négative. Mais si l'Angleterre fait des fautes, c'est une raison de nous en garder. La belle constitution où un seul homme tient en balance tout un Peuple ! [...]

« Avec ce régime [séparation et *veto* des Ordres] nous serons une nuance de la constitution de la Pologne ; et deux *ordres pygmées* que l'on appelle *Clergé et Noblesse*, enchaîneront séparément, *le colosse immense du peuple.* »¹⁹⁵⁰

« Notre instruction sur la Constitution des États se borne en général à quelques maximes plus ingénieuses que solides, plus dangereuses qu'utiles, tirées de l'esprit des Lois, et à une admiration plus bruyante qu'éclairée pour la Constitution Anglaise. »¹⁹⁵¹

Ils rejettent le modèle anglais. Volney refuse que le Roi exerce une part du pouvoir législatif qui doit être entièrement confié à la nation. Le Roi détenteur du pouvoir exécutif n'est plus qu'un organe subordonné et soumis à la volonté nationale, conformément à la théorie rousseauiste de la répartition du pouvoir¹⁹⁵².

La constitution anglaise est donc rejetée par les patriotes les plus radicaux, mais sert de modèle aux plus modérés.

1947CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, *post scriptum*, p. 104-105.

1948Sur cette notion voir Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

1949CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, p. 327.

1950VOLNEY, *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S.....t (Serrant)*, éd. cit., p. 14.

1951CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, *post scriptum*, p. 101-102.

1952Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

b. Les anglomanes et le partage de la fonction législative entre plusieurs organes

Rabaut adhère à l'idée que les pouvoirs législatif et exécutif ne doivent pas être confiés à un même organe. Néanmoins, il estime qu'une répartition du pouvoir législatif entre plusieurs organes est souhaitable : « la Constitution convenable à la France, doit être celle du *triple pouvoir législatif*. »¹⁹⁵³ Cette terminologie, de même que les idées développées, semblent empruntées à l'ouvrage de Delolme¹⁹⁵⁴.

D'après Rabaut, ce modèle anglais aurait été repris par les États-Unis et devrait être retenu par la France¹⁹⁵⁵. L'adoption de cette constitution permettrait une délimitation précise de la répartition des pouvoirs qui n'existe pas dans le régime alors en vigueur : « Là, on ne voit pas l'autorité royale venir se briser devant des Cours et des Tribunaux de Justice, ni des Magistrats refuser de se soumettre à ses volontés : c'est que les limites de tous les pouvoirs y sont exactement posées. »¹⁹⁵⁶

Conformément aux théories de Delolme, il estime que le pouvoir législatif doit être divisé en trois parties, mais que « le pouvoir exécutif doit être dans les mains d'un seul, tout puissant par la Loi »¹⁹⁵⁷. Contrairement aux patriotes les plus radicaux, il ne préconise pas une suppression totale de la séparation des Ordres, mais défend l'idée d'« une balance parfaite entre les Ordres »¹⁹⁵⁸ assurée par leur répartition en deux chambres distinctes (une chambre pour les privilégiés, une autre pour les non-privilégiés)¹⁹⁵⁹ :

« C'est ainsi qu'en mettant les deux Chambres dans une opposition continuelle, on les maintiendra dans un parfait équilibre ; c'est ainsi que ces Assemblées nationales, sans nuire à l'autorité du Roi, sans compromettre la sécurité des Peuples, pourront leur procurer tous les avantages qu'ils ont droit d'en attendre. »¹⁹⁶⁰

La position de Rabaut n'est pas sans paradoxe car il refuse toute distinction fondée sur l'appartenance à un Ordre tout en recommandant une constitution dans laquelle cette distinction entre les privilégiés et les non-privilégiés est maintenue dans deux chambres séparées. Néanmoins, les arguments avancés en faveur d'un tel système sont des arguments abstraits fondés sur les

1953 RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 11.

1954 DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1774, p. 27. Voir *supra*.

1955 « Une convention générale des Citoyens les plus éclairés de l'Amérique, a été convoquée l'année dernière. Dans cette célèbre Assemblée, la constitution Anglaise, perfectionnée à quelques égards, mais dont le point principal de la division du pouvoir législatif en trois parties a été soigneusement conservé, a été unanimement adoptée. [...] Le pouvoir législatif est divisé entre une Chambre de Représentants, un Sénat et un Président : et ce Président, sans avoir le nom de Roi, a, de fait par la Loi, les pouvoirs les plus étendus ; son autorité est presque égale à celle du Roi d'Angleterre. » RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 30-32.

1956 RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation*, éd. cit., p. 45.

1957 *Ibid.*, p. 96.

1958 *Ibid.*, p. 54 et s.

1959 *Ibid.*, p. 64 et s.

1960 *Ibid.*, p. 67.

théories relatives au fonctionnement du système politique et à la répartition du pouvoir, et non des arguments historiques et traditionalistes. Le rapport d'opposition qui généra de violents affrontements au sein même du parti patriote est déjà en germe, mais il est pour l'instant occulté par l'opposition commune aux privilégiés.

446. Quelles que soient leur conceptions de la répartition du pouvoir, les patriotes ont tous une réclamation commune : l'exigence d'une meilleure détermination de la répartition des compétences entre les différents organes politiques de l'État et l'organisation de cette répartition d'après des principes rationnels et abstraits. Cette exigence de détermination, de reconnaissance des droits naturel et d'écriture d'une constitution conduit Volney à demander « qu'il ne soit accordé aucun subside, ni impôt que préalablement il n'ait été passé une *charte* fondamentale, où soient clairement exprimés tous les droits de la Nation, tant ceux qui dérivent du contrat social pris abstractivement, que ceux qui sont applicables en particulier à notre gouvernement. »¹⁹⁶¹

Il demande donc formellement la codification de cette double constitution, constitution naturelle et constitution positive, avant de consentir l'impôt. Condorcet estime également qu'« une déclaration des droits de l'homme et du Citoyen, rédigée par des hommes éclairés, est la véritable barrière de tous les pouvoirs »¹⁹⁶². Lenoir-Laroche enjoignait aux futurs députés : « Ne vous laissez pas effrayer à l'aspect des décombres et des ruines dont vous serez entourés ; mais relevez une colonne, et gravez-y les premiers droits de l'homme et des Nations. »¹⁹⁶³ Les patriotes s'approprient ici aussi bien les théories des physiocrates, qui demandaient une uniformisation et un règne de la raison, que celles des parlements qui réclamaient pour les droits de la nation et la souveraineté nationale.

447. Face à la campagne de pamphlet et aux résistances de certaines assemblées provinciales comme celle du Dauphiné, le Parlement de Paris changea une nouvelle fois de doctrine dans un arrêté du 5 décembre 1788. Dans ce dernier, il entend préciser ce qu'il voulait dire lorsqu'il réclamait le respect de formes de 1614. Il demande le maintien des formes de convocation, mais, pour la composition des États-généraux et le nombre des députés, il adopte une position bien plus libérale :

« A l'égard de la composition, la cour n'a pu ni dû porter la moindre atteinte au droit des électeurs, *droit naturel, constitutionnel et respecté jusqu'à présent*, de donner leurs pouvoirs aux citoyens qu'ils en jugent

1961VOLNEY, *Lettre de M. Chassebeuf de Volney à M. le comte de S.....t (Serrant)*, éd. cit., p. 21.

1962CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, éd. cit., II, *post scriptum*, p. 105.

1963*Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné, contenant leur examen et leur développement, pour servir aux états généraux*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, éd. cit., p. 86.

les plus dignes.

« A l'égard du nombre, celui des députés respectifs n'étant déterminé par aucune loi, ni par aucun usage constant pour aucun ordre, il n'a été ni dans le pouvoir ni dans l'intention de la cour d'y suppléer ; ladite cour ne pouvant sur cet objet que s'en rapporter à la sagesse du roi sur les mesures nécessaires à prendre pour parvenir aux modifications que *la raison, la liberté, la justice et le vœu général peuvent indiquer.* »¹⁹⁶⁴

Le Parlement de Paris invoque à nouveau le droit naturel pour reconnaître une liberté électorale et ne s'oppose plus au doublement du Tiers, conseillant au roi de fonder sa décision sur la raison et le vœu général. Il énonce également les conditions auxquelles une assemblée peut être considérée « comme vraiment nationale »¹⁹⁶⁵. Ces conditions sont : la périodicité des États-généraux, le consentement des États-généraux à l'impôt et aux lois, la responsabilité ministérielle, la liberté individuelle et la liberté de la presse, sauf le cas des écrits répréhensibles¹⁹⁶⁶. Il se garde toutefois d'admettre la réunion des Ordres.

Le Parlement de Paris semble en apparence adhérer aux thèses les plus libérales, mais il mène en parallèle une guerre violente contre les écrits qu'il juge séditieux et expose dans les motifs de ces arrêtés des positions bien plus conservatrices. Le *Catéchisme des parlements* et la *Lettre de M. C.-F. De Volney à M. le Comte de S...t*, sont par exemple condamnés, le 6 mars, « à être lacérés et brûlés par l'Exécuteur de la Haute-Justice, comme séditieux et calomnieux »¹⁹⁶⁷. Ils accusent ces

1964 Nous soulignons. *Flammermont*, III, p. 780-781.

1965 *Flammermont*, III, p. 781.

1966 « Ladite cour a de plus arrêté que ledit seigneur roi serait supplié très-humblement de ne plus permettre aucun délai pour la tenue, des États généraux, et de considérer qu'il ne subsisterait aucun prétexte d'agitation dans les esprits, ni d'inquiétude parmi les ordres, s'il lui plaisait, en convoquant les États-généraux, de déclarer et consacrer :

« Le retour périodique des États généraux ;

« Leur droit d'hypothéquer aux créanciers de l'État des impôts déterminés ;

« Leur obligation envers les peuples de n'accorder aucun autre subside qui ne soit défini pour la somme et pour le temps ;

« Leur droit de fixer et d'assigner librement, sur les demandes dudit seigneur roi, les fonds de chaque département ;

« La résolution dudit seigneur roi de concerter d'abord la suppression de tous impôts définitifs des ordres avec le seul qui les supporte ; ensuite leur remplacement avec les trois ordres par des subsides communs, également répartis ;

« La responsabilité des ministres ;

« Le droit des États généraux d'accuser et traduire devant les cours, dans tous les cas intéressant directement la nation entière, sans préjudice des droits du procureur général dans les mêmes cas ;

« Les rapports des États généraux avec les cours souveraines, en telle sorte que les cours ne doivent ni ne puissent souffrir la levée d'aucun subside qui ne soit accordé, ni concourir à l'exécution d'aucune loi qui ne soit demandée ou consentie par les États généraux ;

« La liberté individuelle des citoyens, par l'obligation de remettre immédiatement tout homme arrêté dans une prison royale entre les mains de ses juges naturels,

« Et la liberté légitime de la presse, seule ressource prompte et certaine des gens de bien contre la licence des méchants, sauf à répondre des écrits répréhensibles après l'impression, suivant l'exigence des cas.

« Au moyen de ces préliminaires, qui sont dès à présent dans la main du roi, et sans lesquels on ne peut concevoir une assemblée vraiment nationale, il semble à la cour que le roi donnerait à la magistrature la plus douce récompense de son zèle, en procurant à la nation ; par le moyen d'une solide liberté, tout le bonheur dont elle est digne. »
Flammermont, III, p. 781.

1967 *Arrêt de la cour de Parlement, rendu les chambres assemblées, les pairs y séant, qui condamne un imprimé ayant pour titre "Lettre de M. C.-F. de Volney à M. le comte de S..."*, et onze autres imprimés sans nom d'auteur, à être lacérés et brûlés par l'exécuteur de la haute-justice : extrait des registres du Parlement du six mars mil sept cent

écrivains « de dénaturer la Constitution française, pour s'élever sur ses ruines par l'établissement d'une égalité chimérique dans les états et dans toutes les conditions »¹⁹⁶⁸. Néanmoins, la campagne des pamphlets est bien lancée et toutes les tentatives parlementaires pour l'arrêter échouèrent. Le Roi lui-même se désintéressait des parlements qui, après avoir tant réclamé la réunion des États-généraux, l'avaient obtenue à leurs dépens.

448. Le régime électoral finalement arrêté par Necker¹⁹⁶⁹ après consultation des Notables et au cœur de la campagne des pamphlets est relativement libéral. Certains aspects de ce règlement donnent raison aux patriotes alors que d'autres semblent davantage trancher en faveur des conservateurs¹⁹⁷⁰.

Necker admet, contrairement aux recommandations des Notables, que la représentation soit proportionnée à la population¹⁹⁷¹, ce qui conduit à la fonder « essentiellement sur un suffrage universel individualiste égalitaire »¹⁹⁷². Cela représente une « révolution juridique et sociale »¹⁹⁷³ car une telle mesure « est inséparable de l'idée moderne de représentation, elle renvoie au concept de chaque individu porteur de droits égaux dans la formation du pouvoir politique et d'une assemblée "nationale" »¹⁹⁷⁴. Necker entérinait donc implicitement les revendications individualistes et égalitaires des patriotes.

quatre-vingt neuf, Paris, Nyon, 1789, p. 1.

1968 *Ibid.*, p. 19.

1969 Pour davantage de précisions sur ce régime électoral voir : Jacques CADART, *Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, 1952 et François FURET, « La monarchie et le règlement électoral de 1789 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 375.

1970 « Rappelé au pouvoir par l'opinion plus que par la royauté, l'administrateur-philosophe rencontre enfin l'occasion de mettre en œuvre ses idées [...] Mais le financier protestant [...] sait [...] qu'il lui faut amadouer les Grands et la noblesse [...]. De là le caractère contradictoire de son texte, à mi-chemin entre la tradition et l'innovation, mais non pas au sens où s'opèrerait un compromis politique à l'intérieur de chacun des points en discussion ; ce qui se passe au contraire, c'est le traitement de certaines questions selon l'esprit de l'innovation, et l'abandon des autres à la tradition, ou plutôt à l'idée que l'on s'en fait. Deux esprits se partagent le texte ministériel, mais simplement superposés, sans avoir été les objets d'une tentative de synthèse. » François FURET, « La monarchie et le règlement électoral de 1789 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 379-380.

1971 NECKER, *Rapport fait au Roi, dans son conseil, par le ministre des finances : précédé du Résultat du conseil d'État du Roi, tenu à Versailles le 27 décembre 1788*, 1788, BN Lb39-889, p. 4-7.

1972 « On peut dire que le régime électoral de 1789 était basé essentiellement sur un suffrage universel individualiste égalitaire à deux ou trois degrés sans que les différences de degré aient créé d'inégalités réelles entre les électeurs ; il permettait accessoirement et dans la mesure du possible la représentation des communautés. Au contraire le régime antérieur était fondé principalement sur le principe de la représentation communautaire qui primait l'égalité entre les individus restée subsidiaire mais cependant en progression depuis les origines. Le principe fondamental des élections a donc été renversé en 1789 par le roi lui-même sans que celui-ci se rendit compte ni ne comprît la portée de cette révolution juridique et sociale. L'Assemblée Nationale se borna à enregistrer ce résultat acquis et à en tirer les conséquences. » Jacques CADART, *Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, 1952, p. 132.

1973 *Ibid.*

1974 François FURET, « La monarchie et le règlement électoral de 1789 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 379.

Sans doute pour faire accepter le doublement du Tiers, Necker prétend défendre la séparation des Ordres et invoque à cette occasion « l'ancienne constitution » que venaient de théoriser les conservateurs¹⁹⁷⁵. Necker présente les partisans et les opposants au doublement du Tiers¹⁹⁷⁶ et leurs arguments. Néanmoins, il réclame en faveur du doublement du Tiers en des termes proches des brochures patriotes :

« Le vœu du Tiers-état, quand il est unanime, quand il est conforme aux principes généraux d'équité, s'appellera toujours le vœu national ; le temps le consacra ; le jugement de l'Europe l'encouragera et le Souverain ne peut que régler dans sa justice ou avancer dans sa sagesse ; ce que les circonstances et les opinions doivent amener d'elles-mêmes. »¹⁹⁷⁷

Il semble donc se ranger à leur opinion s'agissant de la prépondérance du Tiers dans la formation de la volonté nationale et dans le rôle second du Roi qui ne peut qu'entériner ce vœu lorsqu'il est dicté par la raison, bien qu'il se défende de souhaiter la réunion des Ordres¹⁹⁷⁸. Il ne

1975« Faut-il que le nombre des Députés du Tiers-état soit égal à celui des deux autres Ordres réunis ? Ou ce nombre doit-il composer simplement la troisième partie de l'ensemble ?

« Cette question, la plus importante de toutes, divise en ce moment le Royaume. L'intérêt qu'on y attache est peut-être exagéré de part et d'autre ; car, *puisque l'ancienne constitution ou les anciens usages autorisent les trois ordres à délibérer et voter séparément aux États-généraux*, le nombre des députés, dans chacun de ces ordres, ne paraît pas une question susceptible du degré de chaleur qu'elle excite. Il serait sans doute à désirer que les ordres se réunissent volontairement dans l'examen de toutes les affaires où leur intérêt est absolument égal et semblable ; mais *cette détermination même dépendant du vœu distinct des trois ordres*, c'est de l'amour commun du bien de l'État qu'on doit l'attendre. » Nous soulignons. NECKER, *Rapport fait au Roi, dans son conseil, par le ministre des finances : précédé du Résultat du conseil d'Etat du Roi, tenu à Versailles le 27 décembre 1788*, éd. cit., p. 8.

1976« L'on compte en faveur de l'opinion que réduit le nombre des Députés du Tiers-état, à la moitié des Représentants des deux autres Ordres réunis ; 1° La majorité décidée des Notables. 2° Une grande partie du Clergé et de la Noblesse. 3° Le vœu prononcé de la Noblesse de Bretagne. 4° Le sentiment connu de plusieurs Magistrats, tant du Conseil du Roi que des Cours souveraines 5° Une sorte d'exemple tiré des États de Bretagne, de Bourgogne et d'Artois divisés en trois Ordres, et où cependant le Tiers-état est moins nombreux que la Noblesse et le Clergé 6° Enfin, plusieurs Princes du Sang dont les sentiments se sont manifestés d'une manière positive.

« On voit d'un autre côté, en faveur de l'admission du Tiers-état, dans un nombre égal à celui des deux autres Ordres réunis. 1° L'avis de la minorité des Notables, entre lesquels on compte plusieurs personnes distinguées par leur rang dans la Noblesse et dans le Clergé. 2° L'opinion de plusieurs Gentilshommes qui n'étaient pas dans l'Assemblée des Notables. 3° Le vœu des trois Ordres du Dauphiné. 4° La demande formée par divers Commissions ou Bureaux Intermédiaires des Administrations Provinciales, demande que ces administrations auraient vraisemblablement appuyée, si elles avaient tenu leurs séances cette année. 5° L'induction qu'on peut tirer de l'ancienne constitution des États de Languedoc, et de la formation récente des États de Provence et du Hainaut, où le tiers-état est en nombre égal aux deux autres Ordres. 6° Le dernier arrêté du Parlement de Paris, où sans prononcer sur l'égalité du nombre entre le Tiers-état et les deux autres Ordres, le Parlement s'explique de la manière suivante : "À l'égard du nombre, celui des Députés respectifs n'étant déterminé par aucune loi, ni par aucun usage constant pour aucun Ordre, il n'a été ni dans le pouvoir, ni dans l'intention de la Cour, d'y suppléer ; ladite Cour ne pouvant, sur cet objet, que s'en rapporter à la sagesse du Roi sur les mesures nécessaires à prendre pour parvenir aux modifications que la raison, la liberté, la justice et le vœu général peuvent indiquer." 7° Enfin, et par dessus tout, les adresses sans nombre des villes et des communes du Royaume, et le vœu public de cette vaste partie de vos Sujets, connue sous le nom de Tiers-état. Je pourrais ajouter encore ce bruit sourd de l'Europe entière, qui favorise confusément toutes les idées d'équité générale. » *Ibid.*, p. 9-12.

1977 *Ibid.*, p. 22.

1978« Obligé maintenant, pour obéir à ses ordres, de donner mon avis avec les autres Ministres de S. M. sur l'objet essentiel traité dans ce moment, je dirai donc qu'en mon âme et conscience et en fidèle serviteur de Votre Majesté, je pense décidément qu'Elle peut et qu'Elle doit appeler aux États-généraux un nombre de Députés du Tiers-état égal en nombre aux Députés des deux autres Ordres réunis, non pour forcer, comme on paraît le craindre, la délibération par tête, mais pour satisfaire le vœu général et raisonnable des Communes de son Royaume, dès que cela se peut sans nuire aux intérêts des deux Ordres. » *Ibid.*, p. 22-23.

reconnaît pas en revanche de droits aux individus et présente toujours le Roi comme le garant et le protecteur des droits des Ordres¹⁹⁷⁹.

Necker avoue lui-même la position délicate dans laquelle se trouve le pouvoir royal face à la guerre des conservateurs et des patriotes. Il se présente « l’embarras dans lequel se trouve le Gouvernement, et au milieu de la fermentation présente, et au milieu de ce combat des usages et de l’équité, des formes et de la raison »¹⁹⁸⁰. Comme le souligne François Furet, « par l’intermédiaire de son ministre, la monarchie elle-même oppose la raison et la justice à la tradition. »¹⁹⁸¹

Le Roi suivit les recommandations de son ministre¹⁹⁸² et fixa la date de convocation au 27 avril 1789. Il admit le doublement du Tiers et proportionna la représentation à la population. Néanmoins, les élections et la rédaction des cahiers se fait dans chaque Ordre séparément et la réunion des Ordres ne peut intervenir qu’avec le consentement de chaque Ordre, pris séparément¹⁹⁸³.

S’agissant des fonctions des États-généraux, le Roi demande aux États-généraux des conseils pour « l’établissement d’un ordre fixe et durable dans toutes les parties de l’administration »¹⁹⁸⁴ qui serait réalisé grâce à une concertation¹⁹⁸⁵. Le Roi reconnaît implicitement donc l’existence d’un partage de pouvoir avec les États et l’inconstance des règles de droit public que dénonçaient les patriotes. Il ne reconnaît néanmoins pas de pouvoir explicite aux États-généraux et reste silencieux sur les modalités de délibération.

449. La publication du rapport de Necker suscita d’importantes réactions, y compris dans les provinces qui avaient pris part au débat pendant que siégeait l’Assemblée des Notables.

Les États du Dauphiné adressent à Necker une lettre de remerciement dans laquelle ils

1979« Que l’on ait pris de vaines alarmes, que l’on conçoive de faux ombrages, Votre Majesté les dissipera en se montrant le gardien des droits de tous les Ordres de son Royaume : Elle ne se déterminera dans la question présente, que par un sentiment de justice, et ce même sentiment deviendra le garant de toutes les propriétés, et servira de défense à tous les Ordres de l’État. » *Ibid.*, p. 24.

« Il était bien naturel et bien digne de la protection que Votre Majesté accorde également à tous les Ordres de son royaume, de chercher avec attention et avec suite, tous les moyens qui pouvaient lui donner l’espérance de concilier leurs diverses prétentions et leurs différents intérêts » *Ibid.*, p. 26-27.

1980*Ibid.*, p. 42.

1981François FURET, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Hachette librairie, 1988, réed. Arthème Fayard, 2011, p. 102

1982NECKER, *Rapport fait au Roi, dans son conseil, par le ministre des finances : précédé du Résultat du conseil d’Etat du Roi, tenu à Versailles le 27 décembre 1788*, éd. cit., p. 1.

1983« Art. XLIII. Chaque ordre rédigera ses cahiers, et nommera ses députés séparément, à moins qu’il ne préfère d’y procéder en commun, auquel cas le consentement des trois ordres, pris séparément, sera nécessaire. » Règlement fait par le Roi pour l’exécution des lettres de convocation, 24 janvier 1789, *Brette*, I, p. 66.

1984« Nous avons besoin du concours de nos fidèles sujets pour nous aider à surmonter toutes les difficultés où nous nous trouvons, relativement à l’état de nos finances, et pour établir, suivant nos vœux, un ordre constant et invariable dans toutes les parties du gouvernement qui intéressent le bonheur de nos sujets et la prospérité de notre royaume. » Lettre du Roi, pour la convocation des Etats généraux à Versailles, le 27 avril 1789, *Brette*, I, p. 64.

1985« Les assurant que de notre part ils trouveront toute volonté et affection pour maintenir et faire exécuter ce qui aura été concerté entre nous et lesdits Etats, soit relativement aux impôts qu’ils auront consentis, soit pour l’établissement d’une règle constante dans toutes les parties de l’administration et de l’ordre public » *Ibid.*

déclarent : « Le rapport touchant que vous avez fait à S. M. sur les formes des États-Généraux, nous a vivement émus ; jamais on ne parla des droits de l'homme et du projet du meilleur des Rois, avec plus de sentiments et de dignité. »¹⁹⁸⁶

La noblesse de Bretagne maintint ses revendications. Le 10 janvier, l'Ordre de la noblesse adopte une protestation dans laquelle il réclame le respect des « formes anciennes » et des « lois constitutives »¹⁹⁸⁷ et estime que « tout changement qui serait fait à la forme constitutive des États de cette Province, sans avoir été librement délibéré et consenti à l'unanimité des trois Ordres, pour l'avantage de l'un d'entre eux, rendrait lesdits États inconstitutionnels »¹⁹⁸⁸. En conséquence, il profère « le serment solennel de ne participer à aucune administration qui serait contraire à la Constitution de la Bretagne »¹⁹⁸⁹. Ces protestations furent vaines.

La première bataille idéologique dans la guerre des Ordres était remportée par les patriotes, ou du moins par les plus modérés d'entre eux. Ils avaient obtenu du pouvoir royal un mode de convocation appuyé sur leurs principes et qui leur seraient favorables.

Le débat allait se poursuivre en attendant la réunion des États-généraux. La campagne des pamphlets s'intensifie et les patriotes s'attachent maintenant à établir leur programme politique, à déterminer ce qu'ils veulent faire lorsqu'ils disent vouloir établir une constitution.

§ 2. *La précision de la conception patriote de la constitution*

450. Une fois déterminées les formes de convocation des États-généraux, la campagne des pamphlets prend un nouveau tournant et offre un contrepoint aux cahiers de doléances qui sont rédigés majoritairement par des conservateurs. Comme l'écrit François Furet, ces derniers sont « le testament réformateur de l'ancienne monarchie, écrit dans sa langue » par les « légistes de l'Ancien Régime »¹⁹⁹⁰. Le débat sur le fonctionnement des États-généraux, le rôle qu'ils doivent jouer et ce qu'ils doivent exiger avant de consentir à l'impôt s'ouvre alors.

Les mois qui mènent à la réunion des États-généraux sont l'occasion de nouvelles brochures, de nouveaux pamphlets, dont le plus célèbre est certainement celui de Sieyès *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* Les idées contenues dans ces pamphlets sont loin d'être homogènes, y compris parmi brochures écrites par des patriotes¹⁹⁹¹. Néanmoins, elles présentent des traits communs : la nécessité

1986 *Procès-verbal des Etats de Dauphiné, assemblés à Romans dans le mois de décembre 1788*, éd. cit., p. 145.

1987 *Protestation de l'Ordre de la noblesse de Bretagne ; Déclaration de l'Ordre de la noblesse* : le 10 janvier 1789, 1789, BN Lb39-977, p. 1.

1988 *Ibid.*, p. 4.

1989 *Déclaration de l'Ordre de la Noblesse, Rennes*, le 10 janvier 1789, BN Lb39-977.

1990 François FURET, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio Histoire », Gallimard, 1978, p. 71-72.

1991 « Avant même l'ouverture des États-généraux, deux conceptions différentes de la Constitution future s'affrontent déjà. Les uns, avec Mounier, y voient un contrat entre la Nation souveraine et son représentant nécessaire et héréditaire. Les autres, avec Sieyès, reconnaissent, dans la Constitution, que les États-généraux donneront à la France, non l'acte déclaratoire d'un rapport de forces entre deux puissances, mais la libre création d'une

de subordonner la constitution au droit naturel et à la raison, le rôle central reconnu à la nation dans l'élaboration de la constitution et de la loi, la nécessité de subordonner l'exécutif à la loi et le législatif à la constitution (A). En outre, la constitution est définie comme un règlement uniforme, stable et précis garantissant les droits de l'homme. Cette définition permet ainsi de déclarer que le régime en place en est dépourvu (B).

A. Fondement, origine et objet de la constitution : droits de l'homme, Nation et distinction des fonctions étatiques

Les brochures qui paraissent après la publication du règlement royal poursuivent et développent les thèmes évoqués dans les pamphlets de la fin de l'année 1788, mais elles ont une approche plus concrète du mode de délibération des États-généraux et des mesures qui doivent y être prises. L'idée qu'une déclaration des droits de l'homme est nécessaire et constitue le fondement de la constitution apparaît (1). La constitution doit être écrite par la société-nation telle qu'elle est redéfinie par les patriotes (2).

1. Une déclaration des droits de l'homme, fondement de la constitution

451. La plupart des brochures patriotes affirment la suprématie de la raison, de la nature et des droits de l'homme sur l'ordre politique. Pour cette raison, nombreuses sont celles qui exigent que la constitution contienne une déclaration.

Condorcet estime ainsi que « les États-Généraux doivent commencer par une *Déclaration des droits* »¹⁹⁹². La nécessité d'une déclaration est également soulignée par le duc d'Orléans dans sa *Délibération à prendre dans les Assemblées* : « une déclaration des Droits est un besoin constitutionnel dans notre position actuelle ; nous sommes éloignés de ne nous conduire que d'après les principes de l'Ordre social [...] Arrêté : que les États-Généraux commenceront par présenter aux Peuples le tableau de leurs droits essentiels, sous le nom de *Déclaration des Droits*. »¹⁹⁹³ De même, Brissot propose dans déclaration dans son *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*.

Une brochure anonyme intitulée *Matériaux pour l'édifice de la constitution française* estime que :

« Cette constitution doit être fondée sur le plus ancien et le plus respectable titre du genre humain, le Droit naturel ; qui assure à l'homme sa dignité et sa liberté ; qui seul a rendu possible l'existence de la

souveraineté sans partage. Le dialogue entre Sieyès et Mounier se poursuivra à Versailles. » Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens*, 1789, Armand Colin, 1950, p. 34.

1992CONDORCET, *Déclaration des droits, traduite de l'anglois, avec l'original à côté*, Londres, 1789, BN Lb39-6914, Avis de l'éditeur.

1993Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de *Délibération à prendre dans les Assemblées*, Seconde édition, corrigée, 1789, BN Lb39-1380.

Société civile, et qui peut seul la régénérer, quand de longues infractions de ce droit l'ont dépravée et presque anéantie. »¹⁹⁹⁴

Les droits de l'homme tels qu'ils se déduisent du droit naturel sont donc présentés par les patriotes comme les seuls fondements valables de l'ordre politique. Cette exigence théorique trouve son expression pratique dans la réclamation d'une déclaration des droits intégrée à la constitution. Ces droits doivent faire partie intégrante de la constitution et s'imposent à elle.

452. Cette invocation des droits de l'homme et du droit naturel sert encore à disqualifier les prétentions des privilégiés, le pamphlet poursuit donc en affirmant : « Tout ce qui s'écarte de ce Droit primitif pour l'intérêt de quelques Corps, de quelques familles, ou de quelques individus, est contraire à la raison, à l'humanité, et doit être à jamais proscrit. »¹⁹⁹⁵

Les arguments des physiocrates¹⁹⁹⁶, dont ceux présents dans le *Mémoire sur les Municipalités*, sont repris par les patriotes, notamment lorsqu'il s'agit de justifier la possibilité de réexaminer l'ensemble des principes traditionnels à la lumière de la raison et de disposer d'un droit d'inventaire. Ils font leur l'idée d'un ordre naturel suprême supérieur à l'ordre positif, fondé sur les droits de l'homme, mais ils lui associent maintenant le rejet de l'absolutisme et la souveraineté de la société-nation.

2. L'origine de la constitution : la société-nation

Les patriotes avaient déjà évoqué l'idée que la constitution devait être établie par la nation et avaient redéfini la nation comme une association d'individus libres et égaux¹⁹⁹⁷. Cette redéfinition de la nation sert maintenant de justification à la réclamation de la délibération en commun et du vote par tête (a). La nécessité du consentement de la nation pour établir une constitution est également réaffirmée de manière non-équivoque (b).

1994 *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, mars 1789, BN Lb39-7052, p. 2.

1995 *Ibid.*

1996 « Suivant nous, et sans méconnaître les influences nombreuses et diverses qui ont pu agir sur la Révolution, c'est à l'Ecole dite Physiocratique que revient principalement l'honneur d'avoir inspiré la Constituante : c'est à Quesnay et à ses disciples que revient l'honneur d'avoir enseigné avec le plus de force l'existence et la nécessité de certains principes supérieurs et immuables qui s'imposent à tous les temps et à tous les peuples, principes que tous les hommes doivent avoir continuellement devant les yeux, les législateurs pour leur servir de guide et les citoyens pour leur sauvegarde ; c'est à Quesnay et à ses disciples que revient l'honneur d'avoir enseigné avec le plus de force qu'il y a dans l'individu des droits essentiels et sacrés dont aucune puissance au monde ne peut le priver et au nom desquels il a le devoir de se révolter contre quiconque y porterait atteinte.

« Nous serions heureux si nous pouvions réussir à mettre en lumière ce rôle prépondérant de l'Ecole Physiocratique. »

Vincent MARCAGGI, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Fontemoing, 1912, p. 8-9.

1997 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 3.

a. La définition de la société-nation à l'appui de la délibération en commun et du vote par tête

453. Dans les discours patriotes, la société-nation est constituée d'individus libres et égaux¹⁹⁹⁸. Ces principes sont considérés comme « les fondements des Sociétés humaines »¹⁹⁹⁹. Nombreuses sont les brochures qui reprennent la notion de contrat social et se réfèrent plus ou moins explicitement aux écrits de Rousseau pour définir la société-nation et les rapports de l'individu à cette société. Cette redéfinition de la société-nation instaure un rapport direct de l'individu à la nation, allant « jusqu'à l'indistinction » chez Sieyès d'après Jacques Guilhaumou²⁰⁰⁰.

Cette conception de la nation permet à nouveau de disqualifier les prétentions des privilégiés à une distinction des Ordres et une délibération séparée dans les États-généraux :

« Ils paraissent cependant tenir à un point : *la distinction des ordres*, disent-ils, est aussi ancienne que nos États-Généraux !

« Oui, mais *le pacte social* existait avant la création de nos États-Généraux ; or, le pacte social qui est notre titre commun, qui a pour objet l'égalité, la sûreté, le bonheur de tous les membres de la Société, réproouve ces modifications capricieuses et injustes qui flattent la vanité ou favorise l'intérêt des uns, en humiliant ou en accablant les autres.

« Il ne peut y avoir deux espèces de Citoyens : la qualité de *Citoyen* est une qualité absolue : elle n'admet aucune nuance différente, elle ne tolère ni supériorité, ni infériorité respectives entre ceux qui en sont honorés : elle rend tous égaux ; elle leur donne à tous les mêmes droits. »²⁰⁰¹

La définition de la nation comme association d'individus libres et égaux se systématisait et se généralise pour rejeter l'idée qu'elle serait un assemblage des Ordres ou des provinces. La société est fondée par l'« association d'un nombre d'hommes plus ou moins considérable »²⁰⁰² et « la constitution est le pacte qui lie tous les membres de la société, pour le plus grand bonheur de chacun, et ce pacte, pour être légal, doit être librement consenti par la majorité des suffrages et tous les intéressés à la chose publique, parce que l'administration est municipale »²⁰⁰³.

La société est donc constituée d'individus, qui forment la nation, et la constitution n'est

1998 Par exemple, « Tous les hommes créés francs, libres, intelligents, susceptibles de perfection et d'amélioration, mais inégaux en force et en génie, se sont réunis en société pour être tous égaux par la Loi, et conserver et exercer leur franchise, leur indépendance et leur liberté, en tout ce qui n'est pas contraire à la Loi qu'il se prescrivent. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 2-3.

1999 *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 2.

2000 Jacques GUILHAUMOU, « Nation, individu et société chez Sieyès » in *Genèses*, n° 26, Représentations nationales et pouvoirs d'État, 1997, p. 5.

2001 *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, Directeur principal de la Compagnie d'Afrique, Marseille, mai 1789, Lb39-7217, p. 17. Voir également sur ce point *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 9-10.

2002 BRÉMOND, *Premières Observations au peuple français, sur la quadruple aristocratie qui existe depuis deux siècles, sous le nom de haut Clergé, de Possédants fiefs, de Magistrats et du haut Tiers, et vues générales sur la constitution et la félicité publique*, 1789, BN Lb39-1268, p. 21.

2003 *Ibid.*, p. 62.

valable que si elle est faite par cette société-nation²⁰⁰⁴. Les brochures patriotes continuent de faire leurs les conceptions du pouvoir et de la constitution qui avaient été construites par les théoriciens du droit naturel et du contrat social.

454. Cette égalité des citoyens sert également d'appui aux revendications liées au suffrage et à la représentation :

« Quel caractère doit porter aux États-Généraux le Citoyen qu'un choix honorable y députe ? Celui de *Représentant DE LA NATION ENTIÈRE* : il faut, conséquemment, qu'il soit élu par *tous les Ordres* de la Nation : s'il ne l'est que par le Clergé, que par la Noblesse, que par le Tiers-État, il n'a évidemment qu'une mission incomplète : il ne représente que l'Ordre qui l'a nommé : *il n'est pas le Représentant de la Nation*. [...] dès lors, encore il n'y a point de volonté générale, parce que celle-ci ne peut naître que d'un intérêt commun ; mais trois volontés particulières qui tendent nécessairement à s'entredétruire. »²⁰⁰⁵

La nation n'est donc pas constituée d'Ordres séparés, mais d'individus et pour préserver l'unité de la nation, il convient d'abolir les distinctions d'Ordres et d'opter pour la délibération en commun et le vote par tête. Cet auteur fait d'ailleurs le parallèle entre la société-nation et les sociétés de pensée, au sein desquelles les votes sont comptabilisés par tête²⁰⁰⁶.

En conséquence, l'*Instruction* du duc d'Orléans prévoit :

« Ce n'est qu'improprement que le Tiers est appelé un Ordre ; il est la Nation, il n'a point d'intérêt de Corps à défendre ; son unique objet est l'intérêt National. Le Tiers-État, ou plutôt la Nation ne demande pas mieux que de faire de l'ensemble des Citoyens un seul Corps social ; mais il faut auparavant que la loi, devenue plus éclairée et plus juste, laisse à tous les Membres de la Société les mêmes droits *civils et politiques*. [en note : D'abord, on sait que l'état social ne sera jamais bien constitué, tant qu'on tiendra à la division des Ordres.] »²⁰⁰⁷

Cette redéfinition de la société-nation permet une reconfiguration de l'ordre politique et conduit à refuser la délibération par Ordres qui « est souverainement vicieuse »²⁰⁰⁸. De manière plus générale elle conduit une grande partie des patriotes à affirmer que « c'est l'ordre le plus

2004« Personne ne nous contestera, sans doute, que, dans l'ordre de la Nature, les hommes ne naissent parfaitement égaux et parfaitement libres ; rassemblez une assez grande quantité de ces individus isolés, pour en former une Nation, l'Acte de leur union, ou le Contrat Social serait nul, s'il accordait aux uns des Privilèges qu'il refuserait aux autres, parce que leur mise est la même, et qu'en mettant son individu, chacun met autant que son co-associé ; il serait donc absurde et inique, que l'un eût des avantages que l'autre n'aurait pas ; d'où il suit qu'après le Contrat Social, les membres de cette nouvelle fédération conservent entre eux toute l'égalité naturelle ; [...] il faut donc le consentement volontaire de tous : ce qui prouve encore bien évidemment que le but de la Société n'est point d'anéantir la liberté naturelle, puisqu'un homme est libre toutes les fois qu'il suit sa volonté. » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, 1789, BN Lb39-1271, p. 8-9.

2005*Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 21-22.

2006« Est-ce d'une manière différente que vous opinez, journellement, dans les diverses associations particulières auxquelles vous être agrégés, sous la protection de l'association générale ? » *Ibid.*, p. 33.

2007*Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 17-19.

2008*Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 23.

considérable, c'est le Tiers-État qui compose la Nation ; [...] C'est le vœu du Tiers-État, qui forme la loi ; c'est en lui que réside la souveraineté. Les autres n'ont pas même le droit de voter. »²⁰⁰⁹

Le rejet de la société d'Ordres qui se généralise au sein des patriotes ne sert pas simplement d'argument théorique, mais d'outil pour appuyer leurs réclamations s'agissant du vote par tête et de la délibération en commun²⁰¹⁰. De même, les revendications égalitaires ne se bornent plus à l'affirmation de principes généraux, mais exige l'abolition des privilèges dans de nombreuses brochures²⁰¹¹. L'adhésion à la définition contractualiste et jusnaturaliste de la société permet de redéfinir l'équilibre du pouvoir politique à la veille de la réunion des États-généraux.

Les privilégiés sont par là disqualifiés dans leurs prétentions et cette société-nation est considérée comme souveraine.

b. Le consentement de la société-nation, nécessaire à l'existence d'une constitution

455. Dans les brochures patriotes, la nation est considérée comme souveraine, ce qui lui confère le droit de choisir sa constitution et de faire les lois. Suivant les conceptions, cette souveraineté est considérée comme partagée avec le Roi ou monopolisée par la nation.

Si la constitution n'est pas librement consentie par la société-nation, définie comme association d'individus libres et égaux, elle n'est pas considérée comme une constitution. Brissot écrit à cet égard début mai :

« *Votera-t-on par têtes ?* Cette question en d'autres termes, signifie : *Voulons-nous avoir une Constitution ?* Car, si on vote par Ordres, nous n'en aurons point, puisque toute Constitution, devant reposer sur la liberté et sur l'égalité *de droits* appartenant à tous les hommes, suppose nécessairement la destruction de la distinction des Ordres. Or, ne serait ce pas le comble du délire, que d'attendre cette distinction du propre suffrage des Ordres privilégiés ?

« Il résultera de là que les antagonistes du vote par têtes, sont les antagonistes de la Constitution et de notre liberté. »²⁰¹²

La notion de constitution est définie par son origine : la volonté de la nation composée d'individus libres et égaux. Mounier défend une position similaire lorsqu'il affirme : « Puisqu'il est démontré que la Délibération par tête peut seule nous procurer une Constitution, il faut donc accepter cette forme, ou se résoudre à rester Esclaves des Ministres et de l'aristocratie. »²⁰¹³

2009SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, éd. cit., p. 59.

2010Voir sur ce point Roger BARNY *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, éd. cit., p. 95 et s.

2011« Tous privilèges sont odieux, iniques, contraires aux premiers principes de l'association politique, et doivent être supprimés par la Nation. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 24.

2012BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville* Brissot de Warville, Paris, premier Mai 1789, BN Lb39-7164, p. 2-3.

2013Nous soulignons. Jean-Joseph MOUNIER. *Nouvelles observations sur les états généraux de France par M. Mounier, Secrétaire des États de la Province de Dauphiné*, 1789, BN Lb39-1180, p. 279.

Le maintien de la distinction des Ordres excluait *ipso facto* l'existence d'une constitution qui ne peut être faite que par la société-nation, telle qu'elle est définie par les patriotes²⁰¹⁴. Cette conception de la constitution permet donc simultanément d'exiger que l'Assemblée des États-généraux en écrive une en refusant la distinction des Ordres et de disqualifier la constitution conservatrice :

« Ainsi, par cela seul, que les députés qui ont formé les anciennes assemblées nationales n'étaient pas les vrais mandataires de la nation, ils n'ont pu ni la représenter légalement, ni l'obliger ; d'où il suit ; avec la dernière évidence, qu'elles ne sauraient être regardées et tenues pour constitutionnelles. »²⁰¹⁵

La constitution doit être consentie par l'ensemble de la société-nation pour exister²⁰¹⁶. Étant donné que les formes anciennes de représentation ne garantissaient pas l'expression de la volonté de cette société-nation, elles n'ont pas pu établir valablement une constitution. Selon cette conception, la constitution reste donc à écrire.

La manière dont la nation doit exercer ce pouvoir constituant varie suivant les auteurs. Certains considèrent que la nation doit ratifier sa constitution directement et qu'elle est simplement proposée par les députés²⁰¹⁷. La constitution ne serait valable qu'après ratification. D'autres soulèvent la question du droit de révision périodique et certains reconnaissent un tel droit²⁰¹⁸.

3. La distinction des fonctions étatiques : objet de la constitution

Les patriotes s'accordent pour considérer que la constitution a pour objet la distinction des fonctions étatiques. Les fonctions étatiques identifiées par les patriotes sont le plus souvent au nombre de deux : faire la loi et l'exécuter, parfois trois²⁰¹⁹. La fonction cardinale est donc la

2014« Si la Noblesse veut faire dériver ses droits anciens des États-Généraux ou Assemblées Nationales qui ont lieu dans les premiers temps nous observerons [...] que quoiqu'on dise : quelles qu'aient pu être ces assemblées, elles n'ont pu fonder une constitution qui doit être le vœu de tous, qui doit tendre à l'intérêt de tous, qui doit faire le bien de tous, sans acception de rang. Donc ces assemblées ne peuvent pas faire un titre valide, dont ils n'ont point de titre, et en eussent-ils eus jamais, il serait caduc, il serait nul. » *De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M****, Lausanne, 1789, BN Lb39-1293, p. 5-6.

2015 *Ibid.*, p. 46.

2016« Un Peuple, qui n'a point de constitution et qui en désire une, doit, pour la former, se réunir en Corps de Nation, au moins par ses Représentants. » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 249.

2017« En nommant leurs Députés, les Provinces doivent se borner à leur donner le pouvoir de proposer un plan de Constitution, qui sera soumis à leur examen et à leur ratification.

« Telle est la marche lente, mais sûre de la raison, sanctionnée par plusieurs États-Généraux de France, et adoptée par l'Amérique pour former sa Constitution. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 21.

2018« La nature ayant borné la durée des générations humaines à vingt-cinq ans, la nature et la raison prescrivent à chaque Peuple de revoir ses Lois et sa Constitution tous les vingt-cinq ans. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 21.

« Tous les hommes [...] peuvent revoir leur Constitution à telle époque qu'ils jugent à propos de fixer, convoquer des Assemblées extraordinaires. » BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 5-6.

2019« Une Constitution, est un acte de société, qui règle le partage des pouvoirs constitués, c'est-à-dire des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. » BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour*

fonction législative qui doit être établie par et soumise à la constitution (a). Les organes de l'État doivent eux être soumis à la loi. La fonction d'exécution des lois est en conséquence une fonction subordonnée (b). Pour assurer cette subordination, il convient de prévoir des garanties d'indépendance des Assemblées vis-à-vis des organes chargés de l'exécution des lois (c).

a. L'établissement du pouvoir législatif par la constitution

Pour les patriotes, la constitution à établir doit notamment avoir pour objet de déterminer qui dispose de la fonction législative et dans quelles conditions²⁰²⁰. Ils s'accordent sur le rôle central joué par la société-nation dans l'élaboration de la loi, mais divergent quant à la place reconnue au Roi au sein des institutions. Les plus modérés des patriotes estiment que la constitution vient garantir tant les droits du peuple que ceux du Roi. Ils reconnaissent une co-souveraineté du roi et de la nation, une balance des pouvoirs et un droit de *veto* absolu pour le Roi (i). Les patriotes radicaux souhaitent au contraire la monopolisation de la fonction législative par la nation (ii).

i. Les patriotes modérés : co-souveraineté du roi et de la nation, balance des pouvoirs et droit de *veto* absolu

456. La conception de la constitution de Mounier est fortement inspirée de celle de Delolme.

Pour Mounier, la constitution doit être formée « pour garantir au Prince le libre exercice de son autorité légitime, au peuple celui de tous les droits que doit se réserver une nation, lorsqu'en établissant un Gouvernement pour veiller au bonheur de tous, elle veut éloigner pour jamais le joug de l'esclavage »²⁰²¹. Si, dans cette conception, la constitution est bien établie par la nation, elle l'est au profit du peuple comme du Roi : « Nous n'avons point de Constitution ; le bonheur du Monarque et celui de ses Sujets en exigent une. »²⁰²²

Mounier estime donc nécessaire d'obtenir « des règles fondamentales pour assurer les droits et l'indépendance de la Couronne, pour garantir la liberté publique et personnelle »²⁰²³. Ce n'est que dans un second temps que les trois pouvoirs sont « établis par la constitution »²⁰²⁴ et que cette dernière détermine « leurs droits respectifs »²⁰²⁵. Pour lui, une fois la constitution établie, il convient de rendre les changements difficiles pour assurer la stabilité de l'ordre politique²⁰²⁶. Il privilégie

servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville, éd. cit., p. 6.

²⁰²⁰Sur la diversité des conceptions du pouvoir législatif chez les patriotes, voir Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, éd. cit., p. 99 et s.

²⁰²¹Nous soulignons. MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 72.

²⁰²²*Ibid.*, p. 182.

²⁰²³*Ibid.*, p. 265.

²⁰²⁴*Ibid.*, p. 250.

²⁰²⁵*Ibid.*, p. 249.

²⁰²⁶« Quand la constitution est formée, que la liberté publique et individuelle est protégée par des Lois fondamentales, c'est alors que la sagesse commande la balance des pouvoirs. Mettez sans crainte des obstacles aux nouvelles Lois, rendez les innovations lentes et difficiles, exigez le consentement du Monarque et de deux Chambres, il vaut bien mieux manquer une bonne Loi que de laisser les moyens d'en introduire une mauvaise. » *Ibid.*, p. 248.

« Mais quand les droits du Monarque et du Peuple seront solennellement déclarés, pour que ces droits soient conservés,

donc la doctrine de la « balance des pouvoirs »²⁰²⁷ assurée par le bicaméralisme²⁰²⁸ et le veto royal²⁰²⁹.

Il ne s'agit cependant pas simplement d'assurer un équilibre entre les pouvoirs, mais également de garantir « l'indépendance de la couronne et le maintien de ses prérogatives »²⁰³⁰ au moyen d'un droit de veto absolu²⁰³¹. Les droits du Roi sont donc placés sur le même plan que les droits de la nation, au fondement de l'ordre politique.

ii. Les patriotes radicaux : la monopolisation de la fonction législative par la nation

457. Les patriotes radicaux considèrent que le Roi doit être soumis à la Nation et que seule cette dernière est souveraine. Une brochure anonyme affirme ainsi : « La Nation est libre : elle seule est Souveraine. Un maître suppose des esclaves : le Roi n'a que la puissance exécutive. [...] Les Assemblées générales de la Nation sont le siège de la Puissance souveraine, législative : l'objet du Roi est d'en faire observer les résultats. »²⁰³²

Conformément à la conception rousseauiste du pouvoir, la société-nation est souveraine et, au titre de cette souveraineté, elle exerce le pouvoir législatif²⁰³³. Le pouvoir de faire les lois est

il devient alors très important de rendre les nouvelles Lois plus difficiles à former, d'assurer les prérogatives de la couronne, et de choisir d'autres moyens, qui, sans lier la Souveraineté, maintiennent cependant la constitution et préviennent des changements trop fréquents et précipités. » *Ibid.*, p. 267.

2027 *Ibid.*, p. 248.

Sur la notion de balance des pouvoirs, voir Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

2028 L'existence de ces deux chambres n'est toutefois pas fondée sur les distinctions d'Ordres : « On sent qu'après avoir démontré le danger de la séparation des Ordres, on ne doit pas la proposer pour former les deux Chambres. » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 268.

2029 « Le pouvoir du Monarque est tellement essentiel au bonheur du Peuple ; il est d'une si grande importance de rendre difficile tout ce qui peut altérer la constitution, que la création de deux Chambres me paraît nécessaire ; l'une serait formée par les Représentants de la Nation ; et l'autre, par une Magistrature suprême, que la Nation elle-même aurait établie. Aucune loi ne pourrait être reçue sans le consentement du Prince et des deux Chambres. » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 268.

2030 MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 267.

2031 « Quand la constitution sera formée, il faut, pour rendre impossible tous les changements préjudiciables aux droits du Trône, qu'aucune loi ne soit établie sans le libre concours de l'autorité Royale, et que le refus du Prince anéantisse toutes les résolutions. » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 267-268.

2032 *De la différence qu'il y a entre les Etats-généraux et les Assemblées nationales ou Principes radicaux de la constitution*, 1789, BN Lb39-1282, p. 6.

2033 « Louis XVI sent la nécessité de rendre à la Nation l'exercice du pouvoir législatif. C'est la retirer du Tombeau » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, éd. cit., p. 126.

« Or de la réunion de ces volontés particulières et unanimes, il résulte une volonté unique et imposante qui constitue déjà le pouvoir souverain et législatif, dont le Pacte Social est le premier acte » *Ibid.*, p. 18.

« Le pouvoir législatif appartient essentiellement à la Nation : c'est une chose que nous avons démontrée, et qui paraît aujourd'hui généralement reconnue. Nous avons encore démontré que le vœu de la majorité formait la volonté générale, et par conséquent la Loi » *Ibid.*, p. 75.

« Le Pouvoir Législatif résidant essentiellement dans la volonté Nationale, il doit être exercé par le Corps des Représentants de la Nation. » *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées [attribuée à SIEYES]*, éd. cit., p. 26.

« À la Nation appartient la plénitude de tous les pouvoirs, de tous les droits, parce que la Nation est, sans aucune différence, ce qu'est un individu dans l'état de nature, lequel est sans difficulté tout pour lui-même. » *Ibid.*, p. 32.

donc théoriquement monopolisé par la nation. Toutefois, l'affirmation de principe de la souveraineté législative de la nation n'empêche pas un certain nombre de brochures de reconnaître simultanément la nécessité d'un consentement royal pour faire la loi²⁰³⁴.

L'exercice de cette compétence législative doit être garanti par la réunion régulière de l'Assemblée nationale et des Assemblées locales. Cette convocation ne doit pas non plus dépendre de la volonté du pouvoir royal. En conséquence, la plupart des patriotes exigent que les Assemblées soient convoquées périodiquement d'après la constitution, pour assurer leur indépendance vis-à-vis du roi²⁰³⁵. Certains préconisent même leur permanence²⁰³⁶ ou leur réunion annuelle²⁰³⁷.

458. Les variations dans les conceptions de l'exercice du pouvoir législatif chez les patriotes tiennent moins à l'opposition entre balance des pouvoirs et hiérarchie des fonctions qu'à leur

« *Le pouvoir législatif, réside essentiellement et uniquement dans la masse de lumières qui existent dans la Nation, et qu'il n'est possible de recueillir ces lumières, que dans le Conseil composé des Représentants de tous les intérêts, dont je vais parler.* » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution : et de quelques autres qui s'y rapportent : applications et conséquences*, Paris, 1789, BN Lb39-6924, p. 19.

« Le Pouvoir législatif réside essentiellement DANS LA NATION » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 46.

« La puissance législative ne peut appartenir qu'à la Nation. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 7.

2034 Voir par exemple, Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 168 et p. 203 et BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 10-11.

2035 « Ils doivent s'étant constitués d'une manière invariable, régler le retour périodique de leurs Assemblées, le lieu où ils les tiendront ; et cela d'une manière indépendante du Gouvernement, qui ne sera dorénavant que l'exécuteur de leur résultats » *De la différence qu'il y a entre les Etats-généraux et les Assemblées nationales ou Principes radicaux de la constitution*, éd. cit., p. 40.

2036 « Il serait important pour la confiance publique et pour le succès des grandes opérations des États-Généraux, qu'ils statuassent dès le principe leur permanence ; mais au moins cette permanence, si nécessaire à un Pouvoir législatif bien constitué, doit être établie avec la Constitution : elles ne peuvent aller l'une sans l'autre. » *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées [attribuée à SIEYES]*, éd. cit., p. 29.

2037 « Un Peuple ne pouvant conserver, dans le fait, sa puissance législative qu'en s'assemblant, les États-Généraux de la Nation française doivent être assemblés à perpétuité, régulièrement et périodiquement tous les ans, à jour qui sera fixé par la Loi et dans le lieu qui sera indiqué annuellement par l'Assemblée afin d'examiner si les Lois que la Nation a faites ont été exécutées ; en faire de nouvelles ; veiller à toutes les parties de l'administration de la chose publique ; fixer et arrêter les dépenses de chaque branche de l'administration ; entendre et régler les comptes de l'année qui est passée ; réformer et prévenir les abus ; enfin remonter le ressort et fortifier les liens de l'association politique.

« L'Assemblée des États-Généraux étant ainsi rendue annuelle et perpétuelle, les différentes Provinces, qui composent la France y enverront leurs Députés, sans qu'il soit besoin de Lettres de convocation, la convocation se trouvant faite pour toujours par la Loi. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 8-9.

« Une Assemblée Nationale annuelle, – bien convaincue de l'absurdité des Lois irrévocables, – singulièrement jalouse de la liberté de la presse, de celle de la poste, et de tout autre moyen de répandre avec rapidité les idées et les Livres d'une extrémité du Royaume à l'autre, – et aidée par des Assemblées Provinciales et États Provinciaux, n'importe le nom, pourvu qu'ils soient uniformes et choisis annuellement, – le tout garanti aussi solidement à la Nation, que la couronne sur la tête du bon Prince qui la porte : – voilà tout le secret, comme le gage et la preuve de la meilleure Constitution possible, – parce que toutes les bonnes Lois qui vous manquent cette année, vous les aurez l'année prochaine ou les années suivantes à mesure que vous les aurez bien digérées, – et que toutes les Lois absurdes qui vous régissent seront révoquées, l'année prochaine, ou les années qui doivent la suivre, – voilà tout le secret, comme la preuve et le gage de la meilleure constitution possible. » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 156.

conception de la souveraineté²⁰³⁸. Lorsqu'ils considèrent qu'il existe deux co-souverains, ou plutôt deux puissances suprêmes, le roi et la nation, ils sont contraints de défendre un système qui permet à ces deux souverains de conserver leur souveraineté. Comme l'expliquait Locke, seule la participation à la fonction législative garantit au roi qu'il ne peut se voir imposer la volonté d'autrui²⁰³⁹. En revanche, si seule la société-nation est considérée comme souveraine, l'essentiel est alors de garantir une juste représentation de cette dernière et de s'assurer qu'elle sera en mesure d'exercer ses compétences et de faire respecter ces décisions.

En outre, ces deux conceptions de la souveraineté et les théories de la répartition du pouvoir qui en résultent sont en rupture avec les théories des royalistes et des privilégiés. Leur conception de la constitution est concentrée sur l'exercice des fonctions étatiques et non sur les prérogatives et les droits d'organes et de groupes sociaux existants.

Si leurs conceptions de l'exercice du pouvoir législatif diffèrent, les patriotes s'accordent pour considérer que la constitution a pour objet de fixer la manière dont s'exerce le pouvoir législatif. Les organes de l'État sont créés par la constitution et doivent s'y soumettre. La souveraineté du pouvoir législatif ne peut donc s'exercer que dans le cadre défini par la constitution. Cette idée est exprimée par la distinction de Sieyès entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués que certains auteurs reprennent²⁰⁴⁰.

La reconnaissance de ce pouvoir législatif souverain implique également d'affirmer la souveraineté de la loi et l'impossibilité pour les organes de l'État de se soustraire à son autorité.

2038 Comme le souligne Roger BARNY « On aboutit finalement à la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs : très accidentellement inspirée de Montesquieu, elle naît surtout de l'application du principe bourgeois de la souveraineté nationale à la réalité politique existante, caractérisée par le poids de la tradition monarchique et la nature contradictoire du pouvoir royal. La doctrine de la séparation des pouvoirs présente alors — c'est évident pour tous — une portée révolutionnaire radicale : "il n'y aura jamais une véritable liberté politique, tant que ces deux pouvoirs ne seront pas séparés rigoureusement" écrit Sieyès ; et avec sa lucidité coutumière, il lie ce problème constitutionnel à la question fondamentale de la suppression des ordres, montrant que le changement de régime tient à l'ensemble de deux mesures. On est ainsi passé de la théorie parlementaire de la division du pouvoir législatif et l'exécutif, bientôt complétée par la subordination absolue de l'exécutif. » *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, éd. cit., p. 99.

2039 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

2040 « On va confondre aux prochains États-Généraux le Pouvoir constituant avec le Pouvoir législatif constitué ; et il faudra bien souffrir cette usurpation, comme nous souffrirons sans doute que nos Amis entreprennent d'arracher notre bien des mains de l'Étranger, quoique sans procuration spéciale de notre part. » *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 35-36.

« Dans la formation d'une constitution, il faut donc distinguer ;

« 1° Le pouvoir constituant, et c'est la nation.

« 2° Les pouvoirs constitués, c'est-à-dire les officiers qu'elle charge de ses pouvoirs.

« Et ces pouvoirs sont, 1° le pouvoir législatif ou de faire des lois ; 2° le pouvoir de les exécuter ou exécutif ; 3° le pouvoir judiciaire ou de juger. » BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 6-7.

b. La soumission à la loi des organes étatiques : responsabilité des ministres et restriction du pouvoir des juridictions

Cette soumission à la loi est vue comme un point cardinal de la constitution²⁰⁴¹. Certains affirment ainsi que la soumission à la loi est la réelle garantie d'une bonne constitution, et non l'existence d'une balance des pouvoirs²⁰⁴². La subordination à la loi assure le respect de la souveraineté du pouvoir législatif. Ce lien entre distinction des fonctions législative et exécutive et pouvoir de la nation se trouve également dans les cahiers de doléances²⁰⁴³.

La nécessité de la soumission à la loi est une conséquence de la distinction des fonctions législative et exécutive²⁰⁴⁴. La loi est faite par un ou plusieurs organes et elle est appliquée par un ou plusieurs organes distincts. Les patriotes s'accordent pour confier au roi l'exécution des lois²⁰⁴⁵. Ils soulignent également la nécessité d'empêcher que ceux qui exécutent la loi ne s'y soustraient et, de manière plus marginale, d'éviter que ceux qui la font puissent l'exécuter²⁰⁴⁶. Des conséquences

2041« Au moins faut-il que tous les hommes, vivant en société, soient tous également soumis au pouvoir des Lois, qu'aucun ordre illégal ne puisse les y soustraire, et qu'aucune exclusion odieuse et inique, ne les empêche de participer à tous les avantages de la Société. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 6.

« Le corps exécutif ne doit être que le stipendié du corps législatif » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, 1789, éd. cit., p. 34.

2042« L'absurdité de s'extasier comme on fait en France et en Angleterre, sur le mérite prétendu de cette prétendue *balance* ou *escarpolette* de pouvoirs dans la Constitution Anglaise, quand il est si aisé de se convaincre, que c'est l'inflexibilité des LOIS POUR TOUT LE MONDE en Angleterre, et à l'attention qu'elles ont toujours de fixer despotiquement à chacune des fonctions de leurs pouvoirs *qui est l'unique*, le cercle où cette fonction doit se contenir, qu'il faut attribuer toute la vertu qu'on suppose attachée à cette ridicule balance ou escarpolette » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 206.

2043« La distinction des pouvoirs législatif et exécutif est partout présente car elle est un moyen de consacrer les droits de la Nation. Le principe du consentement à l'impôt des représentants de la Nation, circonstances obligent, est bien entendu partout énoncé, souvent avec détails. » Claude COURVOISIER « L'idée de Constitution dans les cahiers de doléances » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 75.

2044« Lorsqu'une Nation cesse de faire elle-même ses Lois, elle n'est plus une Nation, elle n'existe plus. Les Lois étant faites par celui qui doit les exécuter, il n'y a qu'un maître et des esclaves. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 7.

« AUCUN ÉTAT, quel qu'il soit, ne peut subsister que par DES LOIS, mais LES LOIS ne suffisent pas pour assurer la conservation d'un État, il faut encore qu'elles soient exécutées.

« Il doit donc essentiellement exister, dans tout État, DEUX POUVOIRS, *le pouvoir législatif* et *le pouvoir exécutif*.

« Si ces deux puissances se confondent dans les mêmes mains, il n'y a point de liberté politique, ni de sûreté individuelle : la fortune, l'honneur, la vie des Citoyens, sont sans cesse en danger : chaque portion de leur existence peut, à chaque instant, être impunément attaquée : il n'y a alors dans l'État qu'un Despote et des esclaves. » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, éd. cit., p. 38-39.

2045« Le pouvoir exécutif doit donc être entièrement dans les mains du Monarque » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 267.

« Il est de la nature de ce pouvoir d'être confié à un seul homme, dont la fonction sublime est de garder, défendre et exécuter les Lois qui ont été faites par la Puissance législative. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 17.

« La Puissance exécutive, elle doit être tout entière entre les mains du Prince » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 42-43.

2046« Dans tout État qui veut être libre, le premier article de la Constitution doit séparer entièrement LA PUISSANCE LÉGISLATIVE, DE LA PUISSANCE EXÉCUTIVE, et empêcher que jamais ces deux agents de la vie politique se réunissent dans un centre commun, puissent être mûs par la même impulsion. » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 40-41.

concrètes sont tirées de ces considérations générales tant s'agissant des ministres²⁰⁴⁷ que des juges.

459. Les patriotes affirment de manière générale que les ministres ne doivent pas pouvoir se soustraire à l'autorité des lois²⁰⁴⁸. Certains précisent qu'ils sont responsables devant la nation de leurs agissements²⁰⁴⁹. Mounier préconise par exemple d'adopter la procédure anglaise de l'*impeachment* qu'il entend appliquer aux ministres et aux dépositaires de l'autorité royale²⁰⁵⁰. Une brochure anonyme exige que les ministres soient confirmés dans leurs fonctions par l'Assemblée, après avoir rendu compte de leur administration²⁰⁵¹. Cette responsabilité des agents publics fut d'ailleurs consacrée à l'article 15 de la Déclaration²⁰⁵².

« Article 1er : La Puissance législative appartient, toute entière, à LA NATION ; celle-ci l'exercera à l'avenir seule et sans partage. La Puissance exécutive appartient AU PRINCE qui l'exercera de même, sans aucun concours de la part de la Nation. » *Ibid.*, p. 47.

« C'est aux Peuples à faire leurs Lois et aux Chefs qu'ils ont choisis à les exécuter. Pour qu'un Gouvernement soit légitime, il faut que la puissance législative soit toujours distinguée par le droit et par le fait de la puissance exécutive ; et que le Prince chargé d'exécuter les Lois ne puisse jamais se mettre au dessus d'elles, et méconnaître qu'il tient tous ses pouvoirs et toute son existence du Peuple. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 7-8.

« Il est donc possible qu'un état Monarchie soit constitué de manière à conserver à l'Homme tous ses Droits, et cette possibilité me semble résulter surtout, de la distinction, de la permanence et des limites respectives des deux pouvoirs : de l'attention continuelle à ne pas souffrir l'agrégation totale ou partielle des deux corps qui les composent. Car il n'est que deux écueils pour une Nation : l'Anarchie ou le Despotisme. Or le Despotisme a lieu toutes les fois que le pouvoir exécutif s'approprie le pouvoir législatif ; et l'Anarchie, quand le pouvoir législatif reprend, ou méconnaît le pouvoir exécutif. Presque toutes les Nations me paraissent avoir ignoré ce principe conservateur, ou du moins s'être conduites comme si elles l'ignoraient. Aucune n'a su ou n'a pu donner à chaque puissance des bornes qu'il lui fût impossible de franchir. » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, éd. cit., p. 32-33.

2047« L'existence d'un pouvoir exécutif entraîne de nouvelles modifications dans le corps politique. Ce pouvoir doit être nécessairement doué de la puissance coercitive. Celui qui en est le dépositaire ne peut donc pas l'exercer tout seul ; il lui faut des Ministres, des bras qu'il puisse faire mouvoir, mais toujours d'après une volonté qui n'est pas la sienne. » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, éd. cit., p. 22.

2048« Pouvoir exécutif [...] La Loi présume que les dépositaires d'un pouvoir si sacré ne peuvent faire mal ; mais ils ne peuvent l'exercer entièrement par eux-mêmes, et une triste expérience démontre que leurs Ministres en ont presque toujours abusé. Il faut donc que ces Ministres soient, comme les autres membres de la société, soumis au pouvoir des Lois. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 17.

2049« Les Ministres seront responsables à la Nation de leur conduite publique et de leur gestion. » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 72.

2050« Ces deux Chambres procureraient à la France un avantage inappréciable, l'un des plus solides appuis de la Constitution d'Angleterre ; ce serait le jugement des crimes d'État sur la dénonciation et la poursuite de la Chambre des Représentants.

« Les crimes d'États qui intéressent toute la Nation, tels que les abus de la force publique, les attentats contre la constitution et la violation des Lois protectrices de la liberté, par des Ministres, ou par d'autres dépositaires de l'autorité royale, ne sauraient être jugés par des Tribunaux. [...]

« Des crimes de ce genre offensent la Nation en corps. Pour que le Pouvoir exécutif ne soit pas trop facilement attaqué dans la personne des Ministres ; que la dignité qu'ils reçoivent de la confiance du Prince, ne soit pas blessée sans de grands motifs, c'est la Nation seule qui doit faire punir leurs attentats contre ses droits. » MOUNIER. *Nouvelles observations sur les états généraux*, éd. cit., p. 275-276.

2051« Il doit être réservé à la nation assemblée en états-généraux, de confirmer la nomination des ministres à qui le roi aurait conféré cette place depuis la dernière tenue des états et après le compte qu'ils auraient rendu de leur administration, ou de les destituer, s'ils n'ont pas répondu à la confiance du roi. » *De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M****, éd. cit., p. 43.

2052« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

460. S'agissant des juges, les développements des patriotes sont soit inexistantes, soit plus succincts que pour les ministres. Certains proposent de garantir leur indépendance par le recours aux jurés pour les affaires criminelles et à des juges inamovibles pour les affaires civiles²⁰⁵³. D'autres se contentent de formuler des principes très généraux²⁰⁵⁴. Mounier, à la suite de Delolme, souligne la nécessité d'assujettir les juges à la loi²⁰⁵⁵.

Une partie des patriotes considèrent simplement le pouvoir judiciaire comme une branche de l'exécution des lois. Un auteur estime par exemple que l'ordre des tribunaux doit être réglé par le pouvoir législatif, mais que le pouvoir judiciaire reste une émanation du pouvoir exécutif²⁰⁵⁶. D'une manière générale, les patriotes refusent tout droit de remontrances aux tribunaux²⁰⁵⁷.

461. La soumission des organes de l'État à la loi vise à priver le roi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait notamment d'édicter des lettres de cachet que les patriotes qualifient d'ordres arbitraires. Elle vise également à priver les cours de leur droit de remontrances et d'enregistrement. Il serait donc remédié aux despotismes ministériel et parlementaire par la soumission à la loi²⁰⁵⁸.

2053« L'humanité, la justice, la raison, les lumières actuelles, l'exemple d'une Nation voisine doivent faire adopter, par la Nation la procédure criminelle pratiquée en Angleterre, l'un des plus beaux monuments de sa liberté.

« Tout accusé doit avoir un défenseur et n'être jugé que par ses Pairs.

« Et à l'égard des jugements civils, ils doivent être confiés à des hommes qui soient assurés de conserver leurs Offices pendant leur vie, et ne puissent être dépossédés que pour forfaiture et prévarication, après une instruction juridique, et par un jugement de condamnation. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 18.

2054« La puissance législative ne peut pas juger » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 137.

« La Nation, en réformant les abus de l'Administration judiciaire, n'oubliera point que dans un État libre la Loi doit être sacrée ; que les Tribunaux doivent être chargés uniquement du soin d'en prononcer les dispositions ; mais qu'ils doivent participer, comme organes de la Loi, à la majesté de son caractère ; et l'on évitera sans doute tout ce qui pourrait dégrader la dignité d'une fonction aussi noble, aussi importante. » *Ibid.*, p. 193-194.

2055« Le pouvoir judiciaire, même celui des Tribunaux inférieurs, est le plus dangereux de tous les genres de pouvoirs ; c'est celui qu'il importe le plus d'assujettir à la loi. » MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 187.

2056« C'est à la Nation à modifier, à son gré l'ordre des Tribunaux, parce que comme on l'a observé quelque part, la constitution judiciaire d'un Peuple fait partie de sa liberté et de sa servitude.

« Mais le Pouvoir judiciaire étant une émanation du Pouvoir exécutif, c'est au nom du Prince seul que les Juges doivent exercer leurs fonctions. » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 65 en note.

« La Loi prononce la peine ; mais c'est au Pouvoir exécutif qu'il appartient d'en faire l'application. » *Ibid.*, p. 74 en note.

2057« Les Lois qui seront arrêtées dans chaque Assemblée Nationale, seront adressées, avant que l'assemblée ne se proroge, à tous les Tribunaux, tant supérieurs que subalternes, pour les publier et les enregistrer PUREMENT ET SIMPLEMENT, sans que, dans aucun cas, ni les uns, ni les autres puissent avoir le droit de les rejeter, non plus que d'insérer, dans les procès-verbaux d'enregistrement, aucune espèce de RESTRICTIONS, ou de MODIFICATIONS. » *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale*, par M. Bertrand, éd. cit., p. 80-81.

2058« Si la loi est définie de la façon la plus offensive, ce n'est pas dire que le thème de la séparation des pouvoirs, constitutif de l'aspect laissé dans l'ombre, soit ignoré. Il est même largement répandu, mais au lieu d'intervenir dans la perspective d'une défense des droits de l'individu (comme justification de toute forme de puissance sociale non identifiée au privilège féodal) il apparaît surtout comme exigence populaire opposée à la théorie et à la pratique de la monarchie traditionnelle. Il s'agit d'affirmer la compétence législative de la nation contre le pouvoir absolu du Roi. Là aussi, la présentation est à la fois simplifiée et offensive : toute l'histoire du royaume s'identifiant à celle des

La soumission à la loi n'est cependant pas une garantie suffisante. Il faut également que la loi soit élaborée indépendamment de ceux qui vont l'exécuter.

c. Les garanties d'indépendance des Assemblées vis-à-vis de l'exécutif

462. De nombreuses brochures soulignent l'importance de garantir les assemblées contre l'interférence de l'exécutif royal.

D'une manière générale, leurs auteurs soulignent la nécessité de tenir éloignés des Assemblées les agents du roi. Certains préconisent d'instaurer une incompatibilité entre les fonctions de représentant de la nation et d'officier royal²⁰⁵⁹. D'autres veulent priver du droit de vote les agents du roi²⁰⁶⁰, car leur donner le droit de vote conduirait à confondre les fonctions législative et exécutive²⁰⁶¹.

Une autre garantie de l'indépendance des Assemblées est l'immunité de ses membres pour les propos et opinions exprimés en leur sein²⁰⁶².

La constitution, telle que définie par les patriotes dans la perspective de la réunion des États-généraux, devient un objet plus précis et ne repose plus uniquement sur des considérations théo-

usurpations de l'exécutif, la séparation des pouvoirs joue contre le despotisme gouvernemental. Elle peut se fonder d'ailleurs sur d'autres passages de Rousseau, notamment sur sa théorie du gouvernement. » Roger BARNY, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789)*, éd. cit., p. 122.

2059« On ne doit pas avoir oublié la distinction que j'ai faite du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ; elle est fondée sur la nature même des choses. Il est de plus grande importance que ces deux pouvoirs ne soient jamais confondus ; car le Despotisme ou l'Anarchie en sont les suites inévitables. J'ai dit que ces deux pouvoirs résidaient dans deux Corps, dont l'un composait la Nation et l'autre le Gouvernement ; que ces deux Corps avaient chacun leur moi, leur vie particulière, et qu'ils ne devaient pas plus s'identifier dans leurs parties que dans leur tout, c'est-à-dire qu'un Citoyen pouvait passer de l'un à l'autre, mais qu'il ne devait jamais participer des deux à la fois. Je ne saurais trop répéter ce principe ; car je le regarde comme la base fondamentale, et le Palladium de toute bonne Constitution. » SALAVILLE, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, éd. cit., p. 79-80.

2060« Que tous les Français, âgés de vingt-cinq ans, soient appelés à donner leurs voix, et que tous puissent être Députés aux États-Généraux, à l'exception, toutefois, de ceux qui sont employés par le Roi dans quelques fonctions du Gouvernement, soit dans la Finance, soit enfin à la Cour. Les Délibérations d'une Assemblée Nationale doivent être le vœu et l'expression de la volonté du Peuple, et cette volonté ne peut, d'après la faiblesse humaine, être obtenue de ceux qui ont un intérêt personnel et participer à délibérer contre le bien public. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 19.

2061« Tous ceux qui tiennent des provisions ou des commissions du Roi étant ses Officiers, si Lieutenants, devraient naturellement opiner dans les Assemblées d'une manière conforme aux intérêts de celui duquel ils dépendent, de qui ils tiennent leur existence et leur sort.

« Le nombre des Officiers et Préposés du Roi étant très considérable, ils l'emporteraient dans les Délibérations publiques. Ces Délibérations ne seraient que le vœu du Roi ou de ses Ministres. Le Roi ayant le pouvoir exécutif, aurait encore seul, par ce moyen, la puissance législative. La Nation ne serait plus rien. » *Matériaux pour l'édifice de la constitution française*, éd. cit., p. 19-20.

2062« Arrêté : que les Députés Nationaux ne seront point responsables au Pouvoir exécutif d'aucunes paroles, écrits ou démarches relatifs aux affaires publiques, mais qu'il sera pourvu dans l'Assemblée même à une police personnelle, soit pour le bon ordre intérieur, soit pour livrer à la justice ordinaire, après l'avoir exclu, tout Membre qui aurait mérité d'y être traduit. » *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées [attribuée à SIEYES]*, éd. cit., p. 29-30.

riques. La nécessité d'asseoir le régime politique sur le droit naturel, la raison et les droits de l'homme les conduit à réclamer une déclaration des droits. La perspective de l'élaboration d'une constitution les amène à déterminer les conditions dans lesquelles la société-nation souveraine doit prendre part à ce processus. Enfin, l'objet de la constitution est précisé davantage. Elle doit organiser l'exercice par la nation du pouvoir législatif, qui est en conséquence soumis et subordonné à cette constitution. L'ensemble des organes de l'État doivent ensuite se soumettre à la loi faite par le pouvoir législatif. En dernier lieu, ce dernier doit pouvoir élaborer cette loi indépendamment des pressions qui pourraient provenir de la part de ceux en charge de l'exécuter.

Les patriotes définissent également les caractéristiques d'une constitution.

B. Les caractéristiques de la constitution : uniformité, stabilité et précision : une réglementation pour garantir les droits de l'homme

463. Pour les patriotes, la constitution est une réglementation qui permet d'assurer la garantie des droits de l'homme, et pour certains également ceux de la couronne. La constitution n'a donc pas pour fonction de garantir les droits des Ordres, des provinces ou des corps, mais ceux des individus composant la société-nation.

464. Suivant les critiques déjà formulées par Mably et les physiocrates²⁰⁶³, ils soulignent l'imprécision et l'indétermination des règles de droit public²⁰⁶⁴. Ils condamnent également l'absence d'uniformité sur l'ensemble du territoire²⁰⁶⁵. Ces éléments sont pour eux autant de preuves de l'absence de constitution :

« Un autre effet qu'a produit jusqu'à ce jour le défaut de Constitution, c'est l'impossibilité de faire des changements utiles. Lorsque l'autorité royale a proposé des réformes, de toutes parts on a vu résister l'intérêt particulier ; on a entendu retentir le mot Privilège, Privilèges des Ordres, Privilèges des Provinces, Privilèges des Villes, Privilèges des Corps, des Professions, des Charges et des Emplois. Chacun s'est plaint de la violation de ses droits ; *chacun a qualifié de Loi fondamentale l'abus qu'il voulait maintenir, et soutenu l'existence d'une Constitution telle qu'il lui convenait de la désirer*. Rien n'est plus remarquable que la facilité avec laquelle on a cité des faits positifs en faveur des systèmes les plus directement opposés. *C'est le propre d'un Gouvernement sans règle et sans principes, de ne pouvoir offrir des usages constants, et de fournir, par cela même des exemples à tous les partis*.

2063 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 3, B-C.

2064 « La constitution ne doit point être incertaine, inconstante. Pour qu'on puisse aimer son gouvernement et ses lois, il faut que leurs principes soient connus et qu'ils ne puissent pas être trop facilement changés ou anéantis. » Jean-Joseph MOUNIER. *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 267.

2065 « La certitude du savoir exige la simplicité, la simplification, l'uniformité de l'unique, le refus du disparate. » Claude COURVOISIER, « L'idée de Constitution dans les cahiers de doléances » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 79.

« Rien ne prouve mieux, sans doute, le défaut absolu d'une Constitution, que nos disputes éternelles sur son caractère et ses limites. »²⁰⁶⁶

Comme Rabaut, Mounier rejette les prétentions des corps, comme autant de revendications portées par des intérêts particuliers. La multiplicité des revendications et des prétentions contradictoires offrent la preuve de l'inexistence d'une constitution traditionnelle.

465. La constitution est alors définie en miroir inversé : elle doit être précise, stable²⁰⁶⁷, uniforme²⁰⁶⁸ et connue, afin de garantir les droits que les individus tiennent de la nature.

Les patriotes s'accordent sur la nécessité d'uniformiser et surtout d'arrêter juridiquement l'ensemble des règles et principes régissant l'ordre politique. Mounier estime que la nation doit se doter d'une constitution qui détermine la répartition des compétences entre les différents organes de l'État et garantisse les droits de l'homme :

« Le Gouvernement est enfin convaincu que l'exercice du pouvoir doit être réglé par des principes avoués de la Nation [...] Les Français auront donc mérité les reproches de leurs descendants, s'ils n'acquièrent pas une Constitution, s'ils ne parviennent pas à dissiper ce chaos où chaque Ordre, chaque Province, chaque Corps, chaque individu invoque des privilèges et des titres ; où la liberté est sans cesse froissée dans le choc des prétentions diverses ; où le meilleur Prince se trouve privé de tous les moyens de se garantir de l'erreur, de la surprise et de la flatterie ; où souvent il est réduit, pour conserver sa puissance légitime, à se servir des ordres absolus et de la force militaire ; où les *droits des hommes* n'ont d'autre appui que la douceur des mœurs et les lumières du siècle. »²⁰⁶⁹

Cette réglementation doit donc servir d'appui aux droits de l'homme, qui ne peuvent être suffisamment garantis par la simple raison. Cet objectif de garantie des droits de l'homme assigné à la constitution se retrouve dans de nombreuses brochures²⁰⁷⁰. La constitution comprend donc aussi

2066 Nous soulignons. MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 195.

2067 « Si on avait pu regarder cet esprit primitif comme fondamental, la constitution aurait changé : donc il n'y aurait pas eu à cet égard de véritable constitution, qui, pour en être une, doit être *immuable et fixe*, et qui ne peut être changée ou modifiée que par la Nation entière et par son Souverain. » Nous soulignons. *De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M***.*, éd. cit., p. 6.

2068 « De la nécessité du retour annuel d'une Assemblée *Nationale*, en France, dérive essentiellement le droit comme le devoir de chercher et d'adopter l'unique système d'Administration, qui puisse mériter à la France *le titre de NATION*, qu'on n'a pu jusqu'à ce jour, lui donner que par courtoisie ; car il est bien vrai que jusqu'à ce jour, la France n'a présenté à l'esprit de tout homme impartial, que l'idée d'une collection bizarre de parties qui ne devaient leur agrégation qu'au hasard, et leur liaison qu'au despotisme, de parties, non seulement sans rapport, ni intérêt commun qui les unit ; mais hérissées, chacune, de prétendus droits contradictoires, qui les établissaient *Constitutionnellement* ennemies les unes des autres.

« Il s'agit donc aujourd'hui, d'établir, de constater et de consolider cette unité d'intérêt *National*, sollicitée par la raison et la justice. » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 196-197.

2069 Nous soulignons. MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 5-6.

2070 « Une Constitution n'est rien de plus merveilleux, qu'une manière de se gouverner qui garantisse à chacun, comme à tous, le libre exercice de tous les droits qui résultent de la propriété entre autres :

« 1° Le droit d'imprimer tout, excepté des libelles, droit inappréciable qui suffirait pour rendre bientôt en possession de tous les autres, si l'on en était dépouillé : c'est par cette raison que je l'établis le premier.

« 2° Le droit d'aller où l'on veut, d'où résulte la proscription absolue de toute espèce d'ordre qui porterait une apparence d'arbitraire.

bien ces droits²⁰⁷¹ qu'une organisation du pouvoir assurant leur garantie²⁰⁷². La constitution doit organiser non seulement l'organisation du pouvoir politique, mais également les rapports des individus à ce pouvoir politique²⁰⁷³. Elle doit simultanément garantir les droits de l'individu et de la nation en permettant l'expression de la volonté générale et en assurant le respect de cette volonté par une exécution effective des lois²⁰⁷⁴.

466. Cette exigence de réglementation pour caractériser la constitution permet de constater

« 3° Le droit de consentir l'impôt, et de ne consentir que l'impôt nécessaire.

« 4° Le droit aussi essentiel de n'accorder l'impôt que dans l'Assemblée Nationale.

« 5° Le droit de fixer les dépenses de la Nation sur l'impôt qu'on accorde.

« 6° Le droit d'examiner et de discuter la conduite comme les comptes des Ministres.

« 7° Le droit d'une Assemblée Nationale annuelle, ANNUELLE, sans laquelle tous les autres droits seraient bientôt éludés, et bientôt après annulés par quelque grand Ministre, comme contraires au droit prétendu imprescriptible du Roi de gouverner la Nation sans Assemblée Nationale, quand il a un grand Ministre.

« 8° Le droit d'États Provinciaux uniformes dans toutes les Provinces, pour en extirper les Intendants et lier indissolublement toutes les parties d'un Royaume, où l'union seule peut triompher des mauvais Ministres, et fixer les bons dans la ligne du Ministère.

« 9° Enfin le droit de concerter avec le Prince dans l'Assemblée Nationale seule, tout ce qui intéresse les propriétés du Prince et du Peuple : DROIT PRÉCIEUX, dont l'exercice constatera l'époque de l'établissement de la plus belle Monarchie du monde, sur les ruines du despotisme le plus avilissant, celui des Ministres.

« Observez maintenant que ces neuf articles bien discutés, bien libellés, bien sanctionnés, formeront la Constitution la plus sage et la plus complète ; je dis la plus complète, car il n'y manquera rien qu'il ne doit aisément y ajouter sans inconvénient, à mesure que la nécessité ou l'avantage en seront connus, et c'est là toute la perfection à laquelle une institution peut atteindre. » Alexandre CASAUX, *Simplicité de l'idée d'une constitution*, éd. cit., p. 91-93.

2071« Le premier principe de l'activité des intérêts, et par conséquent de la constitution, est la liberté de la personne et de la propriété. Cette liberté doit être établie sur une dépendance réciproque et égale de l'intérêt général et de tous les intérêts privés. » LOEILLIET, *Principes qui doivent servir de base à une bonne constitution par M. Loeilliet*, Paris, 1789, BN Lb39-7109, p. 10-11.

« Il n'est point de constitution, là où ce que l'homme a de plus précieux ne repose pas sous la garde de la foi publique fondée sur les lois, là où on peut trancher d'un seul coup tous les liens qui nous attachent à la terre.

« Si un membre de la société n'est pas sous la sauvegarde de la société ; s'il ne peut pas résister par l'action des lois à tout ce que l'autorité pourrait entreprendre contre lui, je demande quelle est la constitution, ou plutôt ce que c'est que la constitution ? » *De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M****, éd. cit., p. 27.

2072« Dans la formation d'une constitution, il faut donc distinguer ; 1° Le pouvoir constituant, et c'est la nation. 2° Les pouvoirs constitués, c'est-à-dire les officiers qu'elle charge de ses pouvoirs.

« Et ces pouvoirs sont, 1° le pouvoir législatif ou de faire des lois ; 2° le pouvoir de les exécuter ou exécutif ; 3° le pouvoir judiciaire ou de juger.

« Dans une Constitution libre, ce partage doit être fait de manière que chaque citoyen conserve ses droits essentiels, et que jamais ils ne puissent être envahis par aucun pouvoir.

« Pour que ces droits ne soient jamais envahis, il ne faut pas réunir dans une seule main le pouvoir constituant et tous les pouvoirs constitués. Le despotisme en résulte. » Nous soulignons. BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 6-7.

2073« On croit pouvoir dire, avec vérité, qu'elle [la loi salique] est la seule constitution de la France ; mais on pourrait ajouter qu'elle ne suffit pas, ou plutôt qu'elle ne sert de rien pour régir cet empire, et effectivement ce sont les lois qui établissent les rapports entre le souverain et son peuple et entre les membres de la société ; les lois qui fondent le droit public, qui devraient être ce qu'on appelle constitutionnelles, et qui manquent absolument. » *De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M****, éd. cit., p. 23.

2074« J'entends pas constitution, un corps de règles fondamentales, sur lesquelles sont appuyés tous les ressorts du Gouvernement, qui laissent au Corps social le moyen d'obtenir les lois nécessaires au maintien de l'ordre public, mais de véritables lois, signes de la volonté générale ; qui indiquent au Peuple ce qui doit lier son obéissance, qui retiennent tous les agents du pouvoir dans de justes limites, qui fasse que les Lois ne soient jamais vainement invoquées, qu'on ne puisse leur substituer les décisions arbitraires, et qu'en se conformant à ce qu'elles ordonnent, le plus obscur des Citoyens puisse jouir d'ailleurs de toute l'indépendance de la nature. » Jean-Joseph MOUNIER.

l'inexistence d'une constitution, d'affirmer la « Nécessité d'établir une Constitution »²⁰⁷⁵ et de justifier un droit d'inventaire sur les règles existantes à l'aune des principes tirés de la raison²⁰⁷⁶. Le droit naturel et la raison, tel qu'ils sont constatés par la nation, doivent seuls guider les règles relatives à l'exercice du pouvoir. Le parti royaliste tente alors difficilement de riposter.

Moreau, dans son *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française, précédé de l'histoire de toutes nos assemblées nationales*, semble même avouer son impuissance face à ce courant rationaliste. Il tente de défendre la constitution monarchique en réfutant les théories contractualistes et en reprenant les théories fondant le pouvoir sur l'autorité divine²⁰⁷⁷.

Pour lui, seul Dieu est l'« auteur de l'ordre naturel de la société »²⁰⁷⁸. Suivant cette doctrine, les droits de l'homme proviennent directement du droit naturel, compris dans le sens de droits donnés par Dieu aux individus. Si l'ordre politique a bien pour objet de garantir ces droits, cette garantie est assurée, comme dans le système physiocrate, par la concentration du pouvoir dans les mains du roi²⁰⁷⁹. Moreau rejette donc toute idée de souveraineté nationale²⁰⁸⁰ et tout droit de veto des parlements²⁰⁸¹. Si les ministres sont responsables, ils ne le sont que devant le roi²⁰⁸². Le roi est également considéré par lui comme le seul représentant de la nation²⁰⁸³. Moreau, tentant de

Nouvelles observations sur les états généraux de France, éd. cit., p. 182.

2075 MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., chapitre 22.

2076 « Aucune Loi, aucune convention n'a fixé jusqu'à ce jour les formes des États-généraux ; les usages n'ont pas été constants. D'ailleurs ces usages se détruisent par des usages contraires. Si les uns ont été conformes à la raison et les autres absurdes ou dangereux, il est bien évident qu'on aura le droit de choisir ceux qui méritent d'être préférés. » Nous soulignons. MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, éd. cit., p. 178.

2077 Jacob-Nicolas MOREAU, *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française*, éd. cit., II, p. 199-226.

2078 *Ibid.*, p. 289.

2079 « Le Monarque, comme tous les autres Souverains, a deux devoirs à remplir. Il doit

« 1° Garantir à ses sujets tous les bienfaits qu'ils tiennent de la nature : voilà ce que j'appelle gouverner, et le Prince ne gouverne qu'en faisant usage de sa puissance législative et juridictionnelle. Voilà le domaine des lois, le règne des formes. Il ne lui fait que des agents désarmés. La plus petite des forces lui suffit, et le plus souvent, il n'a pas même besoin de forces pour remplir, à l'égard de ses peuples, ses obligations journalières.

« 2° Il est un autre devoir du Prince envers la Nation ; c'est celui de la défendre contre l'invasion des étrangers et les attaques de ses ennemis. » Jacob-Nicolas MOREAU, *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française*, éd. cit., II, p. 236-237.

« Le Roi seul en France est, par nos lois essentielles, propriétaire de toute espèce de puissance de gouvernement [...] les États-Généraux, précisément parce qu'ils ne représentent pas le Roi, n'ont que des devoirs à remplir et aucun pouvoir législatif à exercer. » *Ibid.*, p. 266.

« En France la puissance absolue qui gouverne appartient au Roi : d'un bout du Royaume à l'autre, elle ne peut être exercée que de son aveu, soit en vertu des provisions d'un Office qu'il confère, soit en vertu d'une Seigneurie donc l'hommage remonte jusqu'à lui, et dans ce cas-là même, non par le propriétaire d'un fief, mais par des Officiers qu'il nomme et qui doivent serment au Tribunal royal où ils ressortissent. » *Ibid.*, p. 285-286.

2080 « Notre Gouvernement a toujours été une pure Monarchie. Il cessera de l'être si le pouvoir législatif passe aux États. » *Ibid.*, p. 381.

« Notre constitution monarchique [...] veut que tout pouvoir émane du Monarque, et que la puissance législative ne puisse jamais passer au peuple. » *Ibid.*, p. 425.

2081 « C'est parce que les Magistrats ne partagent point avec lui la puissance, qu'après qu'ils ont épuisé et les conseils et les représentations, s'il persiste, il doit être obéi, car la constitution est monarchique, et elle cesserait de l'être, s'ils avaient, comme les Tribuns de Rome, le droit du veto. » *Ibid.*, p. 318-319.

2082 *Ibid.*, p. 491-501.

2083 *Ibid.*, p. 432.

s'extraire des considérations des patriotes, ne peut toutefois exclure le droit de la nation à une représentation qu'il semble ici reconnaître implicitement.

Il refuse également toute constitution locale et rejette les particularismes en préconisant l'uniformité des lois et de l'administration qui seule garantit une unité conforme à l'unité offerte par le roi²⁰⁸⁴. En cela, il rejoint les patriotes qui réclament une unité d'administration conforme à l'unité de la nation. Les modèles proposés par le monarchiste Moreau et les patriotes sont finalement relativement similaires, mais ils se distinguent s'agissant du titulaire de la souveraineté, le monarque pour l'un, la nation pour les autres.

Les partis monarchistes et patriotes s'opposent également aux privilégiés qui défendent les droits particuliers et leur définition de la constitution traditionnelle. Ces trois partis allaient s'affronter dans les États-généraux.

2084« Nous n'avons tous qu'un Roi, et ceux-même qui prétendent que la France n'a point de constitution ne veulent lui en donner qu'une. Mais comment en venir là, si chaque Province a la sienne, et si c'est sur cette constitution particulière qu'elle fonde des droits et des privilèges particuliers qu'une autre Province lui envie. » *Ibid.*, p. 416-417.

« La législation doit être une partout où le pouvoir législatif est un » *Ibid.*, p. 444.

Section 3. Les derniers affrontements des patriotes, des royalistes et des privilégiés sur la constitution (mai-juin 1789)

467. La réunion des États-généraux est l'occasion de l'expression, dans l'espace public et au sein d'institutions politiques, des différents partis opposés. De l'ouverture des États-généraux, le 5 mai, à la réunion des Ordres, le 27 juin, les partis patriote, royaliste et conservateur s'affrontent.

L'expression d'idéologies constitutionnelles incompatibles par les trois partis (§ 1) conduit à un affrontement duquel les patriotes ressortent victorieux (§ 2).

§ 1. L'expression d'idéologies constitutionnelles incompatibles par les partis patriote, royaliste et conservateur

Les discours tenus par le Roi et ses ministres tentent de garder intacte la souveraineté royale. Ils ignorent le terme de constitution pour éviter les réclamations provenant des privilégiés comme des patriotes. Le Roi et ses ministres présentent les États-généraux comme de simples conseils du trône, pouvant éclairer le Roi, mais n'ayant jamais la faculté de rien lui imposer. Le Roi refuse donc tout partage de souveraineté avec la nation s'engageant à nouveau sur le terrain des affrontements qui opposèrent Louis XV puis Louis XVI aux parlements tout au long du XVIII^e siècle. Il présente également les apparences de la neutralité en vue d'instiller au sein des États-généraux une division qui lui permettrait de se présenter comme un arbitre. À l'ouverture des États, il adopte donc une posture neutre et proche d'un conservatisme royaliste (A).

Les privilégiés comme les patriotes protestent contre cette conception du pouvoir politique. L'Ordre de la Noblesse fait valoir ses droits et réclame le respect de la constitution conservatrice. Certains demandent que cette constitution fasse l'objet d'une codification²⁰⁸⁵ (B). Les patriotes soutiennent eux que la France n'a pas de constitution et que la nation réunie sans distinction d'Ordres doit l'établir éclairée par la raison. La partie la plus radicale du Tiers obtient qu'il se constitue en Assemblée nationale en vue d'établir une constitution (C).

A. L'ouverture des États-généraux par le Roi : neutralité et conservatisme royalistes

468. À la séance d'ouverture²⁰⁸⁶, le Roi tente de rester neutre afin de « laisser les ordres à eux-mêmes pour que, la maxime : *diviser pour régner* se vérifiant une fois de plus, ils finissent, de

2085« Les cahiers de bailliage parvenaient à la connaissance du gouvernement ; ils réclamaient une constitution et, sur ce point, les privilégiés se montraient aussi exigeants que le Tiers-État » Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, tome 1, mai-juin 1789, Les Préliminaires - La Séance du 5 mai*, vol. 1, CNRS, 1953, p. 93.

2086Pour de plus amples détails sur la séance d'ouverture voir, Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*.

guerre lasse, par accepter la dissolution avec soulagement »²⁰⁸⁷. Les discours prononcés par lui et par ses ministres ne prennent donc position sur aucune des questions qui agitent cette réunion des États-généraux et présentent une conception conservatrice de la monarchie.

469. Le Roi dans son discours se contente d'affirmer qu'il voulait « rétablir un usage dont le royaume peut tirer une nouvelle force »²⁰⁸⁸, excluant toute perspective novatrice. Il présente les États-généraux comme de simples conseils dont la compétence est limitée à la proposition²⁰⁸⁹ et réaffirme, en des termes qui ne sont pas sans rappeler ceux de son prédécesseur²⁰⁹⁰ : « Je connais *l'autorité et la puissance d'un Roi juste au milieu d'un peuple fidèle* et attaché de tout temps aux *principes de la monarchie* : [...] je dois en être le soutien et je le serai constamment. »²⁰⁹¹

L'ignorance par le Roi des thèmes patriotes aurait été mal reçue. Barente écrit à ce sujet que le discours du Roi « a soulevé et mécontenté tout le monde. Les mots *Lois* et *Constitution* ne s'y trouvent pas. »²⁰⁹² Si le Roi fait allusion à l'égalité devant l'impôt²⁰⁹³, qui était acceptée par la plupart des cahiers privilégiés²⁰⁹⁴, il insiste surtout sur les dangers d'« un désir exagéré d'innovations ». Il les exhorte à suivre « les conseils de la sagesse et de la prudence ». Le Roi n'ordonne toutefois rien de précis aux députés et ne donne pas de règlement pour le fonctionnement interne de l'Assemblée des États-généraux, il « observait la neutralité recommandée par Necker »²⁰⁹⁵.

470. Son Garde-des-sceaux, Barentin s'approprie le vocabulaire libéral, en se référant à « la liberté publique », aux « caprices effrénés du pouvoir arbitraire », au « Monarque citoyen »²⁰⁹⁶, mais, sorti de considérations abstraites, il rappelle les « formes antiques » :

« En déférant à cette demande [du doublement du Tiers], Sa Majesté, Messieurs, *n'a point changé la forme des anciennes délibérations* : et quoique celle par têtes, en ne produisant qu'un seul résultat,

2087 Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 224.

2088 Les discours sont cités d'après Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 281 et s.

2089 « Je suis assuré d'avance que *vous me proposerez* les moyens les plus efficaces pour y établir un ordre permanent, et affermir le crédit public » Nous soulignons. Discours du Roi, à l'ouverture des États-généraux Faite à Versailles le 5 mai 1789, *Ibid.*, p. 281.

2090 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, B.

2091 Discours du Roi, à l'ouverture des États-généraux Faite à Versailles le 5 mai 1789, Nous soulignons. Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 281.

2092 Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 216.

2093 « La dette de l'Etat, déjà immense à mon avènement au trône, s'est encore accrue sous mon règne ; une guerre dispendieuse mais honorable en a été la cause [il fait ici référence à la guerre d'indépendance des États-Unis] ; l'augmentation des impôts en a été la suite nécessaire, et a rendu plus sensible leur inégale répartition. » Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 281.

2094 Le Roi y fait d'ailleurs allusion dans son discours : « C'est dans cette confiance, Messieurs, que je vous ai rassemblés, et je vois avec sensibilité qu'elle a déjà été justifiée par les dispositions que les deux premiers Ordres ont montrées à renoncer à leurs privilèges pécuniaires. » Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 281.

2095 Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 223.

2096 Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 282 et s.

paraisse avoir l'avantage de faire mieux connaître le désir général, le Roi a voulu que cette *nouvelle forme ne puisse s'opérer que du consentement libre des Etats-généraux et avec l'approbation de sa Majesté.* »²⁰⁹⁷

Le vote par tête ne pourrait donc être autorisé qu'avec le consentement des Ordres recueilli indépendamment et revêtu de la sanction royale. Barentin rappelait par là la définition conservatrice de la constitution monarchique définie par les Privilégiés au cours de la Prérévolution²⁰⁹⁸. Il dénonce les conceptions patriotes comme des « maximes fausses et outrées à la faveur desquelles on voudrait substituer *des chimères pernicieuses aux principes inaltérables de la monarchie* »²⁰⁹⁹ et enjoint aux députés de rejeter « avec indignation, ces *innovations dangereuses* que les ennemis du bien public voudraient confondre avec ces changements heureux et nécessaires qui doivent amener cette régénération, le premier vœu de Sa Majesté »²¹⁰⁰. Il se réfère également expressément à la constitution de la monarchie²¹⁰¹. Barentin adopte ici une position conservatrice.

471. Necker adopte une position similaire qui n'était pas réellement conforme à ses vues, il aurait voulu son discours plus libéral et plus prompt à permettre une évolution vers un régime à l'anglaise²¹⁰². Néanmoins, à la demande du Roi, il présente la conception monarchique des États-généraux : ils sont un simple conseil, que le Roi n'a aucune obligation de convoquer.

Louis XVI, corrigeant le discours de Necker, lui rappelle que les États ne peuvent formuler que des demandes ou de vœux et ne peuvent faire les lois²¹⁰³. Comme le souligne Anne Terroine²¹⁰⁴, Necker prend soin de rappeler dans son discours que les États-généraux peuvent simplement faire au Roi des « représentations », lui donner des « indications » qu'il « écouterait favorablement »²¹⁰⁵,

2097 Nous soulignons. Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 282 et s.

2098 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 1.

2099 Nous soulignons. Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Op. cit.*, p. 282 et s.

2100 Nous soulignons. *Ibid.*

2101 « Si la France est *une des plus anciennes monarchies de l'univers, la seule, après quatorze siècles, dont la constitution n'ait pas éprouvé les revers qui ont déchiré et changé la face de tous les Empires formés*, comme elle, des débris de l'empire Romain, c'est dans l'union et l'amour mutuel du monarque et des sujets qu'il faut chercher la principale cause de tant de vie, de force et de grandeur. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 282 et s.

2102 Voir en ce sens *Ibid.*, p. 225 et s.

2103 « Je vous renvoie, Monsieur votre discours. Je vous dirai sans compliment qu'il m'a fait le plus grand plaisir à relire. J'ai fait seulement quelques petites remarques d'après celles que je vous avais déjà faites. Au commencement j'ai ajouté à la demande des États, *parce que comme ils ne peuvent pas faire des Lois seuls*, il faut mettre que c'est à leur demande *après leur vœu, ou autre chose pareille*. Au second cahier je tiens toujours à changer la phrase de l'Autorité Législative comparée aux engagements que le Roi a pris. » Nous soulignons. Observations faites par Louis XVI sur le projet de discours de Necker, *Ibid.*, p. 253.

2104 Voir en ce sens *Ibid.*, p. 225 et s.

2105 *Ibid.*, p. 317.

l'éclairer par des « avis »²¹⁰⁶, lui donner des « conseils »²¹⁰⁷, lui présenter des vœux²¹⁰⁸. Ils sont dénués de tout pouvoir²¹⁰⁹ et relégués au rang de « conseils » du Roi²¹¹⁰.

Il souligne également que la convocation des États-généraux n'est pas due à une « nécessité absolue », mais résulte simplement du bon vouloir royal²¹¹¹. La puissance exécutive du Roi est également évoquée par Necker et elle doit à ses yeux ne rencontrer aucun obstacle²¹¹². Dans cette conception, le Roi est le seul et unique garant des droits individuels et collectifs. Necker le présente comme « le chef et le gardien des droits d'une grande Nation »²¹¹³.

Les idées de Necker semblent pourtant parfois se faire jour malgré les corrections royales. Il fait plusieurs fois allusion à la permanence, voire à l'omni-compétence, des États-généraux²¹¹⁴ et critique, de manière à peine voilée, la doctrine de la distinction et de la séparation des Ordres²¹¹⁵. Dans un autre passage, il sous-entend que pour avoir « toute la force législative », « il faut le concours de la Nation », ce qui est directement contraire à l'idée que le Roi est seul plénipotentiaire en matière législative²¹¹⁶. L'idée, chère aux libéraux patriotes comme parlementaires, que la loi n'est

2106« Sa Majesté a cru devoir différer de donner une dernière décision jusqu'à ce qu'elle eût été éclairée par les avis des représentants de la Nation » *Ibid.*, p. 330.

2107« Le Roi écoutera vos conseils avec la confiance due à la réunion de vos lumières, et à la garantie du vœu national que vous seuls pouvez donner légitimement. » *Ibid.*, p. 333.

2108« Vous choisirez, Messieurs, dans cette collection de souhaits et de plaintes que la condition humaine rend malheureusement inépuisable ; vous y choisirez les demandes les plus instantes et les plus pressées ; et vous rendrez heureux votre Souverain quand vous lui présenterez des vœux que sa justice lui permettra de satisfaire. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 341.

2109« Ainsi, soit universellement aux Etats généraux, soit partiellement dans chaque province, les citoyens zélés qui pourront aider Sa Majesté à parvenir au but qu'elle se propose deviendront comme autant de ministres de ses volontés ; et nous autres, Messieurs, nous seconderons, non pas de notre pouvoir, puisque ce pouvoir ne consiste que dans notre obéissance aux volontés du Roi, mais de notre ardente affection et de notre extrême volonté, l'établissement d'un ordre bienfaisant et salutaire, propre également à glorifier le règne de Sa Majesté, et à consolider le bonheur de la Nation. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 339.

2110« Le Roi, vous considérant, Messieurs, comme associés dès ce moment à ses conseils, écoutera non-seulement avec attention et intérêt toutes les ouvertures et les propositions qui lui viendront de votre part » *Ibid.*, p. 324.

2111« Ce n'est pas à la nécessité absolue d'un secours d'argent que vous devez le précieux avantage d'être rassemblés par Sa Majesté en Etats généraux [...] C'est donc, Messieurs, aux vertus de Sa Majesté que vous devez sa longue persistance dans le dessein et la volonté de convoquer les Etats généraux du royaume. » *Ibid.*, p. 318-320.

2112« Le Roi désire avec passion que tout ce qui est juste en administration soit connu, soit déterminé, soit invariable ; mais il désire, mais il veut absolument que l'autorité souveraine puisse maintenir l'exécution des dispositions conformes aux lois, et défendre l'ordre public contre toute espèce d'atteinte. Le meilleur des gouvernements ne serait qu'une belle abstraction, si le moment où la puissance royale doit déployer toute son action restait encore incertain, et si cette puissance, une fois en accord avec le vœu général, avait des résistances à ménager et des obstacles à vaincre. » *Ibid.*, p. 343.

2113*Ibid.*, p. 303.

2114« Cependant, Messieurs, ce serait sans doute considérer les Etats-généraux d'une manière bien limitée, que de les voir seulement sous le rapport de la finance, du crédit, de l'intérêt de l'argent et de toutes les combinaisons qui tiennent immédiatement aux revenus et aux dépenses. On aime à le dire, on aime à le penser, ils doivent servir à tout, ces Etats-généraux ; ils doivent appartenir au temps présent et aux temps à venir » *Ibid.*, p. 322.

2115« Vous les retrouverez de reste quand vous le voudrez, ces distinctions ou ces séparations qui mettent les citoyens en opposition les uns avec les autres en raison de leur état et de leur naissance, on n'a garde de vous inviter à les oublier entièrement ; elles entrent même dans la composition de l'ordre civil ; elles forment cette chaîne si nécessaire pour la règle et la subordination de tous les mouvements de la société ; mais on doit suspendre pour un temps ces considérations rivales, et si quelque chose peut en adoucir l'aspérité, c'est de n'y revenir qu'après s'être occupé longtemps en commun de la chose publique. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 323-324.

2116« Les principes appartiennent à la délibération des Etats généraux, et l'application de ces principes regarde

faite que du consentement du Roi et de la Nation est ici reprise directement par l'un de ses ministres. Il fait plusieurs fois allusion au consentement de la nation en matière fiscale²¹¹⁷, contredisant la partie de son discours où il soulignait la liberté du Roi de réunir ou non les États-généraux. De même, il semble assez critique à l'égard des anciens usages :

« l'expérience venant de rendre sensibles diverses *imperfections inséparables du plan qu'on a suivi pour se rapprocher des anciens usages*, vous penserez, Messieurs, qu'un de vos plus grands intérêts est de présenter au Roi de nouvelles idées, et de former des plans qui soient médités avec assez de sagesse pour obtenir l'approbation de Sa Majesté et pour répondre au vœu commun de la nation. Toutes les dispositions, Messieurs, qui ont servi à vous rassembler, se trouvent *entées pour ainsi dire sur le tronc antique et respecté de la constitution française* ; [...] mais les changements survenus dans nos mœurs et dans nos opinions, [...] exigent peut-être un *ordre nouveau*. [...] On a recueilli pour cette fois *les débris d'un vieux temple* ; c'est à vous, Messieurs, à en faire la révision et à proposer les moyens de les mieux ordonner »²¹¹⁸

Necker reconnaît donc ici la constitution antique si chère aux Privilégiés, mais n'inclut pas les formes antiques de convocation dans cette constitution et l'image d'un temple en ruine ou d'une greffe à un arbre laisse imaginer l'égard qu'il avait pour ces usages. Il apparaît donc comme relativement modéré et exclut toute innovation trop radicale, mais en des termes moins catégoriques que Barentin²¹¹⁹.

Sur la demande du Roi²¹²⁰, Necker fait également des recommandations sur le mode de délibération, par Ordre ou en commun, des États-généraux. Toutefois, il ne le fait pas au nom de l'autorité royale :

« Le Roi, Messieurs, connaît toute l'étendue de la liberté qui doit vous être laissée [...] et ce n'est pas encore cependant comme votre souverain, c'est comme le premier tuteur des intérêts de la Nation, c'est comme le plus fidèle protecteur de la félicité publique, que le Roi m'a ordonné de vous présenter un petit

l'administration particulière de chaque province. *Il faut le concours de la Nation, il faut toute la force législative pour déterminer qu'il n'y aura désormais aucunes distinctions pécuniaires entre les divers Ordres de l'Etat, et qu'on abolira pour toujours jusqu'au nom des impôts qui conserveraient les vestiges d'une désunion dont il est si pressant d'effacer la mémoire.* » *Ibid.*, p. 325-326.

2117« Une répartition plus équitable des impôts entre toutes les provinces *ne peut être soumise qu'à l'examen et aux délibérations de la Nation entière assemblée en Etats généraux.* » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 327.

« Ces divers exemples suffisent pour faire connaître qu'il est des impôts dont la réforme ou les changements *doivent appartenir à la délibération d'une assemblée nationale*, tandis que la modification de certaines contributions peut être soumise sans aucun inconvénient à l'administration particulière de chaque province. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 330.

2118Nous soulignons, *Ibid.*, p. 342-343.

2119« Vous écarterez tous les *systèmes exagérés*, vous réprimerez tous les *abus de l'imagination*, vous vous défiez de toutes *les opinions trop nouvelles* ; vous ne croirez pas que l'avenir puisse être sans connexion avec le passé, vous ne préférerez pas *les projets et les discours qui vous transporterait dans un monde idéal*, à ces pensées et à ces conseils qui, moins éclatants, mais plus praticables, exposent à moins de combats et donnent au bien qu'on opère un caractère de stabilité et de durée. » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 345.

2120« Le Roi m'a ordonné de vous présenter un petit nombre de réflexions. J'aurais aimé peut-être à en être dispensé, car on ne s'approche jamais sans danger de ces questions délicates dont l'esprit de parti s'est déjà rendu maître ; mais il faut rejeter avec dédain toutes les considérations personnelles qui font toujours embarras dans la route du bien public. » *Ibid.*, p. 345.

nombre de réflexions. »²¹²¹

Ces recommandations n'ont aucun caractère impératif et si le Roi semble ici reconnaître une forme de liberté aux États-généraux, celle-ci n'est qu'apparente. L'emploi de l'adverbe *encore* laisse penser que si les États ne parviennent pas à un accord, le Roi ne s'interdit pas une intervention autoritaire et souveraine.

Ces recommandations rentrent certainement dans le cadre de la stratégie royale qui appuie son autorité sur la vivacité des divisions entre Ordres. Necker conseille alors que les Ordres commencent par se séparer afin que les deux premiers Ordres puissent accorder librement l'abandon de leur privilèges pécuniaires²¹²², conformément aux vœux de Barentin et des privilégiés. Ce n'est que dans un second temps que devraient alors être examinés, « par des Commissaires nommés dans les trois Ordres », « les avantages et les inconvénients de toutes les formes des délibérations »²¹²³.

Il souligne la nécessité de confier les délibérations « à deux ou trois Ordres » « pour maintenir un ordre établi, pour ralentir le goût des innovations »²¹²⁴. En revanche, il reconnaît que « pour les affaires où la célérité des résolutions et l'unité d'action et d'intérêt deviennent nécessaires, la consultation en commun mérite la préférence »²¹²⁵.

Ce discours, qui avait certainement pour objet d'attiser les conflits entre les Ordres, laisse toutefois transparaître l'idée que Necker se faisait du régime souhaitable. Comme le souligne Anne Terroine, l'allusion à la séparation en deux chambres, qui rapprocherait le régime du modèle anglais, représente une innovation qui ne fut pas très bien reçue²¹²⁶.

Les États-généraux s'ouvraient donc sans que le Roi, ni ses ministres n'aient pris une position claire sur la constitution, ou au moins sur la délibération des États-généraux. La neutralité et le conservatisme royaliste affiché laissaient parfois transparaître les perspectives plus libérales de Necker. Le Roi tentait une fois encore de réaffirmer son autorité et semblait préférer le respect de la constitution antique, sans exclure formellement aucune innovation. Cette séance d'ouverture n'apportait de réelle satisfaction à aucun des partis qui allaient s'affronter.

B. La tentative de défense de la constitution conservatrice par la Noblesse

472. Des deux Ordres privilégiés, la Noblesse fut la plus virulente. Le Clergé garda longtemps

2121 *Ibid.*, p. 345-346.

2122 *Ibid.*, p. 345-346.

2123 *Ibid.*, p. 347.

2124 *Ibid.*, p. 347.

2125 *Ibid.*, p. 347.

2126 *Ibid.*, p. 225-226.

une position qui pouvait sembler en apparence modérée, mais qui résultait de la profonde division au sein même de l'Ordre entre le Haut-clergé, qui prenait le parti de la Noblesse dont il était issu, et le Bas-clergé, qui s'alliait au Tiers-État.

Le premier affrontement a lieu au sein des conférences conciliatoires où les patriotes et les nobles échangent leurs arguments (1). L'échec des conférences conciliatoires conduit la Noblesse à adopter un arrêté dans lequel elle codifie la constitution conservatrice et fait une déclaration des droits des Ordres (2). Le Roi entreprend des démarches conciliatoires qui échouent également, ce qui a pour seule effet d'affaiblir, une fois encore, son autorité (3). Au cours de la séance royale du 23 juin, le Roi reconnaît partiellement la constitution conservatrice tant réclamée par la Noblesse (4). Une fois que le Roi a demandé la réunion des Ordres le 27 juin, la Noblesse signe son testament politique sur la forme d'une déclaration des droits constitutifs de la monarchie française, de l'indépendance et de la distinction des Ordres (5).

1. Le débat sur la constitution entre la Noblesse et le Tiers dans les premières conférences conciliatoires

473. Le Garde-des-sceaux avait invité les États à s'assembler dès le lendemain « à l'effet de procéder à la vérification de vos pouvoirs, et de la terminer le plus promptement qu'il vous sera possible, afin de vous occuper des objets importants que Sa Majesté vous a indiqués »²¹²⁷. Cependant, rien n'avait été prévu pour la vérification des pouvoirs²¹²⁸.

Le Tiers-État estima donc qu'ils devaient être vérifiés en commun, et décida d'attendre les députés des Ordres privilégiés pour vérifier les pouvoirs en commun²¹²⁹. La Noblesse au contraire prit, dès le 6 mai, un arrêté prévoyant que « les Commissaires de la Noblesse procéderaient seuls à la vérification des pouvoirs des Députés de leur Ordre »²¹³⁰. Le 7 mai, le Clergé propose aux deux autres Ordres de former « une Commission chargée de présenter les moyens les plus capables de faire régner l'union et la plus parfaite harmonie entre les Ordres »²¹³¹.

²¹²⁷*Ibid.*, p. 291.

²¹²⁸Sur cette question voir notamment, François FURET, Ran HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, coll. « les Constitutions françaises », Fayard, 1996, p. 115-127.

²¹²⁹« Les Députés des Communes assemblés dans le local destiné à recevoir les Députés des trois Ordres, ayant été informés que le Clergé et la Noblesse s'étaient retirés chacun dans une chambre particulière, pour s'y occuper séparément de la vérification de leurs pouvoirs respectifs, ont arrêté d'attendre pendant quelques jours les ordres privilégiés, et de leur laisser ainsi le temps de réfléchir sur l'inconséquence du système d'une séparation provisoire et d'autant plus révoltante, que tous les Ordres ont un intérêt égal à la vérification des pouvoirs des Députés de chacun d'eux. » Délibération relative au parti pris par le Clergé et la Noblesse, de vérifier séparément leurs pouvoirs. Du 6 Mai 1789, *Collection générale des Décrets rendus par l'Assemblée Nationale, avec la mention des sanctions et acceptations données par le Roi, depuis le mois de Mai, jusques et compris le mois de Décembre 1789*, Tome I^{er}, Paris, Baudouin, (ci-après Baudouin, I) p. 1.

²¹³⁰*Procès-verbal des séances de la Chambre de l'Ordre de la Noblesse, aux États-Généraux, tenues à Versailles en 1789*, Paris, Imprimerie Nationale, 1792, BN Le27-5, (ci-après PV Noblesse) p. 5.

²¹³¹*Ouverture des Etats-Généraux, Procès-Verbaux et récit des Séances des Ordres du Clergé et de la Noblesse jusqu'à leur réunion à l'Assemblée Nationale*, Paris, Imprimerie Nationale, 1791, BN Le27-6 (ci-après PV Clergé), p. 181.

Si la Noblesse accepte de nommer des commissaires conciliateurs²¹³², le 12 mai, elle n'a pour autant pas l'intention de « s'écarter des principes qu'elle a adoptés »²¹³³ et ne nomme effectivement ses commissaires que le 19 mai²¹³⁴. Le Tiers décide de nommer des commissaires le 18 et les nomme le 19, mais il limite l'étendue de leur pouvoirs, ces derniers sont simplement autorisés à « conférer avec ceux qui ont été ou seront choisis par MM. du Clergé et de la Noblesse, sur les moyens proposés pour réunir tous les Députés, afin de vérifier les pouvoirs en commun »²¹³⁵. Ces conférences conciliatoires étaient donc vouées à l'échec avant même leur réunion. Elles fournissent toutefois un témoin intéressant du premier – et dernier – débat institutionnel entre l'Ordre de la Noblesse et les députés du Tiers-État.

474. Le 23 mai, jour de la première conférence, l'Ordre de la Noblesse, en vue de donner l'apparence de volontés conciliatoires, décide d'autoriser leurs commissaires à « annoncer à ceux du Tiers-Etat, que presque la totalité des cahiers dont sont chargés les Députés de son Ordre, les autorise à voter la renonciation à tous les privilèges pécuniaires de la Noblesse, en matière d'impôts, tels qu'ils seront consentis par les États-Généraux, et qu'ils sont dans la ferme résolution de rendre le décret pour cette renonciation »²¹³⁶. Cette renonciation n'est cependant pas accordée sans condition.

Bien que la Noblesse soit divisée sur la délibération par tête ou par Ordre²¹³⁷, la majorité conservatrice obtient que l'arrêté prévoie que la renonciation ne peut être votée qu'« après que chaque Ordre, *délibérant séparément*, aura pu *fixer par des lois invariables les bases de la*

2132PV Noblesse, p. 37.

2133Discours du Président de la Noblesse, PV Noblesse, p. 59.

2134PV Noblesse, p. 60.

2135Baudouin, I, p. 2.

2136PV Noblesse, p. 85.

2137« La Chambre de la Noblesse est composée des Gentilshommes les plus instruits du Royaume ; tous ont le même but, tous désirent également le bonheur de la France, mais ils espèrent le trouver par des moyens différents.

« Les uns [...] sont persuadés qu'une constitution ne peut s'établir sur des bases inébranlables, qu'autant qu'elle sera consentie par tous les Ordres séparément, et ils soutiennent cette manière de délibérer comme la seule constitutionnelle et laissant jouir chaque Ordre de la plénitude de ses droits ; mes Commettants m'ont ordonné de me réunir à ceux qui manifesteront de pareils sentiments.

« Les autres désirent également le bonheur de l'État, également respectueux envers l'auguste Souverain qui les gouverne, veulent que les affaires soient toutes traitées avec les Ordres réunis. » Discours prononcé à la chambre de la noblesse, par M. le Mis de Sillery, adressé à MM. les commissaires-conciliateurs, le samedi 23 mai 1789, BN Le29-1953, p. 4-5.

Constitution »²¹³⁸. Les députés nobles²¹³⁹ réclament donc une codification²¹⁴⁰ et une réformation²¹⁴¹ de la constitution. La majorité conservatrice accepte la nécessité d'une telle codification, car elle vise à leur yeux à préserver les droits des Ordres, leur séparation, leur indépendance²¹⁴².

475. Au cours de la première conférence²¹⁴³, les commissaires de la Noblesse font valoir le « respect dû aux anciens usages »²¹⁴⁴. Les commissaires du Tiers-État s'occupent à la fois de démontrer la faiblesse des arguments historiques des nobles et de défendre le droit naturel fondé uniquement sur la raison²¹⁴⁵. Mounier avait pour tâche de démontrer l'inconsistance des thèses

2138 Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 84-85.

2139 Vingt-deux réclamations ont été déposées le 23 mai, elles visent pour la plupart à souligner la nécessité de codifier la constitution, afin qu'elle soit assurée sur des bases invariables, avant de consentir tout impôt. La plupart réclament également que cette constitution soit arrêtée par les trois Ordres délibérant séparément et avec la sanction du Roi.

2140 « Les Députés de la Noblesse du Bas-Limousin, Sénéchaussée de Tulle, déclarent que le désir *d'obtenir une Constitution fixe, et à l'abri des pouvoirs arbitraires*, a déterminé leurs Commettants à leur faire une Loi de ne voter sur rien avant que *les points qu'ils regardent comme constitutionnels ne fussent arrêtés et statués par une charte authentique*. » Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 69.

« Les Députés du Bailliage de Châlons-sur-Saône, engagés par leurs serment, et de la manière la plus formelle, à ne délibérer sur aucun objet avant que *les points fondamentaux de la Constitution ne soient invariablement fixés* » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 70.

« MM. Les Députés de la Noblesse d'Alençon déclare qu'il leur est impérativement enjoint par leurs Commettants, de ne s'occuper en aucune manière de l'impôt, qu'il n'ait été préalablement statué *par une loi précise et authentique, revêtu du consentement des trois Ordres et du décret du Prince, sur tous les points relatifs à la Constitution*, c'est-à-dire, sur tous les points qui intéressent *les droits sacrés du Trône, ceux de la Nation, et tous les droits qui résultent nécessairement pour chaque individu, de la libre propriété de sa personne et de ses biens* » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 71.

2141 « Je déclare que mes cahiers m'autorisent à faire l'abandon le plus illimité de la prérogative pécuniaire ; mais je déclare aussi, qu'en vertu du droit que mes pouvoirs me donnent, je ne consommerai cet abandon que quand j'aurais acquis *la certitude de voir la Constitution affermie*, le pouvoir arbitraire renoncé, l'intégrité de la monarchie sanctionnée, les prérogatives inhérentes à l'existence personnelle de chaque individu de la société, reconnues, et l'uniformité dans la perception générale des impôts passée en loi. » Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 70.

« Nous soussignés, Députés de la Noblesse de la Sénéchaussée de Guyenne, liés par notre mandat qui nous enjoint expressément de ne pas délibérer sur l'impôt, ni sur l'abandon desdits privilèges, *avant que la Constitution du royaume ait été rétablie*, avant que les principaux abus de l'administration aient été discutés, ni même avant que les divers projets d'amélioration aient été proposés » Nous soulignons. *Ibid.*, p. 89.

2142 Discours prononcé par le Comte d'Antraigues, le 23 mai 1789, *Motions de Messieurs les commissaires, conciliateurs de l'Ordre de la Noblesse, portée dans cette Chambre ; par M. le Comte d'Antraigues, le 22 mai 1789*, — *Discours prononcé par le Cte d'Antraigues le 23 mai 1789*, BN Le29-6, p. 7.

2143 *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France, Tenues en l'année 1789 et suivantes ; Précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789*, (ci-après *PV Conférences*) Tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1791, BN Le27-13, p. 166-179.

2144 *PV Conférences*, p. 168.

2145 « Des usages qui ont varié, des usages qui sont équivoques, des usages mêlés d'erreurs évidentes, et que l'on serait forcé d'abandonner, au moins en partie, ne peuvent pas, dans un siècle tel que le nôtre, être cités comme une règle à suivre [...] il est temps enfin que la raison conduise des Citoyens, tous Députés pour représenter une grande Nation, tous éclairés des mêmes lumières, tous animés du même zèle pour l'intérêt public. » *PV Conférences*, p. 170.

« À présent que la bonté du Monarque, qui veut être le Roi d'une Nation libre, appelle tous ses Sujets à préparer, à proposer, à concerter avec lui de véritables lois ; que tous les Députés sont chargés par leurs Cahiers de l'honorable fonction de concilier tous les droits de la Nation avec la puissance royale, si nécessaire à un grand Peuple ; qu'à des travaux aussi différents, il est impossible d'appliquer l'observation des mêmes formes ; que *ces formes, supportables il y a cent soixante quinze ans, seraient aujourd'hui destructives des droits nationaux* : car il est impossible que la Nation soit indifférente à *la validité du titre de ceux qui vont exercer pour elle une portion de la puissance législative, qui vont fixer de concert avec le Roi les bases de la Constitution du Royaume*. » Nous

historiques, alors que Target devait faire valoir les arguments tirés du droit naturel²¹⁴⁶. Initialement, les deux partis semblent en apparence d'accord sur l'objet qui doit occuper les États-généraux : fixer les bases de la constitution²¹⁴⁷.

En revanche, ils sont en désaccord sur le mode de délibération permettant de réaliser cet objectif : la délibération par Ordre est déjà arrêtée par la Noblesse et le Tiers ayant fait le choix de l'inaction réclame une délibération en commun. Si tous deux veulent l'établissement d'une constitution, avant de consentir de nouveaux impôts, ils ne veulent pas l'établissement de la même constitution.

476. Assez rapidement les conférences deviennent le théâtre des débats sur l'existence ou l'inexistence de la constitution²¹⁴⁸. Les députés de la Noblesse reprennent leur appareil idéologique sur la constitution conservatrice reposant sur la distinction et la séparation des Ordres, tout en admettant la nécessité d'une réforme partielle²¹⁴⁹. Ils adoptent alors, après seulement deux conférences²¹⁵⁰, un arrêté prévoyant :

« Il est convenu que pour cette tenue d'États-Généraux, les *Pouvoirs seront vérifiés séparément*, et que l'examen des avantages ou des inconvénients qui pourraient exister dans la forme actuelle, serait remis à l'époque où les trois Ordres s'occuperaient des formes à observer pour l'organisation des prochains États-Généraux. »²¹⁵¹

souignons. *Ibid.*, p. 173.

2146 Cette répartition du travail est attestée par « États-généraux », *Journal des États-Généraux, convoqués par Louis XVI, le 27 avril 1789, ouvrage accueilli et très intéressant où se trouvent toutes les Motions, Délibérations, Discours, et opérations de l'Assemblée, séance par séance* (ci-après *Le Hodey*) Tome I, Paris, 1789, p. 55 et par Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, Armand Colin, 1950, p. 59.

2147 *PV Noblesse*, p. 85 et *PV Conférences*, p. 173.

2148 « Si l'on peut croire la division des Chambres utile pour conserver une forme de Constitution établie, il est évident qu'elle ne peut être que très nuisible, lorsqu'il s'agit de réformer, puisque si l'on considère la prétention du veto, 150 voix dans une seule Chambre suffiraient pour empêcher une amélioration votée par 1049 Représentants ; or il n'est pas douteux que *pour se régénérer, pour fixer une Constitution, la Nation a besoin d'opérer des changements et des réformes*.

« Le Membre de la Noblesse à qui l'on répondait, *a soutenu que la Constitution est faite* ; mais comme il n'en a pas moins reconnu la nécessité de plusieurs réformes, on l'a prié de considérer que cela suffit pour que l'argument subsiste dans toute sa force. » Nous souignons. *PV Conférences*, p. 175.

« Il a été avancé ensuite que *nous n'avons pas de Constitution*, que pour créer il ne fallait être qu'un ; et que différents pouvoirs de résistance, peut-être nécessaires pour empêcher les surprises respectives, lorsque la Constitution serait posée sur des bases inébranlables, devenaient dangereux lorsqu'il fallait établir ses fondements » Nous souignons. *PV Noblesse*, p. 106.

2149 « *Nous avons prouvé que nous avons une Constitution*, qu'il ne fallait point en créer une nouvelle, ce qui serait détruire celle existante depuis tant de siècles, *mais seulement la réparer* ; que le travail à faire en conséquence, s'il était moins prompt, serait au moins plus certain, en en préparant les bases séparément ; que les *lois constitutives et sacrées, reconnues et révérees par nous, établissant des Ordres distincts et séparés dans l'État*, nous prescrivent cette marche dont notre prudence nous faisait sentir la nécessité, et que loin de nous en écarter, notre amour pour le Monarque et pour la Monarchie devait nous en faire déclarer les défenseurs les plus zélés, puisque l'existence de l'un et de l'autre tenait à leur conservation. » Nous souignons. *PV Noblesse*, p. 106.

Voir également en ce sens, *Motion Faite à la Chambre de la Noblesse le 25 mai 1789*, BN Le29-8.

2150 La seconde séance fut tenue le 25 mai. Les commissaires de la Noblesse et du Tiers y reprennent les mêmes arguments. *PV Conférences*, p. 180-186.

2151 *PV Noblesse*, p. 115.

L'Ordre de la Noblesse consacre la doctrine de la séparation des Ordres pour la vérification des pouvoirs et le pouvoir des Ordres séparés de modifier les lois politiques. Il décide de n'envoyer cet arrêté qu'au Clergé et ce n'est donc que par le biais d'un de ses députés que le Tiers-État en prend connaissance²¹⁵².

2. La codification de la constitution conservatrice par la Noblesse

477. En réponse, le Tiers décide le lendemain, 27 mai, d'inviter le Clergé à se réunir à lui²¹⁵³. Le 28, l'Ordre de la Noblesse, sur une motion du Marquis de Bouthillier, décide alors de prendre un arrêté pour assurer la conservation de ses droits :

« L'Ordre de la Noblesse considérant que, dans le moment actuel, il est de son devoir de se *rallier à la constitution*, et de donner l'exemple de la fermeté, comme il a donné la preuve de son désintéressement, déclare que *la délibération par Ordre, et la faculté d'empêcher, qui appartiennent divisément à chacun d'eux, sont constitutives de la monarchie, et qu'il professera constamment ces principes conservateurs du trône et de la liberté.* »²¹⁵⁴

L'Ordre de la Noblesse proclame ainsi sa définition de la constitution traditionnelle conformément à la doctrine bien établie de la séparation des Ordres et de leur droit de *veto*, en ayant recours à la terminologie de Montesquieu.

Les nobles libéraux sont très largement mis en minorité au cours de cette délibération²¹⁵⁵, le temps de la modération semble être dépassé. La proposition d'une conciliation appuyée sur la reconnaissance des « droits généraux assurés à la Nation, droits qui nous intéressent tous également en qualité de sujets » qui seraient la « base » de la constitution²¹⁵⁶ est rejetée au profit d'une motion radicalement conservatrice. Ceux qui se déclarent en faveur de la réunion des Ordres sont très peu nombreux²¹⁵⁷. Face à la menace que représente le Tiers, la constitution n'est plus à rétablir ou à

2152 *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France, Tenues en l'année 1789 et suivantes ; Précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789*, (ci-après PV AN, I) Tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1791, BN Le27-13, p. 51.

2153 « L'Assemblée des Communes a arrêté de députer à MM. du Clergé, pour les inviter au nom du Dieu de paix et de l'intérêt national, à se réunir avec eux, dans la Salle de l'Assemblée générale, pour aviser aux moyens d'opérer la concorde, si nécessaire en ce moment au salut de la chose publique. » *Baudouin*, I, p. 3.

2154 Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 118.

2155 L'arrêté est voté 197 contre 40, *PV Noblesse*, p. 122.

2156 « 1°. La liberté individuelle / 2°. L'abolition des lettres-de-cachet / 3°. Liberté de la presse fixée / 4°. Consentement libre à l'impôt / 5°. États provinciaux / 6°. Propriétés inviolables / 7°. Places ou emplois inamovibles, si ce n'est par un jugement légal / 8°. Respect pour les lettres confiées à la poste / 9°. Concours de la Nation pour la formation des lois / 10°. Responsabilité des ministres / 11°. Périodicité des États-Généraux / 12°. Chartes des droits, jurées et proclamées dans tout le royaume pour l'avantage réciproque de la Nation et du Monarque. » *Projet de conciliation remis aux commissaires de la Noblesse par M. le baron d'Harambure, le 26 mai, pour en faire le rapport, et lu par lui à la chambre de cet Ordre, le 28, au nom de ses collègues* est annexé à la séance du 28, p. 124.

2157 Le comte de Crillon adopte une position radicalement opposée à celle de son Ordre : « Je déclare que je suis dans la plus ferme opinion que c'est bien moins pour maintenir que pour établir une constitution, que nous sommes tous appelés ; et comme le *veto* me paraît essentiellement contraire à la liberté d'action nécessaire pour créer un ordre de choses qui amène la prospérité nationale, et pour abolir les abus de tout genre sous lesquels la Nation gémit depuis

réformer, mais à conserver, à maintenir²¹⁵⁸.

3. L'échec de la conciliation royale affaiblissant son autorité

478. En réponse à ces tensions, le Roi décide de sortir de son silence et exprime son désir « que les Commissaires conciliateurs déjà choisis par les trois Ordres, reprennent leur conférence demain à six heures du soir [...] en présence de mon Garde des Sceaux et des Commissaires que je réunirai à lui »²¹⁵⁹.

Les conférences reprennent le 30 mai²¹⁶⁰ et les débats entre les commissaires de la Noblesse et ceux du Tiers ont toujours la même tonalité, les uns invoquent l'histoire, les autres, la raison. La seule évolution est sans doute que l'autorité royale se trouve encore un peu plus entamée. Les ministres simples spectateurs de ces conférences sont contraints de relever « qu'on établissait trop comme un fait, que le Roi eût renoncé à juger la vérification des Pouvoirs »²¹⁶¹. Les séances suivantes, les mêmes arguments sont inlassablement opposés²¹⁶² : la Noblesse invoque encore une forme de rigidité constitutionnelle : pour changer les formes de vérifications des pouvoirs, il faut respecter les usages et opérer une vérification des pouvoirs séparée²¹⁶³. À cela le Tiers répond que

tant de siècles ; je demande acte que je me suis opposé, autant qu'il était en moi, à la sanction du *veto* pour la tenue actuelle des États-Généraux, que je regarde comme régénérateurs bien plus que conservateurs. » *PV Noblesse*, p. 136.

D'Eymar, Député de Forcalquier en fait de même, dans un discours prononcé à la Chambre de la Noblesse le 3 juin 1789 : « Il est trop vrai que le Trône est ébranlé jusque dans ses fondements ; que la Liberté de l'homme est menacée, hélas ! dans le moment même où il dépendait de vous d'affermir et le Trône et la Liberté sur des bases inébranlables. Qui donc s'oppose à ce que ce grand oeuvre soit achevé pour la gloire de mon Roi, pour la prospérité de la Nation, pour l'honneur de ce siècle ? Non, ce ne sont point les justes demandes des Représentants du Peuple français, souffrez que j'ose vous le dire ; c'est votre résistance à la volonté de vingt-quatre millions d'homme qui, avant de se donner des lois, et de les soumettre à votre décision, veulent vous reconnaître comme Citoyens sans cesser de vous honorer comme Nobles. Vous leur opposez des droits particuliers, des usages antiques !... Ils vous opposent les droits de la justice, les droits de la raison et des vérités éternelles. Pensez-vous que, sur ce grand théâtre, sous les yeux même de la Nation, à la face de l'Europe et du monde entier, ils puissent trahir cette grande cause ? Ils n'en ont pas le pouvoir, ils n'en ont pas la volonté. » *Opinion de M. d'Eymar, Député de Forcalquier, prononcée dans la Chambre de la Noblesse, le 3 juin 1789*, BN Le29-14.

Lally-Tolendal propose d'accepter la vérification en commun sans que cela ne préjuge la forme de délibération. LALLY-TOLLENDAL, *Motion fait dans la Chambre de la Noblesse, le 29 mai 1789, par un député de la Ville de Paris*, BN Le29-11.

2158 Voir par exemple *Discours prononcé dans la Chambre de la Noblesse, par le Comte d'Antraigues, le 28 mai 1789, s.l.n.d.*, BN Le29-10.

2159 *Lettre du Roi à MM. Les députés au Etats-Généraux, portée séparément à la Chambre de chacun des trois Ordres par M. le Grand-Maître des Cérémonies, le 28 mai 1789*, BN Le 29-9.

2160 *PV Conférences*, p. 189-225.

2161 *PV Conférences*, p. 247.

2162 Seconde séance, le 3 juin, *PV Conférences*, p. 225-250 ; troisième séance, le 4 juin, *Ibid.*, p. 250-266 ; quatrième séance, le 6 juin, *Ibid.*, p. 267-294.

2163 « D'après cet exposé, l'Ordre de la Noblesse a donc cru devoir suivre les usages de 1560, et ceux des États postérieurs.

« Il se serait cru dans l'impossibilité de les changer.

« Pour les changer, il eût fallu une délibération et un décret, qu'il ne pouvait prendre avant d'être constitué ; il ne pouvait se constituer que par la vérification de ses pouvoirs ; il était compétent, avant la vérification, pour suivre les lois et usages transmis par les précédents États-Généraux ; il était incompétent pour les altérer. » *Mémoire sur la vérification des pouvoirs, Lu à la première Conférence chez Monseigneur le Garde-des-Sceaux, par le Comte d'Antraigues, et à la Chambre le mercredi 3 juin 1789, PV Noblesse*, p. 164.

les usages n'ont pas été constants et qu'en tout état de cause la raison dicte de ne pas les suivre²¹⁶⁴. Alors que les commissaires de la Noblesse demande le respect de la constitution de la monarchie et de leur Ordre²¹⁶⁵, ceux du Tiers invoque « la constitution essentielle de toutes les Sociétés politiques »²¹⁶⁶.

479. Devant cette impasse, le Roi propose, le 4 juin, un projet de conciliation²¹⁶⁷ en des termes qui ne pouvaient satisfaire ni la Noblesse ni le Tiers²¹⁶⁸. Ce projet prévoit une vérification séparée dans chaque chambre, puis, en cas de conflit, le recours à des commissaires, qui donnent suite à un vote dans chaque chambre, et en dernier ressort il revenait au Roi de trancher le litige.

Seul le Clergé accepte dès le 5 juin la proposition royale²¹⁶⁹. Si certains députés de la Noblesse proposent d'accepter purement et simplement l'ouverture royale²¹⁷⁰, le 6 juin, une majorité se déclare en faveur d'une acceptation sous réserve²¹⁷¹. L'Ordre de la Noblesse se reconnaît seul compétent pour opérer la vérification et se prononcer sur les contestations qui n'intéressent que ses députés particuliers. Il n'accepte donc les ouvertures du Roi que s'agissant des « difficultés survenues ou à survenir sur les députations entières »²¹⁷². Le Roi se montre insatisfait de telles réserves²¹⁷³.

L'Ordre de la Noblesse communique son arrêté aux députés du Tiers-État le jour-même ;

2164« Les Commissaires des Communes ont représenté que la discussion n'était point finie ; qu'il leur restait encore à développer plusieurs considérations *fondées sur les principes de la justice, de la raison et de la constitution essentielle de toutes les Sociétés politiques* : principes qui décident la question plus victorieusement encore pour la vérification des Pouvoirs par les trois Ordres réunis, que ne pourraient le faire les monuments les plus constants et les plus authentiques de l'Histoire. » Nous soulignons. *PV Conférences*, p. 259.

2165« Nous leur avons objecté la loi de 1355, établissant, de la manière la plus positive, *la séparation et l'indépendance des Ordres* ; mais ils nous a été répondu que cette loi n'était relative qu'aux délibérations sur l'impôt, et il nous a été ensuite déclaré par un membre, qu'il faisait peu de cas des procès-verbaux des États-Généraux et des faits historiques, attendu qu'ils étaient souvent en contradiction avec *la raison, laquelle doit seule être consultée lorsqu'il s'agit de poser les bases d'une constitution*.

« Sur cette assertion *attaquant notre constitution*, un de nous Messieurs, a cru devoir la défendre, et a lu en conséquence un Mémoire qui prouve que *la nôtre est même plus ancienne que la Monarchie* » Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 174- 175.

2166*PV Conférences*, p. 259.

2167*Ouverture faite par les Commissaires du Roi, aux Commissaires des trois Ordres, à la conférence tenue chez M. le Garde des Sceaux, le 4 juin 1789*, BN Le29-15.

2168Sur les réactions au projet au sein du Tiers voir Adrien DUQUESNOY, *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, publ. pour la Société d'histoire contemporaine par Robert de Crèvecoeur, Tome 1, Paris, 1894, (ci-après *Duquesnoy*) p. 74 et s ; Neuvième lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, *Le Courrier de Provence, commencé le 2 mai 1789*, Tome I, Paris, 1789.

2169*PV Clergé*, p. 216.

2170*Opinion exposée dans la Chambre de la noblesse, le vendredi 5 juin 1789, par le Baron de Marguerittes, Député de Nîmes, relativement à l'ouverture faite par les Commissaires du Roi aux Commissaires des trois Ordres*, 1789, BN Le29-1960.

2171 162 voix c. 86, *PV Noblesse*, p. 189.

2172*PV Noblesse*, p. 189-190.

2173« Mon cousin, j'ai examiné l'arrêté de l'Ordre de la Noblesse, que vous m'avez remis. J'ai vu avec peine qu'il persistait dans les réserves et les modifications qu'il avait mises au plan de conciliation proposé par mes commissaires. Plus de déférence de la part de la Noblesse aurait peut-être amené la conciliation que je désire. » *PV Noblesse*, p. 169.

ceux-ci considèrent que cette acceptation sous réserve équivaut à un refus²¹⁷⁴. Le Tiers-État ne tarde pas alors à commencer la vérification des pouvoirs de l'ensemble des Députés des trois Ordres²¹⁷⁵. Il annonce donc, le 12, à l'Ordre de la Noblesse, « qu'il serait procédé à l'appel » des députés²¹⁷⁶.

La Noblesse répond au Tiers par un arrêté qui reprend une fois encore les principes traditionnels qu'elle défend²¹⁷⁷. L'Ordre de la Noblesse décide également d'en appeler au Roi qu'il qualifie de « conservateur des droits de la Nation et de l'indépendance mutuelle des Ordres »²¹⁷⁸.

Le 17 juin, l'Ordre de la Noblesse commence à « s'occuper sans relâche de la constitution » afin de procéder « à la rédaction du projet des lois constitutionnelles »²¹⁷⁹. Ses travaux furent interrompus car le même jour, le Tiers-État décida de se constituer en Assemblée nationale. Dans la soirée du 19, le Roi décide de la tenue d'une séance royale²¹⁸⁰.

Lorsque les députés de la Noblesse sont reçus par le Roi le 21 juin²¹⁸¹, ils dénoncent ce qu'ils considèrent être une usurpation de la part des députés du Tiers-État²¹⁸², seuls une faible minorité libérale s'oppose aux réclamations de la majorité de l'Ordre²¹⁸³. Le Roi profite de cette députation pour assurer la Noblesse des « droits attachés à sa naissance » tout en raffermissant son autorité personnelle²¹⁸⁴.

La Noblesse reste donc inflexible dans les premiers mois de la réunion des États-généraux et réclament auprès du Roi le respect de la constitution conservatrice.

2174« La noblesse a apporté l'arrêté suivant qui, comme on le verra en le rapprochant de l'ouverture, est véritablement un refus. » *Duquesnoy*, p. 74.

2175Voir *infra*, ce chapitre, Section 3, § 1, C.

2176Arrêté qui ordonne l'appel des Députés, 12 Juin 1789, *Baudouin*, I, p. 12.

2177« Les députés de l'Ordre de la Noblesse, réunis dans leurs Chambres avant d'avoir vérifié leurs pouvoirs, ont dû suivre, pour cette vérification, les usages des précédents États-Généraux : ils les ont suivis. Ces usages étaient une conséquence nécessaire de la *loi constitutive de la séparation des Ordres, et de leur mutuelle indépendance* ; loi que la Noblesse a toujours considérée comme *conservatrice du trône, de la liberté et des propriétés des citoyens*. » Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 225.

2178*PV Noblesse*, p. 228.

2179*PV Noblesse*, p. 245.

2180Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, tome 1, mai-juin 1789, La Séance du 23 juin*, vol. 2, 1962. Voir *infra*, ce chapitre, Section 1, § 2, A.

2181Les termes du discours sont arrêtés par la Noblesse le 19 juin, mais la députation n'est reçue que le 21.

2182« Les députés de l'Ordre du Tiers-État ont cru pouvoir concentrer en eux seuls l'autorité des États-Généraux. Sans attendre le concours de deux autres Ordres et la sanction de Votre Majesté, ils ont cru pouvoir convertir leurs décrets en lois : ils ont déclaré nulles et illégales les contributions actuellement existantes, ils les ont consenties provisoirement pour la Nation, en limitant leur durée. *Ils ont pensé sans doute pouvoir s'attribuer les droits réunis du Roi et des Ordres*. » Nous soulignons. *PV Noblesse*, p. 252.

2183*PV Noblesse*, p. 254 ; *Opinion de M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, à l'occasion de l'Adresse au Roi, proposée le 19 dans la Chambre de la Noblesse*, BN Le29-2076 ; la protestation est reproduite dans *Le Hodey*, I, p. 175 et est signée par au moins 25 députés nobles au nombre desquels figure Clermont-Tonnerre, Montesquiou, la Rochefoucault, Lally-Tolendal et de Crillon. D'après *Duquesnoy*, le nombre s'élève à 36, p. 116.

2184« Je connais les droits attachés à sa naissance ; je saurai toujours les protéger et les défendre. Je saurai également maintenir, pour l'intérêt de tous mes sujets, l'autorité qui m'est confiée ; et je ne permettrai jamais qu'on l'altère. » *PV Noblesse*, p. 256.

4. La reconnaissance partielle de la constitution conservatrice par le Roi

480. À l'occasion de la séance royale²¹⁸⁵, le Roi répond partiellement à l'appel de la Noblesse. Il se proclame « défenseur des Lois de [s]on Royaume » ; et se propose d'« en retracer le véritable esprit », de « réprimer les atteintes qui ont pu y être portées » et d'établir « les droits respectifs des différents ordres »²¹⁸⁶. Dans une première déclaration, il réclame « que l'ancienne distinction des trois ordres de l'Etat soit conservée en son entier, comme essentiellement liée à la constitution de son Royaume »²¹⁸⁷, donnant ainsi satisfaction à la Noblesse conservatrice.

S'il autorise la délibération en commun sous de strictes conditions, il en exclut les affaires « qui regardent les droits antiques et constitutionnels des trois Ordres, la forme de constitution à donner aux prochains Etats généraux, les propriétés féodales et seigneuriales, les droits utiles et les prérogatives honorifiques des deux premiers ordres »²¹⁸⁸, garantissant par là les prérogatives des Ordres privilégiés.

Cette autorisation sous condition d'une délibération en commun ne convient pas aux plus conservateurs et la grande majorité des députés de la Noblesse s'insurge contre la défense des mandats impératifs²¹⁸⁹.

Dans une seconde déclaration, le Roi accepte à nouveau le principe du consentement à l'impôt²¹⁹⁰ et assure les nobles du respect de « tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques, attachés aux terres et fiefs, ou appartenant aux personnes »²¹⁹¹ et du maintien de « l'exemption des charges personnelles »²¹⁹². Il déclare vouloir « assurer la liberté personnelle de tous les citoyens d'une manière solide et durable »²¹⁹³.

Le 25 juin, 47 députés nobles décident de quitter leur Ordre pour aller procéder à la vérification des pouvoirs au sein de l'Assemblée nationale²¹⁹⁴. La majorité restante décide accepter « purement et simplement, et sans aucune réserve »²¹⁹⁵ la Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux et déclare que « l'Ordre de la Noblesse considère [la seconde Déclaration des intentions de Sa Majesté] comme le gage le plus touchant de sa justice et de son amour pour son

2185 Sur la séance royale, voir *infra*, ce chapitre Section 1, § 2, A.

2186 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 274.

2187 *Ibid.*, p. 275.

2188 *Ibid.*, p. 276-277.

2189 Art. 6 de la Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux : « Sa Majesté déclare que dans les tenues suivantes d'Etats Généraux, elle ne souffrira pas que les cahiers ou mandats puissent être jamais considérés comme impératifs. Ils ne doivent être que de simples instructions confiées à la conscience et à la libre opinion des députés dont on aura fait choix. », *Ibid.*, p. 276.

2190 Art. 1er de la Déclaration des intentions/volontés du Roi. *Ibid.*, p. 278.

2191 Art. 12 de la Déclaration des intentions/volontés du Roi. *Ibid.*, p. 280.

2192 Art. 13 de la Déclaration des intentions/volontés du Roi. *Ibid.*, p. 280.

2193 Art. 15 de la Déclaration des intentions/volontés du Roi. *Ibid.*, p. 280.

2194 *PV Assemblée nationale*, I, p. 95-96.

2195 *Arrêté de la chambre de la Noblesse. Du 25 juin 1789*, Versailles, Pierres, BN Le29-39.

Peuple »²¹⁹⁶. Si cet arrêté passe à une large majorité de 188 voix, de nombreux députés protestent contre toute délibération par tête soit qu'ils soient liés par des mandats trop impératifs, soit qu'ils l'estiment contraire à la constitution. 50 déclarations et protestations sont donc déposées par 91 députés le 25 juin.

5. La déclaration des droits constitutifs de la monarchie française, de l'indépendance et de la distinction des Ordres, testament politique de la Noblesse

481. La tentative royale de rétablissement de l'autorité allait une fois encore échouer et la Noblesse fut invitée, le 27 juin, à se réunir aux députés qui s'étaient constitués en Assemblée nationale. L'Ordre de la Noblesse n'accepte pas immédiatement cet ordre de réunion²¹⁹⁷. Avant même que la Noblesse ait le temps de délibérer, le Roi envoie une « nouvelle invitation plus pressante et plus décisive encore », qui « n'a permis à l'Ordre de la Noblesse que d'écouter les sentiments et les craintes de son cœur pour la personne du Roi »²¹⁹⁸ et conduit l'Ordre entier à se rendre dans la salle commune.

Entre le 27 juin et le 1^{er} août, de nombreux députés nobles font parvenir au Président de leur Ordre des protestations plus ou moins virulentes contre la réunion des Ordres et le vote par tête : 77 protestations signées par 151 députés lui sont adressées²¹⁹⁹. La grande majorité des députés de la Noblesse se rendent donc dans la chambre de l'Assemblée nationale, mais il ne le font pas sans protester en faveur de la constitution conservatrice qu'ils ont théorisée.

482. Le 3 juillet, une minorité de la Noblesse²²⁰⁰ signe son testament en adoptant la *Déclaration de l'Ordre de la Noblesse aux États-généraux, pour la conservation des Droits constitutifs de la Monarchie Française, de l'indépendance et de la distinction des Ordres*²²⁰¹. Cette déclaration des droits conservatrice contient la théorie de la constitution antique dans son dernier état. Elle énonce ce que cette minorité considère être des « maximes inviolables et constitutionnelles » :

2196 *Ibid.*

2197 « Cette lettre a excité les discussions les plus vives, pour présenter les moyens les plus propres à servir utilement le Roi et la Patrie : les uns persistant dans les principes consacrés par les différents arrêtés pris par la chambre jusqu'à ce jour, proposaient de ne jamais les abandonner : d'autres prétendaient que les circonstances exigeaient, sinon le sacrifice des principes, au moins celui de la résistance ; et qu'en servant le Roi, suivant ses désirs ; en se réunissant aux deux autres Ordres, ce serait le servir utilement encore, en portant dans la salle commune des États-Généraux l'attachement invariable de l'Ordre de la Noblesse pour les lois constitutionnelles de la monarchie. » *PV Noblesse*, p. 308.

2198 *PV Noblesse*, p. 310.

2199 Voir *PV Noblesse*, p. 312-358 ; p. 363-364 ; p. 366-369. et *Procès-verbal des séances de la chambre de l'ordre de la noblesse, aux États généraux, tenues à Versailles en 1789*, Versailles, Impr. de P.-D. Pierres, 1789, BN Le27-5, p. 350-352.

2200 « Il n'y a que 85 membres qui y ont participé », *Le Hodey*, I, p. 407.

2201 *PV Noblesse*, p. 360-362 et *Déclaration de l'ordre de la Noblesse aux États-Généraux, pour la conservation des Droits constitutifs de la Monarchie Française, de l'indépendance et de la distinction des Ordres, à Versailles, le 3 juillet 1789*, BN Le29-46.

« La distinction des Ordres.

« L'indépendance des Ordres.

« La forme de voter par Ordre.

« Et la nécessité de la sanction Royale pour l'établissement des Lois. »²²⁰²

En quelques mois, la Noblesse était passée de la réclamation du consentement des parlements, puis des États-généraux, pour faire les lois, au rappel de la nécessité du consentement du Roi pour leur établissement. La Noblesse ne demandait pas le respect d'une constitution antique existante, mais celui de la théorie qu'elle avait élaborée dans les mois qui menaient à la réunion des États-généraux. Elle rappelle donc l'article 1^{er} de la Déclaration du 23 juin qui « énonce et conserve les principes essentiels de la distinction, de l'indépendance, et du vote séparé des Ordres »²²⁰³. Elle estime qu'elle ne s'est rendue à « la Salle Commune des États-généraux » que pour inviter de « nouveau les autres Ordres à accepter la Déclaration du Roi »²²⁰⁴.

Cette Noblesse de l'été 1789 était pénétrée des principes contractualistes puisqu'elle présente la constitution comme un contrat, passé entre le Roi et les Ordres²²⁰⁵. Elle invoque la rigidité constitutionnelle, et non le respect pour une constitution qui serait immuable et le produit du temps ou des traditions²²⁰⁶. Elle souligne que « les trois Ordres peuvent, lorsqu'ils le jugent à propos, prendre séparément la délibération de se réunir en une seule et même Assemblée »²²⁰⁷.

La Noblesse propose donc sa version de la déclaration des droits et de la constitution. Les droits à préserver ne sont pas ceux d'un homme abstrait, mais ceux des Ordres et le pouvoir est réparti entre ces Ordres et le Roi, tels sont les « principes de la Monarchie »²²⁰⁸. En présentant des principes qu'elle estime traditionnels, elle emploie les mêmes formes que les révolutionnaires : déclaration de droits et énoncé de principes.

483. La conception conservatrice de la constitution est créée et inventée d'après les modèles théoriques qu'ont offert le XVIII^e siècle le modèle de la constitution monarchique de Montesquieu et les théories pseudo-historiques de Le Paige. Ces deux théories sont actualisées, d'abord au cours

2202 *Ibid.*

2203 *Ibid.*

2204 *Ibid.*

2205 « [La justice] ne prescrit-elle pas que les conventions ne peuvent cesser sans le concours des Contractants. D'après cela, je demanderai s'il existe de pacte plus solennel et plus important que celui de la distinction des Ordres en France » *Motion Faite à la Chambre de la Noblesse le 25 mai 1789*, BN Le29-8.

2206 « Ces principes, aussi anciens que la Monarchie, constamment suivis par les Assemblées, expressément établis dans les Lois solennelles proposées par les États-Généraux, et sanctionnées par le Roi, telles que celles de 1355, 1357, et 1561, sont des *points fondamentaux de la constitution, qui ne peuvent recevoir d'atteinte, à moins que les mêmes pouvoirs qui leur ont donné force de loi ne concourent librement à les anéantir* » *Ibid.*

2207 *Ibid.*

2208 « L'Ordre de la Noblesse fait au surplus la présente Déclaration des principes de la Monarchie et des droits des Ordres, pour les conserver dans leur plénitude, et sous toutes les réserves qui peuvent les garantir et les assurer. » *Ibid.*

de la réforme Maupeou, puis dans les années et les mois qui mènent à la réunion des États-généraux²²⁰⁹. Il ne s'agit plus d'un ordre purement traditionnel et la réclamation du rétablissement d'une constitution antique²²¹⁰ en atteste.

L'idée de rétablissement d'un ordre originel et fondateur est en rupture avec le concept même de tradition. L'Ordre de la Noblesse n'offre donc pas l'image d'un simple défenseur d'un ordre traditionnel, mais est au contraire le promoteur de l'instauration d'un ordre nouveau, ou plutôt de la restauration d'un ordre ancien très largement fantasmé et recréé pour correspondre à ses préoccupations. L'exigence d'une codification et plus généralement de lois fixant la constitution est également un élément de rupture avec le traditionalisme que l'on prête souvent aux privilégiés qui agissent au cours de la Révolution. Enfin, les députés de la Noblesse n'excluent pas la réformation de certains points de la constitution, le d'Antraigues affirme par exemple qu'il faut la réparer²²¹¹.

Cette constitution antique est conceptualisée pour servir de contre-modèle à la constitution abstraite des patriotes. Elle est remodelée au fur à et à mesure des oppositions politiques. L'Ordre de la Noblesse ne défend par exemple jamais les droits des parlements et les protestations individuelles n'en font pas non plus mention. Il n'y a donc pas une constitution antique, mais des constitutions conservatrices qui servent chacune à préserver les droits et les prérogatives des groupes politiques qui les invoquent.

C. La radicalisation progressive du Tiers-État conduisant à la constitution en Assemblée nationale en vue d'établir une constitution

Les députés patriotes du Tiers ne sont pas un parti uniforme. Les divergences qui les séparaient au cours de la campagne des pamphlets²²¹² persistent et se révèlent à propos de la question de la constitution de leur assemblée. Si la très grande majorité du Tiers est opposée au *veto* des Ordres, le *veto* royal ou la nécessité de se constituer en Assemblée nationale ne font pas l'unanimité. La stratégie du Tiers évolue et il adopte progressivement des positions de plus en plus radicales.

D'abord, la résistance de l'Assemblée du Tiers à une séparation des Ordres s'illustre par le refus de la vérification séparée des pouvoirs (1). Ensuite, les députés du Tiers tentent de s'allier au Clergé contre la Noblesse, mais cette tentative échoue (2) et les radicaux obtiennent finalement la constitution des députés du Tiers en Assemblée nationale (3). Au cours de cette période, les

2209 Voir *supra*, Chapitre 2.

2210 Le thème du rétablissement de la constitution se trouve présent dans les arrêtés de l'Ordre de la Noblesse et dans les discours et mémoires que le Comte d'Antraigues présente aux conférences conciliatoires. Voir *PV Noblesse*, p. 89, 158, 166, 227, 274.

2211 « Nous avons prouvé que nous avons une Constitution, qu'il ne fallait point en créer une nouvelle, ce qui serait détruire celle existante depuis tant de siècles, mais seulement la réparer » *PV Noblesse*, p. 106.

2212 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 2.

patriotes consacrent juridiquement leur conception de l'exercice du pouvoir, qui repose sur le rejet de la séparation et du *veto* des Ordres et sur l'idée que la nation est une association d'individus (4). L'alliance avec le Clergé, qui avait d'abord échoué, réussit grâce au coup de force députés patriotes de cet Ordre (5). Enfin, à la veille de la séance royale, l'Assemblée nationale consacre juridiquement sa fonction constituante, et donc son pouvoir d'établir une constitution, dans le Serment du jeu de paume (6).

1. Le refus de la vérification séparée des pouvoirs

484. La proposition de se constituer en Assemblée nationale aurait été formulée dès le premier jour de la réunion des députés du Tiers dans la salle commune²²¹³. Néanmoins, le débat s'engage d'abord sur la vérification des pouvoirs. Deux autres partis sont proposés. La première motion émane de Malouet²²¹⁴ qui suggère d'envoyer une députation aux députés des deux autres Ordres les invitant à se réunir à eux pour procéder à la vérification des pouvoirs. Cette proposition fut vivement combattue par Mirabeau²²¹⁵. La seconde est de rester purement et simplement dans l'inaction.

Ce dernier parti est adopté²²¹⁶, car l'envoi d'une députation donnerait les apparences d'une constitution en chambre particulière. Quelques députés, guidés par Mounier²²¹⁷, vont donc, à titre

2213« Depuis cinq semaines on discute la question de savoir s'il faut se constituer en assemblée nationale ; c'est la première motion, pour ainsi dire, qui a été faite aux états de 1789, c'est enfin la motion de M. le Chapelier, avocat de Rennes, député de la même ville. » Suite du 15 juin au soir, *Le Hodey*, I, p. 112.

« L'on a considéré que par leur absence, les privilégiés semblaient déclarer qu'ils entendaient délibérer par ordre. Des esprits ardents ont proposé de les saisir sur cette première démarche ; et de se constituer en Assemblée nationale pour suivre brusquement toutes les conséquences de ce parti. » Deuxième lettre du comte de Mirabeau à ses commentants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 16.

2214« La présidence du Doyen, l'assistance des Anciens, et le silence de l'Assemblée, lorsque les Anciens ou l'un de Messieurs, avec leur permission, prennent la parole, sont des préliminaires indispensables qui auraient produit dès hier, une discussion régulière de la proposition que j'ai eu l'honneur de vous faire. Elle se réduisait à envoyer des Députés aux deux premiers Ordres, pour leur annoncer que les Représentants des Communes réunis en la Salle des États, désiraient instamment que Messieurs les Députés du Clergé et de la Noblesse vinsent prendre séance en l'Assemblée Nationale, pour procéder à la vérification des Pouvoirs respectifs, et accélérer l'instant où nous pourrions, par une députation des États-Généraux, présenter au Roi les remerciements, les vœux et les hommages de la Nation.

« La première partie de cet avis, la démarche à faire auprès des deux premiers Ordres, a été vivement combattue par un de Messieurs qui a voulu vous convaincre de la nécessité d'attendre, et de ne procéder à aucune délibération, de ne vous considérer enfin que comme des personnes privées, réunies dans la Salle des États, jusqu'à ce que l'universalité de ses Membres, vint y prendre place. » *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, s.l.n.d., BN Le29-22, p. 3-4.

2215 *Duquesnoy*, p. 9.

2216« Les Députés des Communes assemblés dans le local destiné à recevoir les Députés des trois Ordres, ayant été informés que le Clergé et la Noblesse s'étaient retirés chacun dans une chambre particulière, pour s'y occuper séparément de la vérification de leurs pouvoirs respectifs, ont arrêté d'attendre pendant quelques jours les ordres privilégiés, et de leur laisser ainsi le temps de réfléchir sur l'inconséquence du système d'une séparation provisoire et d'autant plus révoltante, que tous les Ordres ont un intérêt égal à la vérification des pouvoirs des Députés de chacun d'eux. » Nous soulignons. Délibération relative au parti pris par le Clergé et la Noblesse, de vérifier séparément leurs pouvoirs. Du 6 Mai 1789, *Baudouin*, T.1. p.1.

2217 Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, Armand Colin, 1950, p. 54-55.

individuel, informer les deux autres Ordres de leur décision²²¹⁸.

Ce premier arrêté fustige déjà « l'inconséquence du système d'une séparation provisoire », annonçant le refus d'une séparation des Ordres. Cette volonté de rester dans l'inaction s'illustre également par le refus d'adopter un règlement de police²²¹⁹, qui se maintient jusqu'au 25 mai²²²⁰, ou d'adopter un procès-verbal²²²¹. Le 11 mai, Malouet propose de se déclarer assemblée en grand Comité²²²². Cette proposition est rejetée²²²³.

485. Le 14 mai, le débat sur la proposition de l'Ordre du Clergé de nommer des commissaires est ouvert. Il dure jusqu'au 18 mai.

Rabaut propose d'accepter le recours à ces conférences et Le Chapelier²²²⁴ suggère de les refuser et de déclarer que seuls les députés dont les pouvoirs auront été vérifiés en commun peuvent être considérés comme les représentants de la nation²²²⁵. Il proposait donc de « rappeler [aux

2218 *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France, Tenues en l'année 1789 et suivantes ; Précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789, Tome premier (ci-après Récit des séances)*, Paris, Imprimerie nationale, 1791, BN Le27-13, p. 11 ; *Exposé exact de la conduite de MM. les députés des communes aux États généraux, dans les séances des 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 22 et 23 mai 1789. Avec les arrêtés de MM. les députés du clergé et de la noblesse, des 6, 7, 11 et 12 du même mois, s.l.n.d.*, BN Le29-2083.

2219 Ce refus est pour la première fois exprimé les 8 et 9 mai, *Journal des États-Généraux tenu par la Députation du Dauphiné*, n°1, BN Lc2-7434.

2220 Arrêté pour nommer des Commissaires à l'effet de rédiger un Règlement de Police. 25 Mai 1789. *Baudouin*, T. 1, p. 2.

2221 Cette idée est rejetée une première fois les 20 et 22 mai « M. de la Borde de Méréville a fait une motion pour proposer de nommer 24 membres de l'assemblée pour travailler provisoirement à un journal de l'ordre du tiers, afin de constater tout ce qui s'était passé depuis l'ouverture des états, et en rendre un compte public. [...] Cette motion été discutée jusqu'à la fin de la séance ; surlendemain [...] on la discuta encore. M. Crémère, marchand de fer à Vendôme la rejeta, en exposant qu'un semblable journal serait dangereux en faisant la censure de tous les députés. / On alla aux voix, et la motion de M. de Méréville fut rejetée à la pluralité. » États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 50.

Elle est à nouveau rejetée le 23, « L'Auteur [Target d'après États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 50] a consenti à cette réduction, d'après laquelle son amendement, qu'il a de nouveau soutenu, s'est borné à ce que, dès à présente, un Journal clair, simple et précis, fût rédigé par deux ou quatre personnes choisies par les autres Membres de l'Assemblée, lequel Journal public par la voie de l'impression, et envoyé aux Constituants dans tous les Bailliages, contiendrait le récit fidèle de tous les actes et de toutes les démarches que feraient les Députés des Communes pour parvenir à la réunion des Ordres. » *Récit des séances*, p. 42.

« Un honorable membre exposa que si le procès-verbal était sec et net, il était de peu d'utilité ; que si l'on se permettait des réflexions, les rédacteurs devenaient les censeurs de l'assemblée, que cela aigrirait les esprits, que le meilleur parti était le silence. » États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 50.

2222 Deuxième lettre du comte de Mirabeau à ses commentants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 2 ; *Tableau des opérations de l'Assemblée nationale, d'après le Journal de Paris, auquel on a ajouté tous les Articles de cette Feuille, qui peuvent intéresser les Arts et les Sciences*, I, Lausanne, 1789, p. 52 ; *Récit des séances*, p. 14.

2223 *Récit des séances*, p. 15.

2224 Voir en ce sens, Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 40.

2225 « Les Députés des Communes déclarent qu'ils ne reconnaîtrons pour représentants légaux que ceux dont les Pouvoirs auront été examinés par des Commissaires nommés, dans l'Assemblée générale, par tous ceux appelés à la composer, parce qu'il importe au Corps de la Nation, comme aux Corps privilégiés, de connaître et de juger la validité des procurations des Députés qui se présentent : chaque Député appartenant à l'Assemblée générale, et ne pouvant recevoir d'Elle seule la sanction qui le constitue Membre des États-Généraux ; que l'esprit public étant le premier besoin de l'Assemblée Nationale, et la délibération commune pouvant seul l'établir, ils ne consentiront pas que, par des Arrêtés particuliers de Chambres séparées, on porte atteinte au principe, que chaque Député n'est plus

Députés du Clergé et de la Noblesse] les obligations que leur impose la qualité de Représentants de la Nation »²²²⁶. Cela revenait à inviter une dernière fois les députés des Ordres privilégiés « et passer outre s'ils s'y refusent »²²²⁷. En un mot, il s'agissait pour l'Assemblée des députés du Tiers de se constituer en Assemblée nationale²²²⁸. Les patriotes modérés étaient opposés à un parti si radical et défendirent la motion de Rabaut. Ils souhaitaient privilégier la conciliation et arriver à une réunion volontaire²²²⁹.

Le 15, Malouet propose non seulement d'accepter les conférences conciliatoires, mais d'adopter une déclaration prévoyant que les Députés du Tiers sont « dans l'intention de respecter les droits utiles et honorifiques du Clergé et de la Noblesse, et ne réclamer que contre les abus évidemment préjudiciables au bien général, à la liberté du Commerce, et de l'industrie, à l'honneur National, à la liberté et à la félicité publique »²²³⁰. Cette motion est vivement rejetée²²³¹.

Boissy d'Anglas, qui n'exclut pas la constitution en assemblée nationale²²³², estime que ce parti est « prématuré »²²³³ et préconise également la modération et la conciliation²²³⁴. Cet avis

après l'ouverture des États-Généraux, le Députés d'un Ordre, mais que tous sont les Représentants de la Nation, principe qui doit être accueilli avec enthousiasme par les Députés du Clergé et de la Noblesse, les déterminer à se réunir dans le local où ils sont attendus depuis dix jours, et à se former en États-Généraux, pour vérifier les Pouvoirs de tous les Représentants de la Nation. » *Récit des séances*, p. 27. La motion est également reproduite dans États-Généraux, *Le Hodey*, p. 23 et Quatrième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 1-3.

Sur ce débat voir également *Duquesnoy*, p. 19 et s.

2226 *Récit des séances*, p. 28.

2227 *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit., p. 14.

2228 « Le parti extrême serait la déclaration d'un vœu absolu et d'une constitution précipitée en Assemblée nationale. » *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit., p. 16.

2229 Voir en ce sens *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit., p. 13 et s.

Cette motion est également soutenue par Viguier, Thouret et Barnave, États-Généraux *Le Hodey*, p. 31-32.

2230 *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit., p. 26.

« Nous déclarons formellement être dans l'intention de respecter et n'avoir aucun droit d'attaquer les propriétés et les prérogatives honorifiques du clergé et de la noblesse » Quatrième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 7.

« M. Malouet [...] voulait que le tiers déclare à l'instant qu'il ne voulait jamais attaquer les propriétés légitimes de la noblesse » *Duquesnoy*, p. 23.

« Le second avis particulier, ouvert dans la Séance, avait pour objet de déclarer aux deux autres Ordres, que les Communes étaient impatientes d'accélérer le moment des conférences ; qu'Elles étaient convaincues que les distinctions et les prétentions d'Ordres ne mettraient aucun obstacle à la réunion et à l'activité des États-Généraux, et qu'Elles ne se croyaient pas permis d'avoir aucune disposition irritante, aucun principe exclusif d'une parfaite conciliation entre les Membres des États.

« Cet avis n'a obtenu qu'un très petit nombre de suffrage. » *Récit des séances*, p. 30.

2231 « L'improbation a été générale, si l'on excepte toutefois quelques partisans de M. Malouet, qui ont fait de vains efforts pour la soutenir » Quatrième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 7 ; *Duquesnoy*, p. 23-24 ; Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 57.

2232 « Sans doute, il viendra peut-être bientôt ce jour, où, loin de vous borner à une démarche actuellement proposée, vous vous constituerez, non pas en ordre séparé, non pas en chambre du tiers-état, mais en assemblée nationale... » États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 34.

2233 *Ibid.*, p. 36.

2234 *Ibid.*, p. 35-36.

l'emporta et la motion de Rabaut fut adoptée à une large majorité²²³⁵, avec deux amendements prévoyant que les conférences étaient bornées à la question de la vérification des pouvoirs et que les commissaires devaient rendre compte par écrit de leurs conférences²²³⁶.

Les commissaires sont nommés le 19 mai. Les commissaires choisis n'étaient pas pour plaire aux privilégiés²²³⁷. On comptait parmi eux les radicaux Le Chapelier et Le Grand, qui devaient proposer la constitution en Assemblée nationale. Les autres étaient plus modérés, mais tout de même opposés à toute séparation des Ordres et avaient pour beaucoup publié des pamphlets en ce sens : Mounier, Rabaut, Target, Thouret, Volney, Barnave et Bergasse²²³⁸. Ils allaient ainsi tous réclamer en faveur d'une vérification en commun.

Les Dauphinois Mounier et Barnave étaient certainement optimistes en raison de l'expérience qu'ils avaient faite dans leur province, mais après seulement deux séances les 23 et 25 mai, les conférences échouaient²²³⁹.

2. L'échec de la tentative d'alliance entre le Tiers et le Clergé

486. La Noblesse ne communiqua pas son arrêté du 26 à l'Ordre du Tiers, mais, le 27, un député du Dauphiné les informa des dispositions qu'il avait prises²²⁴⁰. La motion de Le Chapelier refait alors surface à l'initiative de Camusat, qui précise la nécessité d'inviter à nouveau le Clergé auparavant²²⁴¹. Il pense même que ce parti a la faveur de la majorité du Clergé²²⁴². Mirabeau soutient

2235 Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 57.

Arrêté pour la nomination de Commissaires chargés de participer aux conférences, sur la vérification des pouvoirs. Du 18 Mai 1789, *Baudouin*, T.1, p. 2.

2236 *Récit des séances*, p. 31.

2237 « En tout, la noblesse est très mécontente de ces choix, et je crois qu'elle a raison ; il n'y a pas là dedans un homme de paix. Il y a plus : ces *personnes* sont expressément chargée de ne demander rien autre chose que la vérification des pouvoirs en commun, et la noblesse s'attend que c'est la seule chose dont on ne parlera pas. Ainsi nous sommes bien loin du compte, et il est impossible de nous accorder. » *Duquesnoy*, p. 27-28.

2238 Adrien Duquesnoy brosse le portrait suivant des commissaires :

« Target, incendiaire, dévoré d'ambition et d'orgueil, décidé à jouer un rôle à tout prix. / Rabaut de Saint-Étienne, ambitieux, faiseur de livres, mais on le dit modéré et sage. / Le Chapelier, un fou très violent, décidé à tout : un Breton excessif. / D'ailly, on le dit bonhomme, mais mâchoire. / Mounier, ses compatriotes, dans la noblesse, le disent violent et dangereux ; je crois qu'ils ont raison. / Thouret, infiniment éclairé ; il n'a parlé que peu et avec beaucoup de sagesse. / Barnave, doreur de paroles sans grandes idées, assez dangereux. / Garat l'aîné ; je ne le connais pas. / Bergasse, tout le monde le connaît. / Legrand, le plus ennuyeux, le plus insupportable de tous les bavards, dangereux pour cela même et par son orgueil. / Dupont, il est connu par M. Quesnay. / Volney, auteur des mémoires sur les Turcs, incendiaire. / Salomon, Viguier, Redon, je ne les connais pas. / Miliscent, bavard et violent. » *Duquesnoy*, p. 27.

2239 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 3, § 1, B, 1.

2240 *Récit des séances*, p. 51.

2241 « Il faut enfin prendre un parti, et peut-être en venir au moyen rigoureux, mais nécessaire, proposé par M. le Chapelier ; mais avant de nous décider sur ce point, ne convient-il pas, messieurs, d'envoyer des députés au clergé pour les prier de continuer encore le rôle de conciliateur entre nous et la noblesse, ou plutôt pour tenter encore de nouveaux efforts auprès du second ordre, ou se joindre à nous et commercer les importantes fonctions auxquelles nous sommes appelés. » Motion de Camusat, États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 61.

2242 « Je suis instruit que, et j'ose le dire, la pluralité des membres du clergé est en notre faveur ; il n'attend que le moment pour se déclarer. » *Ibid.*, p. 61-62.

cette motion²²⁴³.

L'invitation au Clergé²²⁴⁴ est finalement adoptée à l'unanimité²²⁴⁵. Cette invitation n'obtenant pas une réponse immédiate, les députés du Tiers tentent de faire pression sur l'Ordre du Clergé en arrêtant que l'assemblée « ne se séparerait pas qu'Elle n'eût reçu la réponse de son invitation »²²⁴⁶. Le Clergé décide de répondre qu'il ne compte pas prendre de parti avant le lendemain²²⁴⁷. Le Haut-clergé aurait craint la décision d'une réunion aux députés du Tiers arrachée par les curés²²⁴⁸ et il est également soupçonné d'avoir réclamé auprès du Roi pour qu'il ordonne la reprise des séances²²⁴⁹.

487. Lorsque le Roi propose de reprendre les conférences le 28 mai, un débat sur leur nécessité s'engage et, après l'information de l'arrêté de la Noblesse du 28 mai²²⁵⁰, rappelant leur conception de la constitution²²⁵¹, les députés les plus radicaux affirment que la poursuite des conférences est inutile²²⁵².

Les députés bretons et d'Artois, appuyés par Camus, soutiennent à nouveau qu'il convient de se constituer en Assemblée nationale²²⁵³. Le Chapelier « proposa de repousser le second projet de conférences et de se constituer en Assemblée nationale »²²⁵⁴. Le 29 mai, les députés du Tiers décident finalement de reprendre les conférences à une large majorité²²⁵⁵ à condition qu'un procès-verbal soit dressé²²⁵⁶. Ils décident également qu'il serait fait une députation au Roi avec la reprise

2243 *Récit des séances*, p. 52 ; Sixième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 4 ; États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 64.

2244 « L'Assemblée des Communes a arrêté de députer à MM. du Clergé, pour les inviter au nom du Dieu de paix et de l'intérêt national, à se réunir avec eux, dans la Salle de l'Assemblée générale, pour aviser aux moyens d'opérer la concorde, si nécessaire en ce moment au salut de la chose publique. » Arrêté pour inviter le Clergé à la réunion. 27 Mai 1789, *Baudouin*, T1, p. 3.

2245 *Récit des séances*, p. 53.

2246 *Ibid.*

2247 *PV Clergé*, p. 210.

2248 Voir en ce sens, *Duquesnoy*, I, p. 50.

Voir par exemple ce discours d'un curé : *Discours prononcé en la salle de l'assemblée des États généraux par M. Dillon, curé du Vieux-Pouzauges ; suivi d'une lettre du roi relative au discours*. s.l.n.d, BN Le29-2146.

2249 États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 68. Ce soupçon serait infondé d'après Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, *Op. cit.*, I, vol. 2, p. 47.

2250 *Récit des séances*, p. 59.

2251 Voir *supra*, ce chapitre, Section 3, § 1, B.

2252 États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 73.

2253 « Les partisans du système, pour rejeter la continuation des conférences, étaient les députés de Bretagne, les députés d'Artois, M. Bureau, jeune homme plus d'une éloquence mâle et vigoureuse, plein de mœurs et de sentiments, M. Camus, avocat au parlement de Paris, qui parle avec une force et une énergie prodigieuse, et plusieurs autres citoyens que le mérite et les vertus placent à la tête de l'assemblée. » États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 73.

« Un grand nombre de voix, et notamment les Bretons, s'opposèrent à ce qu'on assistât aux conférences : 1° à raison de leur inutilité démontrée ; 2° dans la crainte que le Roi ne prononçât sur une question que la nation doit seule juger, et ils voulaient que l'on se constituât à l'instant en Assemblée nationale. » Adrien DUQUESNOY, *Journal*, I, p. 53.

2254 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 40.

2255 400 voix. États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 76.

2256 350 voix pour cet amendement. États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 76.

des conférences²²⁵⁷.

488. Face à l'échec des conférences, dû notamment aux réserves de la Noblesse dans son acceptation de l'ouverture royale, l'idée de se constituer en Assemblée nationale fait à nouveau surface, à l'initiative de Chaillon, député breton²²⁵⁸, le 4 juin. Cette proposition est renouvelée le 5²²⁵⁹ et le 6 juin²²⁶⁰, mais elle n'est pas mise en délibération, car le 5 juin les députés du Tiers arrêtent que « la discussion et la délibération sur le projet de conciliation entre les trois Ordres, présenté par les Ministres, auront lieu après la clôture du procès-verbal des conférences »²²⁶¹.

Dans cet intervalle, les députés du Clergé informent le Tiers de leur acceptation pure et simple de l'ouverture royale et leur propose de nommer une commission pour remédier à la misère des peuples et à la cherté des grains²²⁶². Cette proposition est très mal reçue par les députés du Tiers qui la considèrent comme une manœuvre malhonnête visant à les contraindre à la séparation des Ordres²²⁶³. Sous le coup de l'émotion, plusieurs députés ont proposé de « sommer » le Clergé de « se rendre dans la Salle des États-Généraux, et de se réunir aux Communes »²²⁶⁴. L'arrêté adopté est finalement plus modéré puisqu'il s'agit d'une invitation et non plus d'une sommation²²⁶⁵.

489. Entre temps, la Noblesse avait accepté l'ouverture royale en des termes tels que cette acceptation représentait un refus²²⁶⁶. La délibération sur l'ouverture royale devenait donc sans objet pour les députés du Tiers et la perspective d'une constitution indépendante en assemblée active des députés du Tiers s'annonçait²²⁶⁷.

2257 300 voix pour cet amendement. États-Généraux, *Le Hodey*, I, p. 76. Un débat a tout de même lieu le 30 mai, car certains députés affirment que la députation devait être reçue avant la reprise des conférences (c'est ce que rapporte Adrien DUQUESNOY, *Journal*, I, p. 56 et *Le Hodey*). Toutefois, d'après le *Récit des séances*, le procès-verbal aurait simplement prévu qu'elles seraient reprises « avec la députation ». Les conférences sont donc reprises à condition que la députation soit reçue avant leur clôture, p. 71.

2258 *Le Hodey*, I, p. 18 et *Récit des séances*, p. 91-92.

2259 « Hâtons-nous d'agir, il est temps ; raidissons-nous avec courage contre les chicanes et les embarras qu'on nous suscite à chaque instant ; constituons-nous en chambre nationale : nous avons assez employé les voies de modération, de temporisation, pour ramener les esprits au bien public ». L'auteur n'est pas précisé, il s'agit d'un député de Bretagne. *Le Hodey*, I, p. 21-22 ; le *Récit des séances*, annonce qu'il s'agit d'un député d'Alsace, p. 94.

2260 *Le Hodey*, I, p. 26.

2261 Arrêté relatif à un projet de conciliation entre les trois Ordres, proposé par les Ministres. 5 Juin 1789, *Baudouin*, p. 5. Les plus modérés, tel Malouet, aurait souhaité que le Tiers délibère immédiatement. *Le Hodey*, I, p. 24.

2262 *Récit des séances*, p. 113-114.

2263 Voir en ce sens *Duquesnoy*, p. 76 ; *Récit des séances*, p. 114-115 ; *Le Hodey*, p. 34-35.

2264 *Récit des séances*, p. 115.

2265 « Pénétrés des mêmes devoirs que vous, touchés jusqu'aux larmes des malheurs publics, nous vous prions, nous vous conjurons de vous réunir à nous, à l'instant même, dans la Salle commune, pour aviser aux moyens de remédier à ces malheurs » *Récit des séances*, p. 117.

2266 Voir *supra*, ce chapitre, Section 3, § 1, B.

2267 Si l'on en croit Adrien Duquesnoy qui écrit dans son *Journal* le 7 juin, p. 78 : « Je crois pouvoir prédire d'avance que demain se fera la délibération relative à l'ouverture proposée au nom du Roi, qu'elle sera rejetée à la grande unanimité, qu'ensuite on se constituera non pas en tiers état, mais ou en Assemblée nationale, ou au moins en Assemblée des communes de France, en prenant ce mot dans l'acception la plus étendue, c'est-à-dire en envisageant

Malouet craignait certainement qu'un parti trop radical soit adopté. Le 8 juin, il propose donc à l'assemblée « de vérifier sans délai les Pouvoirs de ses Membres, et de se constituer, aussitôt après cet examen, sous le titre d'*Assemblée légitime des Représentants des Communes*, agissant directement avec le Roi, sans rien entreprendre contre les deux autres Ordres, mais sans reconnaître leur *veto*. »²²⁶⁸ Si Malouet rejette dans ce discours la séparation des Ordres, il admet néanmoins les distinctions d'Ordres²²⁶⁹. Il propose donc de refuser toute constitution en Assemblée nationale²²⁷⁰. Il semble que cette motion ne reçut pas un accueil très favorable²²⁷¹. En tout état de cause, elle fut considérée comme prématurée étant donné que la clôture des conférences n'avait pas encore eu lieu.

3. La victoire des patriotes radicaux et la constitution en Assemblée nationale

490. Le 10 juin, les députés étaient prêts à délibérer sur la vérification des pouvoirs, la dernière séance des conférences ayant eu lieu la veille au soir²²⁷².

Sieyes²²⁷³ propose alors, non pas la constitution en Assemblée nationale, qui risquerait d'être rejetée²²⁷⁴, mais simplement « de se former, en Assemblée active, capable de commencer et de remplir l'objet de leur mission »²²⁷⁵ et à cette fin de procéder à « une vérification commune de leurs Pouvoirs »²²⁷⁶. Cette motion fut préparée dans le club breton²²⁷⁷. Elle permettait, en obtenant la décision d'une vérification commune, de préparer la constitution en Assemblée nationale qui apparaîtrait alors comme sa suite logique. Elle prévoyait également de « faire, tant individuellement

les communes comme *le peuple, la nation*, et les autres ordres comme des classes sous sa protection, sous sa sauvegarde, mais forcées de lui obéir. »

2268 *Récit des séances*, p. 130.

2269 « Ce n'est point la vanité seulement qui a créé les prééminences de rang, de naissance et de dignité ; elles ont une destination utile et nécessaire dans une monarchie. » MALOUEY, *Avis d'un député dans la séance des Communes du 8 juin 1789*, s.l.n.d., BN Le29-18.

2270 « Arrêtons-nous aux exemples de patriotisme et de vertus publiques qu'ont donnés si souvent à la nation le clergé et la noblesse, et n'imitons point celui d'une séparation prononcée par le veto ; n'adoptons pas la constitution de notre assemblée, en assemblée nationale. J'avoue, messieurs, que la proposition de cette mesure m'a toujours alarmé. Elle est inutile aux intérêts de nos commettants. Elle est au-dessus de nos pouvoirs. Elle nous ferait perdre tous les avantages de notre position. Elle produirait la dissolution des Etats généraux. Elle exciterait les troubles les plus funestes.

« Ce serait en effet attenter aux droits civils et politiques de la nation, que de la déclarer complètement représentée en l'absence des plus grands propriétaires et des premiers citoyens, qui sont les députés du clergé et de la noblesse. Aussitôt des protestations solennelles de la part des deux ordres obtiendraient l'appui des cours souveraines, et imprimeraient sur nos opérations un sceau de nullité qui ne pourrait être effacé que par la force, dont nous n'avons garde de désirer et encore moins de provoquer l'emploi. » *Ibid.*

2271 *Récit des séances*, p. 131.

2272 *PV Conférences*, p. 295-296.

2273 Une motion similaire avait été écrite par Barrère, mais elle ne fut pas présentée, car il fut satisfait de celle de Sieyes. *Motion d'un député des Communes de la sénéchaussée de Bigorre*, s.l.n.d., BN Le29-19.

2274 « M. l'Abbé Sieyes a prié ensuite l'Assemblée de remarquer, 1^o. qu'il ne s'agissait point, en ce moment de savoir comment et en quelle qualité les Communes se constitueraient, mais seulement de prendre, sur la vérification des Pouvoirs un parti définitif, sans lequel les résolutions actives qui doivent être ultérieurement arrêtées seraient impossibles ». *Récit des séances*, p. 140-141.

2275 *Récit des séances*, p. 139.

2276 *Récit des séances*, p. 140.

2277 Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 68.

que collectivement, une dernière sommation » aux députés des Ordres privilégiés de « venir dans la Salle des États pour assister, concourir et se soumettre à la vérification commune des Pouvoirs. »²²⁷⁸ Barnave obtint que le terme sommation ne fut pas employé et il lui fut préféré celui d'invitation²²⁷⁹.

Les députés adoptent la motion de Sieyes et décident de l'accompagner d'une députation au Roi contenant le récit « des longs et vains efforts des Députés des Communes » et « les motifs qui forcent [l'Assemblée] de passer de l'état d'attente à celui d'action »²²⁸⁰.

Le 12 juin, les députés du Tiers décident de procéder à l'appel de tous les députés²²⁸¹ et envoient au préalable une députation dans chacun des deux autres Ordres pour les y inviter. Aucun député des Ordres privilégiés ne se présente. Dans l'Ordre du Clergé, les évêques tentent de retarder la délibération sur la vérification en commun proposée par le Tiers et il est décidé « que chacun de ses membres ferait un discours pour ou contre la vérification des Pouvoirs en commun »²²⁸². Jallet, député du Clergé du Poitou, prononce un discours en faveur de la vérification en commun et annonce son intention d'aller faire vérifier ses pouvoirs en commun, sans pour autant quitter la chambre du Clergé²²⁸³.

Le 13, l'appel est continué et seuls se présentent trois députés du Clergé de la sénéchaussée de Poitou²²⁸⁴. Ils sont rejoints lendemain, 14 juin, par six autres députés du Clergé²²⁸⁵. Le 15 et 16 juin, dix autres ecclésiastiques rejoignent les députés du Tiers²²⁸⁶.

491. Le 15 juin, l'appel est terminé et la discussion sur la constitution de l'Assemblée s'ouvre en présence presque exclusivement des députés du Tiers.

Sieyes propose à l'Assemblée de se constituer en « Assemblée des Représentants connus et vérifiés de la Nation Française »²²⁸⁷. Barrère de Vieuzac propose l'expression de « Représentants légitimes de la majeure partie des Français, ou de vingt-quatre millions de Français dans l'Assemblée Nationale »²²⁸⁸. Mirabeau suggère celle d'« Assemblée des Représentants du Peuple de

2278 *Récit des séances*, p. 140.

2279 *Récit des séances*, p. 141 ; Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 68-69.

2280 *Récit des séances*, p. 145 et Arrêté relatif à la nécessité et aux moyens de se constituer. 10 Juin 1789, *Baudouin*, p. 6.

2281 Arrêté qui ordonne l'appel des Députés. 12 Juin 1789, *Baudouin*, p. 12.

2282 *PV Clergé*, p. 230.

2283 « Si nous quittons pour quelques jours cette Chambre, c'est pour y reparaître bientôt avec le double caractère de représentants de la Nation et de représentants du Clergé » *Discours prononcé par M. Jallet, Curé de Chérigné, Député du Poitou, dans l'Assemblée de l'Ordre du Clergé, pour motiver les déclarations et les protestations faites dans la Chambre par plusieurs Députés, le 12 juin 1789*, BN Le29-20, p. 10.

2284 *PV AN*, I, p. 29.

2285 *PV AN*, I, p. 70.

2286 *PV AN*, I, p. 73-88 et *Récit de ce qui s'est passé le 15 juin 1789, dans l'assemblée des communes*, s.l.n.d., BN Le29-2092.

2287 *PV AN*, I, p. 13.

2288 *PV AN*, I, p. 20.

France »²²⁸⁹. Les plus modérés, Du Pont de Nemours, Malouet²²⁹⁰ et même Rabaut Saint-Étienne²²⁹¹, soutiennent cette proposition, mais elle est rejetée en raison de son ambiguïté, le mot peuple pouvant désigner toute la nation ou le tiers seulement²²⁹².

Mounier tente de favoriser la modération de ne pas exclure toute réunion volontaire des privilégiés ; pour cette raison, il propose la formulation d'« Assemblée formée par les représentants de la Nation et par la majorité de tous les Députés aux États-Généraux »²²⁹³. Il est soutenu par Thouret dans cette entreprise²²⁹⁴, qui affirme que l'assemblée doit « se constituer de telle sorte que si le clergé et la noblesse se réunissaient aux communes, l'on ne fût pas dans le cas de changer de constitution. »²²⁹⁵ Néanmoins, comme le relève Le Hodey, « ce raisonnement était précisément celui qui devait porter à adopter la proposition de M. Sieyes. »²²⁹⁶

La motion de Sieyes est fortement défendue par Bergasse²²⁹⁷ et Le Chapelier²²⁹⁸. La motion de Mounier est défendue par Barnave et Rabaut²²⁹⁹. Malouet s'y oppose vivement en soutenant les motions de Mounier et de Mirabeau²³⁰⁰. Son discours ne fût pas très écouté et ne reçut pas l'approbation des autres députés²³⁰¹.

Le 16, les discussions se poursuivent. La motion de Sieyes est notamment défendue par

2289PV AN, I, p. 22.

2290Duquesnoy, p. 96.

2291Adrien DUQUESNOY, *Journal*, I, p. 97.

Il propose sa propre motion qui prévoit de se constituer en « assemblée des représentants du peuple Français ». *Le Hodey*, I, p. 93.

2292« Mirabeau a fait une motion qui tend à nous faire constituer représentants du *peuple français*, idée équivoque, puisque le peuple est ou la nation générale, – et dans ce cas il faut se constituer la nation, – ou c'est le tiers, les communes, – et alors c'est nous constituer en ordre. » *Duquesnoy*, p. 96.

« Le mot de peuple ne remplit pas notre idée : signifie-t-il communes ? alors ce n'est pas assez dire : signifie-t-il la nation entière ? ce serait trop dire. » Discours de Target, *Le Hodey*, I, p. 99.

Thouret « combattit l'opinion de M. de Mirabeau, en disant que si le mot peuple répondait à *plebs*, c'était admettre la distinction des ordres ; s'il répondait à *populus*, c'était trop étendre l'intention des communes. », *Le Hodey*, p. 103.

2293PV AN, I, p. 25.

2294Duquesnoy, p. 96 ; *Le Hodey*, p. 103.

2295*Le Hodey*, p. 103.

2296*Ibid.*

2297*Le Hodey*, p. 100 ; *Discours de M. Bergasse, sur la motion faire par M. l'abbé Sieyès, le 15 juin 1789 portant que l'Assemblée des Députés des Communes se constituerait en Assemblée des Représentants connus et vérifiés de la Nation*, s.l.n.d., BN Le29-23.

2298*Le Hodey*, p. 102.

2299Onzième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 32.

2300« Nous constituer Assemblée Nationale, sans égard au Clergé et à la Noblesse, serait une scission désastreuse qui produirait la dissolution des Etats-Généraux. » *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit., p. 34.

« Que disent en effet les pouvoirs les plus impératifs sur l'opinion par tête ? De se retirer, si l'on vote par ordres. Cette recommandation est très-différente de celle de s'établir les seuls Représentants connus de la Nation, qui est une attaque directe aux autres ordres. Cette attaque provoque dans l'instant une défense, une résistance, une scission ; et c'est-là, Messieurs, le malheur que je désirerai toujours éviter.

« Nous l'éviterons, en restant ce que nous sommes, les Représentants du peuple, ou de la majeure partie de la Nation. Car l'une et l'autre désignation nous conviennent également. Je demande seulement qu'on prenne en considération les arrêtés proposés ; et j'adopte de préférence ceux qui donnent un plus grand développement à nos motifs. » *Ibid.*, p. 44-45.

2301*Le Hodey*, p. 104-105.

Camus²³⁰², Chasset²³⁰³, Robespierre, Bouchotte et Durand de Maillane²³⁰⁴. Régnier et Prugnon adoptent celle de Mounier²³⁰⁵. Le Grand propose de se constituer en Assemblée nationale²³⁰⁶ et Pison du Galland, député du Dauphiné, propose la dénomination d'« Assemblée active et légitime des Représentants de la Nation Française »²³⁰⁷.

Sieyes décide alors d'amender sa motion pour qu'elle porte que l'assemblée se constitue purement et simplement en « Assemblée Nationale »²³⁰⁸, conformément à la motion de Le Grand. La motion amendée de Sieyes est finalement adoptée le 17 juin. Le parti radical, consistant, pour les députés du Tiers, à se constituer seuls, à l'exception de 19 députés du Clergé, en assemblée de toute la nation, était adopté. Il semble que le ministère, et Necker en particulier ne s'attendait pas à ce que l'Assemblée adopte un tel parti²³⁰⁹.

4. La consécration de la conception patriote du pouvoir politique

Les patriotes commencent à présenter leur conception du pouvoir politique. Ils rejettent la séparation et le droit de *veto* des Ordres (a). Ils consacrent la conception patriote de la nation (b).

a. Le rejet de la séparation et du *veto* des Ordres

492. Les députés du Tiers s'accordaient sur le refus de tout droit de *veto* aux Ordres privilégiés²³¹⁰ et de tout intermédiaire entre eux et le Roi. Ils étaient en revanche plus divisés s'agissant des compétences du Roi, et en particulier de son droit de *veto*. Ces divergences s'observent dès le début des États-généraux.

493. S'agissant du refus des intermédiaires entre le Roi et le peuple, ils reprennent ici un thème largement développé dans les brochures patriotes²³¹¹. Sur une motion de Le Chapelier²³¹², les

2302 *Le Hodey*, p. 107 ; *Duquesnoy*, p. 98.

2303 *Duquesnoy*, p. 98.

2304 *Duquesnoy*, p. 99.

2305 *Duquesnoy*, p. 98-99.

2306 *PV AN*, p. 25.

2307 *PV AN*, p. 27.

2308 *Le Hodey*, I, p. 120.

2309 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 4-6.

2310 Tous, y compris Malouet, dans son discours du 15 juin (*Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit.), défendent cette idée et l'inscrivent dans leur motion. Tous ne rejettent pas en revanche la distinction des Ordres. Malouet et Du Pont de Nemours rejettent la séparation des Ordres, mais non leur distinction. *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789*, éd. cit. ; MALOUEU, *Avis d'un député dans la séance des Communes du 8 juin 1789*, éd. cit. ; *Première opinion sur les prétentions relatives à un droit de veto, et sur les déclarations à faire par les Députés des Communes de France à ceux de l'Ordre de la Noblesse, exposée dans la Séance du 29 mai, par M. Du Pont, Député du Bailliages de Nemours*, 1789, BN Le29-2161.

2311 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 2.

2312 « M. le Chapelier s'écria qu'il ne devait se tirer aucune barrière entre le roi et ses sujets : que recourir à des intermédiaires était un usage contraire à la liberté des communes. » *Le Hodey*, I, p. 12.

députés du Tiers affirment qu'ils ne peuvent « reconnaître d'intermédiaire entre le Roi et son Peuple »²³¹³ et réclament une communication directe avec le Roi²³¹⁴.

Le 13 juin, la députation du Tiers, ayant pour objet de communiquer au Roi l'arrêté du 10 sur la vérification des pouvoirs, obtient comme réponse du Roi « Je ferai savoir mes intentions à la Chambre du Tiers-État, sur le Mémoire que vous me présentez de sa part. »²³¹⁵ Cette réponse n'est pas très bien reçue : « les communes ont paru mécontentes sur deux expressions »²³¹⁶, celle de chambre et celle de mémoire. *Le Hodey* souligne ainsi : « Le mot *mémoire* n'a point été approuvé. Il est bien sûr que ce n'est ni un mémoire ni des remontrances »²³¹⁷. Certains y voient également un signe de mauvaise augure²³¹⁸. Le Roi répond à cette adresse le 16 juin dans une lettre qui fait figure de rappel à l'ordre : le Roi « désapprouve l'expression répétée de Classes privilégiés » et reproche au Tiers de ne pas avoir accepté son ouverture²³¹⁹.

Cette lettre ne parvient à l'Assemblée que le 17 au soir, alors qu'elle s'est constituée en Assemblée nationale le matin même. La désapprobation du Roi apparaît comme dérisoire face à l'acte révolutionnaire que vient d'accomplir l'Assemblée.

494. La représentation de la nation par un autre organe que l'Assemblée est catégoriquement refusée²³²⁰, ce qui peut être interprété comme une condamnation des prétentions des parlements²³²¹ et des autres Ordres à représenter la nation. Le refus de la séparation des Ordres et le principe du vote par tête sont clairement exprimés : « la représentation étant une et indivisible, aucun des Députés, dans quelque Ordre ou Classe qu'il soit choisi, n'a le droit d'exercer ses fonctions séparément de la présente Assemblée »²³²².

2313 Arrêté relatif à la manière dont les Députés des Communes doivent communiquer avec le Roi. 3 Juin 1789, *Baudouin*, I, p. 4.

2314 « Que sommes-nous donc ici, disait l'un, si nous ne pouvons parler à notre chef ? Ne semblerait-il pas que l'on fit naître des obstacles coup sur coup, exprès pour nous éloigner de sa personne, et nous rendre son accès impossible ?
« Il n'y a qu'un despote, s'écrièrent d'autres députés, qui s'environnent d'intermédiaires ; la crainte et l'effroi marchent toujours devant ses pas ; sa puissance n'est fondée que sur l'abrutissement des hommes ; il ne veut commander qu'à des esclaves ; mais il n'en est pas ainsi d'un roi de France, il sait qu'il commande à un peuple libre, dont il est idolâtre ; à un peuple qui le regarde comme un père, et dont la fidélité pour le sang et la personne de ses rois le distingue du reste des nations. » 12 juin, *Le Hodey*, p. 68.

2315 *PV AN*, I, p. 41-42.

2316 *Le Hodey*, I, p. 77.

2317 *Ibid.*

2318 *Duquesnoy*, p. 91.

2319 « La réserve que l'Ordre de la Noblesse avait mise dans son acquiescement à l'ouverture de conciliation faite de ma part, ne devait pas empêcher l'ordre du Tiers de me donner un témoignage de déférence ; l'exemple du Clergé suivi par celui du Tiers aurait déterminé sans doute l'ordre de la Noblesse à se désister de sa modification. »
Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 165.

2320 « De plus, puisqu'il n'appartient qu'aux Représentants vérifiés de concourir à former le voeu national, et que tous les Représentants vérifiés doivent être dans cette Assemblée, il est encore indispensable de conclure qu'il lui appartient, et qu'il n'appartient qu'à Elle, d'interpréter et de présenter la volonté générale de la Nation » Déclaration sur la Constitution de l'Assemblée. 17 Juin 1789, *Baudouin*, p. 13.

2321 Voir *supra*, Chapitre 2.

2322 Déclaration sur la Constitution de l'Assemblée. 17 Juin 1789, *Baudouin*, p. 13.

Ils refusent également tout corps intermédiaire : « il ne peut exister entre le Trône et cette Assemblée aucun VETO, aucun pouvoir négatif »²³²³. Cela peut faire référence aux parlements, mais également aux prétentions des Ordres privilégiés et au rôle joué par les ministres. La motion initialement adoptée contenait d'ailleurs l'affirmation que « Nulle autre chambre de députés, simplement présumés, ne peut rien ôter à la force de ses délibérations »²³²⁴.

495. Dès cette première phase, les dissensions entre les patriotes radicaux et modérés apparaissent toutefois. Elles se matérialisent d'abord dans la longue opposition sur la forme de la constitution de l'Assemblée, mais également sur le rôle du Roi. Lorsque Mirabeau tente de défendre le droit de *veto* royal à l'occasion du débat sur la constitution de l'Assemblée, ses positions sont vivement combattues par Camus. Il affirme que l'Assemblée a besoin de la sanction royale pour se constituer, et reprend l'idée d'une balance des pouvoirs entre le Roi et la nation²³²⁵. Camus lui répond que les députés du Tiers ne font qu'énoncer une vérité « une et toujours immuable » et que pour cette raison la sanction royale ne serait pas nécessaire²³²⁶.

b. La consécration de la conception patriote de la nation

La motion de Sieyès adoptée le 17 juin contient le résumé de la doctrine patriote. La conception de la nation retenue est appuyée sur l'idée que la nation est une association d'individus et non d'Ordres²³²⁷.

Ce refus de reconnaître la nation comme l'assemblage de trois Ordres s'exprime également

2323 Déclaration sur la Constitution de l'Assemblée. 17 Juin 1789, *Baudouin*, p. 13.

2324 *Le Point du Jour*, I, p. 9. Cette phrase est finalement supprimée.

2325 « Il s'étendit ensuite sur le droit du *veto*. Le refuseriez-vous au roi ? S'écria-t-il. Pensez-vous qu'il ne faut pas sa sanction pour vous constituer ? Si le contraire pouvait arriver, je le dis à la vérité, j'aimerais mieux vivre à Constantinople. Vous formeriez une assemblée de 1200 législateurs et de souverains, qui tomberiez bien vite dans l'aristocratie ; ou plutôt non, la scission vous diviserait, la discorde vous séparerait sans avoir seulement l'honneur d'une guerre civile. Vous vous mettriez sous le joug du despotisme ; vous n'auriez plus de roi, vous auriez un maître. Si le roi, par son *veto*, vous arrête dans votre marche, vous avez à lui opposer le vôtre contre ses projets : l'un et l'autre se balancent et produisent l'équilibre. » *Le Hodey*, I, p. 103-104.

2326 « Que vous propose-t-on ? De vous constituer, dit-il, *les représentants de la nation française légalement vérifiés*. Et certes n'est-ce pas là une vérité sensible et assez publique ? La vérification en commun est un principe dont vous ne vous êtes jamais départis : cette vérification a été faite entre les membres des communautés et une partie de ceux du clergé ; et qu'allez-vous donc publier maintenant par votre arrêté, ou plutôt par le titre de votre constitution ? Un simple fait, une vérité authentique. Vous êtes les seuls représentants vérifiés, et vous le publierez à la face de la nation. Maintenant pourquoi nous parler de la sanction du roi, de son *veto* ? Son *veto* peut-il empêcher que le fait que nous énoncerons, que la vérité que nous publierons, ne soit toujours une et toujours immuable ? Son *veto* peut-il empêcher que nous soyons ce que nous sommes et ce que nous devons être ? La sanction royale ne peut changer l'ordre des choses, altérer leur nature. Nous sommes les représentants vérifiés de la nation, le roi ne peut faire que nous ne le soyons pas ; il peut nous défendre, nous forcer à ne point exercer les droits que nous donne ce titre ; mais ce titre, il ne peut nous l'enlever. » *Le Hodey*, I, p. 107-108.

2327 « L'Assemblée, délibérant après la vérification des Pouvoirs, reconnaît que cette Assemblée est déjà composée des Représentants *envoyés directement par les quatre-vingt-seize centièmes, au moins, de la Nation*. » Nous soulignons. Déclaration sur la Constitution de l'Assemblée. 17 Juin 1789, *Baudouin*, p. 13.

dans des actes de subversion de l'ordre social représenté par la distinction des Ordres²³²⁸. Avant même l'ouverture des États-généraux, « certaines des prescriptions du cérémonial traditionnel avaient attiré l'attention du tiers comme humiliantes pour lui »²³²⁹. Les députés du Tiers refusent par exemple de se présenter au Roi à genoux lorsque ce dernier reçoit leur députation²³³⁰. De même, une fois l'Assemblée nationale constituée, ils tentent de prendre les places réservées aux deux premiers Ordres lorsque les députés des trois Ordres sont réunis²³³¹. Enfin, ils refusent le costume qui leur est attribué et la distinction qu'il marque avec les députés des Ordres privilégiés²³³². Toute distinction de costume et de rang entre les députés est d'ailleurs supprimée le 15 octobre 1789²³³³. Cette « petite guerre de cérémonial » préfigure donc les revendications du Tiers-État en termes d'égalité entre les citoyens²³³⁴.

5. Le coup de force des députés du Clergé patriotes pour rejoindre l'Assemblée nationale

496. Le 19 juin, le Clergé finit par décider de vérifier les pouvoirs en commun après un débat ayant duré du 13 au 19 juin, où chaque membre présenta son opinion. Le 19, les voix sont partagées entre trois motions ; la première vise à procéder à la vérification séparément et à se constituer en Ordre, conformément à l'ouverture royale ; la deuxième est d'accepter la vérification commune ; la troisième de ne l'accepter qu'avec « la clause expresse, que MM. du Tiers-État reconnaîtraient par une délibération préalable la distinction et l'indépendance des Ordres »²³³⁵.

137 (ou 134 selon les décomptes) voix étaient pour la première motion, 130 (ou 132) pour la deuxième et 9 pour la troisième. Les évêques ont donc estimé leur victoire acquise. Néanmoins, par acclamation, les votants pour la deuxième motion ont décidé de se joindre à ceux de la troisième obtenant ainsi la majorité. Le Haut-clergé mécontent de cette issue a déclaré sa motion adoptée et a quitté la chambre. Les députés restants ont considéré la troisième motion acquise à une majorité de 141 voix et ils y ont ajouté d'autres signatures au cours de la soirée portant le nombre de signataires à 149²³³⁶.

2328Tous n'étaient d'ailleurs pas favorables à l'abolition de cette distinction. Voir en ce sens, Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 41-42.

2329Georges LEFEBVRE, Anne TERROINE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, I, 1, p. 48.

2330Ibid., p. 53-54.

2331Ibid., p. 59-60.

2332Ibid., p. 73-82.

2333Ibid., p. 82.

2334« Les adversaires de la bourgeoisie n'avaient pas tort d'estimer qu'en refusant de se conformer à l'étiquette, elle manifestait la résolution de détruire l'organisation corporative et de ramener les gentilshommes et prêtres à la condition de simples citoyens. Dans cette petite guerre de cérémonial, si puérile qu'on la juge au premier abord, elle exprimait cette volonté de conquérir l'égalité des droits qui fut le ressort essentiel de la Révolution française. » Ibid., p. 62.

2335PV Clergé, p. 237-238.

2336Le *Journal des séances du Clergé* et le *Récit de ce qui s'est passé dans l'Ordre du Clergé, depuis le 19 juin jusqu'au 24 du même mois* offrent les deux versions de ces événements. PV Clergé, p. 237 et s. et p. 251 et s.

La moitié de l'Ordre du Clergé décide donc de se réunir au Tiers pour procéder à la vérification des pouvoirs en commun²³³⁷, revenant sur leur acceptation de l'ouverture royale. Toutefois, ils n'acceptent pas officiellement la réunion des Ordres et leur arrêté exige que le Tiers reconnaisse leur distinction et leur indépendance. Cette position, minoritaire parmi les députés ayant décidé de se joindre au Tiers, ne fut pas exigée lorsqu'ils se joignirent à leur pairs au cours de la séance du 22 juin²³³⁸, tenue dans l'Église Saint-Louis en raison de sa capacité d'accueil supérieure à celle de la salle du jeu de paume. S'ils ne réclament pas en faveur de la séparation des Ordres, ils retournèrent tout de même, après la vérification en commun, dans la chambre de leur Ordre au lendemain de la séance royale²³³⁹.

6. La consécration juridique de la nécessité d'établir la constitution

Le 19 au soir, le Roi décide de convoquer une séance royale et les chambres des Ordres sont fermées et gardées, mais le Président du Tiers n'en est pas informé²³⁴⁰. Cette fermeture est perçue comme un « coup d'autorité »²³⁴¹ et certains craignent une dissolution des États-généraux²³⁴². En conséquence, les députés décident de se réunir dans la salle du jeu de paume. Mounier, inspiré par les méthodes des parlements²³⁴³, propose le Serment du Jeu de Paume²³⁴⁴. Ce serment révèle également l'adoption de la conception patriote de la constitution. L'Assemblée affirme qu'elle doit « fixer la Constitution du Royaume, opérer la régénération de l'ordre public, et maintenir les vrais principes de la Monarchie »²³⁴⁵. Les membres prêtent le serment de « de ne jamais se séparer, et de

2337 *PVAN*, p. 49-50 ; 149 députés se joignent au Tiers, *PVAN*, p. 54-59.

2338 Au cours de cette séance, deux députés de la Noblesse du Dauphiné se joignent également à ceux du Tiers pour procéder à la vérification des pouvoirs en commun, *PVAN*, p. 53.

2339 Duquesnoy n'est pas très optimiste quant à la vérification en commun, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'une réunion des Ordres : « Je ne vois pas trop à quoi nous mènera cette vérification commune, puisqu'il passe pour constant qu'immédiatement après qu'elle sera faite, le clergé se retirera pour opiner par ordre. Il n'est qu'un seul point de vue sous lequel cela pourrait être avantageux : c'est que le clergé, maître de choisir entre l'opinion de la noblesse et celle des communes, s'est décidé pour la dernière. » *Duquesnoy*, p. 110.

2340 « Quand, le 20, la salle des Menus se trouva fermée, sans que Barentin eût eu la courtoisie d'annoncer à Bailly les dispositions envisagées, la veille, par le Conseil, on n'hésita donc pas à regarder l'incident comme prémonitoire des mesures répressives que la cabale avait obtenues du roi. Certains députés demeurèrent optimistes ; d'autres se préparèrent à la résistance ; mais la fermeté que le Tiers manifesta par le serment du Jeu de Paume n'exclut pas l'angoisse pour le plus grand nombre. » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 14.

2341 « MM. les députés ne voyant, dans cette proclamation, aucun ordre particulier de ne point aller se rendre à la salle, n'y voyant qu'un coup d'autorité, qu'une atteinte à la liberté de la nation entière, et qu'il est toujours glorieux de repousser de toutes ses forces, prirent tous et unanimement le chemin du lieu ordinaire de leur séance. » *Le Hodey*, I, p. 161.

2342 « Je ne puis exprimer ici les sentiments qu'éprouvèrent les députés : les uns, pénétrés de la plus vive douleur, n'entrevoient dans l'avenir que la dissolution des états ; les autres étaient pénétrés d'indignation de voir ainsi la majesté de la nation profanée, avilie par un coup d'autorité, qui depuis que la monarchie repose sur des bases inébranlables, et dans les règnes les plus oppressifs n'a jamais eu d'exemple. » *Le Hodey*, I, p. 161-162.

2343 « Le légiste, qui avait fait sortir du tumulte de la Journée des Tuiles un soulèvement méthodique de Notables, empruntait à la tradition parlementaire qu'il connaissait bien une procédure de résistance respectueusement intraitable. » Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens*, éd. cit., p. 72.

2344 *Le Hodey*, I, p. 166.

2345 Décret contre toute suspension ou interruption de l'Assemblée, 20 Juin 1789, *Baudouin*, I, p. 17.

se rassembler partout où les circonstances l'exigeront, jusqu'à ce que la Constitution du Royaume soit établie et affermie sur des fondements solides »²³⁴⁶.

La constitution doit donc être établie et non rétablie. Cette prise de position sur la constitution reste relativement modérée. Cela est certainement dû à l'origine de cette motion, mais elle est néanmoins ferme à l'égard des conceptions défendues par la Noblesse. Au cours de cette séance, les députés organisent également leur résistance à la séance royale prévoyant de rester en séance après le départ du Roi²³⁴⁷.

497. En un mois et demi, les membres du Tiers avaient déclaré leur intention de représenter seuls la nation ; imposé leur conception de la nation, et corrélativement refusé toute séparation des Ordres et tout droit de *veto* aux Ordres privilégiés ; imposé l'idée qu'une constitution, respectant les principes tirés la raison, devait être établie. Ils étaient néanmoins divisés sur le rôle que devait jouer le Roi. Il leur restait à imposer définitivement leurs vues au Roi et aux Ordres privilégiés.

§ 2. La victoire des patriotes

La constitution en Assemblée nationale et la décision de résistance, prise dans la Salle du jeu de paume, n'étaient pas sans rappeler l'attitude des parlements. Néanmoins, les délibérations de l'Assemblée étaient bien plus tumultueuses, soumises au jugement d'un public nombreux réuni dans les tribunes et souvent le plus enclin à soutenir les partis les plus radicaux, les modérés finissant par se taire ou s'exposer à l'improbation.

Mounier lui-même aurait proposé le Serment du jeu de paume pour revenir dans les bonnes grâces de l'Assemblée et de son public, lui qui s'était opposé à la constitution en Assemblée nationale²³⁴⁸. Cette radicalisation de l'Assemblée est donc en partie due à la crainte des plus modérés d'être soumis à son tribunal²³⁴⁹. Cela explique notamment l'unanimité avec laquelle le

2346 *Ibid.*

2347 « Il a été convenu qu'immédiatement après la séance royale, l'Assemblée nationale resterait en place pour délibérer. » *Duquesnoy*, p. 112.

2348 « Mounier a avoué lui-même que l'impatient désir de reconquérir cette faveur publique qui semblait lui échapper ne fut pas étranger à son intervention mémorable au Jeu de Paume, pour protester contre la fermeture de la salle ordinaire de réunion, prélude inquiétant de la séance royale annoncée. » Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les monarchiens*, éd. cit., p. 72.

2349 « C'est une chose affreuse à dire, mais elle n'est malheureusement que trop vraie ; les idées les plus exagérées, les propositions les plus incendiaires, rien n'étonne aujourd'hui dans la salle. Il me paraît évident que l'Assemblée est conduite par une dizaine de personnes dévorées par une ambition profonde et sourde, avide de renommée et déterminées à en acquérir à quelque prix que ce soit. Ces hommes n'ont aucune espèce de morale et de principes, rien ne les arrête ; aucun droit, aucune propriété ne leur paraîtront sacrés, et l'égalité naturelle, la loi naturelle sont les mots dont ils se sont servis pour séduire et entraîner à eux quelques faibles, qu'ils ont illuminés. Beaucoup n'osent, par timidité, s'opposer à leur fureur, et l'exagération même de leur audace, la hardiesse avec laquelle ils calomnient, déchirent, fait leur sûreté. Ainsi une assemblée de 600 personnes, parmi lesquelles il y en a beaucoup d'éclairées, le royaume entier, sont à la merci de quelques scélérats, à qui les plus grands crimes ne sont qu'un jeu. » *Duquesnoy*, p. 113.

Serment du jeu de paume est adopté. L'autorité royale était en tout cas sérieusement remise en cause par les délibérations de l'Assemblée qui se constituait seule, sans attendre la sanction royale, et s'appropriait la capacité d'annuler les impôts et de maintenir l'Assemblée en session²³⁵⁰.

Comme face aux parlements, le Roi était dans l'obligation de tenter de rétablir son autorité. Comme avec les parlements, il décida d'une séance royale²³⁵¹ (A). Cette séance royale est un échec : le Roi et les conservateurs sont contraints de céder devant les patriotes (B).

A. L'ambivalence de la séance royale entre rétablissement de l'autorité royale et reconnaissance de la constitution antique

498. Le Roi, face aux tensions insurmontables entre les deux Ordres, et surtout en raison du coup d'État constitutif des députés du Tiers, est contraint de réaffirmer son autorité. Il hésite longtemps sur l'objet de la séance royale qui, initialement prévue pour le lundi 22 juin, est finalement reportée au lendemain en raison de son indécision. Il semblait être dans une impasse comme l'écrit Duquesnoy, « Quel parti peut donc prendre le Roi ? Si c'est celui de la noblesse, le royaume est inondé de sang ; si c'est celui des communes, il cesse d'être roi, et l'on ignore à quels excès elles peuvent s'arrêter. »²³⁵²

L'annonce de la fermeture de la salle commune suffit à agiter la foule parisienne²³⁵³. Les premiers mouvements de foule sont défavorables aux privilégiés ; certains sont hués ou insultés²³⁵⁴. De plus, la Noblesse, si elle souhaite protéger ses prérogatives, n'annonce pas non plus une position favorable à l'autorité royale. À l'annonce d'une séance royale, certains députés nobles s'accordent pour y voir un de ces lits de justice qu'ils détestaient tant²³⁵⁵.

Le Roi ne pouvait plus, sans affaiblir considérablement son autorité, proposer encore un moyen de conciliation qui serait encore ignoré. Il prit le parti d'une séance au cours de laquelle il imposerait ses vues et ses conceptions aux députés des États-généraux, conformément à l'idée, déjà exprimée lorsque de la séance d'ouverture, selon laquelle il est le seul souverain du royaume. Cette intervention autoritaire qui rappelait donc les lits de justice²³⁵⁶ risquait d'être mal reçue tant pas les

2350« C'est une chose inconcevable que l'extrême facilité avec laquelle a été prêté et signé le serment de ne jamais se séparer. Il est évident que c'est s'emparer de l'autorité, ôter au Roi le droit de dissoudre ou suspendre les États, se rendre maître dès lors de la puissance exécutive ; il est évident que chacun des membres s'expose personnellement aux plus grands dangers, soit de la part du Roi irrité, soit de la part du peuple, las de porter le joug que vont lui imposer les communes, et désespéré de ne pas recueillir des États le fruit qu'il attendait. » *Duquesnoy*, p. 113.

2351 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 1, C.

2352 *Duquesnoy*, p. 113.

2353« À la nouvelle que la salle des Menus avait été fermée, une agitation qui l'inquiéta se répandit dans la capitale et il envoya au lieutenant de police, Thiroux de Crosne, pour qu'il la rendit publique, une lettre où il démentait qu'il fût question de dissoudre les États généraux. » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 15.

2354 *Duquesnoy*, p. 114 et 121 ; Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 24 et 88.

2355 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux*, éd. cit., I, 2, p. 7.

2356« Cette séance différerait du tout au tout de celle du 5 mai, puisque, ce jour-là, le roi s'était abstenu de rien prescrire

patriotes que par les privilégiés²³⁵⁷.

En outre, le Roi, qui s'était déjà engagée dans une reconnaissance partielle d'une constitution du royaume, ne pouvait pas comme ses prédécesseurs imposer ses décisions sur le seul fondement de sa volonté.

Ses discours et ses déclarations sont néanmoins marqués par la volonté de réaffirmer le principe monarchique et l'autorité royale (1). Avec sa première déclaration, il établit un règlement pour les États-généraux (2). Avec la seconde, il propose une déclaration des droits (3).

1. La réaffirmation du principe monarchique et de l'autorité royale

499. Au cours de cette séance, le Roi se pare de tout les attributs de la souveraineté. Il parle seul à l'Assemblée et se présente comme « le défenseur des Lois de mon Royaume » et vient « en retracer le véritable esprit, et réprimer les atteintes qui ont pu y être portées »²³⁵⁸. Les États-généraux ne sont là que par sa volonté et pour lui fournir des avis²³⁵⁹.

Les expressions employées sont sans équivoque : « le Roi veut », « le Roi a déclaré nulles », « Sa Majesté déclare valides », « ordonne Sa Majesté », « le Roi casse et annule », « le Roi permet », « Sa Majesté leur enjoint », « Sa Majesté défende »²³⁶⁰ ; il faut une déclaration de ses volontés²³⁶¹ ; les États-généraux proposent des vues que le roi peut adopter ou non²³⁶² ; le Roi « fait promulguer [des lois] pendant la tenue et d'après l'avis, ou selon le vœu des Etats Généraux »²³⁶³.

L'ensemble des articles des deux déclarations royales sont rédigés en termes impératifs. Dans son dernier discours, le Roi prononce ce qui ressemble à une menace où il sous-entend, qu'il peut à lui seul représenter la nation si les États-généraux n'étaient pas obéissants²³⁶⁴. Cette idée est

aux Ordres, tandis que, cette fois, il allait leur signifier ses volontés. Nul ne pouvait manquer d'y reconnaître un de ces lits de justice où le monarque imposait ses commandements aux Parlement. [...] Comment ne pas prévoir en outre que ce même Tiers Etat, composé en grande partie d'hommes de loi, s'inspireraient de l'exemple des parlements, qui, tant de fois, déclarèrent le lit de justice nul et non avenu ? » *Ibid.*, p. 6.

2357« La politique conciliatoire ayant échoué, Necker, à la fin de cette troisième phase, en venait franchement à l'intervention autoritaire. [...] Malouet ne cacha pas ses appréhensions : si les Ordres résistaient, l'autorité du roi se trouverait compromise. » *Ibid.*, p. 6.

2358Premier discours du Roi à la séance tenue par le Roi aux États Généraux le 23 juin 1789, *Ibid.*, p. 274.

2359« Ils seront les premiers à proposer une réunion d'avis et de sentiments, que je regarde comme nécessaire dans la crise actuelle, qui doit opérer le Salut de l'Etat. » Premier discours du Roi à la séance tenue par le Roi aux États Généraux le 23 juin 1789, *Ibid.*, p. 274-275.

2360Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux. *Ibid.*, p. 275 et art. 10, 11, 29, 30, 34 et 35, Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 278.

2361Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 278.

2362« Ce n'est pas pour circonscrire votre zèle dans le cercle que je vais tracer, car J'adopterai avec plaisir toute autre vue de bien public qui sera proposée par les Etats Généraux. » Deuxième discours du Roi. *Ibid.*, p. 278 ; « Les Etats Généraux proposeront au Roi leurs vues » Art. 21, Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 278.

2363Art. 29. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 278.

2364« Si, par une fatalité loin de ma pensée, vous m'abandonniez dans une si belle entreprise, seul je ferai le bien de mes peuples, seul, *je me considérerai comme leur véritable représentant*, et connaissant vos cahiers, connaissant l'accord parfait qui existe entre le vœu le plus général de la nation et mes intentions bienfaisantes, j'aurai toute la confiance que doit inspirer une si rare harmonie, et je marcherai vers le but auquel Je veux atteindre avec tout le courage et la fermeté qu'il doit m'inspirer. » Nous soulignons. Dernier discours du Roi, *Ibid.*, p. 284.

en directe contradiction avec le décret portant constitution de l'Assemblée nationale et l'idée défendue par le Roi lui-même que seuls les États-généraux peuvent représenter la nation.

500. Dans son dernier discours il réaffirme son autorité en déclarant : « Réfléchissez, Messieurs, qu'aucun de vos projets, aucune de vos dispositions ne peut avoir force de loi sans mon approbation spéciale, ainsi je suis le garant naturel de vos droits respectifs, et tous les ordres de l'Etat peuvent se reposer sur mon équitable impartialité. »²³⁶⁵

Le Roi rappelle donc le principe de la sanction royale et s'impose comme garant des droits de ses sujets. Il rappelle également son pouvoir sur l'armée²³⁶⁶. Il annonce également sa volonté que « les lois qu'il aura fait promulguer [...] n'éprouvent pour leur enregistrement et pour leur exécution, aucun retardement, ni aucun obstacle dans toute l'étendue de son royaume »²³⁶⁷, s'opposant par avance aux résistances des parlements.

2. L'établissement d'un règlement pour les États-généraux

De manière paradoxale, le Roi semble reconnaître, dans sa première déclaration, des limitations à l'autorité souveraine qu'il vient d'affirmer. Il admet implicitement le principe de souveraineté de la constitution (a) et reconnaît partiellement la constitution antique dont se prévalaient les conservateurs (b).

a. La reconnaissance la souveraineté de la constitution

501. La première déclaration, Déclaration du Roi concernant la présente tenue d'État-généraux²³⁶⁸, vise à donner un règlement aux États-généraux.

Comme dans un lit de justice, il y annule les délibérations du Tiers du 17 juin « ainsi que celle qui auraient pu s'ensuivre »²³⁶⁹. Il casse et annule également les mandats impératifs concernant la délibération par ordre ou en commun²³⁷⁰. La nouveauté est que le fondement de la cassation n'est plus la simple volonté royale, mais la constitution elle-même. Le Roi continue le processus précédemment entamé de reconnaissance d'une monarchie limitée²³⁷¹.

²³⁶⁵Nous soulignons. *Ibid.*, p. 284.

²³⁶⁶« Art. 35. Sa Majesté, après avoir appelé les Etats généraux à s'occuper de concert avec Elle, des grands objets d'utilité publique, et de tout ce qui peut contribuer au bonheur de son peuple, déclare de la manière la plus expresse qu'elle veut conserver en son entier et sans la moindre atteinte, l'institution de l'armée, ainsi que toute autorité, police et pouvoir sur le militaire, tels que les Monarques Français en ont constamment joui. » *Ibid.*, p. 283.

²³⁶⁷Art. 29. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 282.

²³⁶⁸*Ibid.*, p. 275.

²³⁶⁹Art. 1er, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 275.

²³⁷⁰Art. 3, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 276.

²³⁷¹Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 1, D.

Alors même qu'il tente de rétablir son autorité, il ne peut le faire qu'en s'appuyant sur la constitution du royaume, s'y inféodant par là. Les décisions du Tiers sont déclarées « illégales et inconstitutionnelles »²³⁷² et les mandats impératifs sont considérés « anticonstitutionnelles »²³⁷³. Suivant cette logique, le Roi lui-même tire son autorité et sa légitimité à exercer le pouvoir de la constitution et non plus simplement de Dieu. Ce glissement subtil est le symbole de l'affaiblissement de son autorité.

b. La reconnaissance partielle de la constitution antique réclamée par les conservateurs

502. Cette séance marque également la reconnaissance des revendications traditionalistes des privilégiés. Le Roi reconnaît « les droits respectifs des différents ordres »²³⁷⁴. Cette défense de la conception conservatrice de la constitution, sûrement adoptée sous l'influence de Barentin²³⁷⁵, est exprimée dès le premier article de la Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux :

« Le Roi veut que l'ancienne distinction des trois ordres de l'Etat soit conservée en son entier, comme essentiellement liée à la constitution de son Royaume, que les députés librement élus par chacun des trois Ordres, formant trois chambres, délibérant par ordre et pouvant avec l'approbation du Souverain, convenir de délibérer en commun, puissent seuls être considérés comme formant le corps des représentants de la Nation »²³⁷⁶

Le Roi estime que la distinction des Ordres est constitutionnelle, conformément à la doctrine conservatrice des privilégiés. Il consacre la séparation des ordres et n'autorise la délibération en commun qu'avec l'assentiment des Ordres recueilli séparément et sa sanction. Cette doctrine, qu'avait rappelé l'Ordre de la Noblesse, était imposée comme une loi par le Roi.

503. Les droits garantis par la constitution selon le Roi sont les droits des Ordres qui sont qualifiés d'« antiques et constitutionnels »²³⁷⁷. Les droits des Ordres sont également protégés par le fait que toute délibération les concernant ne peut être prise en commun²³⁷⁸. Il mentionne également les droits inhérents à la couronne²³⁷⁹.

Sont également exclus des délibérations en commun : « la forme de constitution à donner aux prochains Etats généraux, les propriétés féodales et seigneuriales, les droits utiles et les préroga-

2372 Art. 1er, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 275.

2373 Art. 3, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 276.

2374 Premier discours du Roi à la séance tenue par le Roi aux Etats Généraux le 23 juin 1789, *Ibid.*, p. 274.

2375 Sur l'ensemble du processus d'élaboration des textes prononcés à la séance royale voir Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2.

2376 Nous soulignons. *Ibid.*, p. 275.

2377 Art. 8, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 277.

2378 Art. 8, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 276-277.

2379 Art. 14, Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 280.

tives honorifiques des deux premiers ordres »²³⁸⁰. Cela garantit aux Ordres privilégiés le maintien de leur prééminence pour les prochaines réunions d'États-généraux, mais également que leur privilèges ne pourraient être cédés que volontairement. Le Clergé se voit de plus conférer un droit de *veto* en matière religieuse²³⁸¹. Il accepte enfin que les délibérations en commun ne soient prises qu'à la majorité des deux tiers, ce qui affaiblit considérablement le principe de la réunion des Ordres²³⁸².

Les principes de la constitution conservatrice sont donc ici reconnus par le Roi : la nécessité de garantir les droits des Ordres, la distinction des Ordres, la séparation des Ordres et leur réunion uniquement d'après le vœu de chaque Ordre pris séparément.

3. Une déclaration des droits par le Roi

Dans sa seconde déclaration, le Roi octroie des droits à la nation et aux citoyens (a) et reconnaît l'existence d'un pacte de sujétion (b).

a. L'octroi de droits à la nation et aux citoyens

504. La seconde déclaration, déclaration des volontés, fait davantage figure de déclaration des droits ou de charte octroyée par le monarque.

Le Roi y reconnaît le principe du consentement à l'impôt²³⁸³, sans toutefois accepter sa valeur constitutionnelle puisque ce droit de la nation n'est reconnu que d'après sa volonté. Il annonce plusieurs mesures visant à l'égalité fiscale²³⁸⁴. Il exprime également son désir d'« assurer la liberté personnelle de tous les citoyens d'une manière solide et durable » et envisage une réforme, mais non une abolition des Lettres de cachet²³⁸⁵. De même, il demande des conseils sur « le moyen le plus

2380 Art. 8, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 277.

« Art. 12. Toutes les propriétés sans exception seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques, attachés aux terres et fiefs, ou appartenant aux personnes. » Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 280.

2381 Art. 9, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 277.

2382 Art. 11, Déclaration du Roi, concernant la présente tenue des Etats généraux, *Ibid.*, p. 277.

2383 « Art. Ier. Aucun nouvel impôt ne sera établi, aucun ancien ne sera prorogé au delà du terme fixé par les Lois, sans le consentement des représentants de la Nation.

« Art. 2. Les impositions nouvelles qui seront établies, ou les anciennes qui seront prorogées, ne le seront que pour l'intervalle qui devra s'écouler jusqu'à l'époque de la tenue suivante des Etats généraux.

« Art. 3. Les emprunts pouvant devenir l'occasion nécessaire d'un accroissement d'impôts, aucun n'aura lieu sans le consentement des Etats Généraux, sous la condition toutefois qu'en cas de guerre, ou d'autre danger national, le souverain aura la faculté d'emprunter sans délai jusqu'à concurrence d'une somme de Cent millions. Car l'intention formelle du Roi est de ne jamais mettre le salut de son Empire dans la dépendance de personne. » *ibid.*, p. 279.

2384 « Art. 9. Lorsque les dispositions formelles annoncées par le Clergé et la Noblesse de renoncer à leurs privilèges pécuniaires, auront été réalisés par leurs délibérations, l'intention du Roi est de les sanctionner, et qu'il n'existe plus, dans le paiement des contributions pécuniaires, aucune espèce de privilèges ou de distinctions.

« Art. 10. Le Roi veut que, pour consacrer une disposition si importante, le nom de taille soit aboli dans tout le royaume, et qu'on réunisse cet impôt soit aux vingtièmes, soit à toute autre imposition territoriale, ou qu'il soit enfin remplacé de quelque manière, mais toujours d'après des proportions justes, égales, et sans distinction d'état, de rang et de naissance. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 279.

2385 « Art. 15. Le Roi désirant assurer la liberté personnelle de tous les citoyens d'une manière solide et durable, invite

convenable de concilier la liberté de la presse avec le respect dû à la religion, aux mœurs et à l'honneur des citoyens »²³⁸⁶.

Enfin, il prévoit l'établissement d'États provinciaux, composées de deux dixièmes de députés du Clergé, trois dixièmes de députés de la Noblesse et la moitié de députés du Tiers²³⁸⁷ et délibérant en commun²³⁸⁸. Leur composition et mode de fonctionnement est finalement assez proche de celui des Assemblées provinciales²³⁸⁹.

Dans cette seconde déclaration, le Roi octroie des droits qui restent toujours sous sa main et des prérogatives sur lesquelles il a toujours le contrôle. La liberté individuelle et de la presse s'exerceraient dans les conditions qu'il détermine. Les assemblées locales élues fonctionneraient d'après la constitution qu'il leur donne et disposeraient des prérogatives qu'il veut bien leur conférer.

b. La reconnaissance d'un pacte de sujétion

505. D'une manière plus étrange, il se lie pour l'avenir, acceptant ici l'idée d'un pacte entre les trois Ordres et le Roi si chère aux privilégiés :

« Art. 34. Le Roi veut que toutes les dispositions d'ordre public et de bienfaisance envers ses peuples que Sa Majesté aura sanctionnées par son autorité, pendant la présente tenue des Etats Généraux, celles entre autres relatives à la liberté personnelle, à l'égalité des Contributions, à l'établissement des Etats provinciaux, ne puissent jamais être changés sans le consentement des trois ordres, pris séparément. Sa Majesté les place à l'avance, au rang des propriétés nationales qu'Elle veut mettre, comme toutes les autres propriétés, sous la garde la plus assurée. »²³⁹⁰

Le Roi admet ici le principe de la constitution conservatrice d'après laquelle les actes pris en commun par les Ordres et le Roi ne peuvent être, en vertu d'un parallélisme des formes, modifiés que par ces mêmes organes.

En apparence, le Roi reste souverain car il se lie volontairement en adoptant ces lois. Néanmoins, il reconnaît au-dessus de lui une autorité supérieure : sa volonté est soumise aux actes pris par lui et les trois Ordres réunis. L'idée même d'un pouvoir constituant auquel il ne ferait que participer sans être le seul auteur de la loi est ici admise. Il ne lui reste comme compétence souveraine, que les affaires sur lesquelles les lois fondamentales, adoptées en États-généraux, n'ont pas encore statué.

les Etats Généraux à chercher et à lui proposer les moyens les plus convenables de *concilier l'abolition des ordres connus sous le nom de Lettres de cachet, avec le maintien de la sûreté publique*, et avec les précautions nécessaires, soit pour ménager, dans certains cas, l'honneur des familles, soit pour réprimer avec célérité les commencements de sédition, soit pour garantir l'Etat des effets d'une intelligence criminelle, avec les puissances étrangères. » Nous soulignons, *Ibid.*, p. 280.

2386Art. 16. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 280.

2387Art. 17 à 23. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 281.

2388Art. 19. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 281.

2389Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 2.

2390Art. 34. Déclaration des volontés du Roi, *Ibid.*, p. 281.

506. Au moment où le Roi tente de réaffirmer son autorité et sa souveraineté, son discours trahit la profonde transformation qu'a connu la conception du pouvoir politique. Il semble admettre qu'il tient son autorité de la constitution, puisqu'il casse les actes qui y sont contraires. Il accepte également l'existence d'une autorité supérieure à la sienne qui lierait ses décisions futures. Il serait donc devenu le monarque imaginé par les théories des privilégiés : disposant d'un droit de veto, pour faire les lois avec des États-généraux séparés, et du pouvoir exécutif permettant d'exercer la violence légitime avec l'armée et la police. Ce projet politique allait échouer.

B. La défaite du Roi et des conservateurs

Le Roi dût faire face à la résistance de l'Assemblée nationale (1), qui est rejointe par la majorité du Clergé (2), et aux révoltes populaires. Affolé par les mouvements de la foule parisienne, il cède finalement aux revendications du Tiers (3).

1. La résistance de l'Assemblée nationale à la séance royale

507. Les députés du Tiers avaient pris pour parti de manifester leur mécontentement par le silence qu'il observèrent tout au long de la séance²³⁹¹. Les députés des Ordres privilégiés applaudissaient l'annulation des arrêtés du Tiers et le maintien de la séparation des Ordres²³⁹².

À la fin de son dernier discours, le Roi « ordonne [aux députés] de [se] séparer tout de suite, et de [se] rendre demain matin chacun dans les Chambres affectées à [leur] Ordre, pour y reprendre [leurs] séances »²³⁹³. Le Tiers ne lui obéit pas et avait, depuis la séance du jeu de paume prévu de rester dans la salle à l'issue de la séance royale²³⁹⁴.

Toujours s'inspirant des méthodes parlementaires²³⁹⁵, les députés du Tiers, accompagnés d'une trentaine de députés du Clergé²³⁹⁶, persistèrent dans leurs arrêtés²³⁹⁷, sur l'initiative de Camus²³⁹⁸. Il fut soutenu par Barnave qui reprit l'argument tiré de l'absence de nécessité du veto royal et le refus du pouvoir du Roi de dissoudre l'Assemblée :

« Votre marche dépend de votre situation, vos arrêtés dépendent de vous seuls ; vous avez déclaré ce que

2391 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 22 et 25 ; *Duquesnoy*, p. 118-119.

2392 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 25.

2393 *Ibid.*, p. 284.

2394 Cette résolution date du 20 juin, *Duquesnoy*, p. 112 et Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 22 et 83-84.

2395 « On avait vu plus d'une fois le Parlement tenir un lit de justice pour nul et non avenue. À son exemple, l'Assemblée nationale, sans désespérer, confirma les arrêtés du Tiers que Louis XVI avait cassés. » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 25.

2396 *Ibid.*, p. 25.

2397 « L'ASSEMBLEE NATIONALE déclare unanimement persister dans ses précédents Arrêtés. » Arrêté pour persister dans les précédents Arrêtés, et déclarer la personne des Députés inviolable. 23 Juin 1789, *Baudouin*, I, p. 18.

2398 *Le Hodey*, I, p. 205 ; *Duquesnoy*, p. 120 ; *Le Point du Jour*, I, p. 41.

vous êtes ; *vous n'avez pas besoin de sanction*, l'octroi de l'impôt dépend de vous seuls ; envoyés par la nation, organes de ses volontés pour faire une constitution, *vous êtes l'assemblée nationale pour demeurer assemblée nationale aussi longtemps que vous croirez nécessaire à l'intérêt de vos commettants*. [...] Il ne reste plus au pouvoir exécutif, que de vous séparez, mais il est de votre dignité de persister, et de persister dans le titre d'assemblée nationale »²³⁹⁹

La motion de Camus est également soutenue par Mirabeau, Pétion de Villeneuve et Sieyès. Les déclarations royales sont donc très mal reçues dans le Tiers, même par les plus modérés. Les patriotes y voient l'expression du despotisme qu'ils fustigent²⁴⁰⁰ et n'hésitent pas à faire le parallèle avec les lits de justice tant décriés par les parlements²⁴⁰¹.

D'une manière générale, le silence sur la responsabilité des ministres²⁴⁰², la négation du pouvoir législatif des États-généraux et l'imprécision des mesures envisagées pour la liberté individuelle et de la presse sont mal reçues²⁴⁰³. La démonstration d'autorité que représentait la séance royale déplut particulièrement à la noblesse libérale car elle déniait aux États-généraux tout pouvoir²⁴⁰⁴. L'expression de « volontés du Roi » est si mal reçue qu'entre le prononcé du discours et sa publication, il est corrigé pour remplacer « volontés » par « intentions »²⁴⁰⁵.

2399 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 42.

2400 « Il suffit de savoir que jamais le despotisme ne s'expliqua en termes plus audacieux, que jamais esclaves ne s'entendirent donner des ordres plus impérieux. Aussi un silence profond régnait dans la salle, le silence de l'indignation et du courroux » *Duquesnoy*, p. 119.

Voir aussi Treizième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 8 : « Ainsi le Roi, non content de prescrire des lois aux États-Généraux et même leur police, soit intérieure, soit extérieure, ne parle que par cette formule : je veux, je défends, j'ordonne ; de sorte qu'un Monarque ne s'est jamais plus formellement arrogé tous les pouvoirs sans limites et sans partage.... »

« Les états se croient libres, et on rédige des lois dans le secret du conseil, que le roi leur apporte lui-même, comme des ordres qu'ils doivent exécuter avec une obéissance passive. » *Le Hodey*, I, p. 199.

2401 « Les Ministres ont-ils cru qu'en parlant de l'Assemblée nationale, il était libre au Roi de se servir des expressions impératives dont on a si longtemps abusé dans les Lits de Justice ? Le Roi peut-il casser les délibérations de l'Assemblée nationale ? En admettant même le *veto* royal, ce droit ne se borne-il par à une simple opposition aux décrets de cette Assemblée ; opposition qui, dans aucun cas, ne pourrait être relative à son régime intérieur, et qui par sa dénomination même exclut le droit de casser ou d'annuler ? » Treizième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 3-4.

2402 *Le Hodey*, I, p. 203.

2403 Voir par exemple, Treizième lettre du comte de Mirabeau à ses commettants, *Le Courrier de Provence*, I, p. 5 : « Au reste, on ne trouve point dans cette déclaration la responsabilité des Ministres, solennellement réclamée par la Nation ; il n'y est même pas parlé d'une participation quelconque des États-Généraux au pouvoir législatif. Rien de positif sur la liberté de la presse ; nulle mention des éternelles prévarications de la poste aux lettres, de l'impôt désastreux des loteries ; mais, en revanche, l'intention formelle de conserver les lettres de cachet avec de vaines modifications. »

2404 « Ainsi, tandis que le Roi nous invitait encore, nous pressait encore de tout son amour, suivant l'expression qu'aucun de nous n'a oubliée, d'adopter un nouveau plan d'union, on prononçait en son nom, au milieu de l'Assemblée Nationale, des ordres, des défenses et des cassations. » *Opinion d'un député de Paris, dans la Chambre de la Noblesse, à la Séance du Mercredi 24 juin 1789*, BN Le29-38.

2405 « Le principal changement porte évidemment sur la substitution du mot intentions au mot volontés. Sur la grosse, le terme de volontés figure, mais comme si on avait hésité en l'écrivant, les lettres sont plus petites, à l'encre plus pâle que pour le reste du titre. [...] »

« Dans le troisième discours, même suppression. [...] Les autres variantes moins importantes, expriment la même tendance : restreindre les concessions en évitant d'effrayer le Tiers État. » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 208.

2. L'alliance de la majorité du Clergé et de la noblesse libérale avec le Tiers

508. Le lendemain, 24 juin, les députés du Tiers se réunissent dans la salle habituelle. La majorité du Clergé favorable au Tiers décide, après avoir délibéré séparément²⁴⁰⁶, de les rejoindre pour délibérer « de tout ce qui s'est passé dans la Séance Royale »²⁴⁰⁷. Cet acte est présenté par certains évêques comme un acte de défiance à l'égard du pouvoir royal²⁴⁰⁸. Les membres restés dans la chambre du Clergé décident de se constituer en Assemblée active²⁴⁰⁹. Le Roi était donc désavoué par la majorité du Clergé qui fit montre de son insubordination.

Le 25 juin, sept autres ecclésiastiques décident de se joindre au Tiers²⁴¹⁰. Ils sont rejoints par une minorité de la Noblesse, qui décide de quitter la chambre de son Ordre²⁴¹¹. Ils sont 47 députés²⁴¹², parmi lesquels figurent Le duc d'Orléans, Clermont-Tonnerre, la Rochefoucault, Lally-Tolendal, Duport, de Crillon, d'Eymar et Montesquiou. Le 26 juin, plusieurs autres ecclésiastiques et nobles rejoignent la salle commune²⁴¹³ et certains députés nobles font valoir que leurs mandats impératifs leur interdisent de procéder à la délibération en commun, tant qu'ils n'auraient pas reçu de nouveaux pouvoirs²⁴¹⁴. Toutefois, cette délibération par tête semblait inévitable, notamment en raison de la constitution en Assemblée nationale. Les députés des Ordres privilégiés qui décidaient individuellement ou collectivement de se réunir à ceux du Tiers ne pouvait l'ignorer²⁴¹⁵.

3. La pression de la foule

509. Les mouvements de foule jouèrent un rôle important au cours de cette période. Des attroupements se réunissent à Versailles pour la séance royale et s'agitent en ne voyant pas sortir les députés du Tiers. À l'issue de cette séance, la rumeur du renvoi de Necker, alimentée par son absence à la

2406« Ceux qui avaient voté dans cette Séance [du 19 juin] pour la vérification des Pouvoirs en commun, ont arrêté de se rendre sur le champ dans la salle de l'Assemblée Nationale, et de se réunir à MM. des Communes, qui y étaient assemblés ; ce qui a été effectué. » *PV Clergé*, p. 247.

2407 *PV AN*, p. 78. Ils sont au nombre de 151, d'après *Le Point du Jour*, p. 47.

2408 *Le Hodey*, p. 208.

2409 *PV Clergé*, p. 269. Ils étaient au nombre de 143, d'après *Le Hodey*, I, p. 210 et *Le Point du Jour*, I, p. 47.

2410 *PV AN*, I, p. 89 et 92.

2411 *PV AN*, p. 93. *Lettre de M. Necker, et discours prononcés dans la séance de l'Assemblée nationale. Du 25 juin 1789*, BN Le29-40.

2412 *PV AN*, p. 95.

2413 Un noble et sept ecclésiastiques. *PV AN*, p. 107 et 117. Au cours de cette séance, l'archevêque de Paris, poussé par la pression populaire, est au nombre des ecclésiastiques qui se rejoignent l'Assemblée nationale.

2414 Lally-Tolendal et Clermont-Tonnerre prononcent tous deux un discours en ce sens. *PV AN*, p. 111 et 115 ; *Discours prononcé à la séance de l'assemblée nationale. Du 26 juin 1789*, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Le29-41.

2415 Voir en ce sens, *Duquesnoy*, p. 137-138 : « Hier, aux acclamations universelles, le clergé et la noblesse qui n'étaient pas encore réunis ont apporté leurs pouvoirs pour les vérifier en commun. Il est vrai qu'il n'ont parlé encore que de cet objet et qu'il ne se sont pas expliqués sur l'opinion par tête ou par ordre, mais, d'une part, l'opinion de la majorité du clergé est suffisamment connue, celle des individus qui composent la noblesse n'est plus cachée, et tous sentent que la vérification des pouvoirs en commun n'est qu'un enfantillage, qui a servi de prétexte à nos querelles, dont l'unique objet a toujours été d'opiné par tête. »

séance royale, crée un important mouvement de foule le jour-même qui inquiète le Roi et la Reine²⁴¹⁶. Necker est finalement appelé par la Reine et maintenu dans ses fonctions. Il reçoit alors le vif soutien des députés du Tiers²⁴¹⁷ et de la foule parisienne.

Le 24, les ecclésiastiques appartenant à la minorité voient leur carrosse lapidé²⁴¹⁸ et des mouvements de foule tentent de les contraindre à signer l'arrêté de la majorité²⁴¹⁹. Le Roi interdit alors les attroupements et clameurs et ordonne l'arrestation des contrevenants²⁴²⁰. Il renforce également la présence militaire ce qui excite encore davantage les réclamations. Le 25, la crainte de représailles contre les députés minoritaires du Clergé semble s'accroître²⁴²¹. Certains députés nobles semblent également avoir été menacés²⁴²².

La cour est effrayée par ces manifestations de mécontentement populaires²⁴²³ et craint de ne pas être protégée par l'armée²⁴²⁴. Le 26, Necker conseille au Roi d'ordonner la réunion des Ordres²⁴²⁵. Il l'ordonne, le 27, contre l'avis des présidents des chambres des Ordres privilégiés²⁴²⁶. La minorité du Clergé accepte la réunion, tout en prenant un arrêté réservant ses droits²⁴²⁷. La délibération de la Noblesse est plus tumultueuse²⁴²⁸, mais elle finit par rejoindre les députés du Tiers,

2416 *Duquesnoy*, p. 121-122 ; Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 27 ; *Le Hodey*, I, p. 217-219 ; *Le Point du Jour*, I, p. 47-48.

2417 *Duquesnoy*, p. 122-123 ; Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 26.

2418 « Mgr. De Juigné, archevêque de Paris, déjà insulté le 23 au sortir de la séance royale, avait failli, cette fois, être lapidé par la foule et la force armée avait dû intervenir. » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 33.

2419 « M. l'archevêque [de Paris] était du nombre de la minorité. Le peuple l'avait attendu le matin à la salle, avait jeté des pierres sur son carrosse et sur d'autres ecclésiastiques.

« Le soir, le peuple s'est rassemblé à la Mission, demandant qu'il signât l'arrêté de la majorité. Il y a eu quelques carreaux cassés ; mais l'émeute n'a pas été considérable. » *Le Hodey*, I, p. 219.

2420 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 294.

2421 « Les ecclésiastiques restés dans la chambre du clergé n'osaient en sortir : deux mille personnes les attendaient à la porte pour les maltraiter. » *Duquesnoy*, p. 128.

2422 *Duquesnoy*, p. 132.

2423 « Il faut cependant savoir ce qui a opéré cette heureuse révolution et calmé si promptement les esprits, si fort aigris la veille. On avait persuadé au Roi que sa vie était en danger, mais que le tiers état non seulement en voulait à sa couronne mais qu'il soulevait le peuple pour se porter aux dernières extrémités. Ces inculpations calomnieuses étaient sans doute d'horribles exagérations, mais il est certain que l'autorité royale n'était pas à l'abri de toute attaque et qu'il était possible que les communes seules, abandonnées à elles-mêmes, fissent des entreprises auxquelles il serait absurde de croire qu'elle songeassent jamais aujourd'hui. » *Duquesnoy*, p. 139.

Voir également en ce sens Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, I, 2, p. 33.

2424 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 33-34.

2425 « Necker dans une lettre représentait à Louis XVI qu'un "seul mot" de lui suffirait à réunir les trois Ordres dans la "salle des États". » Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 32.

2426 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 35. Voir également la lettre que le Cardinal de La Rochefoucauld adresse au Roi, p. 321.

2427 Cet arrêté, rendu au visa des articles des Déclarations royales favorables à la séparation des Ordres et garantissant les droits du Clergé, rappelle les « Lois constitutives de la monarchie » qui donnent droit au Clergé « de s'assembler et de voter séparément » et défend les « principes conservateurs de la monarchie », *Récit de ce qui s'est passé dans l'ordre du clergé*, BN Le27-4. Une réclamation en faveur de cet arrêté est présentée le 2 juillet par La Rochefoucauld, voir *Le Point du Jour*, I, p. 90-92.

2428 Georges LEFEBVRE, *Recueil de documents*, éd. cit., I, 2, p. 35-36.

non sans protester contre une telle réunion. Des manifestations populaires célèbrent la réunion des Ordres et Necker est présumé en être l'auteur²⁴²⁹.

En quelques jours, en raison de mouvements insurrectionnels, le Roi se désavouait et revenait entièrement sur ses Déclarations.

510. En deux mois, les députés du Tiers, et sa minorité patriote la plus radicale, avaient obtenu la réunion des Ordres et le vote par tête. La constitution antique et conservatrice, théorisée par les privilégiés, consacrée par les arrêtés de l'Ordre de la Noblesse et par la minorité du Clergé, et même codifiée par le Roi dans ses Déclarations du 23 juin, était définitivement abandonnée. La victoire du Tiers impliquait également la victoire de l'idée que la constitution était à établir et non à maintenir. Cette constitution, et le concept qui la sous-tendait, ne bénéficiait pas encore, contrairement à la constitution conservatrice, d'une expression officielle. Il restait au Tiers à arrêter ce qu'est une constitution, tel fut l'objet des débats qui l'animèrent du 27 juin au 26 août.

²⁴²⁹*Le Point du Jour*, I, p. 67 ; *Duquesnoy*, p. 138-139.

Conclusion du Chapitre 3

511. Les partis conservateurs et patriotes avaient contribué à livrer leur définition de la constitution d'abord pour déterminer le mode de convocation des États-généraux, puis son mode de délibération et ses pouvoirs.

À la suite de l'annonce de la convocation des États-généraux, l'alliance qui régnait au sein du constitutionnalisme libéral entre les privilégiés et les patriotes est dissoute. Les privilégiés renoncent au syncrétisme philosophico-historique et tentent de fonder leurs revendications sur un pseudo-traditionalisme. En parallèle, les patriotes renoncent également à ce syncrétisme en se prévalant uniquement des principes tirés de la raison.

512. Pour les patriotes comme pour les conservateurs, la constitution a pour fonction de protéger des droits au moyen d'un ordre politique stable et juste. Néanmoins, pour les uns, la constitution doit protéger les droits acquis des Ordres, des provinces et autres corps politiques, alors que pour les autres elle doit garantir les droits naturels des individus-citoyens. Les conservateurs privilégient le respect des traditions et des particularismes. Les patriotes valorisent la conformité aux principes tirés de la raison et l'uniformité des règles politiques.

Ces deux partis conçoivent la nation comme une association d'entités libres et égales et considèrent que la nation a droit à une représentation et à participer à l'élaboration de la constitution. Cependant, les conservateurs considèrent que la nation est composée d'Ordres et que la société est faite d'un agencement de corps et des communautés²⁴³⁰. Ils exigent donc la distinction

2430S« L'expression "en dehors du groupe, point de salut" traduit le principe d'un ordre social et politique dont l'Ancien Régime recueillit le legs, sans pouvoir en évacuer toutes les séquelles. La liberté se vit alors dans le groupe comme une liberté collective ; l'égalité s'apprécie à travers les règles des corps ainsi formés et non à titre individuel ; les privilèges sont collectifs. En dehors du groupe et de l'assemblée restreinte, du corps, du réseau de fidélités, l'individu n'existe plus, puisque aucune autre organisation sociale ou politique ne lui reconnaît des droits subjectifs, ne lui assure des garanties. Seule l'Eglise, au spirituel, sut toujours maintenir le principe d'universalité. » Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècles*, tome 1, coll. « Thémis », P.U.F., 1989, p. 25.

« La société ancienne où l'individu n'a d'existence qu'à travers ses appartenances et ses solidarités organiques, la famille, la communauté, le corps, l'ordre, définis par des droits qui sont à la fois collectifs et particuliers, puisque ce

des Ordres dans la représentation de la nation. Les patriotes conçoivent la société-nation comme l'association volontaire d'individus libres et égaux²⁴³¹. Ils réclament l'union des Ordres et des provinces.

Pour ces deux partis, la constitution doit organiser une distinction et une séparation du pouvoir politique. Pour les conservateurs, cette distinction et cette séparation sont celles d'organes, les Ordres, qui sont également des sujets de droit constitutionnel. Il y a donc une confusion entre les sujets du droit constitutionnel et les détenteurs des compétences constitutionnelles. Ils défendent l'idée d'une balance du pouvoir par la séparation des Ordres. Pour les patriotes, il s'agit de fonctions étatiques : l'exécution et l'élaboration des lois. Il y a ici une dissociation entre les sujets de droit constitutionnel, les individus et les organes constitutionnels qui disposent du pouvoir politique. Néanmoins, les patriotes sont divisés sur l'étendue de la distinction et de la séparation des pouvoirs entre une balance des pouvoirs ou un monopole de la fonction législative par la nation²⁴³².

La notion de constitution est formellement la même pour les conservateurs et les patriotes : elle est un acte volontaire, émanant de la nation, en vue de garantir les droits des composantes de cette nation et réglementant l'exercice du pouvoir politique par une distinction et une séparation.

513. Ces différentes définitions de la constitution conduisent à deux réclamations opposées. Les conservateurs réclament le rétablissement d'une constitution antique qu'ils viennent de théoriser. Les patriotes constatent l'inexistence d'une constitution correspondant à leur définition : les règles de répartition des fonctions étatiques ne sont pas déterminées, les droits de l'homme ne sont pas garantis et la nation n'a pas valablement consenti à la constitution. Ils réclament en conséquence l'établissement d'une constitution par la société-nation, fondée sur les droits de l'homme, organisant la répartition des fonctions étatiques de manière uniforme, précise et stable.

Le divorce des libéraux est consommé à la veille de la réunion des États-généraux. Le libéralisme patriote auquel est associé l'idée d'une égalité entre individus et la suppression des distinctions, va affronter un libéralisme conservateur qui reste attaché aux corps intermédiaires et

sont des privilèges de groupe partagés par chacun de ses membres. L'univers social est ainsi constitué d'une pyramide de corps qui ont reçu de l'histoire et du roi de France leur place et leur titres. » François FURET, « La monarchie et le règlement électoral de 1789 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 376.

2431« Tout commence vers 1750, quand la démocratie, comme un fait d'ordre social et politique (qui implique à la fois la désagrégation individualiste de l'ancienne société, nouvelle légitimité égalitaire, et investissement du pouvoir par cette nouvelle légitimité) prend sa figure originelle dans les sociétés de pensée. C'est à cette époque que se noue en France le conflit entre deux types de sociétés politiques : la société traditionnelle, fractionnée en groupes d'intérêts, fondée sur l'inégalité (à la fois comme réalité sociale et comme représentation collective), et la société nouvelle, idéalement égalitaire, de ce que Cochin appelle l'"opinion sociale", fondée sur le consensus imaginaire des sociétés de pensée, laboratoires des nouvelles valeurs. » François FURET, *Penser la Révolution*, éd. cit., p. 280.

2432Sur ces deux conceptions de la séparation des pouvoirs voir Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

aux Ordres séparés. La constitution conservatrice a une ambition libérale et vise à réclamer des droits contre le Roi et le Tiers. Les conservateurs, comme les patriotes, souhaitent opérer une révolution au moyen de la notion de constitution, mais ils ne souhaitent plus opérer la même révolution. Il n'y a donc pas d'évolution d'une conception traditionnelle à une conception révolutionnaire de la constitution, mais deux conceptions révolutionnaires qui entrent en concurrence à la veille de la réunion des États-généraux.

514. L'affrontement des partis patriote, conservateur et royaliste allait se réaliser dans les États-généraux, où les patriotes emportent la victoire et obtiennent la consécration juridique de leur conception de la constitution.

La Noblesse réclame la constitution conservatrice appuyée sur la distinction, l'indépendance et la séparation des Ordres, la constitution protégeant les droits des Ordres, et notamment le droit de *veto*. La majorité de ses membres reconnaît également le principe d'un pouvoir constituant. D'après eux, la constitution était obligatoire, mais elle pouvait être amendée en respectant un parallélisme des formes, c'est-à-dire en recueillant le consentement du Roi et des États séparément. Ils ne se prévalent donc pas d'une constitution, issue de traditions, qui serait immuable, mais au contraire d'une conception moderne de la constitution, conçue comme une norme pouvant être changée en respectant une procédure déterminée.

Le Tiers utilise la procédure de vérification des pouvoirs comme prétexte pour opérer sa révolution. Il défend face à la Noblesse l'idée que la France est dépourvue de constitution et qu'elle doit faire fi des traditions pour la fonder exclusivement sur la raison et le droit naturel. La position du Clergé est plus ambivalente, car ce dernier est divisé entre le Haut-clergé, favorable à la Noblesse, et le Bas-clergé, proche du Tiers.

Le Tiers se radicalise progressivement et finit par se constituer en Assemblée nationale, reconnaissant par là sa capacité à représenter la nation à lui seul. Il se fixe également l'objectif d'établir la constitution, consacrant juridiquement son inexistence.

En réaction, l'autorité royale tente d'opérer sa propre révolution, mais le Roi le fait dans des formes autoritaires et unilatérales qui déplaisent à tous. Le principe monarchique est définitivement remis en cause : le Roi lui-même reconnaît la souveraineté de la constitution et la procédure de révision de la constitution présentée par les conservateurs. Les concessions qu'il fait en reconnaissant les droits des Ordres et en offrant sa version d'une déclaration des droits sont des mesures qui ne peuvent satisfaire pleinement aucun parti.

Le Roi et les conservateurs perdent définitivement la bataille contre les patriotes, le 27 août. L'idée que la constitution restait à établir prévaut. Le constitutionnalisme patriote l'a emporté. Il ne

lui restait plus aux patriotes qu'à s'accorder sur une définition de la constitution, pour déterminer la tâche qu'ils devaient accomplir.

Chapitre 4. La consécration juridique d'une conception patriote de la constitution

Les patriotes parviennent à imposer leur conception de la constitution. Il s'agit ensuite pour eux de définir ce que recouvre cette conception et de la codifier dans la Déclaration. Cette conception, consacrée dans la Déclaration, est radicale par rapport aux partis royaliste et conservateur, mais elle est consensuelle au sein des patriotes.

La constitution patriote est conçue comme une constitution fondée sur la raison et le droit naturel. Les patriotes reconnaissent donc, à la suite des philosophes jusnaturalistes et contractualistes, l'existence d'une double constitution : une constitution naturelle, déduite de la raison et s'imposant à toutes les sociétés, et une constitution positive, propre à chaque société, mais devant obéir à la constitution naturelle. Les patriotes consacrent juridiquement l'existence de cette double constitution, et la hiérarchie qu'elle implique entre droit naturel et droit positif, en adoptant la Déclaration et en la concevant comme un acte contraignant (Section 1).

Si les patriotes s'accordent sur la suprématie du droit naturel, ils ne s'accordent pas pleinement sur la définition des concepts de garantie des droits, de société, de séparation des pouvoirs et de constitution, qu'ils considèrent néanmoins comme étant interdépendants. Ces trois derniers concepts font l'objet d'importants débats en leur sein, avant l'adoption de l'article 16. Ce débat a un enjeu politique fort puisqu'il prédétermine les compétences et la tâche à accomplir par l'Assemblée (Section 2).

Les patriotes finissent par codifier une définition de la constitution dans la Déclaration, et notamment dans son article 16, qui correspond aux éléments faisant entre eux l'objet d'un consensus, tout en permettant la disqualification des prétentions des partis royaliste et conservateur (Section 3).

Section 1. La consécration juridique de la double constitution

L'adoption, par l'Assemblée, d'une déclaration des droits séparée de la constitution représente la consécration juridique de la théorie de la double constitution naturelle et positive développée au cours du XVIII^e siècle. La Déclaration présente la constitution naturelle valable en tout temps et en tout lieu, déterminée par la raison, alors que la constitution au frontispice de laquelle elle figure est la constitution positive, propre à la France et fixée par la volonté de la nation.

Les patriotes reconnaissent la soumission du constituant au droit naturel (§ 1). Ils consacrent juridiquement cette théorie en adoptant la Déclaration (§ 2) et en la considérant comme contraignante (§ 3).

§ 1. La soumission du constituant au droit naturel

La suprématie du droit naturel et la nécessité de fonder la constitution sur les droits de l'homme est reconnue par tous les patriotes (A). Ils sont en revanche divisés sur la forme que doit prendre cette reconnaissance des principes du droit naturel (B). L'Assemblée adopte finalement une déclaration des droits autonome, consacrant juridiquement la suprématie du droit naturel (C).

A. La reconnaissance par l'ensemble les patriotes de la nécessité de fonder la constitution sur les droits de l'homme

515. La suprématie du droit naturel sur le droit positif domine l'ensemble de l'idéologie patriote. Même les monarchiens ne remettent pas en cause la suprématie du droit naturel, ni la nécessité de fonder l'ordre juridique sur celui-ci.

Le rapport que Mounier présente, le 9 juillet, au nom du comité chargé du travail sur la constitution, expose d'ailleurs clairement ce principe :

« Le but de *toutes les Sociétés* étant le bonheur général, un Gouvernement qui s'éloigne de ce but, ou qui lui est contraire, est essentiellement vicieux. *Pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits des hommes, et qu'elle les protège évidemment* ; il faut donc, pour préparer une constitution, connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus, il faut rappeler les principes qui doivent former *la base de toute espèce de société*, et que chaque article de la constitution puisse être la conséquence d'un principe. Un grand nombre de publicistes modernes appellent l'exposé de ces principes une *Déclaration de droits*²⁴³³. »²⁴³⁴

La déclaration a pour fonction de poser les principes de toute société, afin qu'elle serve de guide et de limite au pouvoir constituant.

2433Souligné par l'auteur.

2434Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 273.

Cette idée est reprise par l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, dans le rapport qu'il fait, au nom du comité de constitution, le 27 juillet²⁴³⁵. La présentation que Clermont-Tonnerre fait des cahiers emprunte à cette même idée, le même jour. Puisqu'il les sépare en deux types « les cahiers qui désirent une Constitution nouvelle et ceux qui ne demandent que le rétablissement de ce qu'ils regardent comme la Constitution existante »²⁴³⁶. L'emploi de l'expression « regarder comme » indique qu'il ne partage pas cette vue. Lorsqu'il affirme que « la demande de cette déclaration des droits de l'homme, si constamment méconnus, est, pour ainsi dire, la seule différence qui existe entre ces deux types de cahiers »²⁴³⁷, il montre sa préférence en faveur de la Déclaration et la fait également apparaître comme une nécessité.

Le comité de constitution, à majorité monarchienne, présente ainsi comme chapitre premier de la constitution une déclaration des droits le 28 juillet 1789²⁴³⁸.

516. Ce consensus sur l'existence des droits de l'homme et la nécessité de les respecter sont soulignés par certains orateurs modérés.

Malouet lui-même, le 2 août 1789, reconnaît le droit naturel, mais il lie immédiatement les droits naturels aux droits civils et politiques, ainsi qu'aux devoirs²⁴³⁹. Si les constituants ne s'accordent pas tous sur la formulation et la consécration des droits de l'homme, la reconnaissance de leur existence et de leur suprématie semble néanmoins inévitable au début du mois d'août 1789. Sinety, favorable à une déclaration des droits et des devoirs, affirme avoir été « convaincu, par la vérité des principes qui ont été si savamment développés dans trois Séances de l'Assemblée Nationale, de la nécessité de poser pour base du grand édifice de la Constitution de l'État, la déclaration des droits naturels de l'Homme »²⁴⁴⁰ et déclare « que ceux qui entrevoient des dangers dans la publication de cette déclaration, reconnaissent tous, que les Représentants de la Nation, appelés au grand ouvrage de la régénération de l'État, doivent pour faire une bonne Constitution, se

2435« Nous avons jugé d'après vous, que la Constitution devait être précédée d'une déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen [...] vous avez voulu que ces principes ineffaçables fussent sans cesse présents à nos yeux et à notre pensée » Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, PV n° 33, annexe, *PV AN*, II, p. 4-5.

2436Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet, lu à l'Assemblée nationale, le 27 juillet, par M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, PV n° 33, annexe, *PV AN*, II, p. 3.

2437*Ibid.*

2438Projet des premiers articles de la Constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789, par M. Mounier, membre du Comité chargé du plan de Constitution, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, 1789, *PV AN* n° 33, annexe, *PV AN*, II, p. 1-6.

2439« Les droits de l'homme et du Citoyen doivent être sans cesse présents à tous les yeux. Ils sont tout à la fois *la lumière et la fin du Législateur* : car les lois ne sont que le résultat et l'expression des droits et des devoirs naturels, civils et politiques. » MALOUEY, *Opinion de Malouet sur la Déclaration des Droits de l'Homme*, 2 août, BN Le29-93, p. 4.

2440SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, Versailles, 4 août 1789, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-97, p. 1.

pénétrer profondément des droits de l'Homme »²⁴⁴¹.

L'identification et la consécration des droits de l'homme sont donc présentées comme un préalable nécessaire à l'établissement de la nouvelle constitution. Néanmoins, la nécessité d'une publication de ces principes antérieurement et extérieurement à la constitution est un point qui divisent les patriotes²⁴⁴².

B. Les résistances des modérés face à la déclaration des droits

Les modérés rejettent l'idée d'une déclaration définitive et séparée (1), alors que les patriotes radicaux sont favorables à cette publication séparée en vue d'assurer la suprématie de la déclaration sur la constitution (2).

1. Le refus d'une déclaration définitive et séparée

Le refus des modérés d'une déclaration définitive et séparée s'explique par plusieurs raisons. D'abord, ils redoutent qu'elle n'attise l'insurrection, si elle est publiée. Ensuite, ils ne veulent pas que les constituants se lient par l'adoption d'une déclaration définitive. Enfin, ils craignent qu'une déclaration séparée ne protège pas suffisamment la prérogative royale.

517. Les patriotes modérés redoutent la publication d'une déclaration séparée, spécialement suite aux événements insurrectionnels ayant lieu à Paris et en province à compter de la mi-juillet. Ils préconisent alors de faire une déclaration provisoire qui ne sera définitive et publiée qu'après la rédaction de la constitution.

Les députés plus conservateurs proposent soit de rejeter, par principe, toute déclaration, soit de repousser sa rédaction après l'adoption de la constitution afin de s'assurer de sa conformité à cette dernière. Toujours en vue de restreindre les risques de soulèvements populaires, certains préconisent la publication d'une déclaration des droits et devoirs²⁴⁴³. Deux séries d'arguments sont alors mises en avant : d'une part la volonté de s'assurer de l'adéquation de la déclaration et de la constitution et, d'autre part, le souhait de maintenir entière la prérogative royale.

²⁴⁴¹*Ibid.*

²⁴⁴²« En effet, soit que vous offriez sur le champ à la nation cette énonciation de vérités incontestables, soit que vous pensiez que ce premier chapitre de votre grand ouvrage ne doive pas en être isolé, il est constant que vos idées doivent d'abord se fixer sur une déclaration qui renferme les premiers principes de toute constitution, de toute législation ; et quelques simples, quelques communs même que soient ces principes, il sera souvent inutile d'y rapporter les discussions de l'assemblée » *Le Hodey*, I, p. 487.

²⁴⁴³Par exemple : « On ne peut peut-être pas se dissimuler le danger de présenter cette déclaration isolée, quelque place qu'elle occupe dans la Constitution ; et si plusieurs personnes ont paru rejeter cette déclaration, c'est qu'elles ont senti que, dans cette hypothèse, le mieux pouvait opérer le mal. » SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit., p. 1.

518. Les patriotes modérés acceptaient la suprématie du droit naturel, mais n'étaient pas prêts à soumettre leurs actions à un jugement fondé sur une déclaration des droits. Ils pensaient échapper à cette sanction en énonçant une déclaration des droits provisoire, qui serait révisée pour correspondre à la constitution, évitant par là le risque de non-conformité entre ces deux normes.

Ce problème est évoqué, dès le 9 juillet, par Mounier :

« Le comité a cru qu'il serait convenable, pour rappeler *le but de notre constitution*, de la faire précéder par une déclaration des droits des hommes ; mais de la placer, *en forme de préambule*, au-dessus des articles constitutionnels, et *non de la faire paraître séparément*. »²⁴⁴⁴

Mounier exprime ici toute l'ambivalence des monarchiens qui reconnaissent la suprématie du droit naturel, mais ne veulent pas d'une déclaration des droits juridique et contraignante. Le refus d'une publication séparée réside dans la volonté de contrôler l'interprétation possible des principes tirés du droit naturel : « des idées arbitraires et philosophiques, si elles n'étaient accompagnées des conséquences, permettraient d'en supposer d'autres que celles qui seront admises par l'Assemblée »²⁴⁴⁵. L'idée défendue par Mounier est d'adapter la déclaration à la constitution et non l'inverse²⁴⁴⁶.

Son projet apparaît alors paradoxal. D'une part, la déclaration doit fixer l'idéal et l'horizon des travaux des constituants, elle doit donc être adoptée en premier. D'autre part, elle ne doit pas être arrêtée définitivement, car il faut pouvoir la remodeler en fonction des choix opérés par les constituants²⁴⁴⁷. La déclaration serait alors à la fois contraignante pour le constituant et modifiable par lui.

519. La nécessité de lier la déclaration à la constitution est également justifiée par la volonté de préserver la prérogative royale. Le 11 juillet, à la suite de la proposition de déclaration des droits de Lafayette, Lally-Tolendal prend la parole pour présenter le danger d'une déclaration séparée. Il tente ainsi de lier la déclaration et la constitution afin de se dégager de la hiérarchie qui serait induite par l'existence d'une déclaration séparée et préalable :

« Remontons sans doute au *droit naturel*, puisqu'il est le premier de tous ; mais parcourons rapidement la chaîne des intermédiaires : et hâtons nous de *redescendre au droit positif qui nous attache au gouvernement monarchique* ; que la déclaration de nos droits soit la *déclaration des droits de tous* ; que l'homme et le citoyen, le sujet et le monarque y trouvent chacun ce qui doit lui appartenir, et que ce soit,

2444 Nous soulignons. *PV AN*, I, p. 273.

2445 *PV AN*, I, p. 274.

2446 « En n'arrêtant pas définitivement la déclaration des droits jusqu'au moment où l'on aura achevé l'examen de tous les articles de la constitution, on aurait l'avantage de combiner plus exactement tout ce qui doit entrer dans l'exposé des principes, et être accepté comme conséquence. » *PV AN*, I, p. 274.

2447 « C'est donc de la déclaration des droits, considérée comme préambule de la constitution, que l'Assemblée doit d'abord s'occuper, sans l'arrêter définitivement. » *PV AN*, I, p. 274.

pour ainsi dire, *un pacte social, un contrat universel*, qui en distribuant la justice à toutes les parties, force toutes les parties d'être justes, et qui, en leur procurant le bonheur, les ramène à l'union. »²⁴⁴⁸

La hiérarchie entre le droit naturel, premier, et le droit positif auquel il faut « redescendre » est bien reconnue par Lally-Tolendal. Il souhaite néanmoins faire admettre, sur un pied d'égalité, et dans un même texte, les principes du droit naturel et ceux du gouvernement monarchique. Il veut mêler la déclaration des droits de l'homme à celle du citoyen, du sujet et du monarque. La référence au « pacte » ou au « contrat » est elle aussi ambivalente puisque son projet conduit à confondre dans un même acte le contrat social et le pacte de sujétion.

520. L'idée d'une déclaration plurielle ou d'une pluralité de déclarations, ayant une valeur équivalente, se trouve également chez Mounier. Dans le rapport qu'il présente le 9 juillet, il propose une cascade de déclaration des droits : d'abord une déclaration des droits de l'homme, après avoir consacré les principes de la monarchie, une déclaration des droits de la nation, ou du peuple français, puis une déclaration des droits du Roi, enfin une déclaration des droits des citoyens sous le gouvernement français²⁴⁴⁹. L'article 2 de l'ordre de travail proposé par le comité prévoit : « la déclaration des principes [du] gouvernement [monarchique] doit donc suivre immédiatement la déclaration des droits de l'homme. »²⁴⁵⁰

Cette série de déclarations arrêtées et publiées simultanément auraient la même valeur et l'une ne pourrait être évaluée au regard de l'autre. Cela vise à placer sur un pied d'égalité les droits des individus-citoyens et ceux de la couronne. Cette proposition s'inscrit donc dans la lignée d'une reconnaissance d'une co-souveraineté nationale et royale.

Lally-Tolendal estime en conséquence qu'il faut « joindre à cette déclaration des droits les principes de la constitution »²⁴⁵¹. Il compare alors la situation des États-Unis à celle de la France et invoque la nécessité d'éviter que la constitution soit conditionnée par la déclaration afin de conserver les droits de la couronne et le principe monarchique²⁴⁵².

2448 Nous soulignons, *Le Point du Jour*, I, p. 170.

2449 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 273-275 et 277-278.

2450 *PV AN*, I, p. 276.

2451 *Le Hodey*, I, p. 485.

2452 « M. de Lally a insisté sur la différence énorme d'un peuple naissant qui fait choix d'un gouvernement, ou qui veut en changer la forme, à un peuple antique qui se rassemble pour perpétuer la monarchie subsistante depuis quatorze cents ans, et soumise depuis huit siècles à cette même dynastie qui occupe le trône, et qui captive aujourd'hui plus que jamais l'amour de la nation française. » Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 173.

« Il ne voulait point que la déclaration des droits du peuple fût isolée de celle des droits de la Royauté, mais il voulait que sans détacher aucune partie, on publiât dans le même acte le *contrat universel*, d'où résulte l'ensemble de la Constitution. » *Lettre XIX du Comte de Mirabeau à ses commettants du 9 juillet jusqu'au 24 du même mois*, p. 11.

2. La volonté des patriotes radicaux de consacrer la suprématie de la constitution sur la déclaration

521. Cette idée pragmatique d'une déclaration jointe à la constitution, est rejetée par une partie des patriotes pour les mêmes raisons qui conduisent les modérés à la souhaiter. D'une part, la logique des modérés conduit implicitement à reconnaître que la prérogative royale préexiste au travail constituant de l'Assemblée²⁴⁵³. D'autre part, elle implique de renoncer à l'universalité des droits de l'homme.

Barrère, l'auteur du *Point du Jour*, ne manque pas de relever ce paradoxe avec ironie, lorsqu'il commente le discours de Lally-Tolendal. Il estime que ce dernier s'est exprimé « comme si des maximes de *droit naturel et imprescriptible* pouvaient dépendre des circonstances et de l'état où se trouve un peuple au moment qu'il se donne une constitution »²⁴⁵⁴ et formule deux questions résumant la tension entre les monarchiens et les autres patriotes :

« Mais d'anciens préjugés à ménager doivent-ils faire oublier les droits imprescriptibles de l'homme ? La crainte de blesser des idées établies jusqu'à ce jour, doit-elle compromettre en aucun temps les *droits éternels des nations* ? Telles sont les questions qu'il faut juger avant d'accorder aux amendements proposés par M. de Tolendal le tribut d'éloges incontestablement dus à sa patriote éloquence. »²⁴⁵⁵

Pour Barrère, les prérogatives royales ne sont que d'anciens préjugés devant céder face aux éternels droits des nations. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit favorable à une déclaration abstraite et publique, mais son rejet est fondé sur le refus de consacrer juridiquement des « théories » et non sur le souhait de préserver le Roi²⁴⁵⁶. De même, Mirabeau, dans une *Lettre à ses commettants*, rejette l'idée de droits du Roi autant que celle du pacte de sujétion²⁴⁵⁷.

522. À l'occasion du débat sur la formation d'un comité de constitution, le 14 juillet, la question de l'indépendance de la déclaration vis-à-vis de la constitution est à nouveau abordée. Malouet estime qu'il faut « fondre la déclaration des droits avec la constitution de la monarchie »²⁴⁵⁸. Garat au contraire défend l'idée qu'il faut s'occuper « d'abord de la *déclaration des droits*, comme

2453 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A, 3.

2454 *Le Point du Jour*, I, p. 173.

2455 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 173-174.

2456 « Sans doute il est impropre de dire que l'on doit délibérer provisoirement sur la déclaration des droits naturels de l'homme et de l'homme en société ; ces droits imprescriptibles ne connaissent rien de provisoire ; mais d'un autre côté, on ne peut se dissimuler qu'une telle déclaration, quelques solides que puissent être les maximes qu'elle renferme, peut paraître à quelques esprits sortir du genre des décrets d'une Assemblée nationale, qui est législative par essence, qui doit publier des lois et non des théories, et qui, quoique guidée sans cesse par ces principes, doit en éviter l'étalage et ne les présenter qu'à mesure qu'ils sont nécessaires, pour justifier les articles d'une constitution et des lois qui n'en sont que les conséquences. » *Le Point du Jour*, I, p. 174.

2457 « L'Assemblée renvoya la Motion de M. de la Fayette, et l'amendement de M. de Lally-Tolendal, à la discussion des Bureaux. Lorsqu'on en rendra compte, il sera temps d'examiner si les droits des Peuples doivent être mis sur la même ligne que les pouvoirs du Gouvernement, nommés si improprement des droits ; et si l'on peut avancer, sans violer les principes fondamentaux de toute société, qu'il existe un contrat entre le Peuple et les Chefs qu'il se donne. » *Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants*, n° XIX, du 9 juillet jusqu'au 24 du même mois, p. 12.

2458 *Le Point du Jour*, I, p. 196.

formant un objet indépendant, essentiel et préliminaire à la *constitution* »²⁴⁵⁹.

Les termes du débat sur la déclaration sont fixés dès la première moitié du mois de juillet. Ces arguments furent repris à l'occasion du débat sur la nécessité d'une déclaration et l'opportunité de la séparer de la Constitution.

C. L'échec des résistances modérés et conservatrices

Malgré la volonté des modérés de lier adoption de la déclaration et des principes de la monarchie française (1) et celle des conservateurs d'empêcher l'adoption d'une déclaration des droits (2), les députés décident finalement de l'autonomie de la déclaration par rapport aux autres textes à valeur constitutionnelle, qui seront alors placés dans un rapport de subordination par rapport à elle. Il semble néanmoins légitime de se demander si cette déclaration séparée n'est pas obtenue par la force, ou en tout cas par une manipulation de votes (3).

1. La volonté des modérés de lier l'adoption de la déclaration et celle des principes de la monarchie française

523. Lorsque le travail déclaratoire commence, plusieurs députés proposent ensemble une déclaration des droits abstraite et valable pour toutes les sociétés et un énoncé des principes du gouvernement français. Cette solution est retenue par le comité de constitution qui présente deux chapitres devant être adoptés conjointement²⁴⁶⁰.

Ce modèle est par exemple repris par Duport qui présente une "déclaration des droits" accompagné des "principes du gouvernement"²⁴⁶¹. Durand de Maillane estime également que se trouve « dans les droits de l'Homme en société, et dans les principes de la Monarchie Française, tout ce qu'il nous importe de connaître, pour fixer une bonne fois, et avec justice, tant le caractère que les limites des Pouvoirs dans notre Gouvernement »²⁴⁶². Jallet présente ensemble les droits de l'Homme, de la Nation, du Citoyen, les devoirs de l'Homme et la nature du Gouvernement

2459 *Le Point du Jour*, I, p. 196.

2460 Chapitre 1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et Chapitre 2. Principes du gouvernement français. *Projet des premiers articles de la constitution lu dans la séance du 28 juillet par M. Mounier, Membre du Comité, chargé du plan de Constitution*, BN Le29-81.

2461 Pour une publication jointe voir DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, par M. D..., Versailles, Baudouin, BN Lb39-7603. Pour une publication séparée : *Idem, Projet d'une déclaration des droits*, par M. Du Port, 1789, BN Lb39-7604 et *Idem, Maximes générales du gouvernement*, Par M. D***, Versailles, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Lb39-1292.

Voir aussi DURAND DE MAILLANE qui présente, d'une part, les droits de l'homme et du citoyen et, d'autre part, les principes de la monarchie française, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-89 ; GALLOT qui présente ses *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Versailles, Baudouin, Imprimer de l'Assemblée Nationale, BN Le29-106 ; THOURET, écrit son *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-90.

2462 DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 8.

Monarchique²⁴⁶³.

D'autres députés choisissent de lier une déclaration des droits abstraite à une déclaration plus concrète valable pour la France uniquement. Servan propose ainsi une « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en général » accompagnée d'une « Déclaration particulière des Droits des Citoyens Français »²⁴⁶⁴. Plusieurs députés défendent également la nécessité de consacrer ensemble les droits de l'homme et ceux du souverain²⁴⁶⁵. Un autre projet de constitution propose en ce sens d'énoncer les « droits du Citoyens Français et de la Nation » puis les « droits du Roi »²⁴⁶⁶.

Un certain nombre de patriotes modérés acceptent donc une déclaration des droits, mais souhaitent la lier aux principes de la monarchie française.

2. Les tentatives conservatrices d'empêcher l'adoption d'une déclaration des droits

Les conservateurs tentent d'empêcher l'adoption d'une déclaration des droits ou de limiter sa portée. Ils emploient à cet égard plusieurs stratégies. Certains présentent des déclarations des droits purement françaises. D'autres défendent la nécessité de s'en tenir aux principes de la monarchie ou suggèrent de repousser l'adoption de la déclaration après la constitution. Enfin, lorsque l'adoption d'une déclaration des droits semble inévitable, ils décident de faire adopter à sa place une déclaration des droits et des devoirs.

524. Le de Custine propose une *Déclaration des droits du citoyen français*²⁴⁶⁷. Dans son projet de constitution, Malouet prévoit un premier titre intitulé « Des Droits et des Principes constitutifs », qui est relatif aux droits de nation française, au culte public et au gouvernement monarchique²⁴⁶⁸. Avaray présente une déclaration des droits d'un Citoyen français accompagnée des Principaux devoirs d'un Français²⁴⁶⁹. Bouche propose simplement une *Chartre [sic] contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, sans aucune déclaration des droits. La plupart des

2463JALLET, *Idées élémentaires sur la constitution, par M. Jallet, Député du Poitou*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-2250.

2464SERVAN, *Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par M. de Servan, Avocat au Parlement de Grenoble*, 1789, BN Lb39-7607 et BN Lb39-1816.

2465« Dans le grand nombre d'excellents articles produits dans les projets de déclaration, il en est plusieurs qui appartiennent directement et doivent servir de bases aux droits des peuples et du souverain ; ce sont ces articles dont il faut sur le champ faire des lois, puisque ce sont ces droits qu'il faut fixer. » Nous soulignons. Antoine de BAECQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'an 1 des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 108.

2466VYAU DE BAUDREUILLE, *Projet de constitution par M. V. de B. [Vyau de Baudreuil], Député de St. P. L. M. [Saint-Pierre-le-Moutier]*, BN Lb39-7801.

2467BN Le29-2115.

2468*Projet de constitution*, BN Le29-139. Voir aussi MALOUEU, *Opinion de Malouet sur la Déclaration des Droits de l'Homme*, éd. cit., p. 7.

2469AVARAY, *Projet de déclaration des droits d'un citoyen français*, 1789, BN Lb39-7606 ; *Idem, Projet de constitution des droits d'un citoyen français*, BN Le29-148. Sa « Déclaration des principaux devoirs des Français » est également reproduite dans *Le Hodey*, II, p. 364.

conservateurs rejettent purement et simplement l'idée d'une déclaration abstraite fondée sur le droit naturel.

À l'occasion du débat sur la nécessité d'une déclaration, ayant lieu du 1er au 4 août 1789, ils affirment leur volonté de s'en tenir aux principes de la constitution monarchique²⁴⁷⁰. Ils invoquent parfois des « principes »²⁴⁷¹ théoriques et abstraits. Cependant, ces principes ne sont pas ceux de toute société, mais ceux de toute monarchie : « Je vous proposerai donc de laisser de côté la déclaration des droits de l'homme. *Il ne s'agit pas des droits qu'il peut avoir en état de nature ; il s'agit de fixer les principes de la monarchie.* »²⁴⁷² De l'autre côté du spectre politique, Crénière, rousseauiste convaincu²⁴⁷³, rejette également l'idée d'une déclaration des droits car l'homme ne tiendrait ses droits que de l'association politique et non de la nature²⁴⁷⁴. Une étrange alliance peut alors se former entre des ecclésiastiques et des partisans d'une souveraineté absolue du peuple²⁴⁷⁵.

525. Certains conservateurs proposent de repousser l'adoption de la déclaration après celle de la constitution, ce qui revient à soumettre la déclaration à la constitution. Cette idée est clairement exprimée par Malouet :

« La Déclaration des droits l'homme doit *suivre une bonne constitution, et non la précéder.* [...] Lorsque nous aurons fait la Constitution, nous pourrons y *approprier avec plus de justesse la Déclaration des droits* ; et cette concordance rendra les Lois plus chères au Peuple. »²⁴⁷⁶

Un autre argument fréquemment avancé consiste à considérer que la déclaration des droits en ne fixant que des principes ne serait pas une loi et ne pourrait ainsi être énoncée par une assemblée. Seuls les droits et devoirs des citoyens pourraient être consacrés, une fois la constitution arrêtée²⁴⁷⁷.

2470« S'occuper constamment et sans aucune distraction de la constitution, telle qu'elle doit être dans un état de monarchie, sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration des droits de l'homme » *Le Hodey*, II, p. 302.

2471Sur les « principes » voir, Roger BARNY, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit naturel et histoire*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1993.

2472Nous soulignons. *Le Hodey*, II, p. 311.

2473Voir sur ce point, Roger BARNY, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit naturel et histoire*, éd. cit., p. 139.

2474CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple, lu dans la séance du 31 juillet 1789, et dont l'Assemblée nationale a demandé l'impression*, BN Le29-87. Il est soutenu par Biauzat le 3 août, *Le Hodey*, II, p. 335 et *Le Point du Jour*, II, p. 14.

Pour de plus amples développements sur Crénière, voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2.

2475« M. Criniere [Crénière] ayant engagé la question de savoir, s'il fallait une déclaration des droits avant de travailler à la constitution, un ecclésiastique a appuyé, non le projet de M. Criniere [Crénière], mais la conséquence que l'on en prouvait tirer, c'est-à-dire, qu'il ne faut pas de déclaration. » *Le Hodey*, II, p. 311.

2476*Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants n° XXII Du 1er au 3 août 1789*, p. 22-23.

2477Le discours du duc de Lévis est topique à cet égard : « “Une déclaration des droits [...] doit être une suite des vérités simples tirées de sa nature. Elle doit, comme son nom l'indique, *déclarer et ne jamais ordonner.* Ce sont les lois qui fixent les droits qui prescrivent les devoirs ; ce sont elles qui établissent l'état du citoyen. Elles seules peuvent donc contribuer à son bonheur, et la déclaration des droits serait un chef d'œuvre ; que la société n'y trouverait pas son bonheur si la loi était mauvaise. Ces raisons suffisent peut-être pour prouver l'inutilité d'une déclaration des droits, capable même de devenir dangereuse parce que l'ignorance pourrait en abuser.” D'après ces

526. En dernier recours, certains conservateurs, dont beaucoup appartiennent au Clergé²⁴⁷⁸, tentent de faire adopter une déclaration des droits et des devoirs. Sinety présente un projet en ce sens²⁴⁷⁹ et plusieurs orateurs prennent position en faveur d'une telle déclaration²⁴⁸⁰. L'exposé des motifs du projet de Sinety présente bien cette stratégie de rattrapage du camp conservateur et des patriotes effrayés²⁴⁸¹. La déclaration semblant inévitable, ils tentent de restreindre sa portée. Au cours de ce processus, ils sont néanmoins contraints d'admettre la nécessité d'une déclaration abstraite des droits.

Ce progrès rapide des opinions, ou plutôt ce revirement, est d'ailleurs remarqué par les observateurs. Barrère relève ainsi dans son journal :

« Un des spectacles le plus intéressant pour un philosophe, c'est *observer les progrès rapides de la vérité et de la raison dans l'assemblée nationale*. Le premier jour des débats, il paraissait douteux si l'on adopterait même l'idée d'une déclaration des droits, séparée de la constitution, le second, les objections élevées contre toutes déclarations, (cet exemple donné à la liberté française par la liberté américaine), se sont évanouies ; enfin, le troisième jour, *on n'a plus discuté que pour savoir si la déclaration des devoirs serait réunie à la déclaration des droits.* »²⁴⁸²

En déplaçant le débat sur la déclaration des droits et des devoirs, les conservateurs avaient en réalité cédé du terrain sur l'existence même de la déclaration.

3. Une déclaration séparée obtenue par la force ?

527. L'ensemble de ces stratégies de rattrapage échouent finalement le 4 août. La déclaration des droits et devoirs est abandonnée par une assemblée partagée (570 voix contre 433²⁴⁸³).

raisons, M. de Lévis soumettait à l'assemblée son opinion, *tendant à ce que la déclaration des droits suive la constitution comme une espèce de traité succinct des droits et des devoirs d'un citoyen français.* » Nous soulignons, *Le Point du Jour*, p. 4.

2478Le député modéré du Clergé Jallet présente ainsi dans son projet après les droits de l'Homme, de la Nation et du Citoyen, les devoirs de l'Homme. JALLET, *Idées élémentaires sur la constitution, par M. Jallet, Député du Poitou*, Versailles, Badouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-2250.

2479SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

2480Sur le débat sur la déclaration des droits et devoirs, voir Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", 1988, p. 162-170 et Antoine de BAECQUE, « "Le choc des opinions" : Le débat des droits de l'homme, juillet-août 1789 » in *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 19-20.

2481« *Convaincu, par la vérité des principes qui ont été si sagement développés dans trois Séances de l'Assemblée Nationale, de la nécessité de poser pour base du grand édifice de la Constitution de l'État, la déclaration des droits naturels de l'Homme, je ne puis que rendre hommage aux différents projets de déclaration de ces droits, qui lui ont été communiqués. [...] au lieu de donner la déclaration isolée des droits naturels de l'Homme, à laquelle on reconnaît des dangers, ainsi présentée, j'ose prendre la liberté d'exposer cette déclaration par un tableau à double marge sur deux colonnes, l'une desquelles contiendra les articles clairs, précis et distincts des droits naturels de l'Homme, et l'autre les articles des devoirs du Citoyen.* » Nous soulignons. SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

2482*Le Point du Jour*, II, p. 20.

2483D'après *Le Point du Jour*, II, p. 22 ; 570 contre 430 d'après *Le Hodey*, II, p. 360 ; 570 voix contre, et 453 d'après *le Courrier de Versailles*, II, p. 139.

Ce vote fut peut-être emporté par une manipulation de voix. Beaucoup de députés des Ordres privilégiés, liés par des mandats impératifs, étaient encore en attente de nouveaux pouvoirs. L'Assemblée n'avait donc pas encore procédé à la vérification de leurs pouvoirs. La décision de n'appeler pour voter que ceux disposant de pouvoirs vérifiés conduisait à priver du droit de vote les députés conservateurs et à s'assurer la victoire des patriotes²⁴⁸⁴.

Une fois la déclaration des droits et devoirs rejetée, la déclaration des droits, séparée de la constitution est largement admise²⁴⁸⁵. Les conservateurs ont entraîné dans leur chute les patriotes modérés. Les monarchiens n'obtiennent pas que la déclaration des droits de l'homme soit liée à celle des droits du trône. L'égalité de droits entre le Roi et la nation semble ici abandonnée. La déclaration a donc pour objet de fixer les principes valables pour toute société, elle représente la consécration juridique de la constitution naturelle.

§ 2. La déclaration, consécration juridique de la constitution naturelle

Si les patriotes sont divisés s'agissant du nombre des déclarations et la valeur à leur conférer, ils ont toutefois exclu toute déclaration des droits des Ordres. Les seuls sujets de droit constitutionnel que reconnaissent les patriotes sont les individus-citoyens, et éventuellement le Roi. Ni les Ordres, ni les provinces ne disposent de droits constitutionnellement reconnus et garantis.

L'adoption d'une déclaration antérieure et séparée de la constitution consacre l'existence juridique de la constitution naturelle théorisée par les théoriciens jusnaturalistes et contractualistes. Elle vise à fixer des principes valables en tout temps et en tout lieux, pour toutes les sociétés et à établir la constitution des constitutions, en codifiant la constitution naturelle (C). Ce choix représente l'avènement de la société des individus et sa primauté sur l'ordre politique. La constitution, formée par la volonté de la raison, doit alors se conformer aux principes tirés de la raison. Ce règne de la société des individus est rendu possible par la déconstitution de l'ordre traditionnel (B). Le processus déclaratoire français, bien qu'inspiré des précédents anglais et américain a donc sa propre spécificité (A).

A. Les précédents anglais et américains et leurs limites

Si le concept de déclaration est une idée anglo-américaine (1), les déclarations anglaise,

2484« Après de longs débats, on parvient enfin à aller aux voix sur l'amendement ; la presque totalité du Clergé et quelques Membres de la Noblesse se lèvent *pour*, le reste de l'Assemblée qui formait la majorité décidée, se lève *contre*. Le Président n'ose cependant pas prononcer, et l'on va aux voix par appel.

« Les Communes témoignent le plus grand mécontentement ; elles demandent que ceux dont les pouvoirs ne sont pas vérifiés, n'aient point de voix. *Accordé.* » *Courrier de Versailles*, II, p. 139.

Voir également sur ce point Antoine de BAECQUE, « "Le choc des opinions" : Le débat des droit de l'homme, juillet-août 1789 » in *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 20.

2485« Il a été décidé par une grande majorité qu'on ferait une déclaration, et qu'elle serait séparée de la Constitution. » *Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants*, n° XXIII Du 3 au 5 août 1789, p. 8.

américaines et française poursuivent des buts différents (2). En outre, le contenu idéologique de la déclaration française est propre aux spécificités des revendications patriotes (3).

1. Le concept de déclaration des droits, une idée anglo-américaine

528. Les déclarations des droits anglaise et américaines servent, dans une certaine mesure, de modèle à la déclaration française. L'idée d'une déclaration des droits est d'ailleurs évoquée par des auteurs ayant des liens proches avec les États-Unis. Condorcet fait paraître sa déclaration des droits qu'il présente comme une traduction d'une déclaration de langue anglaise²⁴⁸⁶. Brissot propose sa déclaration dans un libelle au cours du processus électoral²⁴⁸⁷. La Fayette présente le premier projet de déclaration devant l'Assemblée²⁴⁸⁸.

En outre, la référence au précédent américain est omniprésente dans les discours sur la déclaration²⁴⁸⁹. Plusieurs auteurs vantent les mérites des déclarations américaines ou avouent s'en être inspirés pour écrire leur projet²⁴⁹⁰.

La seule critique directe des déclarations américaines semble provenir de Crénière et cette attaque a surpris et été assez mal reçue par l'Assemblée²⁴⁹¹.

2486« Tous ceux qui écrivent ou qui parlent sagement sur la position actuelle de la France, disent que les États-Généraux doivent commencer par une Déclaration des droits, et que les Provinces doivent l'exiger par leurs mandats. En effet il n'y a point d'autre moyen de nous délivrer à jamais de la servitude, et d'assurer à nos représentants la liberté de leurs suffrages, qui autrement pourrait être punie par le despotisme ministériel, ou par le despotisme parlementaire, comme cela est arrivé autrefois. C'est pour faciliter l'accomplissement de ce vœu respectable que nous imprimons la traduction d'un projet de Déclaration des droits, qui a été publié l'année dernière en Amérique et nous donnons une nouvelle édition de l'original, parce que nos recherches nous ont appris qu'il y en a très peu d'exemplaires en Europe. » CONDORCET, *Déclaration des droits*, éd. cit.

2487BRISOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit.

2488LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, 1789, BN Le29-53.

2489Discours de Montmorency, *Le Hodey*, II, p. 311 ; *Le Point du Jour*, II, p. 2 ; « cet exemple donné à la liberté française par la liberté américaine » *Le Point du Jour*, II, p. 20 ; « la France a eu pour exemple l'Amérique » *Le Hodey*, II, p. 587 ; « Une déclaration est d'ailleurs une idée nouvelle en législation, inspirée aux Américains par des circonstances orageuses et pressantes » *Le Point du Jour*, II, p. 168.

2490« Les déclarations de droits publiées en Amérique [...] forment par là un code moral et politique, non seulement propre à rappeler le Gouvernement au but de son institution, mais à indiquer et provoquer constamment le degré de perfection dont l'état peut être susceptible. » PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, par A.-F. Pison Du Galland, Versailles, Baudouin, BN Le29-1954.

« D'après cette considération, j'ai recueilli ce que j'ai trouvé de plus propre à entrer dans mon plan. J'ai fait principalement usage du recueil des Constitutions Américaines et des projets de MM. l'abbé Sieyès et Mounier, et de celui qui a été discuté dans le sixième Bureau. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits ; par M. Gouges-Cartou, député des six sénéchaussées du Quercy*, BN Le29-140.

2491« M. Crénière avance hardiment que la déclaration des droits faite par les Américains est un ouvrage le plus inepte qu'on pût présenter à des hommes. / Avec quelle irrévérence / Parle des dieux ce maraud ! [Molière, *Amphitryon*, Acte 1, scène 2] » *Duquesnoy*, p. 299.

« M. Crénière a ensuite caractérisé fortement cet acte des Américains, et il a annoncé qu'il prouverait un jour la qualification qu'il lui donne. Mais M. Démeunier a relevé cette expression, comme trop sévère contre la sagesse des Américains, à qui nous devons des lumières sur la liberté. » *Le Point du Jour*, II, p. 161-162.

« Il a enveloppé dans sa critique sévère, même la déclaration des droits des États-Unis de L'Amérique. M. de la Crénière a prouvé la vérité de ce vers judicieux de Destouches : / *La critique est aisée, et l'art est difficile.* » *Le Patriote français*, n° XXI, p. 1.

L'exemple américain, directement inspiré du précédent anglais de 1689, est donc incontournable. L'argument parfois avancé d'après lequel les constituants américains auraient fait un travail n'ayant pas vocation à être universel ne semble pas avoir pesé. Au contraire, les déclarations américaines, et en particulier la Déclaration d'indépendance, sont considérées par les conservateurs comme Malouet²⁴⁹² comme trop universalisantes.

2. Le but de la déclaration : changement de gouvernement ou de constitution ?

Les déclarations des droits, anglaise, américaines ou française restent néanmoins des textes de circonstances et la manière dont les circonstances sont représentées aux États-Unis et en Angleterre, d'une part, et en France, d'autre part, sont différentes.

529. Dans le cas anglais et américain, les Déclarations servent à entériner une rupture avec un Roi. Le *Bill of Rights* de 1689 et la *Déclaration d'indépendance* commencent toutes deux par un acte d'accusation contre le Roi avec lequel la rupture est opérée. Ces actes d'accusation peuvent d'ailleurs tous deux être rapprochés de l'acte d'accusation prononcé contre Charles I^{er} à l'occasion de la première Révolution anglaise. Ils exposent les méfaits d'un roi pour justifier sa destitution. Par la déclaration des droits, le Roi est d'abord déclaré tyran. Ensuite, sont énoncés en miroir les droits dont disposent le peuple. Dans le *Bill of Rights* anglais, chaque chef d'accusation correspond à un droit proclamé.

Dans le cas de l'Angleterre, cette rupture est limitée à un changement de la branche régnante, ce que Locke appelle un changement de personnes²⁴⁹³. Il n'y a pas de changement dans la forme de gouvernement.

En revanche, dans le cas américain, il y a non seulement une rupture avec le Roi, mais également une rupture avec la forme de gouvernement. Cette rupture est appuyée sur les principes tirés du droit naturel, énoncé avant les chefs d'accusation contre le Roi et justifiant la séparation avec la Grande-Bretagne. Du droit naturel est tiré le droit dont dispose tout peuple de renverser un gouvernement qui tenterait de le réduire sous le joug d'un despotisme absolu. De la situation politique est déduite l'accusation portée à l'encontre du Roi d'avoir tenté d'établir un tyrannie absolue sur les États.

2492« Je sais que les Américains n'ont pas pris cette précaution ; ils ont pris l'homme dans le sein de la Nation, et le présentent à l'Univers dans sa souveraineté primitive. Mais la société américaine nouvellement formée, est composée, en totalité, de propriétaires déjà accoutumés à l'égalité, étrangers au luxe ainsi qu'à l'indigence, connaissant à peine le joug des impôts, des préjugés qui nous dominent, n'ayant trouvé sur la terre qu'ils cultivent aucune trace de féodalité. » *Le Point du Jour*, II, p. 14-15.

2493*Second traité sur le Gouvernement Civil*, chap. 19 §220. Voir également *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

Les déclarations des États consacrent ensuite des droits, en miroir de ces accusations contre le pouvoir royal. Elles sont partiellement inspirées de la Déclaration anglaise de 1689 et complétées par les nouvelles revendications acquises avec la Déclaration d'indépendance.

530. La déclaration française ne peut avoir une structure rédactionnelle similaire. Les constituants n'entendent pas se débarrasser de leur Roi ni le mettre en accusation. Il n'est pas présenté comme un tyran ou un despote. Toute la rhétorique politique vise au contraire à éviter toute critique directe à l'encontre du Roi. La dialectique était souvent articulée, dans la lignée de celle imaginée par les parlements, autour de l'opposition du bon Roi et des mauvais conseils. Le terme de despotisme est employé par les patriotes pour dénoncer le despotisme des ministres, celui des parlements, celui de la noblesse, mais non celui du Roi. L'idée d'un pouvoir absolu ou despotique est elle aussi dénoncée, mais le Roi n'est jamais directement attaqué. La déclaration ne peut contenir de chef d'accusation contre le Roi. Les droits ne sont pas proclamés officiellement en réaction aux abus et usurpations du Roi.

En outre, contrairement à l'Angleterre, les patriotes n'entendent pas conserver leur constitution, puisqu'ils considèrent que la France en est dépourvue. La France est donc placée dans la situation inverse de celle de l'Angleterre de 1689, elle souhaite conserver son Roi, mais se débarrasser de sa constitution, ou plutôt se donner une constitution. Contrairement aux Américains, ils ne veulent pas changer entièrement le gouvernement. Ils recourent alors à une rhétorique habile d'après laquelle la France a un gouvernement, mais n'a pas de constitution²⁴⁹⁴.

Enfin, bien que les Américains changent de gouvernement, ils conservent, pour l'essentiel, les structures du pouvoir du Royaume-Uni en changeant simplement la source de ce pouvoir. Ils conservent la place reconnue au juge dans leurs institutions. Ils se prévalent de la *Common law* et des *statutes* et de la loi du pays (*law of the land*) et mettent l'accent sur la place centrale que jouent le juge et la juridiction dans la garantie des droits. Il y a donc une continuité plus forte entre les structures institutionnelles de l'Amérique qu'entre celles de la France.

Cela explique la différence entre les déclarations américaines et française concernant le détail apporté dans les remèdes (*remedies*) permettant la garantie des droits²⁴⁹⁵. Si la déclaration française ne contient pas de remèdes c'est parce que la France ne dispose d'aucune institution à laquelle les constituants voudraient confier ces remèdes. Les patriotes ne veulent pas d'un droit façonné par les parlements ; ils veulent encore moins s'en remettre à eux pour garantir leurs libertés. La structure institutionnelle française est à inventer complètement et les patriotes veulent

2494 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A, 3.

2495 Sur ce point, voir par exemple Stéphane RIALS, *La déclaration...*, p. 360 et s.

rompre avec les structures politiques traditionnelles. Pour cette raison, la déclaration ne peut être que très générale et abstraite car aucune institution ne doit survivre à la Révolution, à part le Roi et la représentation de la nation. Si la déclaration ne contient pas de garanties procédurales, ce n'est pas, parce que « les exigences des constituants leur interdisaient de placer certains développements procéduraux dans la Déclaration »²⁴⁹⁶. La raison réside plus probablement dans l'inexistence d'institution ou de procédures existantes. Seules les procédures pénales semblaient suffisamment développées théoriquement pour être formalisées sans difficultés dans les articles 7 à 9.

531. L'idée d'une déclaration des droits est bien inspirée des précédents anglais et américains. Néanmoins, la forme que prend la déclaration répond aux contraintes politiques des patriotes qui souhaitent établir une nouvelle constitution émancipée des institutions de l'Ancien Régime, mais conserver leur Roi.

3. Le contenu de la déclaration, une idéologie française

532. Les droits déclarés dans les déclarations anglaises et américaines le sont essentiellement en réaction avec la situation politique dans laquelle elles sont adoptées. La déclaration d'indépendance américaine et les déclarations des États tentent toutefois de présenter ces droits comme provenant de la nature et découverts par la raison. Cela est aussi vrai de la déclaration française qui dissimule sa volonté de redresser les torts de l'Ancien Régime derrière ses revendications sur la conservation des droits naturels.

Si les Français s'inspirent parfois des déclarations américaines pour rédiger leur projet, il reste qu'ils adaptent ces principes à la situation française et les complètent ou les omettent en fonction de préoccupations qui leurs sont propres. Les déclarations française et américaines sont donc similaires dans leur structure idéologique : elles visent à proclamer des droits en se revendiquant du droit naturel afin de légitimer leur revendications politiques. En revanche, elles diffèrent dans leur contenu car leurs situations et leurs revendications politiques diffèrent.

Les déclarations américaines ne contiennent pas toutes les mêmes principes et la déclaration française contient des principes qui ne figurent pas tels quels dans les déclarations américaines, et réciproquement. Même lorsqu'un principe semble être présent dans les déclarations américaines et française, il n'a en pas la même signification dans ces deux contextes politiques. L'idée d'une séparation ou distribution des pouvoirs, présente dans la déclaration française et dans les déclarations américaines, pourraient être mises en regard, tel que le fait Jellinek²⁴⁹⁷, et considérée

²⁴⁹⁶Contra. Stéphane RIALS, *La déclaration...*, p. 375.

²⁴⁹⁷George JELLINEK, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'Histoire du droit constitutionnel moderne*, 1902, p. 41.

comme similaire voire identique. En réalité, la version française de cette séparation des pouvoirs n'a que très peu de chose en commun avec son équivalent américain²⁴⁹⁸. Les concepts mobilisés contre des ennemis différents n'ont pas les mêmes fonctions ni même les mêmes contenus.

La déclaration peut être lue comme le miroir d'un acte d'accusation fantôme qu'il est possible de reconstituer d'après les principes qu'elle consacre. L'article 1^{er} dispose que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune », il s'oppose implicitement aux privilèges de naissances et aux distinctions d'Ordres. L'article 2 prévoit la conservation des droits naturels de l'homme et non celle des droits des Ordres et des corps. L'article 3 impose que les corps et les individus exercent une autorité qui émane de la nation, ce qui invalide les pouvoirs des ministres et des parlements. L'article 4 exige que les bornes des droits naturels soient déterminées par la loi, ce qui exclut l'existence des lettres de cachet et des arrêts de règlement. L'article 5 pose un principe similaire en prévoyant que « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». La participation de la nation à la législation imposée par l'article 6 réfute tant le système de la seule volonté qu'avaient dénoncé les parlements²⁴⁹⁹, que les droits des derniers à faire la loi avec le Roi. Ce même article en prévoyant l'égal admissibilité aux emplois publics rompt avec le système des Offices reposant sur des distinctions d'Ordres. Les articles 7 à 9 sont adoptés contre les lettres de cachet et les arrêts de règlement. L'article 10 s'oppose au contrôle de la presse qu'avaient opéré tant le Roi que les parlements. L'article 13 rejette les privilèges fiscaux. L'article 14 fait participer les citoyens à l'administration fiscale, ce qui va à l'encontre du pouvoir royal de lever l'impôt ou de celui des parlements de le consentir. L'article 15 prévoit l'encadrement des ministres et l'article 16 condamne l'Ancien Régime dans son entier. Seul l'article 17 semble être adopté pour préserver les propriétés contre la Révolution. L'acte d'accusation qui apparaît en creux vise donc toute la structure de l'Ancien Régime : d'abord, les parlements et leurs pouvoirs politiques ; ensuite, les Ordres et les corps, et les privilèges dont ils disposent ; enfin les pouvoirs du Roi en matière fiscale ou judiciaire et les compétences reconnus à ses ministres et leurs subordonnés.

Plus encore, les semaines qui précèdent l'adoption de la déclaration sont pour les constituants l'occasion de procéder à la déconstitution de l'ordre de traditionnel et de formuler par là leur acte d'accusation et leur déclaration d'indépendance.

2498 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3.

2499 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 2, C, 3.

B. La déconstitution de l'ordre traditionnel

533. Avant d'entamer l'élaboration de la constitution, les constituants procèdent par une série d'actes à la déconstitution²⁵⁰⁰ de l'ordre traditionnel. D'abord, l'ensemble des droits réclamés par les Ordres leur sont successivement refusés, puis l'abolition des privilèges détruit le régime féodal. Ces éléments sont des préalables nécessaires à l'établissement du nouveau régime ; cette déconstitution est la condition de la constitution.

Les patriotes veulent supprimer les privilèges individuels, qui tiennent à l'appartenance à un Ordre ou un corps, ou collectifs, dont disposent certains corps, provinces et villes. Ils veulent mettre fin à l'exercice de fonctions publiques par les classes privilégiés, qu'il s'agisse des Offices de judicatures, ou des droits de *veto* des Ordres.

L'Assemblée réalise l'union des Ordres et des provinces dans son fonctionnement (1). Elle refuse expressément les droits des Ordres et le pouvoir législatif du Roi (2). Elle procède ensuite à la suppression des droits des corps pour réaliser la société des individus (3).

1. La réalisation de l'union des Ordres et des provinces dans le fonctionnement de l'Assemblée

534. Après le refus de la séparation des Ordres, plusieurs actes successifs de l'Assemblée attestent de la volonté d'empêcher que la distinction des Ordres ou les particularismes locaux exercent une influence dans l'Assemblée.

D'abord, le 1^{er} juillet, la répartition de l'Assemblée en trente bureaux, au sein desquels peuvent être discutés les motions, est conçue en ce sens²⁵⁰¹. La composition des bureaux est faite pour qu'aucun de ces bureaux ne puisse se constituer en faction d'un Ordre ou d'une Province. Cet objectif est bien perçu par Barrère qui relève dans son journal :

« Cette composition des bureaux tend à *confondre heureusement toutes les provinces pour ne former qu'une même opinion et un même esprit national*. Elle servira à *étouffer les cris discordants des privilèges et des constitutions particulières des divers pays soumis à la domination française* ; elle fera disparaître enfin, par cette division des députés de la même province dans divers bureaux et par la réunion de tous les esprits aux grands principes, cette variété si funeste des usages locaux, des administrations isolées, qui feraient de ce vaste et beau royaume un mélange bizarre de lois gothiques, des tyrannies féodales, de vices constitutionnels, et d'antiques abus. [...] les vrais politiques apercevront aisément le germe des restaurations qui doivent substituer *une grande nation à des provinces divisées et étrangères l'une à l'autre, et remplacer la France féodale par la France libre et éclairée* »²⁵⁰²

2500 Sur la déconstitution et le pouvoir déconstituant. Voir Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », P.U.F., 1994, p. 224-227 et Ran HALÉVI, « La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire » in *Jus politicum*, n° 3.

2501 « L'Assemblée Nationale arrête que ces bureaux, seront formés sans délai au nombre de trente, composés de quarante Membres chacun, complets ou non complets ; qu'ils seront formés en suivant la liste imprimée des Bailliages par ordre alphabétique sans distinction entre les Députés » *Baudouin*, I, p. 20.

2502 *Le Point du Jour*, I, p. 89-90.

La composition des bureaux doit ainsi permettre à la fois l'uniformisation dont avaient rêvé les physiocrates, au détriment des droits locaux, et l'abolition de ce que les patriotes appellent alors la féodalité, c'est-à-dire l'ensemble des privilèges et distinctions sociales attachés à l'appartenance à l'Ordre de la noblesse²⁵⁰³.

2. Le refus exprès des droits des Ordres et du pouvoir législatif du Roi

535. À compter de la réunion des Ordres, toutes les revendications des Ordres privilégiés sont rejetées et ils sont par là dépossédés de l'ensemble des droits qu'ils considéraient comme constitutionnels.

Le 30 juin, plusieurs députés de la Noblesse ont remis à l'Assemblée nationale, « différentes Déclarations de ne pouvoir délibérer en commun, les trois Ordres réunis, avant qu'ils aient reçu de nouveaux pouvoirs de leurs Commettants. Quelques-unes de ces Déclarations contiennent des réserves et protestations »²⁵⁰⁴. L'Assemblée refuse de recevoir ces déclarations et décide « qu'elles demeureront entre les mains des Secrétaires, pour en être délibéré après le rapport du Comité de Vérification concernant les pouvoirs. »²⁵⁰⁵

536. Deux jours plus tard, le 2 juillet, le Clergé tente de faire valoir ses réserves en les présentant devant l'Assemblée. Cette séance est l'occasion de dépouiller définitivement les Ordres privilégiés d'un droit à la revendication et de confirmer la dépossession du roi de tout pouvoir législatif, à l'égard de l'Assemblée. Le cardinal de la Rochefoucault présente, au nom de la minorité du Clergé, la protestation qu'ils ont rédigée le 27 juin. Cette protestation, qui réserve les droits du Clergé, au nom de la déclaration royale du 23 juin, ne pouvait être bien reçue au sein de l'Assemblée. Sa lecture a, d'après Barrère, « causé dans l'assemblée un mouvement tumultueux d'improbation »²⁵⁰⁶. Cette protestation fut néanmoins défendue par d'autres membres de la minorité du Clergé. Boisgelin de Cucé, archevêque d'Aix, déclare :

« on ne pourrait disconvenir qu'il y a des *droits anciens, des usages constitutionnels, reconnus dans tous les temps* ; renoncerons-nous à des choses sanctionnées dans un siècle de lumières *par l'autorité qui nous a convoqués, par des lettres de convocation, par le fait même des assemblées d'élection* ? Ce ne sont pas là des lois factices. [...] Vous ne pouvez *refuser un acte qui conserve nos droits.* »²⁵⁰⁷

2503 Sur la notion de féodalité voir François FURET, « Féodalité » in François FURET, Mona OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988.

2504 *PV AN n° 10*, p. 4.

2505 *Ibid.*, p. 6.

2506 *Le Point du Jour*, I, p. 90.

2507 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 92.

« Et en effet, Messieurs, pourvu que nous nous livrions à ces grands objets, qu'importe nos protestations et nos réserves ? Mais pouvons nous exiger de notre conscience l'abandon des mandats qui nous ont été remis ? *Avons-nous bien approfondi les lois constitutives de la monarchie ? Avons-nous bien fait la différence des propriétés ? Avons-nous réfléchi sur la distinction des ordres ?* Croyez-vous que ce soit l'effet de la volonté impérieuse du législateur ; que

L'idée de droits constitutionnels, appartenant à l'Ordre du Clergé, et tirant leur valeur de la tradition et de la sanction royale est évidemment rejetée par les patriotes. Ils ne veulent reconnaître aux Ordres aucun droit qui contraindrait ou limiterait les pouvoirs de l'Assemblée.

Mounier estime à cet égard : « aucun membre de l'assemblée ne peut protester dans l'assemblée même ; elle doit déclarer qu'elle ne les admet pas ; une *assemblée qui reçoit une protestation, laisse croire qu'on peut affaiblir l'importance de ses décrets* »²⁵⁰⁸. Mirabeau affirme de même : « nul ne peut s'asseoir parmi nous s'il ne reconnaît *la souveraineté de cette assemblée* : on ne proteste pas, *on ne fait pas des réserves contre la nation* ; elle n'a pas de procès ; et quiconque veut protester contre l'assemblée, doit, pour en acquérir le droit, commencer par se retirer. »²⁵⁰⁹ Ces considérations ont apparemment été très bien reçues²⁵¹⁰. L'Assemblée refuse donc l'idée que le Clergé pourrait disposer de droits réservés par une déclaration royale.

Ce rejet s'appuie également sur le déni d'un pouvoir législatif exclusif au Roi. À cet égard, les députés semblent reprendre les arguments qu'avait mobilisés le Parlement de Paris, et en particulier, le duc d'Orléans, au cours de la séance royale du 19 novembre 1787²⁵¹¹. Pétion, rendant cette référence aux parlements explicite, déclare : « le roi ne peut pas *tenir un lit de justice au milieu de la nation* ; lorsqu'elle est assemblée pour proposer et faire des lois, *nulle puissance ne peut y porter des déclarations non discutées* »²⁵¹². Mirabeau reprend le même argument : « nulle puissance ne peut dire ici, *je veux*, pas même le pouvoir exécutif »²⁵¹³. La formulation est habile puisque, par métonymie, le Roi est réduit et cantonné à la fonction d'exécution de la loi et dépossédé de son droit de l'énoncer. Même le modéré Clermont-Tonnerre est contraint d'admettre « sans doute nous avons le pouvoir législatif, sans doute personne ne peut dire ici *je veux* »²⁵¹⁴.

L'Assemblée décide finalement d'adopter, à propos de cette protestation de la minorité du Clergé, le même parti que celui qu'elle avait adopté à propos des protestations des députés de la Noblesse, c'est-à-dire de repousser la délibération après la vérification des pouvoirs²⁵¹⁵. Pour dénier toute publicité aux réserves du Clergé, l'Assemblée a décidé de ne pas les faire figurer au procès-verbal²⁵¹⁶.

ce soit là une loi factice ? Non, Messieurs, *ces distinctions sont dans la nature de notre constitution, et elles ont existé de tous temps.* » Nous soulignons. *Le Hodey*, I, p. 307.

2508 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 94.

2509 Nous soulignons. *Le Hodey*, I, p. 306.

2510 « Toute l'assemblée applaudissait encore à la chaleur et à la vérité de ces réflexions, lorsque M. l'archevêque d'Aix s'est levé et a pris la parole. » *Le Hodey*, I, p. 306.

2511 Voir *supra*, Chapitre 2 Section 2, § 1, C.

2512 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, I, p. 92. Voir aussi, *Le Hodey*, I, p. 309.

2513 *Le Point du Jour*, I, p. 93. Voir aussi, *Le Hodey*, I, p. 311.

2514 *Le Point du Jour*, I, p. 93. Voir aussi, *Le Hodey*, I, p. 312.

2515 « M. le président a demandé si l'intention de l'assemblée était de s'en rapporter à la délibération du 30 juin, par laquelle elle a décidé de ne juger les protestations qu'après la vérification des pouvoirs.

« *Oui, Oui* » *Le Hodey*, I, p. 314.

2516 « M. le président a demandé encore si l'intention de l'assemblée était de faire mention des réserves sur le procès-

Au cours de ce débat, l'Assemblée refuse donc tout droit constitutionnel opposable du Clergé, mais elle affirme également l'invalidité totale de la déclaration du 23 juin. Cette idée semble bien exprimée par Le Hodey qui la déclare « défunte »²⁵¹⁷.

537. Par des motifs similaires, l'Assemblée refuse, quelques jours plus tard de reconnaître les mandats impératifs :

« L'Assemblée nationale *regardant ses principes comme fixés à cet égard*, et considérant que *son activité ne peut pas être suspendue, ni la force de ses Décrets affaiblie par des protestations ou par l'absence de quelques Représentants des Bailliages*, a décrété qu'il n'y avait lieu de délibérer »²⁵¹⁸

L'Assemblée réaffirme ici l'impossibilité, pour des corps intermédiaires, de ralentir ou entraver son activité²⁵¹⁹ ; ces principes font échos au refus d'un droit de *veto* des Ordres²⁵²⁰. L'idée souvent avancée est que la souveraineté, résidant dans la nation, est indivisible et ne peut par conséquent pas être limitée par des volontés locales²⁵²¹.

Enfin, les conservateurs tentent de préserver une forme de droit de *veto* des Ordres privilégiés en exigeant une majorité qualifiée pour faire passer toute motion sur la législation. Cette disposition est rejetée et le règlement finalement arrêté le 29 juillet prévoit simplement la majorité absolue des voix pour adopter une motion relative à la législation ou la constitution²⁵²². Duquesnoy écrit à propos de ce vote : « voilà donc une fois solennellement décidé que la distinction des ordres n'existe plus dans l'Assemblée. »²⁵²³

3. La suppression des droits des corps pour réaliser la société des individus

538. Le rejet des droits des Ordres s'accompagne rapidement du rejet des droits des autres corps

verbal.

« Non, non. » *Le Hodey*, I, p. 315.

2517 *Le Hodey*, I, p. 305.

2518 Nous soulignons. *Baudouin*, I, p. 22.

2519 « M. Bouche a parlé ensuite avec autant de brièveté que d'énergie sur la puissance législative et l'imperturbable activité d'une assemblée nationale, qu'aucun individu ne peut *enrayer*, qu'aucun corps partiel de ce grand tout ne peut s'arroger, et a conclu que l'assemblée nationale continuerait imperturbablement de délibérer. » *Le Point du Jour*, I, p. 133.

2520 La motion proposée par Barrère prévoit par exemple : « les protestations, les déclarations et les réserves faites par quelques-uns des Députés, sous prétexte des clauses impératives ou limitatives de leurs mandats, sont inadmissibles, comme contenant une sorte de *veto* anticipé sur l'exécution des Délibérations qui pourraient être prises sur certains objets » *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale*, I, 1791, p. 240.

2521 Lally-Tolendal affirme par exemple « Chaque partie de la société est sujette ; la souveraineté ne réside que dans le tout réuni ; je dis *le tout*, parce que le droit législatif n'appartient pas à la partie du tout. Je dis *réuni*, parce que la nation ne peut exercer le pouvoir législatif lorsqu'elle divisée, et elle ne peut alors délibérer en commun. » *Le Hodey*, I, p. 386.

L'Évêque d'Autun, Talleyrand-Périgord, déclare également : « je supplie qu'on observe qu'il n'est, dans tout ses points, que l'expression exacte du principe fondamental, qu'un Bailliage, ou une portion de Bailliage, n'étant qu'une partie d'un tout, est soumise essentiellement, soit qu'il y concoure, ou non, à la volonté générale, dès qu'il a été dument appelé. » *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale*, I, 1791, p. 232.

2522 Arrêté qui adopte un Règlement de police à l'usage de l'Assemblée Nationale, *Baudouin*, p. 44.

2523 *Duquesnoy*, p. 243-244.

et des droits individuels attachés à l'appartenance à un corps ou la détention d'un titre. La déconstitution se poursuit ainsi la nuit du 4 août. Si l'abolition de ces privilèges est décidée cette nuit-là, l'adoption de l'arrêté prévoyant les conditions de cet abandon occupe l'Assemblée jusqu'au 11 août. Il convient néanmoins de souligner que l'abandon des privilèges, souvent présenté comme volontaire, fut certainement guidé par la peur²⁵²⁴ et accordé afin d'apaiser le climat insurrectionnel de l'été 1789. *Le Patriote français*, daté du 1^{er} août relève par exemple « On reçoit des lettres de toutes les provinces qui annoncent qu'on ne veut plus payer les droits d'Aides, et que les Habitants des campagnes refusent le champart et la dîme. »²⁵²⁵ Devant ce refus de l'impôt, la solution retenue est de les supprimer.

539. Avec cet arrêté, l'Assemblée procède au démantèlement de la société de privilèges : les villes, les provinces et les Ordres abandonnent leurs privilèges au profit d'une nouvelle société à construire. Le préambule du projet d'arrêté proposé par le comité de rédaction exprime clairement cette idée :

« la force de l'Empire ne peut résulter que de la réunion parfaite de toutes les parties, de l'égalité des droits et des charges [...] tous les Membres privilégiés, et les Représentants des Provinces et des Villes se sont empressés de faire, comme à l'envi, au nom de leur Commettants, entre les mains de la Nation, la renonciation solennelle à leurs droits particuliers et à tous leurs privilèges. »²⁵²⁶

Cette déconstitution de l'Ancien Régime est présentée comme une condition préalable à la fondation du nouveau. Cette idée est clairement illustrée dans l'article 1^{er} du texte finalement arrêté qui prévoit que « L'Assemblée Nationale détruit entièrement le régime féodal »²⁵²⁷. L'Assemblée procède d'abord à la destruction d'un régime avant d'en fonder un nouveau. Cette dépossession concerne aussi bien les droits des Ordres, que ceux des autres corps de l'État.

540. S'agissant des droits des Ordres, la Noblesse est privée de celui de rendre la justice par la

2524« Le plus grand mal, sans doute, est qu'il n'y ait pas d'esprit public ; on se tromperait étrangement si l'on croyait que c'est l'amour de la patrie qui a déterminé la plupart de ceux qui ont renoncé à ce qu'ils possédaient, et, si jamais l'Assemblée nationale érige des autels à deux divinités, ce doit être à la peur et la vengeance. Ce sont elles qui ont commandé les opérations qui viennent de se faire ; ce sont elles qui jusqu'ici ont prescrit la conduite que l'on a tenue. C'est la peur qui a fait fuir le comte d'Artois, c'est elle qui antérieurement avait opéré la réunion des ordres, c'est elle qui a forcé la noblesse à renoncer aux droits seigneuriaux. C'est la vengeance qui l'a portée à poursuivre la vénalité des charges. Ainsi, si ces opérations sont bonnes, si elles sont durables, il est évident que la peur et la vengeance ont fait le salut public. » *Duquesnoy*, p. 284-285.

2525*Le Patriote français*, Supplément au n° V, p. 1.

2526*Projet d'arrêté qui sera discuté dans l'Assemblée Nationale, demain 6 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-108, p. 1.

2527*Baudouin*, I, p. 61.

suppression des justices seigneuriales²⁵²⁸ et par la suppression de la vénalité des Offices²⁵²⁹. Le Clergé est privé de ses revenus notamment par la suppression des dîmes²⁵³⁰. Concernant les privilèges de certains corps, l'égalité devant l'impôt est établie par l'abolition des privilèges en matière de subsides²⁵³¹. De même, l'arrêté institue l'égal accès à l'emploi public, sans distinction de naissance²⁵³².

541. L'idée du remplacement d'un régime dysfonctionnel par un autre souhaitable est clairement exprimée dans l'article X consacré à l'abolition des privilèges locaux :

*« Une constitution nationale et la liberté publique étant plus avantageuses aux Provinces que les privilèges dont quelques-unes jouissaient, et dont le sacrifice est nécessaire à l'union intime de toutes les parties de l'Empire, il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants, soit pécuniaires, soit de toute autre nature, sont abolis sans retour, et demeureront confondus dans le droit commun de tous les François. »*²⁵³³

Les droits locaux sont donc abandonnés en raison de l'idéal que représente la future constitution et cet idéal est lui-même intimement lié à l'uniformisation des réglementations²⁵³⁴.

La nouvelle société ne doit plus connaître de distinctions entre les Ordres et les classes de

2528« IV. Toutes les Justices seigneuriales sont supprimées sans indemnité, et néanmoins les anciens Officiers de ces Justices continueront leurs fonctions jusqu'à ce qu'il ait été pourvu, par l'Assemblée Nationale, à l'établissement d'un nouvel ordre judiciaire. » *Baudouin*, I, p. 61.

2529« VII. La vénalité des offices de Judicature et de Municipalité est supprimée dès cet instant. La Justice sera rendue gratuitement, et néanmoins les Officiers pourvus de ces offices continueront d'exercer leurs fonctions et d'en percevoir les émoluments, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu par l'Assemblée aux moyens de leur procurer leur remboursement. » *Baudouin*, I, p. 63.

2530« V. Les dîmes de toute nature et les redevances qui en tiennent lieu, sous quelque dénomination qu'elles soient connues et perçues, même par abonnement, possédées par les Corps séculiers et réguliers, par les Bénéficiers, les fabriques et tous gens de main-morte, même par l'Ordre de Malte et autres Ordres religieux et militaires, même celles qui auraient été abandonnées à des Laïcs en remplacement et pour option de portions congrues, sont abolies, sauf à aviser aux moyens de subvenir d'une autre manière à la dépense du culte divin, à l'entretien des Ministres des autels, au soulagement des pauvres, aux réparations et reconstructions des Eglises et Presbytères, et à tous les établissements, Séminaires, Ecoles, Collèges, Hôpitaux, Communautés et autres, à l'entretien desquels elles sont actuellement affectées.

« Et cependant, jusqu'à ce qu'il y ait été pourvu, et que les anciens possesseurs soient entrés en jouissance de leur remplacement, l'Assemblée Nationale ordonne que lesdites dîmes continueront d'être perçues suivant les Lois et en la manière accoutumée.

« Quant aux autres dîmes, de quelque nature qu'elles soient, elles sont rachetables de la manière qui sera réglée par l'Assemblée ; et jusqu'au règlement à faire à ce sujet, l'Assemblée Nationale ordonne que la perception en sera aussi continuée. » *Baudouin*, I, p. 62.

2531« IX. Les privilèges pécuniaires personnels ou réels en matière de subsides, sont abolis à jamais. La perception se fera sur tous les citoyens et sur tous les biens, de la même manière et dans la même forme ; et il va être avisé aux moyens d'effectuer le paiement proportionnel de toutes les contributions, même pour les six derniers mois de l'année d'impositions courante. » *Baudouin*, I, p. 63.

2532« XI. Tous les citoyens, sans distinction de naissance, pourront être admis à tous les emplois et dignités ecclésiastiques, civils et militaires, et nulle profession utile n'emportera dérogeance. » *Baudouin*, I, p. 64.

2533*Baudouin*, I, p. 63-64.

2534« Sans doute les députés de toutes les parties du royaume ne s'occuperont plus des anciens droits particuliers qui ne garantissaient pas leurs provinces du joug du pouvoir arbitraire, ils préféreront une liberté générale, une félicité commune, au triste privilège d'être distingués dans la servitude par quelques faibles avantages » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France*, I, p. 276.

citoyens ; elle doit être exempte de tout particularisme pour organiser un rapport direct de l'individu à la société, à l'État, sans intermédiaire²⁵³⁵. Avant de refonder cette nouvelle société, les constituants doivent ainsi déconstituer l'ancienne. Comme l'écrit François Furet, les Français « ont fondé pour les siècles à venir, sur la tombe de la féodalité, la société moderne des individus »²⁵³⁶.

542. Cette volonté de signifier la naissance ou la renaissance de la France par cet acte de déconstitution figure dans l'arrêté lui-même qui prévoit « qu'en mémoire des grandes et importantes délibérations qui viennent d'être prises pour le bonheur de la France, une médaille sera frappée, et qu'il sera chanté, en actions de grâces, un Te Deum dans toutes les Paroisses et Eglises du Royaume. »²⁵³⁷ De manière, plus significative elle « proclame solennellement le Roi Louis XVI, Restaurateur de la Liberté Française. »²⁵³⁸, procédant ainsi au re-couronnement du Roi dans ce nouveau régime, sur les décombres de l'ancien.

543. La Révolution ne s'opère donc pas simplement contre un Roi despotique, mais également, et peut-être surtout, contre les droits de ceux que Montesquieu considérait comme les éléments constitutifs de la constitution monarchique²⁵³⁹ : la noblesse et les corps intermédiaires. Pour plusieurs députés, l'abolition des privilèges doit être à la fois le préalable²⁵⁴⁰ et le pendant concret de la déclaration²⁵⁴¹. Le Guen de Kerangall déclare par exemple :

« Les droits de l'homme ont été jugés être les préliminaires de la constitution ; ils tendent à rendre les hommes libres : pour qu'ils le soient, il faut convenir qu'il n'y a qu'un peuple ou une nation libre, et le souverain ; il faut convenir des sacrifices de la féodalité, nécessaires à la liberté et à une bonne constitution »²⁵⁴²

Les constituants déconstituent le régime politique pour qu'il n'y reste que la nation et le Roi. La société n'est plus une association d'Ordres ou de provinces, car ces corps viennent d'être dépouillés de l'ensemble des prérogatives qu'ils prétendaient tenir de la constitution du royaume ou

2535 Sur le rapport de l'individu à la communauté, voir Roger BARNY, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit naturel et histoire*, éd. cit., p. 65-96.

2536 François FURET, « Féodalité » in François FURET, Mona OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988, p. 196.

2537 Baudouin, I, p. 64.

2538 Baudouin, I, p. 64.

2539 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

2540 « Jamais les Français n'ont mieux suivi cet esprit de leur nation que dans cette fameuse nuit où les provinces et les ordres sont venus tour à tour abattre leurs privilèges devant l'espérance d'une constitution nationale. » *Le Point du Jour*, II, p. 37.

2541 « Cette assemblée si politique, si morale, si profondément occupée de déclarations métaphysiques, marche subitement à des idées plus utiles, à des résultats plus certains ; elle parle d'abattre les privilèges, de changer la forme des propriétés, de faire disparaître la misère des campagnes, de ranimer enfin le courage du cultivateur, accablé cette année, autant par les fléaux de la nature, qu'il l'est depuis des siècles par ceux de la tyrannie et de la fiscalité. » *Le Point du Jour*, II, p. 26.

2542 *Le Point du Jour*, II, p. 31.

de leurs constitutions particulières. Comme l'écrit Le Hodey :

« En une nuit le triple *pouvoir féodal, aristocratique, parlementaire, a été renversé et anéanti*. Ces corporations, fameuses par leur tyrannie et leurs cruautés, ne présentent plus aujourd'hui qu'un corps languissant, abattu et terrassé par un bras courageux, et se débattant inutilement contre les efforts du patriotisme.

« En une nuit *la France a été sauvée, régénérée* ; en une nuit un peuple nouveau semble avoir repeuplé ce vaste empire, et sur les autels que les anciens peuples avaient élevés à leurs idoles, ils placeront l'image d'un Dieu juste, bienfaisant, tel qu'une raison sauvage le leur avait montré, et tel qu'ils l'avaient appris de la nature dans le fond des forêts. »²⁵⁴³

Les institutions de l'Ancien Régime sont considérées comme morte et obsolète. Ce n'est donc pas tant le despotisme, qui n'existait déjà plus, qui est attaqué, que la constitution de Montesquieu qu'il convient de détruire²⁵⁴⁴. L'avènement de la conception d'un pouvoir politique centralisé exercé par la nation²⁵⁴⁵ consacre un rapport direct de l'individu à la société²⁵⁴⁶. Les droits des corps ayant disparus, il ne reste que ceux des individus. Cette société des individus est le cadre de la Déclaration.

Sieyes soulignait dans sa déclaration, « une société dans laquelle un homme serait plus ou moins libre qu'un autre, serait à coup sûr, fort mal ordonnée ; elle cesserait d'être libre ; il faudrait la reconstituer. »²⁵⁴⁷. Il apparaît que l'Assemblée venait d'accomplir le premier acte de cette reconstitution, par la déconstitution de l'ordre ancien.

C. L'objet de la déclaration : codifier la constitution naturelle

La codification de la constitution naturelle dans la déclaration correspond non seulement à

2543 Nous soulignons. *Le Hodey*, II, p. 367.

2544 C'est d'ailleurs ce que relève Duquesnoy dans son journal, le 31 juillet : « Montesquieu, en posant pour principe que l'inégalité des conditions et l'existence des corps intermédiaires sont de l'essence du gouvernement monarchique, semble avoir décidé que le gouvernement français, tel que l'Assemblée nationale veut l'établir, n'est pas un gouvernement monarchique ; car c'est une conséquence nécessaire des principes posés jusqu'à aujourd'hui : entre les Français, l'égalité la plus absolue, et qu'il ne peut y avoir nul intermédiaire entre la nation et le Roi. » *Duquesnoy*, p. 319-320.

2545 « Loin de nous tout intérêt d'Ordre et de Corps ; loin de nous tout attachement à des usages, ou même à des droits que la patrie n'avouerait pas ! Il n'est rien qui ne doive fléchir devant l'intérêt public. » Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, *PV AN n° 33*, annexe, p. 2-3.

2546 « Il y a dans la perception du 4 août par l'Assemblée et par les contemporains quelque chose qui reste pour l'historien fondamentalement vrai : l'idée d'une rupture avec l'ancienne société et de la fondation d'une société nouvelle. [...] Au fond, ce que le texte du 11 août appelle la destruction du "régime féodal" est la liquidation de la société aristocratique bricolée par la monarchie absolue sur les ruines de la féodalité. Ce qui disparaît en août 1789, et pour toujours, c'est la société des corps définis par des privilèges partagés. Ce qui naît, c'est la société moderne des individus, dans sa conception la plus radicale, puisque tout ce qui peut exister d'intermédiaire entre la sphère publique et chaque acteur de la vie sociale est non seulement supprimé, mais frappé de condamnation. » François FURET, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Hachette librairie, 1988, rééd. Arthème Fayard, 2011, p. 127.

2547 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*. Par M. l'abbé Sieyès, BN Le29-71, p. 13.

l'énonciation de principes valables pour toute société (1), mais également à l'établissement les principes valables pour toute constitution, à la fixation d'une constitution des constitutions (2).

1. L'énonciation de principes valables pour toute société

544. La publication d'une déclaration des droits, séparée de la constitution et consacrée uniquement aux droits des individus conçus abstraitement, équivaut à la codification de la constitution naturelle théorisée par les théoriciens jusnaturalistes. Il ne s'agit pas de la constitution de toute monarchie, comme celle qu'avait pu théoriser Montesquieu²⁵⁴⁸, mais de la constitution naturelle de toute société, considérée indépendamment de sa forme de gouvernement.

Ce choix d'une définition des droits de l'individu, antérieure à la définition du régime politique implique également une hiérarchie en entre ces droits et les droits du gouvernement au sens large. La constitution de la monarchie en générale, et celle de la monarchie française en particulier, doit donc respecter les principes tirés du droit naturel et valables pour toute société ; la constitution de la société prime celle du royaume. L'ambition de déclarer ces droits atteste également de l'idée qu'il existe des droits et des principes valables pour toutes les sociétés, qui sont inhérents à l'existence même de ces sociétés. Talleyrand invoque par exemple les « principes constitutifs des Sociétés »²⁵⁴⁹, à l'occasion du débat sur les mandats impératifs.

Parmi ces principes valables pour toute société figurent les droits des individus, mais également la définition des rapports de l'individu à la société.

545. Tous les projets de déclaration ont en commun l'idée que la constitution doit être fondée sur les principes tirés du droit naturel et de la raison. Ils acceptent théoriquement de soumettre la volonté du constituant, leur œuvre, au droit naturel.

L'idée que l'objet de la déclaration est de déclarer ces droits valables en tout temps, en tout lieu et pour tout régime politique est répétée à l'envi par les constituants. Le modéré Clermont-Lodève affirme par exemple : « une bonne Constitution ne peut être fondée que sur les principes immuables du Droit naturel de la liberté et de la justice »²⁵⁵⁰. Une déclaration anonyme prévoit qu'elle a pour objet d'« offrir aux hommes les vérités éternelles qui sont la première Constitution du monde, et qui doivent servir de base à celle de tous les Peuples »²⁵⁵¹. Montmorency considère que la

2548 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

2549 Exposé des motifs, lu par M. l'Évêque d'Autun à l'Assemblée Nationale, le mardi 7 juillet 1789, *Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale*, I, 1791, p. 230.

2550 CLERMONT-LODÈVE, *Opinion de M. le marquis de Guilhem Clermont-Lodève, au sujet de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui doit précéder la constitution, du 4 août 1789, séance du matin*, Versailles, Baudouin, Imprimerie Nationale, BN Le29-96, p. 2.

2551 *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-1971.

déclaration doit être un « code de sagesse, qui devienne celui de toutes les nations »²⁵⁵². Sallé de Chou en donne une définition similaire : « une Déclaration des droits, faite pour placer à la tête d'une Constitution, ne doit être que la seule exposition des principes de toute Société, et des droits et devoirs de l'homme qui s'y trouve placé, quelle que soit la forme du Gouvernement que le Peuple s'est choisi »²⁵⁵³. Duport estime que les constituants ont voulu « une déclaration convenable à tous les hommes, à toutes les nations »²⁵⁵⁴ et qu'ils doivent : « dire des vérités de tous les temps et de tous les pays »²⁵⁵⁵. Cette idée est reprise par Duquesnoy pour qui une déclaration « doit être de tous les temps et de tous les peuples ; les circonstances changent, mais elle doit être invariable au milieu des révolutions »²⁵⁵⁶. Dêmeunier estime qu'il « est indispensable de fixer les droits de l'homme en état de société ; ces droits sont de tous les temps et de toutes les nations »²⁵⁵⁷. Ce caractère abstrait et immuable justifie d'ailleurs le refus d'une déclaration provisoire²⁵⁵⁸.

546. L'idée que la déclaration vise à consacrer les droits des individus est omniprésente dans les projets de déclaration et les discours sur la déclaration.

S'agissant des projets uniquement appuyés sur les théories du droit naturel, une partie des projets portent simplement le titre de Déclaration des droits²⁵⁵⁹. La plupart se réfère à la fois aux droits de l'homme à l'état de nature et à ceux de l'homme en société²⁵⁶⁰. Toutefois, certains ne

2552 *Le Point du Jour*, II, p. 3.

2553 SALLÉ DE CHOU, Député du Berry, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-2021.

2554 *Le Hodey*, II, p. 578.

2555 *Ibid.*

2556 *Le Hodey*, III, p. 13.

2557 *Le Hodey*, II, p. 335.

2558 « Une pareille déclaration de droits ne saurait être provisoirement adoptée, comme je l'ai entendu proposer dans cette même Salle. Car ces mots seuls de provisoire et de déclaration des droits ne semblent impliquer une contradiction manifeste. Les droit de l'homme, et de l'homme et Société, sont éternels, inaliénables, imprescriptibles. Ils n'existeront jamais, ou ils ont toujours existé. Ils ne sont point soumis aux révolutions que le temps amène, ni à aucune sanction ou influence étrangère, et il y aurait autant d'inconséquence que de bizarrerie à adopter provisoirement ce qui prend sa source dans la Nature, ce qu'elle a gravé dans les cœurs, ce qui est de tous les temps, de tous les moments, de tous les Pays. C'est là une vérité de principe qui ne saurait plier sous aucune raison de convenance. » Discours de Montmorency, *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants*, n° XXII Du 1er au 3 août 1789, p. 13.

2559 Déclaration contenue dans DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., (la délibération est probablement rédigée par Sieyes, voir Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., 1988, p. 95) ; *Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957 ; BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits par M. Boislandry*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-91.

2560 « Déclaration des droits naturels et sociaux de l'homme et du citoyen » in *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours, partie seconde, chapitre premier*, Baudouin, BN Le24-127 ; TERME, *Droits de l'homme et du citoyen, par M. Terme, cultivateur, député d'Agen*, Pierres, BN Le29-149 ; LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit. ; SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit. ; MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit. ; *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-147 ; THORET, député du Berry, *Projet de déclaration des*

présentent que les droits de l'homme²⁵⁶¹, et d'autres uniquement ceux de l'homme en société²⁵⁶².

Derrière cette différence dans les titres donnés aux déclarations se cache parfois la question de savoir si les hommes disposent de droits hors de la société²⁵⁶³. Certains membres estiment que les droits ne peuvent résulter que de conventions et qu'il n'existe pas de droits à l'état de nature²⁵⁶⁴. Crénière, rousseauiste convaincu, défend à plusieurs reprises l'idée que l'homme ne dispose de droits qu'en société. Cela le conduit à présenter « l'acte de la Constitution d'un Peuple » en lieu et place de la Déclaration²⁵⁶⁵. Son discours, qui eut un certain succès²⁵⁶⁶, fut repris par certains membres²⁵⁶⁷. Le 18 août, il reprend cet argument d'une origine conventionnelle des droits, le 18 août, pour s'opposer au projet du comité des cinq²⁵⁶⁸. Crénière ne remet cependant pas en cause l'existence de principes abstraits, tirés du droit naturel valable pour toute société et il reconnaît en conséquence des droits naturels et imprescriptibles²⁵⁶⁹.

Droits de l'Homme et du Citoyen, 13 août 1789, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-2020 ; PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2561 *Projet de déclaration des droits de l'homme*, par M. W., remis à M. le président de l'Assemblée nationale, le 8 août, 1789, BN Lb39-7602 ; LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme, proposée le 13 août 1789*, par M. de Ladébat, BN Lb39-7671 ; PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme remise dans les bureaux de l'Assemblée nationale*, par M. Peytion de Villeneuve, BN Le29-2155.

2562 « Déclaration des droits essentiels, inhérents aux hommes en société » in BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit. ; TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, par M. Target, Baudouin, BN Le29-80 ; *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits, BN Le29-144 ; *Déclaration des droits de l'homme en société*. Par M. l'abbé Sieyès, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-138.

2563 Voir sur ce point, Roger BARNY, *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire. Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution (débat politiques et sociaux) suivi de Montesquieu dans la Révolution*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1995, p. 33-42.

2564 Voir par exemple DUQUESNOY, *Opinion de M. Duquesnoy, Sur les Projets de Déclaration de Droits*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-151, p. 4.

2565 « L'acte de la Constitution du Peuple Français, exprimé d'après ces principes incontestables, serait nécessairement le code naturel de toutes les sociétés de l'univers » CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 4.

2566 Son discours est imprimé sur ordre de l'Assemblée et de nombreux journaux relatent son succès.

2567 DUQUESNOY, *Opinion de M. Duquesnoy, Sur les Projets de Déclaration de Droits*, éd. cit., p. 4 ; *Le Hodey*, II, p. 336.

2568 « M. de la Crénière, qui a vivement combattu celle du Comte de Mirabeau, a soutenu, ainsi que M. Duport, un système bien étrange. Ils ont dit que le droit est l'effet d'une convention ; c'est dire que l'homme n'avait point de droits avant les conventions ; c'est dire que la défense naturelle, la conservation de soi-même, la liberté, ne sont pas des droits, puisqu'ils existent avant toute convention. » *Le Patriote français*, n° XXIV, p. 5. Voir aussi *Le Hodey*, II, p. 575-578 ; *Le Point du Jour*, II, p. 161.

2569 « Hors de l'état de société, il n'y a ni personnes obligées, ni force publique, ni Gouvernement, ni Tribunaux ; mais il faut conclure de ce que je viens d'établir, que l'homme dans l'état de société n'a pu s'imposer des devoirs sans acquérir des droits équivalents ; qu'il n'a pu faire le sacrifice de son indépendance naturelle, sans obtenir en échange la liberté politique ; et qu'en consentant à ne plus faire tout ce qu'il veut, il doit pouvoir ce que tous les associés veulent. Il faut en conclure encore que les droits qu'il acquiert par le simple acte de son association, sont naturels, parce que son premier soin étant celui de sa conservation, son premier désir celui du bien-être, sa première faculté celle de vouloir, il est contre la nature et par conséquent impossible qu'il ait abandonné ce soin, renoncé à ce désir, et qu'il ait voulu n'avoir plus de volonté. Il faut en conclure enfin que ces droits sont imprescriptibles ; car on ne peut y renoncer volontairement sans dissoudre la société et rentrer dans l'état de nature et l'on ne peut en être dépouillé, parce que si l'exercice en est interrompu par la force, jamais la force n'a fait acquérir des droits contraires à ceux qu'elle voudrait anéantir. » Nous soulignons. CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 3.

547. La déclaration des droits finalement adoptée ne se cantonne pas simplement à la déclaration de droits individuels, mais définit au contraire les rapports de l'individu à la société. La notion de société et ses dérivés sont omniprésents dans la déclaration. Le terme de société figure aux articles 4, 5, 15 et 16 de la Déclaration. L'adjectif social se trouve dans le préambule et à l'article 1^{er} et le dérivé « association » à l'article 2. Les hommes sont définis comme les « membres » de cette société (article 4) et la déclaration est faite pour les « Membres du corps social ». La nation, évoquée à l'article 2, n'est qu'un autre visage de la société.

Dans la déclaration, la « Société » dispose de droits (demander compte à tout Agent public de son administration, article 15) et d'une protection (contre les actions nuisibles, article 5). Elle est créancière à l'égard des individus, car elle représente la communauté, mais elle est surtout débitrice. Son objet est défini (article 2) : la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Elle ne peut créer de distinction que si elles sont fondées sur l'utilité commune (article 1^{er}). Enfin, elle confère la jouissance de droits à ses membres (article 4) et assure la garantie de leurs droits (article 16). Dans la Déclaration, la société est la personne morale créée pour conserver les droits de l'homme. Un *Extrait des Procès-verbaux de l'Assemblée nationale des 20, 21, 22, 23, 24, 26 août et premier Octobre 1789* lui donne d'ailleurs pour titre : « Déclaration des droits de l'homme en société »²⁵⁷⁰.

L'objet de la déclaration est donc de définir les rapports des individus entre eux et de l'individu à la société, tels qu'ils sont valables dans toutes les sociétés. La déclaration ne définit pas simplement les droits des individus, mais également ceux dont cet individu dispose dans l'ordre politique et les droits que cet ordre politique a sur lui. Aux droits naturels et imprescriptibles énumérés à l'article 2, s'ajoute un ensemble de droits sociaux d'expression individuelle ou collective. Ce droit à un certain ordre politique se trouve notamment dans les articles 1^{er} et 2 à 17 de la déclaration.

Conformément aux théories jusnaturalistes et contractualistes, l'exercice et la garantie des droits des individus sont considérés comme intimement liés à l'ordre politique. Fixer les droits des individus inclut donc également la détermination des principes valables pour toute constitution.

2. La déclaration, une constitution des constitutions

548. La déclaration n'a pas simplement pour fonction d'énumérer des droits individuels, mais doit fixer les bases constitutionnelles de toutes les régimes politiques. En creux, les régimes n'étant

2570BN Le29-241.

pas appuyés sur ces bases ou ne le respectant pas peuvent être disqualifiés et considérés comme inexistants. Cette entreprise vise ainsi à la fois à fixer l'horizon de travail des constituants et à condamner et discréditer l'Ancien Régime.

Les constituants favorables à une déclaration la présentent donc comme l'acte fixant les principes de toute constitution. Cette idée est clairement exprimée par les projets qui étendent expressément leur champ au-delà des droits de l'homme en recherchant les bases²⁵⁷¹ ou *Principes de toute constitution*²⁵⁷², comme Rabaut de Saint-Étienne²⁵⁷³. Gouges-Cartou présente également plusieurs droits dans sa « déclaration de droits » : ceux de l'homme, ceux du citoyen et ceux des sociétés²⁵⁷⁴. La très grande majorité des projets de déclaration contiennent d'ailleurs des principes relatifs au fonctionnement de la société et ne se limitent pas à un exposé sec de droits individuels.

La Fayette estime par exemple que la déclaration doit renfermer : « les premiers principes de toute constitution, de toute législation »²⁵⁷⁵. La déclaration doit, pour Sieyes, « présenter à toutes les constitutions politiques l'objet et le but que toutes, sans distinction, doivent s'efforcer d'atteindre »²⁵⁷⁶. Cette formule est reprise par Custine²⁵⁷⁷. Durant de Maillane la présente comme l'énoncé « des principes qui doivent diriger toutes les assemblées nationales »²⁵⁷⁸ et estime que « ce sont des vérités premières et nécessaires pour établir une constitution »²⁵⁷⁹. Dêmeunier la présente comme « une déclaration des principes applicables à toutes les formes de gouvernement »²⁵⁸⁰. Mirabeau la définit comme « une exposition de quelques principes généraux applicables à toutes les associations politiques, et à toutes les formes de gouvernement »²⁵⁸¹. Gouges-Cartou propose, à l'instar de Rabaut de Saint-Étienne, de la définir comme « la collection des principes inaltérables qui entrent dans la Constitution de toute espèce de Gouvernement libre »²⁵⁸², reprenant ici la distinction entre une constitution naturelle immuable et commune à toutes et les sociétés, et une

2571 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution par M. Rabaut de Saint-Etienne*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s.d., BN Le29-123.

2572 Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, s.d., BN Le29-124.

2573 Ces principes ou bases concernent non seulement le « droit naturel et imprescriptible des Hommes en Société », mais aussi les « lois », le « consentement général aux lois », le « Gouvernement » et les « pouvoirs distribués ». RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution, par Rabaut de Saint-Etienne*, éd. cit. et *Idem, Projet du préliminaire de la constitution française, présenté par M. Rabaut de Saint-Etienne*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-125.

2574 GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2575 LA FAYETTE, Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société, éd. cit.

2576 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 3.

2577 « Ils [Les Représentants de la Nation française] présentent l'objet ou le but que toutes les constitutions doivent s'efforcer d'atteindre » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, BN Le29-2115.

2578 *Le Point du Jour*, II, p. 1.

2579 *Ibid.*

2580 *Le Hodey*, II, p. 335.

2581 *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants, n° XXVIII, Du 17 au 18*, p. 3.

2582 GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit., p. 9.

constitution positive variable²⁵⁸³. Le projet de déclaration du sixième bureau, retenu comme base pour la discussion, énonce dans son préambule : « l'ordre social et toute bonne constitution doivent avoir pour base des principes immuables »²⁵⁸⁴.

La déclaration a donc pour fonction de définir les principes auxquels une constitution doit obéir. L'énoncé de ces principes tirés du droit naturel permet de fixer l'objectif, le but que doivent atteindre les constituants-législateurs. Cette idée est reprise dans le texte définitif de la déclaration qui prévoit, dans son préambule, que cette dernière détermine « le but de toute institution politique ». Dans cette logique, l'institution politique, la société, n'existe que par les hommes et pour garantir leurs droits. La garantie des droits des individus devient une condition de validité de la société.

549. La déclaration a la double fonction d'énoncer les droits devant être protégés dans la société et de présenter les principes minimaux permettant d'assurer leur garantie. Elle n'est pas simplement une liste de droits individuels et subjectifs. Elle fixe également les principes sociaux qu'il est nécessaire de respecter afin de garantir ces droits ; ces principes pouvant ultimement être reformulés comme des droits collectifs et sociaux à un certain ordre social²⁵⁸⁵.

Si la déclaration a pour objet de fixer des droits et des principes, il est alors possible de s'interroger sur ses fonctions et son caractère contraignant. À quoi serviraient des droits et des principes qui resteraient lettre morte ? Les constituants concevaient-ils la déclaration comme un énoncé de normes ? Si oui, qui devait en assurer la sanction ?

§ 3. Une déclaration théoriquement contraignante

550. Le débat sur le caractère normatif de la déclaration est abondant²⁵⁸⁶. Les arguments les plus

2583« J'ai cru encore indispensable d'exposer les droits fondamentaux des Sociétés : j'ai pensé qu'une Constitution étant (comme le dit très-bien M. Rabaud de Saint-Etienne) une forme précise adoptée par le gouvernement d'un Peuple, cette forme était déterminée et par des principes qui ne changent jamais, et par des principes qui sont sujets à varier, parce qu'ils émanent des mœurs et des préjugés des siècles, et même du caractère des Législateurs. » Nous soulignons. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit., p. 8-9.

2584*Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

2585Ces différents niveaux de la déclaration sont par exemple présentés dans un projet anonyme :

« Si j'ai bien saisi le but d'une déclaration des droits, elle doit,

« 1° Par l'enchaînement des idées, conduire l'homme, de son état primitif, à l'état de citoyen ; faire découler de ses droits naturels ceux qu'il acquiert dans la société ; lier les obligations qu'il a contractées, aux avantages qu'il retire, et par là lui rendre ses droits plus précieux, et ses obligations plus sacrées.

« 2° Apprendre aux Nations que leurs droits, fondés sur les droits naturels de leurs Membres, sont sacrés comme les leurs, et que rien ne peut les en priver.

« 3° Préparer les principes de toute constitution, en les faisant reposer sur les bases déjà établies des droits des hommes et des Nations. » Nous soulignons. *Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2586Pour une synthèse récente voir Christophe de la MARDIÈRE, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 » in *R.F.D.C.*, n° 38, 1999, p. 227.

fréquemment avancés pour écarter le caractère normatif de la Déclaration sont soit fondés sur une forme de nominalisme – une déclaration déclare – soit s'appuient sur l'idée qu'en consacrant des droits naturels, les constituants avaient pour simple ambition d'énoncer des vérités²⁵⁸⁷.

Le premier argument est peu convaincant et ne tient pas compte de la signification du terme de déclaration dans le contexte juridique du XVIII^e siècle. Dans un sens juridique, la déclaration était un acte que pouvait prendre le Roi et par lequel il « interprète, ou réforme, ou casse pour le tout ou en partie, quelque Édit ou Ordonnance »²⁵⁸⁸. C'est par déclaration que le Roi avait annoncé la réunion des États-généraux²⁵⁸⁹ ou qu'il avait tenté de rétablir son autorité au cours de la séance royale du 23 juin 1789²⁵⁹⁰. C'est également une déclaration qu'avait adoptée le Parlement de Paris pour défendre les droits de la nation²⁵⁹¹ et la Noblesse pour demander la conservation de ses droits²⁵⁹². C'est enfin par une déclaration que les États-Unis avaient obtenu leur indépendance. Dans ce contexte, il ne semble pas pertinent d'inférer de l'emploi du terme de déclaration, l'absence de caractère contraignant de la déclaration des droits.

Le second argument ne convainc pas pleinement non plus. L'âpreté du débat entre les constituants, guidée par les divergences idéologiques qui les séparaient²⁵⁹³, ne laissait pas présager l'intention de laisser la déclaration lettre morte ou la possibilité de l'écarter si elle n'exprimait pas la vérité. La référence à l'adoption d'un acte contraignant au cours de l'adoption de la déclaration, et l'invocation ultérieure de cette dernière²⁵⁹⁴, semble au contraire indiquer sa valeur contraignante et l'impossibilité de l'écarter en démontrant sa fausseté.

Il semble au contraire que la déclaration était conçue comme un acte contraignant, mais sa

Pour une position nuancée sur la question voir Patrick WACHSMANN, « Déclaration ou constitution des droits ? » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 44 ; *Idem*, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » in *Droits*, n°2, 1985, p. 13.

2587 Par exemple : « La seconde difficulté provient de ce que certaines des dispositions à interpréter ne présentent pas le caractère d'actes de volonté. Il en est ainsi notamment d'un grand nombre de dispositions contenues dans les Préambules et les Déclarations des droits, qui justement parce qu'elles se donnent pour des "déclarations", prétendent être l'expression de vérités objectives, indépendantes de ceux qui les énoncent. Pour de telles dispositions, comme pour des propositions scientifiques, l'intention subjective de leurs auteurs paraît tout à fait indifférente. Une loi physique est vraie indépendamment du sens des termes par lesquels on l'énonce : il suffit qu'il existe au moins un sens dans lequel elle soit vraie, même si celui qui l'a énoncée avait en vue un sens différent. » Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., 1994, p. 264.

2588 Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes, de pratique*, Nouvelle édition, revue, corrigée, augmentée, I, 1769, p. 422.

2589 Déclaration du roi, donnée à Versailles le 23 septembre 1788, enregistrée en parlement le 25 dudit mois, qui ordonne que l'assemblée des États-généraux aura lieu dans le courant de janvier de l'année 1789, et que les officiers des cours reprendront l'exercice de leurs fonctions, *Brette*, I, p. 25.

2590 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 3, § 2, A.

2591 *Flammermont*, III, p. 745-746. Voir *supra*, Chapitre 3, Section 1, A.

2592 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 3, § 1, B, 5.

2593 Voir *infra* sur ces divergences s'agissant de la notion de constitution, ce chapitre, Section 2, § 2.

2594 L'article 3 de la déclaration est par exemple fréquemment invoqué : *Le Hodey*, III, p. 242, 262-263, et 315 ; IV, p. 131-132 et 253.

sanction n'étant pas juridiquement organisée.

551. Le choix d'une déclaration arrêtée et publiée avant la constitution impliquait l'acceptation du principe de la suprématie du droit naturel sur le droit positif, ainsi que l'idée que les constituants allaient être liés par les principes contenus dans la déclaration. Le refus des modérés et des conservateurs d'adopter une déclaration séparée, qui représenterait une contrainte trop rigoureuse pour le constitution et les pouvoirs constitués²⁵⁹⁵, implique *a contrario*, qu'une telle déclaration est contraignante.

Le préambule de la déclaration, par l'anaphore de la locution prépositionnelle « afin que » marquant un but, liste les fonctions que les constituants assigne à la déclaration. La première est d'instruire les individus-citoyens sur leur droits et leurs devoirs²⁵⁹⁶. La deuxième est simultanément d'assurer l'obéissance aux actes des pouvoirs publics et de permettre l'évaluation de ces mêmes actes²⁵⁹⁷. La troisième de permettre le maintien de la constitution et le bonheur de tous, en servant de fondement aux revendications des citoyens²⁵⁹⁸.

La déclaration est donc perçue d'abord comme l'instrument de protection des droits et de garantie de la stabilité du bon ordre politique (A). Sa suprématie est reconnue par les constituants (B). Néanmoins, sa sanction reste très indéterminée (C).

A. La déclaration, instrument de protection des droits et garantie de la stabilité du bon ordre politique

La déclaration est présentée comme un instrument de protection des droits et une garantie de la stabilité du bon ordre politique. Elle est supposée assurer une protection contre le despotisme et permettre la libération (1). Elle serait également un outil performatif et d'instruction offrant une garantie des droits par leur connaissance (2). Cette déclaration doit enfin garantir l'ordre juridique (3).

1. La déclaration, protection contre le despotisme et instrument de libération

552. La déclaration est souvent présentée comme une protection contre le despotisme. Elle permettrait, par elle-même, de mettre fin aux abus et empêcherait également de nouvelles dérives du régime politique. Duquesnoy affirme par exemple :

2595 Voir *supra*.

2596 « Afin que cette déclaration constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs »

2597 « Afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés »

2598 « Afin que les réclamations, des Citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous. »

« C'est parce que ces Droits ont été méconnus ou oubliés, qu'il y a eu des despotes et des esclaves ; en vain la Nature a-t-elle gravé ces principes en caractères sacrés dans tous les cœurs, le préjugé les étouffe, l'éducation les efface, la crainte leur impose le silence. C'est lorsqu'ils seront consacrés par les Représentants d'un grand Peuple, c'est lorsqu'ils en auront fait la base d'un édifice élevé à la liberté, qu'il sera impossible de les ignorer ou de les oublier ; et si un seul homme osait jamais les enfreindre, mille voix s'élèveraient pour le proscrire, mille bras pour le punir de son attentat. »²⁵⁹⁹

La simple existence de la déclaration représenterait en conséquence une protection des droits des individus. La connaissance des droits de l'homme devient alors une condition nécessaire pour opérer la libération de la nation française et permet également de garantir la pérennité de cette libération.

553. Cette idée inspire aux conservateurs un certain scepticisme. Craignant justement qu'une déclaration ouvre à la voix à d'innombrables revendications, ils s'opposent à la déclaration en la présentant comme dangereuse. Le droit de résistance à l'oppression effraye particulièrement la Noblesse dans un contexte insurrectionnel où les châteaux sont pillés et brûlés²⁶⁰⁰. Les patriotes radicaux restent insensibles à ces arguments, estimant le plus souvent qu'il s'agit d'un mal nécessaire²⁶⁰¹.

L'opposition des conservateurs est également fondée sur l'inutilité d'une telle déclaration. Malouet estime ainsi « qu'une déclaration des droits n'était pas nécessaire pour rompre les fers de la tyrannie »²⁶⁰². Ils critiquent l'idéalisme des patriotes et dénoncent leur angélisme. Pour les conservateurs, seuls des lois sont à même de fournir aux citoyens des droits et l'énoncé de principes ne peut rien leur procurer. La déclaration, en proposant des principes méta-constitutionnels, n'offrirait aucune garantie légale aux droits ainsi proclamés. Delandine déclare à ce propos :

« Le dix-huitième siècle a beaucoup fait pour les sciences et pour les lettres ; il n'a rien fait pour établir une bonne législation ; c'est le moment de la créer ; ne soyons pas discoureurs éloquents, mais législateurs tranquilles ; gardons pour nous l'étude des principes, et présentons seulement les conséquences »²⁶⁰³

Les principes doivent bien guider les constituants-législateurs, mais ces derniers ne devraient pas les rendre publics.

2599 Nous soulignons. DUQUESNOY, *Opinion de M. Duquesnoy, Sur les Projets de Déclaration de Droits*, éd. cit.

2600 « Un Membre de la Noblesse, en adoptant la sage circonspection qui a dirigé le Projet du Comité, a demandé que les mots qui énoncent formellement *le droit de résistance à l'oppression*, fussent retranchés. Il a appuyé son avis sur le tableau des désordres et de l'Anarchie qui affligent le Royaume, et sur l'ignorance des vingt-quatre-vingt-cinquièmes des Habitants de la France. » *Le Patriote français*, n° XXI, p. 2.

2601 Brissot écrit à ce propos dans son journal : « L'Anarchie d'aujourd'hui, y eût-il le double de châteaux brûlés, est encore préférable au temps de la Bastille et de la Féodalité, au moins pour ceux qu'on embastillait, ou qui servaient de bêtes de somme ; et c'était bien le plus grand nombre. » *Le Patriote français*, n° XXI, p. 2.

2602 *Le Point du Jour*, II, p. 13.

2603 *Le Point du Jour*, II, p. 13.

554. Cet argument ne convainc pas les patriotes pour qui la déclaration des droits, qui permet leur connaissance, mais également leur publicité, apparaît comme une nécessité. La déclaration est rendue nécessaire par le despotisme que dénoncent les patriotes. Elle doit permettre « que la réforme de tous les abus dont le Peuple se plaint ne puisse être éludée, et que leur retour devienne impossible »²⁶⁰⁴. De nombreux discours rappellent ce que les patriotes estiment être les abus du régime. Ils dénoncent les pouvoirs des corps intermédiaires, les dérives des ministres despotes et les dangers du régime féodal. Le de Castellane justifie ainsi la nécessité d'une déclaration des droits :

« est-il une Nation qui ait plus constamment méconnu *les principes d'après lesquels doit être établie toute bonne Constitution* ? Si l'on en excepte le règne de Charlemagne, nous avons été successivement soumis aux *tyrannies les plus avilissantes*. À peine sortis de la barbarie, les Français éprouvent le *régime féodal*, tous les malheurs combinés *que produisent l'aristocratie, le despotisme et l'anarchie* : ils sentent enfin leurs malheurs ; ils prêtent aux Rois leurs forces pour abattre les tyrans particuliers ; mais des hommes aveuglés par l'ignorance ne font que changer de fers ; *au despotisme des Seigneurs succède celui des Ministres* : sans recouvrer entièrement la liberté de leur propriété foncière, ils perdent jusqu'à leur liberté personnelle ; *le régime des lettres-de-cachet s'établit* ; n'en doutons pas, Messieurs, l'on ne peut attribuer *cette détestable invention qu'à l'ignorance où les Peuples étaient de leurs droits*. »²⁶⁰⁵

La connaissance des droits protégerait ainsi des dérives du despotisme, de l'anarchie et de l'aristocratie et permettrait de mettre à bas deux régimes détestés : le régime féodal et celui des lettres de cachet.

Cette déclaration permettrait de libérer le peuple français et le protégerait des futures dérives du régime²⁶⁰⁶. Rabaut dénonce ainsi « les affreux secrets du despotisme, ses ressources variées pour opprimer les hommes, et les soins continuels des Ministres à étendre la prérogative Royale, pour accroître leur propre pouvoir » et estime que la déclaration permettra de « préserver les générations précédentes et futures »²⁶⁰⁷. La déclaration est donc une nouvelle occasion de dénoncer l'Ancien Régime et de le condamner. Target affirme par exemple que grâce à la déclaration « la tyrannie ministérielle sera détrônée, ou plutôt qu'elle n'environnera plus le trône »²⁶⁰⁸. Barnave déclare : « si cette déclaration avait existé, les auteurs du despotisme n'auraient pas osé publier tant de maximes

2604 *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit., p. 3.

2605 Nous soulignons. *Précis de l'opinion de M. le comte de Castellane, sur la déclaration de droits, écrit de mémoire après la séance du premier août 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-92, p. 2.

2606 « M. de Clermont-Lodève [...] pensait qu'une déclaration des droits assurerait le maintien de la constitution et empêcherait qu'il ne s'y glissât quelque erreur à l'avenir. » *Le Point du Jour*, II, p. 22.

« Les abus qui peuvent exister, ne peuvent jamais dériver que de l'oubli de ces mêmes principes. Il est donc nécessaire de les rappeler à la Nation éclairée qui a senti elle-même la nécessité de régénérer l'ordre » SILLERY, *Opinion de M. le marquis de Sillery, relative à la déclaration des droits de l'homme*, BN Le29-95, p. 2.

2607 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française*, éd. cit., p. V.

2608 *Le Point du Jour*, II, p. 4.

pernicieuses qui ont obscurci les véritables principes. »²⁶⁰⁹ La déclaration des droits française peut alors être rapprochée de la déclaration d'indépendance américaine²⁶¹⁰. Elle est une forme de déclaration d'indépendance par rapport à l'Ancien Régime.

555. Le préambule finalement adopté prévoit ainsi que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements ». Cette perspective est certainement optimiste puisqu'elle repose sur l'idée qu'il peut être pourvu au bonheur et à la stabilité des bons gouvernements par la simple existence de la déclaration des droits. Cette idée est reprise à la fin du préambule car la déclaration doit permettre que « les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous ». L'idée que la déclaration des droits permettra leur connaissance et leur protection est omniprésente dans les projets de déclaration.

2. La déclaration comme outil performatif et d'instruction : la protection des droits par leur connaissance

556. Pour les patriotes, la protection des droits de l'homme est rendue possible par leur connaissance. La déclaration doit ainsi servir d'outil pour instruire les individus-citoyens. Comme le prévoit le préambule : « cette déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ». Cette idée est défendue par les patriotes favorables à la déclaration et à sa publicité, qui présentent la déclaration comme un outil performatif : déclarer les droits suffirait à les rétablir. La Fayette estime par exemple que :

« la première [utilité pratique d'une déclaration des droits] est de rappeler les sentiments que la nature a gravés dans le cœur d'un chacun ; mais qui prennent une nouvelle force lorsqu'ils sont reconnus partout ; développement d'autant plus intéressant que pour qu'une nation aime la liberté, il suffit qu'elle la connaisse ; pour qu'elle soit libre, il suffit qu'elle le veuille. »²⁶¹¹

La déclaration doit permettre par elle-même le rétablissement de la liberté, l'information des citoyens et l'éducation des générations futures.

557. Beaucoup de projets insistent ainsi sur la nécessité de la publicité et de l'enseignement de la déclaration.

2609 *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants, n° XXII Du 1er au 3 août 1789*, p. 17.

2610 « la France a eu pour exemple l'Amérique. Mais que l'on ne dise pas pour cela que notre déclaration doit être semblable. Les circonstances ne sont pas les mêmes ; elle rompt avec une métropole éloignée ; c'était un peuple nouveau qui détruisait tout pour renouveler tout.

« Cependant il y a une circonstance qui nous rapproche de leur révolution ; c'est que, comme les Américains, nous voulons nous régénérer ; la déclaration des droits est donc essentiellement nécessaire. » *Le Hodey*, II, p. 587.

2611 LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

Rabaut propose ainsi que l'Assemblée ordonne que la « Déclaration sera publiée, imprimée et distribuée gratuitement dans toute l'étendue du Royaume, et dans les Isles et Colonies, afin que tous les Citoyens la connaissent, et qu'ils apprennent à étudier leurs Droits, à les conserver et à les garantir à jamais de toute atteinte »²⁶¹². Durand de Maillane suggère qu'elle soit « affichée dans les villes, dans les tribunaux, et même dans les églises »²⁶¹³ et estime qu'un « peuple qui a perdu ses principes, et qui réclame la restitution de ses droits imprescriptibles, doit les publier »²⁶¹⁴. Le Tiers-état du bailliages de Nemours suggère que la déclaration soit « enregistrée dans tous les Tribunaux, publiée plusieurs fois l'année dans toutes les Églises, insérée dans tous les livres destinés à l'éducation de la première enfance »²⁶¹⁵. Target avance que « Pour former un peuple libre il faut lui apprendre quels sont les droits de la liberté : aucune vérité ne peut jamais lui nuire ; elle lui apprend quels sont ses droits et ses devoirs [...] C'est pour nous, c'est pour nos commettants, et pour les races futures que nous devons graver sur l'airain les principes des lois naturelles »²⁶¹⁶.

La déclaration doit servir de base à l'éducation citoyenne et devenir « le premier alphabet du citoyen »²⁶¹⁷. Le duc d'Orléans, dans son *Instruction*, estime qu'une déclaration est « le vrai moyen de pénétrer la généralité des Citoyens des principes essentiels à toute association humaine, légitime c'est-à-dire, libre »²⁶¹⁸ et recommande qu'on l'enseigne aux classes illettrées « comme on leur enseignent le catéchisme »²⁶¹⁹. Barnave estime également à propos de la déclaration « qu'il faut qu'elle soit simple, à portée de tous les esprits, et qu'elle devienne le *catéchisme national*. »²⁶²⁰

558. Cette idée d'une nouvelle religion civile ne pouvait que déplaire aux conservateurs, et en particulier au clergé. La Luzerne, évêque de Langres et futur membre du comité des cinq, répond à ces arguments tirés de l'éducation : « il y a beaucoup de personnes qui ne seraient pas en état d'entendre les maximes que vous leur présenterez, non que je veuille qu'on tienne le peuple dans l'ignorance, mais je voudrais qu'on l'éclairât par des livres, et non par la loi, ni par la constitution.... »²⁶²¹.

Les craintes des privilégiés et les réserves des clercs ne parvinrent pas à empêcher la déclaration qui était conçue comme assurant, par elle-même, la protection des citoyens²⁶²².

2612 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française*, éd. cit.

2613 *Le Point du Jour*, II, p. 1.

2614 *Le Point du Jour*, II, p. 1-2.

2615 *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit., p. 3.

2616 *Le Point du Jour*, II, p. 4.

2617 Discours de Rabaut. *Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants*, n° XXIX Du 18 au 19, p. 5.

2618 DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 31.

2619 *Ibid.*

2620 *Le Point du Jour*, II, p. 6.

2621 *Le Point du Jour*, II, p. 5.

2622 Elle « doit renfermer des maximes préservatrices qui sont comme le rempart de chaque citoyen, à la faveur duquel

3. La garantie de l'ordre juridique par la déclaration

559. Une fois les individus-citoyens instruits de leurs droits et de leurs devoirs, la déclaration doit permettre d'assurer le respect de l'ordre juridique. Cet argument est avancé par les patriotes en réponse aux craintes des privilégiés. Durand de Maillane estime ainsi que « Le peuple sera plus soumis aux lois en voyant leur origine et leurs principes. »²⁶²³ Dupont, député de Bigorre, avance également : « l'homme obéit à la loi dont il connaît les motifs ; il soumet volontiers sa force et son intelligence, et l'observation de la loi ne lui coûte rien quand il voit dans son obéissance, son bonheur et son devoir »²⁶²⁴. Le comte de Castellane exprime la même idée : « le vrai moyen d'arrêter la licence est de poser les fondements de la liberté : plus les hommes connaîtront leurs droits, plus ils aimeront les Lois qui les protègent »²⁶²⁵.

Ce but d'assurer l'obéissance des individus-citoyens à l'ordre juridique figure dans le préambule de la déclaration finalement adoptée. Il prévoit qu'il est nécessaire de déclarer les droits de l'homme pour que « les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif [...] soient plus respectés ». Cette obéissance est toutefois conditionnelle puisqu'elle dépend de la conformité des actes des pouvoirs publics, au but de toute institution politique, tel qu'il est défini dans la déclaration. La déclaration doit donc guider le législateur et le constituant.

B. La suprématie de la déclaration

La déclaration est considérée comme suprême, elle est un guide pour l'Assemblée (1) et une contrainte pour les pouvoirs publics (2).

1. La déclaration, un guide pour l'Assemblée

Un des arguments en faveur de l'adoption d'une déclaration des droits avant la constitution consiste dans l'idée que cette déclaration est nécessaire pour guider l'Assemblée, tant dans son travail constituant que législatif²⁶²⁶.

Dans son rapport au nom du comité de constitution, Mounier estime qu'une déclaration préalable est nécessaire « pour rappeler constamment le gouvernement au but proposé »²⁶²⁷. La

il se garantit de toutes les oppressions, même de citoyen à citoyen » Discours de Rabaut. *Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants*, n° XXIX Du 18 au 19, p. 4-5.

²⁶²³ *Le Point du Jour*, II, p. 2.

²⁶²⁴ *Le Point du Jour*, II, p. 21.

²⁶²⁵ CASTELLANE, *Précis de l'opinion de M. le comte de Castellane, sur la déclaration de droits, écrit de mémoire après la séance du premier août 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-92, p. 4.

²⁶²⁶ « Mais, en même temps, l'Assemblée entend faire de la Déclaration la première garantie des droits imprescriptibles des Français. [...] Les droits naturels étaient garantis du fait que, déclarés, ils s'imposaient même au pouvoir constituant. » Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932, p. 91.

²⁶²⁷ Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 276.

Fayette estime qu'une des utilités de la Déclaration est « d'exprimer ces vérités d'où doivent découler toutes les institutions, et de devenir, dans les travaux des représentants de la nation, *un guide fidèle qui les ramènera toujours à la source du droit naturel et social* »²⁶²⁸. La déclaration doit donc guider l'Assemblée dans l'établissement de la constitution. Comme l'écrit Clermont-Lodève, « Elle servira à assurer le maintien de cette heureuse Constitution, puisque les Représentants actuels du Peuple Français *ne feront entrer dans cette Constitution rien qui puisse choquer les vérités premières.* »²⁶²⁹ Comme l'écrit Sieyès dans son dernier projet de déclaration, « les Représentants de la Nation Française [...] veulent se présenter à eux-mêmes comme l'objet ou le but qu'ils doivent constamment se proposer et s'efforcer d'atteindre »²⁶³⁰.

La déclaration finalement adoptée prévoit ainsi un ensemble de règles concernant la constitution et la manière de l'établir²⁶³¹.

560. La déclaration doit guider l'Assemblée dans son travail constituant, mais également dans son travail législatif. Une fois les droits proclamés dans la déclaration, les constituants-législateurs doivent donc se livrer à un inventaire du droit positif et ne conserver que ce qui est conforme à la déclaration²⁶³². Barnave déclare ainsi :

« La déclaration des droits a deux utilités pratiques ; la première est de *fixer l'esprit de la législation* : afin qu'elle ne varie plus à l'avenir ; la seconde est de *diriger les Représentants de la Nation dans la composition de toutes les Lois*, dans tous les détails de la législation dont le complément ne peut être que l'ouvrage du temps. »²⁶³³

La déclaration doit donc fixer le cadre de la législation que les constituants-législateurs doivent adopter et les lie également pour l'avenir. La déclaration doit servir à « guider leur marche »²⁶³⁴. Les déclarations de droits « forment par là un code moral et politique, non seulement propre à rappeler le Gouvernement au but de son institution, mais à indiquer et provoquer

2628 Nous soulignons. LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit., p. 4.

2629 CLERMONT-LODÈVE, *Opinion de M. le marquis de Guilhem Clermont-Lodève, au sujet de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2630 SIEYÈS, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 5.

2631 Voir *infra*, ce chapitre, Section 1, § 2, B.

2632 « Les Représentants de la Nation Française assemblés en forme de convention, ont reconnu que les pouvoirs à eux donnés par leurs Concitoyens, leur imposaient quatre obligations principales :

« 1°. De reconnaître et d'exposer les droits principaux des hommes en société, et les principes fondamentaux qui doivent servir de base à tous les Gouvernements. [...]

« 3°. De maintenir dans l'ordre actuel tout ce qui n'est pas contraire à ces principes, et qui ne blesse aucun de ces droits.

« 4°. De rétablir l'ordre, corriger les abus dans toutes les parties de la Justice, de l'Administration et des Finances. »

DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, éd. cit., p. 1-2.

2633 *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants n° XXII Du 1er au 3 août 1789*, p. 17. Voir aussi *Le Point du Jour*, II, p. 5.

2634 *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants n° XXII Du 1er au 3 août 1789*, p. 12.

constamment le degré de perfection dont l'état peut être susceptible »²⁶³⁵. La déclaration est alors souvent présentée comme une contrainte pour les pouvoirs publics établis par la constitution.

2. La déclaration, une contrainte pour les pouvoirs publics

561. Duport exprime clairement cette idée, à l'occasion du débat sur les articles 7 à 9 de la Déclaration : « La déclaration des droits est le premier rempart que nous devons opposer à ces abus ; elle sera pour le Législateur, pour le Magistrat, pour le Juge, ce qu'est la loi pour le Citoyen »²⁶³⁶ ; « elle lui montrera le terme des peines là où elles cessent d'être nécessaires ; tout le reste est une violation des droits de l'homme »²⁶³⁷. La déclaration est bien conçue comme une loi à laquelle doivent se soumettre l'ensemble des pouvoirs publics, tant ceux chargés de faire la loi que ceux qui l'exécutent. Mounier craint d'ailleurs que la déclaration ne soit un carcan trop serré et affirme « que la déclaration des droits étant le guide du législateur, on ne devait pas employer des expressions qui puissent le gêner »²⁶³⁸. De Ladébat souligne : « Le pouvoir législatif ayant pour règles l'ordre et la justice, il ne doit jamais s'écarter des droits de l'homme en société. »²⁶³⁹ Cette crainte d'entraver l'action explique les nombreuses dispositions de la déclaration réservant la compétence du législateur pour limiter ou régler un droit qu'elle énonce (art. 4, 7, 8, 10, 11 et 17 de la Déclaration)²⁶⁴⁰.

562. La déclaration, en fixant les principes valables pour toute constitution, encadre partiellement l'exercice des fonctions de législation et d'exécution des lois²⁶⁴¹. La déclaration doit donc fixer « les limites dans lesquelles ils [les pouvoirs constitués] doivent être renfermés »²⁶⁴². Elle doit rappeler ses devoirs au pouvoir exécutif²⁶⁴³ et « empêcher les abus du corps législatif »²⁶⁴⁴. Elle doit être « le code des législateurs même »²⁶⁴⁵. La déclaration fixe finalement les limites dans lesquelles peuvent

2635 PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2636 Nous soulignons. *Courrier de Provence*, II, p. 258.

2637 *Le Point du Jour*, II, p. 192-193.

2638 *Le Point du Jour*, II, p. 182.

2639 LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2640 *Le Courrier de Provence* relève ainsi : « l'Assemblée se trouve aujourd'hui très peu avancée. Chaque pas qu'elle va faire dans l'exposition des droits de l'homme, on la verra frappée de l'abus que le Citoyen en peut faire ; souvent même la prudence le lui exagérera. De-là ces restrictions multipliées, ces précautions minutieuses, ces conditions laborieusement appliquées à tous les articles qui vont suivre ; restrictions, précautions, conditions qui substituent presque partout des devoirs aux droits, des entraves à la liberté, et qui empiétant, à plus d'un égard sur les détails les plus gênants de la législation, présenteront l'homme lié par l'état civil, et non l'homme libre de la nature. » *Courrier de Provence*, II, n° XII, p. 256.

2641 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, D.

2642 *Le Hodey*, III, p. 12.

2643 « Les causes de ses désordres tiennent à l'ignorance du peuple, à l'oubli des devoirs de la part du pouvoir exécutif » Volney, *Le Hodey*, III, p. 17.

2644 DUPORT, *Le Hodey*, III, p. 26.

2645 BARRÈRE DE VIEUZAC, *Le Hodey*, III, p. 93.

agir le législateur et les organes chargés d'exécuter la loi²⁶⁴⁶.

L'idée que la déclaration lie les pouvoirs publics est reprise dans le préambule de la déclaration définitive qui prévoit que « les actes du pouvoirs législatif, et ceux du pouvoir exécutif [peuvent] être comparés avec le but de toute institution politique ». Cette forme passive permet de laisser ouverte la question des personnes habilitées à opérer cette comparaison, ce contrôle de conformité des actes des pouvoirs publics aux principes fixés dans la déclaration. De même, le préambule prévoit que les Citoyens peuvent fonder leurs « réclamations » sur les « principes simples et incontestables » de la déclaration, mais là encore, les institutions ou personnes auxquelles ces réclamations seraient présentées ne sont pas désignées dans la déclaration.

Si le caractère relativement contraignant de la déclaration semble admis, la question de la sanction des normes qu'elle contient reste largement ouverte.

C. Une sanction incertaine : quelle garantie pour la déclaration ?

563. La déclaration est considérée comme obligatoire, mais la sanction de sa violation n'est pas juridiquement organisée. Le non-respect des droits de l'homme par le législateur ou le constituant est dépourvu de sanction claire. Les discours alternent entre impossibilité pour le législateur de s'en écarter (2) et l'appel au peuple (1).

1. Sanction par les citoyens et la nation : revendications et résistance à l'oppression

564. La déclaration est considérée comme nécessaire pour guider l'action du législateur-constituant, mais elle doit également permettre de juger son ouvrage. Cette idée est par exemple évoquée par Montmorency qui estime que « Les Représentants du Peuple [...] doivent à leur Commettants *qui ont à connaître et juger leurs motifs*, [...] une déclaration des droits de l'homme et du Citoyen »²⁶⁴⁷. Le d'Antraigues a une position similaire et estime que les constituants ne doivent pas cacher au peuple « les principes qui guident leurs travaux » car « Ce serait [...] *lui ravir les moyens de nous juger*, et nous ne devons pas couvrir nos bienfaits du voile du despotisme. »²⁶⁴⁸ Le même point de vue est adopté par Dêmeunier qui reconnaît au peuple le droit de juger les travail des constituants²⁶⁴⁹. Ils imaginent donc une forme de contrôle de conformité entièrement décentralisé remis entre les mains des citoyens. Rabaut affirme à cet égard que la déclaration doit

2646 Voir *infra*, ce chapitre, Section 3, § 3.

2647 Discours de MONTMORENCY, *Lettre du Comte de Mirabeau à ses commettants*, n° XXII, Du 1er au 3 août 1789, p. 12.

2648 Nous soulignons. *Le Point du Jour*, II, p. 13.

2649 « La déclaration contiendra les vrais principes de l'homme et du citoyen.

« Les articles de la constitution n'en seront que les conséquences naturelles.

« Autrement ce serait exiger du peuple une foi aveugle qu'il ne nous doit pas : c'est lui ravir le moyen de nous juger ; c'est aller contre une vérité éternelle, puisqu'à lui seul appartient le droit de nous juger. » *Le Hodey*, II, p. 335.

« servir de type de modèle, d'après lequel chacun puisse juger si les lois qu'on lui donne sont bonnes ou ne le sont pas »²⁶⁵⁰.

565. Cette idée ne manque pas d'inquiéter les conservateurs, pour qui la déclaration ne protège rien ni personne puisqu'elle contient des idées qui doivent guider la raison et non des droits opposables pour les citoyens. Le marquis de Sillery souligne en ce sens que :

« si l'on ne rappelle point aux peuples ce frein sacré et si nécessaire [la religion], que vous isolez pour ainsi dire, chaque citoyen, *qu'il devient le juge absolu de sa propre cause* ; et pesez bien dans votre sagesse, Messieurs, *l'innombrable quantité d'opinions et de volontés que vous aurez à combattre*. La confusion sera extrême, *si vous laissez aux hommes la liberté de faire un pareil calcul* »²⁶⁵¹

Les conservateurs sont inquiétés par le danger que représente une telle autorisation d'insurrection énoncée par le pouvoir lui-même. Ils n'ont pas l'optimisme des patriotes qui pensent que leur législation peut bénéficier d'une meilleure obéissance car elle est fondée sur les droits de l'homme.

566. La manière dont le peuple formulerait ces réclamations reste d'ailleurs largement indéterminée. Barrère estime par exemple que la déclaration « sera, enfin, la règle de la liberté publique, et si le pouvoir législatif pouvait jamais s'égarer ou se corrompre, le peuple dont ce pouvoir émane, comme tous les autres, le rappellera sans cesse à cette déclaration, comme à une source dont les eaux ne peuvent être corrompues »²⁶⁵². Ce rappel à la déclaration opérerait ainsi, comme par magie, une soumission du législateur.

Champion de Cicé, dans le rapport qu'il présente au nom du comité de Constitution, avance une idée similaire. Il estime que la nation pourra, grâce à la déclaration, s'assurer du respect par les constituants des principes tirés du droit naturel et que cette dernière permettrait de dénoncer aux citoyens la violation de ces principes²⁶⁵³. Néanmoins, aucune modalité précise n'est offerte à la nation et aux citoyens pour faire respecter leurs droits. Certains conservateurs ironisent alors sur le

2650 *Lettre du Comte de Mirabeau à ses Commettants, Du 18 au 19*, p. 4.

2651 Nous soulignons. SILLERY, *Opinion de M. le marquis de Sillery, relative à la déclaration des droits de l'homme*, BN Le29-95, p. 5.

2652 BARRÈRE DE VIEUZAC, *Le Hodey*, III, p. 93.

2653 « Vous avez voulu qu'à chaque instant, la nation que nous avons l'honneur de représenter, *pût y rapporter, en rapprocher chaque article de la Constitution, dont elle s'est reposée sur nous, s'assurer de notre fidélité à s'y conformer*, et reconnaître l'obligation et le devoir qui naissent pour elle de se soumettre à des Lois qui maintiennent inflexiblement tous ses droits. Vous avez senti que ce serait pour nous une *garantie continuelle contre la crainte de nos propres méprises*, et vous avez prévu que si, dans la suite des âges, une puissance quelconque tentait d'imposer des lois qui ne seraient pas une émanation de ces mêmes principes, ce type originel et toujours subsistant, *dénoncerait à l'instant à tous les Citoyens, ou le crime ou l'erreur*. » Nous soulignons. *Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, annexe, PV AN n° 33*, p. 5.

caractère illusoire de la fonction protectrice de la déclaration²⁶⁵⁴.

567. D'autres discours formulent plus clairement l'idée d'une résistance à l'oppression²⁶⁵⁵ ; ils la mêlent souvent à un simple droit de remontrance. Le compte d'Antraigues affirme par exemple :

« Les peuples, quand la tyrannie les persécutent et les écrasent, usent de leur force, et recouvrent leur liberté. [...] La déclaration est indispensable afin que si le ciel, dans sa colère, nous punissait une seconde fois du fléau du despotisme, on pût au moins montrer au tyran l'injustice de ses prétentions, ses devoirs et les droits de ses peuples. »²⁶⁵⁶

Les modalités de l'exercice de ce droit de résistance ne sont pas clairement définies. Un projet de déclaration prévoit que la déclaration permet aux « Membres du Corps social, connaissant leurs droits et leurs devoirs » d'« arrêter à chaque instant ceux qui pourraient s'en écarter »²⁶⁵⁷.

Pour le compte de Castellane, il est nécessaire que la nation connaisse ses droits pour pouvoir les défendre, c'est ainsi qu'il disqualifie l'action des parlements : « le Peuple seul peut faire respecter les Lois. Que pouvaient les Parlements, ces soi-disant Gardiens de notre prétendue Constitution ; que pouvaient-ils contre les coups d'autorité, dont ils éprouvaient eux-mêmes les funestes effets ? »²⁶⁵⁸ La déclaration, instruisant le peuple, doit permettre à ce dernier de faire respecter les lois faites par les Représentants de la Nation²⁶⁵⁹.

568. Qu'ils reconnaissent un droit de résistance, de remontrance ou simplement de jugement, certains constituants admettent une forme de contrôle décentralisé de l'action du constituant et des pouvoirs constitués. Les modalités de ce contrôle de validité ne sont toutefois pas organisées. La déclaration fait de chaque individu-citoyen le juge des actes des pouvoirs publics mettant en place un contrôle entièrement décentralisé. L'opposition aux actes du pouvoir constituant ou des pouvoirs constitués n'est pas juridiquement organisée. Certains envisagent que la déclaration n'entre en

2654« Inutilement a-t-on dit que si, dans l'avenir un tyran venait à déroger à la loi, du moins la déclaration des droits naturels subsistant toujours pourrait l'arrêter, et servirait à nos neveux de témoignage de notre sagesse. Le tyran qui mettrait sous les pieds la loi foulerait de même une vaine déclaration ». Delandine, *L'an 1 des droits de l'homme*, éd. cit., p. 108.

2655Voir sur ce point, Éric DESMOND, « Droit de résistance et histoire des idées » in *Pouvoirs*, n° 155, Le Seuil, 2015, p. 29-40 ; Éric DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, L.G.D.J., 1994.

2656*Le Hodey*, II, p. 339-340.

2657SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 1.

2658*Précis de l'opinion de M. le comte de Castellane, sur la déclaration de droits, écrit de mémoire après la séance du premier août 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-92, p. 3.

2659« Que pourraient mêmes les Représentants de la Nation contre les futurs abus qui s'introduiraient dans l'exercice du Pouvoir exécutif, si le Peuple entier ne voulait faire respecter les Lois qu'ils auraient promulguées ? » *Ibid.*

« Il faut déclarer quels sont nos droits ; il faut qu'ils soient connus de toute la nation. C'est alors que le peuple les défendra ; comment, les parlements, qui ne pouvaient pas se soustraire eux-mêmes aux lettres de cachet, auraient-ils pu être les gardiens de nos libertés ? » *Le Point du Jour*, II, p. 3.

vigueur qu'après une ratification par le peuple, mais ce parti est minoritaire²⁶⁶⁰.

En outre, l'hypothèse d'une résistance institutionnelle, telle que celle menée par les parlements²⁶⁶¹ ou la noblesse²⁶⁶² est exclue dans le nouvel ordre juridique qui ne reconnaît plus d'intermédiaire entre l'individu et l'État.

Hors de la résistance à l'oppression par la révolution, le respect de la déclaration est donc nécessairement délégué aux pouvoirs constituant et constitués.

2. Sanction par les pouvoirs publics : l'auto-limitation et l'effet performatif de la déclaration

569. La Déclaration doit guider l'action du législateur et du constituant. Certains députés soulignent ainsi la nécessité de ne faire entrer dans la constitution que des principes conformes à la déclaration. Clermont-Lodève affirme par exemple qu'« Elle mettra, en faveur de nos Descendants, cette *Constitution à l'abri des erreurs qui pourraient s'y glisser*, puisqu'en tout temps on pourra *comparer les projets de Lois à faire à la présente Déclaration des Droits*, qui servira à faire rejeter celles qui donneraient atteinte aux principes. »²⁶⁶³ Le futur constituant devrait ainsi opérer un contrôle de conformité des nouvelles dispositions constitutionnelles à la déclaration, mais aucun dispositif ne semble prévu pour assurer le respect de cette obligation.

570. Le Tiers-État du bailliage de Nemours avait imaginé d'assurer le respect de la déclaration par un serment et prévoyait « que nul ne puisse être reçu ni installé dans aucune charge, place, ou office de Judicature, de Magistrature, ou d'Administration, sans avoir en présence de la Compagnie ou de l'Officier qui le recevra, répété de mémoire cette Déclaration, et fait serment d'y conformer sa conduite. »²⁶⁶⁴ Le serment à la constitution fut finalement adopté pour les citoyens²⁶⁶⁵, les représentants de la nation²⁶⁶⁶ et le Roi²⁶⁶⁷, mais il n'existe pas de serment séparé à la déclaration.

571. Là encore, les constituants s'en remettent souvent à l'effet performatif de la déclaration qui empêcherait, par elle-même, que le législateur ne s'en éloigne. L'*Instruction* du duc d'Orléans prévoit ainsi que la déclaration « marque au Corps législatif le but social pour lequel il est créé et

2660 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

2661 Voir par exemple, Jean ÉGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970.

2662 Voir par exemple, Arlette JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989.

2663 Nous soulignons. CLERMONT-LODÈVE, *Opinion de M. le marquis de Guilhem Clermont-Lodève, au sujet de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2664 *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit., p. 3-4.

2665 « Article 5. - Le serment civique est : *Je jure d'être fidèle à la Nation à la loi et au roi et de maintenir de tout mon pouvoir la Constitution du Royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante aux années 1789, 1790 et 1791.* » Titre II et Art. 2, sect. II, Chap. 1^{er}, Titre III, Constitution 1791.

2666 Art. 6, sect. V, Chap. 1^{er}, Titre III, Constitution 1791.

2667 Art. 4, Sect. I^{ère}, Chap. 2, Titre III, Constitution 1791.

organisé ; elle lui laisse tout pouvoir, toute force, pour y aller d'un pas ferme, et en même temps elle l'entoure de précautions, telles, *qu'il n'a ni pouvoir ni force au moment où il voudrait sortir de la route qui lui a été tracée* »²⁶⁶⁸.

572. Après l'adoption de la déclaration, à l'occasion de débats sur la répartition des compétences entre le Roi et l'Assemblée, les députés invoquent, par exemple, l'article 3 de la déclaration²⁶⁶⁹. Ils considèrent la déclaration comme une règle supérieure, s'imposant à eux à l'occasion du travail constituant. L'idée que les normes qu'elle pose les contraignent n'est jamais remise en cause à l'occasion de ces invocations. Le problème qui se pose est celui de l'interprétation de la déclaration, et non de son caractère contraignant.

Ce problème d'interprétation est d'ailleurs souligné par le Roi lui-même, le 5 octobre, lorsqu'il écrit à l'Assemblée que la déclaration « contient de très bonnes maximes, propres à guider vos travaux ; mais des principes susceptibles d'applications, et même d'interprétations différentes, ne peuvent être justement appréciés, et n'ont besoin de l'être qu'au moment où leur véritable sens est fixé par les Lois auxquels ils doivent servir de première base. »²⁶⁷⁰

573. Les obligations contenues dans la déclaration sont ainsi réduites à des obligations morales, car elles sont dépourvues de sanction juridiquement organisée. La sanction de la déclaration se déplace alors davantage sur le terrain de la légitimité, puisque les députés acceptent de lier la légitimité de leur action et de celles des pouvoirs constitués au respect de la déclaration.

574. L'idée d'un droit naturel, tiré de la raison, supérieur et antérieur à l'ordre positif, qui a progressivement dominé l'ensemble du discours politique au cours de la Prérévolution, trouve sa consécration dans l'adoption d'une déclaration des droits séparée de la constitution. La déclaration, comme acte codifiant la constitution naturelle, permet d'affirmer la suprématie du droit naturel sur le droit positif. Particulièrement, lorsque cette déclaration est arrêtée et publiée antérieurement à la constitution. L'ordre politique, le Roi, comme les représentants, de la nation ne tiennent leur autorité que du droit naturel, commun à toutes les sociétés.

L'adoption de la Déclaration avant la constitution consacre également le primat de l'individu sur l'ordre politique et celui de la communauté, la société, sur le gouvernement. La perspective individualiste d'une constitution ayant pour fonction de garantir les droits des individus

2668DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 31.

2669L'article 3 est invoqué à propos du débat sur la sanction royale. *Le Hodey*, III, p. 242, 262 et sur le débat sur le pouvoir législatif *Le Hodey*, IV, p. 131-134.

2670PV AN n° 92, p. 4.

libres et égaux composant la société est consacrée juridiquement.

Une fois avancée la suprématie de la déclaration, son caractère d'idéal, et ainsi sa capacité à guider l'action politique, la question de la sanction de cette nouvelle norme est posée. Alors, les constituants rencontrent un problème similaire à celui qu'avaient rencontré les théoriciens jusnaturalistes et, avant eux, les monarchomaques : que faire si le gouvernement, au sens large, ne se conforme pas à l'idéal fixé ? D'une part, permettre à la société-nation, qui prend corps dans la collectivité des citoyens, de juger en permanence le travail de ses Représentants, rend impossible l'institution d'un ordre politique stable qui constitue pourtant une des conditions de réalisation du projet social. De l'autre, obliger les citoyens à se soumettre à un ordre politique qui n'est pas conforme à l'idéal revient à les soumettre à la tyrannie. La solution proposée par Lawson et Locke interdit la remise en cause de l'ordre politique institué hors d'un appel au ciel ou de sa dissolution²⁶⁷¹. Les constituants pouvaient alors soit reconnaître un droit perpétuel à la révision de la constitution pour la collectivité de la nation, soit reconnaître un droit perpétuel à la révolution pour les individus-citoyens. Cette dernière solution semble avoir été préférée par eux puisqu'ils consacrent, à l'article 2, le droit de résistance à l'oppression, mais pas de droit de revoir la constitution²⁶⁷².

La déclaration représente la consécration juridique de la constitution naturelle, supérieure à toute les constitutions positives. Les patriotes n'entendent pas s'appuyer sur les principes de la monarchie française, ou de toute monarchie, mais sur les principes de toute société. La constitution de la société, c'est-à-dire de la communauté politique d'individus libres et égaux, prime l'ordre politique de la monarchie.

La publication d'une déclaration définitive et séparée de la constitution impliquait la reconnaissance de la suprématie des principes qui allaient y être consacrés. Cette codification de la constitution naturelle et la reconnaissance de son caractère obligatoire et contraignant n'étaient néanmoins pas assorties d'une sanction juridique. En dehors d'une auto-limitation pouvoir constituant et des pouvoirs constitués ou d'une insurrection populaire, l'effectivité de la constitution naturelle contenue dans la déclaration ne bénéficie d'aucune garantie effective.

L'existence de cette constitution naturelle et de sa suprématie impliquait la reconnaissance de principes valables pour toute société, pour toute constitution, qui s'imposerait aux constituants. Il restait donc à définir le contenu de ces règles et principes encadrant la production d'une constitution positive valide.

2671 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

2672 Voir *infra*, ce chapitre Section 3, § 1, B.

Les concepts contenus dans l'article 16 : société, garantie des droits, séparation des pouvoirs et constitution font tous l'objet d'un important débat au sein des patriotes.

Section 2. Société, garantie des droits, séparation des pouvoirs et constitution : des notions interdépendantes et débattues chez les patriotes

575. Après avoir rejeté le rétablissement de la constitution traditionaliste inventée par les conservateurs, les patriotes devaient s'accorder sur la constitution qu'ils voulaient donner à la France et à cette fin sur le concept de constitution. Le démantèlement de l'ordre politique traditionnel, et le rejet des revendications des privilégiés, avaient fédéré les patriotes, mais il leur restait maintenant à s'accorder sur l'avenir à tracer²⁶⁷³. Un débat s'engage alors au sein du parti patriote sur la définition de cette notion.

Les notions de société, de garantie des droits, de séparation des pouvoirs et de constitution sont interdépendantes chez les patriotes. Elles sont définies l'une par l'autre mais ne se réduisent pas les unes aux autres. D'abord, la garantie des droits nécessitait une constitution organisant la séparation des pouvoirs, mais elle ne se réduit pas à l'existence d'une constitution. Elle en est plutôt la raison d'être. Ensuite, si la constitution doit assurer la garantie des droits, sa validité ne se résume pas non plus à cette garantie. La constitution doit garantir les droits, mais elle doit également être adoptée ou ratifiée par la nation et organiser une distribution des fonctions étatiques. Enfin, la séparation des pouvoirs est une exigence commune aux patriotes qui ne se réduit pas à l'exigence d'une distribution du pouvoir politique telle que la garantie des droits est assurée. La séparation des pouvoirs implique d'une part, la distinction des fonctions législative et gouvernementale et, d'autre part, le principe de légalité. Les patriotes peuvent ainsi exiger que les pouvoirs soient distribués de telle façon que l'ordre politique soit stable ou privilégier la maîtrise par la nation de la production des lois.

Si l'exigence de garantie des droits est consensuelle au sein des patriotes (§ 1), il n'en va pas de même des conceptions de la constitution (§ 2) et de la séparation des pouvoirs (§ 3).

§ 1. L'exigence de garantie des droits, un principe consensuel au sein des patriotes

L'exigence de garantie des droits naturels de l'individu-citoyen est consensuelle au sein des patriotes. Elle figure dans la majorité des déclarations des droits. Les patriotes s'accordent ainsi d'abord sur l'idée que le but de la société et du gouvernement est de garantir les droits des

2673« Il ne faut pas croire que la constitution soit faite parce que nous avons *table rase* ; le despotisme n'en a que plus de facilité à s'établir ; il faut nous hâter d'élever un mur qu'il ne puisse pas renverser, il en est temps. Si nous différons, nous pourrons bien régner sur un cimetière, et cette belle et grande nation française, cette nation aimable et bonne, ce peuple sensible et loyal, deviendra une horde de cannibales, jusqu'à ce qu'elle ne soit plus qu'un vil troupeau d'esclaves. Ce sort-là nous est réservé si nous ne régénérons pas l'esprit national par un grand et salutaire mouvement, par une convulsion forte. Il est des choses qu'il est plus aisé de sentir que de rendre, il en est qu'il est plus aisé de voir que d'écrire. » *Duquesnoy*, p. 270.

individus-citoyens (A). Ils estiment ensuite que ces individus ont un droit à la garantie des droits (B). Ils définissent enfin les conditions minimales d'une garantie des droits effective. Ces conditions sont l'existence d'une loi, d'une force publique et d'une constitution (C).

A. La garantie des droits, but de la société et du gouvernement

576. L'idée que la société est créée et le gouvernement institué en vue de garantir les droits naturels des individus est assez courante au XVIII^e siècle.

Elle se trouve chez Hobbes²⁶⁷⁴ et est reprise par les philosophes jusnaturalistes et contractualistes²⁶⁷⁵. En France, cette idée se trouve également chez les physiocrates²⁶⁷⁶ et est même acceptée par le doctrinaire royaliste Moreau²⁶⁷⁷. La société a donc pour origine la nécessité d'assurer les droits naturels de l'homme et institue à cette fin des gouvernements, au sens large.

Les déclarations américaines, qui servirent de modèle pour élaborer la déclaration française, présentent également ce principe. La Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique prévoit « que pour assurer la jouissance de ces droits, les hommes ont établi parmi eux, des Gouvernements »²⁶⁷⁸. Ce principe est repris dans plusieurs déclarations des droits des États²⁶⁷⁹. Les déclarations américaines assignent donc pour but au gouvernement la garantie des droits individuels et la réalisation de l'avantage commun.

577. Les projets de déclaration française partagent cette conception du but de la société et du gouvernement.

L'ordre de travail proposé par Mounier le 9 juillet prévoit : « Tout gouvernement doit avoir pour unique but le maintien du droit des hommes »²⁶⁸⁰. Les divers projets de déclaration reprennent également l'idée que le but de la société, et donc de l'établissement d'un gouvernement, au sens

2674 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §2.

2675 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §3.

2676 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, §3.

2677 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, §2, B.

2678 *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, Philadelphie, Paris, 1783, p. 420.

2679 Préambule de la Constitution du Massachusetts : « Le but de l'institution, du maintien et de l'administration d'un Gouvernement, est d'assurer l'existence du Corps Politique, de le protéger, et de procurer aux individus qui le composent la faculté de jouir en sûreté, et avec tranquillité de leurs droits naturels, et d'une vie heureuse » *Ibid.*, p. 14.

Article VII, Déclaration des droits des Habitants de la République de Massachusetts : « Le Gouvernement est institué pour le bien commun, pour la protection, la sûreté, la propriété et le bonheur du Peuple » *Ibid.*, p. 21.

Article III, Déclaration des droits de Virginie et article V, Déclaration des droits de Pennsylvanie « Le Gouvernement est, ou doit être institué pour l'avantage commun, pour la protection et la sûreté du peuple, de la nation ou de la communauté » *Ibid.*, p. 190 et p. 308.

Articles I^{er}, Déclaration des droits et des principes fondamentaux de l'État de Delaware et Déclaration des droits arrêté par les Délégués du Maryland, « Tout Gouvernement [...] est institué pour l'avantage commun » *Ibid.*, p. 223 et p. 252.

2680 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 276.

d'ordre politique, est d'assurer les droits des individus-citoyens. Cette idée se trouve dans les déclarations et les discours présentant la déclaration comme le guide de l'Assemblée²⁶⁸¹, mais elle est également souvent exprimée comme un des premiers principes consacrés dans les déclarations.

Terme, député d'Agen, affirme au début de son projet de déclaration :

« Si c'est pour se procurer mutuellement par leur union un usage plus libre, plus assuré et plus étendu de leurs facultés respectives, que les hommes s'unissent et se lient en société – l'objet suprême, le but absolu de toute société doit donc être de maintenir et de protéger les intérêts et les droits particuliers de chaque membre, de faire qu'il jouissent paisiblement et sans trouble des avantages qui leur sont propres et qui peuvent résulter d'une union réciproque. »²⁶⁸²

Le *Préliminaire* de Sieyès, prévoit que « toute union sociale, et par conséquent toute constitution politique, ne peut avoir pour objet que de manifester, d'étendre et d'assurer les *droits de l'homme et du citoyen* »²⁶⁸³. Cette formule est reprise pas le comte de Custine dans sa déclaration²⁶⁸⁴ et par de la Borde dans son projet de préambule de la déclaration présenté le 20 août²⁶⁸⁵. La déclaration du sixième bureau dispose que « le but de toute société est de maintenir cette double relation [des droits et des devoirs] »²⁶⁸⁶. Cette formule est reprise par Sinety²⁶⁸⁷. La déclaration du sixième bureau prévoit également dans son préambule que « l'homme, pour être libre, ne s'est soumis au régime d'une société politique, que pour mettre ses droits naturels sous la protection d'une force commune »²⁶⁸⁸. Malouet, dans son projet de constitution, estime également : « en devenant Membre d'une Société politique, son intention [de l'homme] a été de mettre ses droits naturels sous la protection d'une force commune »²⁶⁸⁹. Une formule similaire se trouve chez Rabaut qui considère que « le but de l'association commune est de mettre tous ces droits, pour chacun, sous la sauvegarde de tous ; et c'est ce qu'on appelle *sûreté* »²⁶⁹⁰. Gouges-Cartou reprend la même formulation dans son projet²⁶⁹¹. Une déclaration anonyme prévoit « Le premier but de toute

2681 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3, B, 1.

2682 TERME, *Droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2683 SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 3.

2684 CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2685 « Le but de toute société est de manifester, d'étendre et d'assurer les droits de l'homme et du citoyen » *Le Hodey*, III, p. 12.

2686 *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit., p. 2.

2687 « La double relation des droits et des devoirs mutuels ne peut être maintenue que par les lois : c'est donc le respect seul pour les lois, qui peut assurer les droits du Citoyen, et lui rendre chers ses devoirs. » SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit., p. 6.

2688 *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit., p. 1.

2689 MALOUEU, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 4.

2690 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 3.

2691 « Art. 7. Dans l'état de Nature, chacun, pour le maintien et la défense de ses droits, n'a pu faire usage que de sa propre force, qui le plus souvent a dû être insuffisante. De là l'intérêt commun qu'ont eu les hommes de se réunir en société, c'est-à-dire de mettre les droits de chaque individu sous la protection et la sauvegarde de tous. » GOUGES-

société est d'assurer aux hommes qui la composent l'exercice de leurs droits naturels » et « La constitution n'est faite que pour le plus grand avantage de la Nation »²⁶⁹². La déclaration de Thouret précise : « Les hommes sont réunis en société pour se garantir réciproquement l'exercice de leurs facultés et de leurs droits »²⁶⁹³. Le projet de Pison du Galland prévoit : « Toute association politique est formée pour la protection égale et commune de la vie, la liberté et la propriété de tous les Membres qui la composent. »²⁶⁹⁴

La très grande majorité des projets de déclaration, quelle que soit la tendance politique à laquelle appartenaient leurs auteurs, ont en commun la reconnaissance d'un même objectif pour l'établissement de la société et du gouvernement : la garantie des droits des individus. Cette idée se trouve d'ailleurs consacrée dans la déclaration définitive à l'article 2 qui prévoit que « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. » À la demande de conservation des droits et privilèges des Ordres, des corps et des provinces, les patriotes répondent par l'exigence de conservation des droits naturels des individus-citoyens.

578. Certains assignent également au gouvernement l'objectif de procurer le bonheur, le bien commun ou de permettre la réalisation des facultés des membres de la société.

La déclaration de Pétion de Villeneuve prévoit : « Le but de toute association doit être de procurer aux individus qui la composent, la plus grande somme de bonheur, de liberté et de sûreté. »²⁶⁹⁵ La déclaration de Nioche présente une idée similaire : « IV. Si l'homme est né pour vivre en Société, l'Auteur de toute sagesse a donc voulu que la Société fût instituée pour faire le bonheur de sa créature. V. Le pacte social que les hommes font entr'eux, doit donc avoir pour fin le bonheur de tous ; ainsi, loin de gêner la liberté individuelle de ceux qui l'on formé, il doit donc, au contraire, l'étendre et la protéger. »²⁶⁹⁶ La déclaration de Mounier prévoit que : « Tout Gouvernement doit avoir pour but la félicité générale. »²⁶⁹⁷ La déclaration présentée par le comité de constitution reprend cette formule et précise : « Tous les hommes ont un penchant invincible vers la recherche du bonheur ; c'est pour y parvenir par la réunion de leurs efforts, qu'ils ont formé des Sociétés et établi des Gouvernements. »²⁶⁹⁸ Crénière estime également que « le but de toute Société

CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2692 *Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2693 THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société par M. Thouret*, Versailles, Baudouin, BN Le29-1958.

2694 PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2695 PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2696 NIOCHE, *Déclaration des droits de l'homme vivant en société, par M. N... [Nioche]*, Député de Touraine, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Archives nationales, CARAN, Paris, série AD/XVIIIc/I, pièce 15.

2697 MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 1-2.

2698 MOUNIER, *Projet des premiers articles de la constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789 par M. Mounier, membre du comité chargé du plan de constitution*, Baudouin, 1789, BN Le29-82, p. 1-2.

bien ordonnée » est « le bonheur de tous et de chacun des Membres qui la composent » et que « l'objet de la Constitution doit être d'assurer les droits individuels »²⁶⁹⁹. Target et Thoret réduisent le bonheur à l'exercice des droits naturels²⁷⁰⁰. Un projet anonyme dispose que « Le but de toute Société doit donc être de donner aux hommes le bonheur par la liberté »²⁷⁰¹.

D'autres, adoptent la notion plus englobante de bien commun. La déclaration de La Fayette prévoit ainsi que « tout Gouvernement a pour but unique le bien commun »²⁷⁰². La déclaration du comte de Custine dispose que « l'objet d'une société politique ne peut être que le plus grand bien de tous »²⁷⁰³ et que « Tous les pouvoirs publics émanent de la Nation, et n'ont pour objet que l'intérêt de la Nation »²⁷⁰⁴. Bouche estime dans sa *Chartre* que « la Société est imparfaite, si elle n'a pas pour but le bien de tous les associés en général, et de chacun en particulier »²⁷⁰⁵. Thouret, dans son *Analyse*, estime que : « La Nature a mis dans le cœur de l'Homme le besoin et le désir impérieux du bonheur. / L'état de *Société Politique* le conduit vers ce but, en réunissant les forces individuelles pour assurer le bonheur commun. »²⁷⁰⁶ La déclaration de Boislandry dispose que « le Gouvernement a pour but la félicité générale »²⁷⁰⁷.

D'autres encore, estiment que le but de la société est la perfection des facultés physiques et morales. Duquesnoy déclare ainsi :

« C'est à mon avis une erreur de prétendre que le but de toute Société est le bonheur des individus qui la composent : je crois que le bonheur est la conséquence, la suite de la réunion des hommes en Société ; mais je crois que leur but principal est la plus grande perfection de leurs facultés physiques et morales »²⁷⁰⁸

Il semble toutefois isolé dans cette opinion puisque les autres députés évoquant l'exercice des facultés physiques et morales des citoyens comme but de la société, l'associent souvent au bonheur. Brissot écrit par exemple : « il faut définir le mot liberté : on entend par là, le droit qu'a

2699CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 2.

2700« Art. 1er Les Gouvernements ne sont institués que pour le bonheur des hommes ; bonheur qui, appliqué à tous, n'exprime que le plein exercice des droits naturels. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« § I. Le but de toute association est le bonheur des Associés. / § II. Le bonheur des Associés consiste dans la jouissance des droits de l'homme, tant absolus, que conditionnels. » THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit., p. 1.

2701Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. *Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, éd. cit.

2702Motion de M. le Marquis de la Fayette, relativement à la Déclaration des droits, *PV AN*, I, p. 293.

2703Art. 1er. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2704Art. XXVIII. *Ibid.*

2705Art. 4. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution Française dans ses Objets fondamentaux, proposée à l'Assemblée Nationale, par Charles-François Bouche, Avocat au Parlement, et Député de la Sénéchaussée d'Aix, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-122.*

2706THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 1.

2707Art. 64. BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2708DUQUESNOY, *Opinion de M. Duquesnoy, Sur les Projets de Déclaration de Droits*, éd. cit.

tout homme de développer, pour son bonheur, ses facultés physiques, morales, intellectuelles »²⁷⁰⁹. La déclaration du sixième bureau prévoit « Pour assurer sa conservation et se procurer le bien-être, chaque homme tient de la nature des facultés ; c'est dans le plein et entier exercice de ces facultés que consiste LA LIBERTÉ. »²⁷¹⁰

Le bonheur et l'exercice des facultés des citoyens sont donc des buts subsidiaires de la société et du gouvernement, mais ils sont le plus souvent associés au but d'assurer la garantie des droits des individus. La déclaration finalement adoptée se réfère bien au « bonheur de tous » dans son préambule, mais ne le consacre pas comme un but de la société.

B. Le droit à la garantie des droits

579. Désigner la garantie des droits naturels comme cause de la création de la société a trois implications. D'abord, la société est finalisée par ce but et a une obligation de protection à l'égard des associés (1). Ensuite, les associés ont individuellement et collectivement un droit subjectif à la protection par la société. Enfin, ils ont en retour une obligation d'obéissance aux règles fixées par la société (2).

1. La garantie des droits, un devoir de la société et du gouvernement

580. La garantie des droits est formulée comme une obligation positive s'imposant à la société et au gouvernement, et aux pouvoirs publics agissant pour son compte et en son nom. Beaucoup de projet de déclaration formulent ainsi la garantie des droits comme un devoir de la société.

Le projet de de Ladébat prévoit par exemple : « Pour défendre les propriétés, pour assurer la tranquillité, l'ordre social doit empêcher la violation des droits, et maintenir l'accomplissement des devoirs. »²⁷¹¹ Le projet de déclaration du Tiers-État du bailliage de Nemours prévoit que « Tout homme doit être protégé par les autres hommes et par le Corps entier de la Société, contre toute atteinte à sa liberté, à sa propriété ou à sa sûreté »²⁷¹². Le premier et le second projets de Sieyes présentent une idée similaire : « La liberté, la propriété et la sécurité des citoyens doivent reposer sous une *garantie sociale supérieure à toutes les atteintes*. »²⁷¹³ Cette formulation est reprise par Custine et par Gouges-Cartou dans leurs déclarations²⁷¹⁴. Le projet de Mounier exprime la même

2709 BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit.

2710 *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit., p. 2.

2711 Art. 17. LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2712 *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit.

2713 Nous soulignons. SIEYES, *Preliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 27 ; Art. 11. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2714 Art. IX. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit. ; Art. 47. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

idée : « Le Gouvernement *doit protéger les droits* et prescrire les devoirs. [...] Il *doit surtout garantir les droits imprescriptibles qui appartiennent à tous les hommes*, tels que la liberté, la propriété, la sûreté, le soin de son honneur et de la vie, la libre communication de ses pensées, la résistance à l'oppression. »²⁷¹⁵ Cet article est repris dans le projet qu'il présente au nom du comité de constitution²⁷¹⁶. Thouret énonce une « obligation de garantir la *liberté*, la *propriété*, et l'*égalité individuelles* »²⁷¹⁷. Sa déclaration prévoit que « le corps social doit cette garantie à chacun de ses membres »²⁷¹⁸. Un projet anonyme dispose : « Mais loin de porter atteinte aux droits que l'Homme a reçu du Ciel, la Société *doit au contraire les garantir immuablement et efficacement*, à la condition unique de les respecter dans autrui. »²⁷¹⁹ Une idée similaire se trouve dans le projet de Bouche : « En se dégageant des mains de la simple Nature pour vivre en société, l'homme n'a point renoncé à sa liberté ; [...] ce qu'il a perdu de sa liberté, la Société s'est obligée de le lui rendre en protection. »²⁷²⁰ Dans ses *Idées sur les bases de toute constitution*, Rabaut précise : « la Société doit donc donner à chaque Homme une jouissance plus assurée de tous les droits qu'il y apporte. »²⁷²¹

L'idée d'une obligation de la société de garantir les droits naturels et sociaux est omniprésente dans les déclarations des patriotes, quel que soit leur positionnement politique. Cette obligation de protection de la société fait naître, à l'égard de l'individu-citoyen, d'une part, un droit subjectif à la garantie de ses droits qui s'accompagne, d'autre part, d'une obligation d'obéissance à la société.

2. Un droit subjectif à la garantie des droits et une obligation d'obéissance à la société

581. Le droit à la garantie des droits est reconnu dans plusieurs projets de déclaration comme un droit subjectif dont disposent également tous les individus-citoyens. Cette idée d'un droit subjectif à la protection de la société se trouvait déjà dans certaines déclarations américaines²⁷²².

D'après Sieyès, « la loi sociale [...] garantit à tous la plénitude de leurs droits »²⁷²³. Il

2715 Nous soulignons. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 2.

2716 MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 3.

2717 THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 4.

2718 Art. 1er. THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2719 Nous soulignons. Art. III. *Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W.*, éd. cit.

2720 Art. 1er. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

2721 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 2-3.

2722 « VIII. Chaque Membre de la société a le droit d'être protégé par elle dans la jouissance de sa vie, de sa liberté et de sa propriété » Constitution de Pennsylvanie in *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, éd. cit., p. 191.

« Tout Membre de la Société a le droit d'être protégé par elle dans la jouissance de sa vie, de sa liberté et de sa propriété » Constitution du Delaware, *Ibid.*, p. 225.

« X. Chaque individu de la Société a droit d'être protégé par elle dans la jouissance de sa vie, de sa liberté et de sa propriété, conformément aux Lois établies. » Constitution de Massachusetts, *Ibid.*, p. 22.

2723 SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 10.

souligne que « Tous doivent jouir de la même garantie et de la même sécurité. »²⁷²⁴ Cette formule est reprise dans les déclarations de Custine²⁷²⁵ et de Boislandry²⁷²⁶. Ce dernier reconnaît à tout membre de la société un « droit d'exiger d'elle que sa propriété, sa liberté et sa vie soient protégées »²⁷²⁷. La déclaration de Mounier prévoit que « Chaque membre de la Société » a « droit à la protection de l'État »²⁷²⁸. Le projet de Target prévoit que « Tout homme doit trouver la garantie de ces mêmes droits dans le Gouvernement, quelle que soit sa forme. »²⁷²⁹ Thouret reconnaît « un égal droit à la garantie sociale »²⁷³⁰. Rabaut souligne que tous les hommes ont « un droit égal à la protection commune »²⁷³¹.

Cette idée de droit-créance se trouve par exemple dans la déclaration de Gallot qui prévoit : « Tout homme a le droit de réclamer de la Société l'exécution des engagements qu'elle a pris vis-à-vis de lui, comme la Société doit et peut réclamer toujours de tout Citoyen l'accomplissement de ses obligations. »²⁷³² Le droit à la garantie des droits a donc comme revers l'obligation d'obéissance. Cette obligation d'obéissance est souvent formulée comme une obligation d'obéissance à la loi. Cette obéissance à la loi se trouve dans la première déclaration de Sieyes²⁷³³ et reprise à l'article 7 de la déclaration qui prévoit que « tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi, doit obéir à l'instant ».

La plupart des déclarations ne se contentent pas d'énoncer l'exigence de garantie des droits, mais elles déterminent également les conditions minimales d'une garantie effective de ces droits.

C. Les conditions minimales d'une garantie des droits effective : loi, force publique, et constitution

582. La première condition de la garantie des droits est évidemment leur connaissance qui passe notamment par l'énoncé de ces droits dans la déclaration²⁷³⁴. L'*Instruction* du duc d'Orléans, rédigée par Sieyes, prévoit à cet égard :

« ce n'est pas qu'une Charte de plus, fût-elle jurée et signée, suffise pour garantir aux Citoyens la liberté dans leurs choses, dans leurs personnes ; mais cette pièce sera très utile, en présentant à tous la connaissance de grands droits Sociaux, en retenant l'imagination qui ne connaît pas de bornes, et en

2724SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 29 ; Art. 20. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2725Art. XVII. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2726BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2727BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit., p. 7.

2728MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 4.

2729TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 1.

2730Art. 2. THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2731RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 5.

2732GALLOT, *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2733Art. XXIV. SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 10.

2734Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2.

faisant naître cet intérêt puissant que l'on porte généralement à ce que l'on sait être sa juste propriété. Sous ces trois points de vue, une déclaration des Droits sera précieuse à la Nation »²⁷³⁵

La déclaration des droits, en permettant leur connaissance, est une condition nécessaire de leur garantie. Le premier projet de Sieyes prévoit ainsi qu'il faut « d'abord s'attacher à reconnaître ces droits, que leur exposition raisonnée doit précéder le plan de constitution, comme étant le préliminaire indispensable »²⁷³⁶. Leur simple déclaration reste cependant insuffisante pour assurer leur garantie effective.

Trois thèmes principaux reviennent dans les projets de déclaration s'agissant de la garantie des droits. Premièrement, les droits seraient garantis par leur consécration législative (1). Deuxièmement, ils le seraient par l'existence d'une force publique, capable d'assurer l'exécution des lois (2). En dernier lieu, une constitution réglementant l'exercice de la force publique, les modalités de production des lois et assurant la soumission de la force publique à la loi serait nécessaire (3). Le droit au juge est donc un élément très largement négligé dans la garantie des droits à l'été 1789 (4).

1. La garantie des droits par la loi

583. La loi est souvent évoquée comme le premier outil permettant de garantir les droits naturels. Elle doit positiver ces droits et en organiser l'exercice. En retour, les citoyens doivent obéissance à la loi. Cette idée figure dans la grande majorité des projets de déclaration.

Le projet de Mounier prévoit que « C'est par des Lois claires, précises et uniformes, que les droits doivent être protégés, les devoirs tracés, et les actions nuisibles punies. »²⁷³⁷ Cet article est repris dans le projet du comité de constitution²⁷³⁸. Le projet du sixième bureau contient une affirmation similaire : « L'objet de la Loi est donc de garantir tous les droits, et d'assurer l'observation de tous les devoirs. »²⁷³⁹ Les droits sont ainsi mis « sous la sauvegarde commune des Lois », pour Gallot²⁷⁴⁰. Rabaut formule une idée similaire : « les droits que les Hommes apportent dans la Société, se rapportent à ces trois : *liberté, égalité, propriété*, d'où il suit que le but des Lois conservatrices doit être de leur en garantir la *sûreté*. »²⁷⁴¹ Il écrit également : « Les Lois ont pour objet de maintenir la vie, la liberté, l'honneur, la personne et la propriété de chacun, par une

2735DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 31.

2736SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 3.

2737Art. 4. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2738Art. 10. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

2739Art. X. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

2740GALLOT, *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2741RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 3.

protection générale, uniforme et commune. »²⁷⁴² Thoret considère que « Les droits du Citoyen ne peuvent être exercés et mis hors d'atteinte [...] qu'autant qu'ils seront connus, et de ceux à qui ils appartiennent, et de ceux qui doivent les respecter : de là la nécessité de la Loi. »²⁷⁴³ Il en déduit que « L'objet de la Loi est donc de déterminer les droits des Associés et de les sanctionner »²⁷⁴⁴ De Ladebat considère dans sa déclaration que « Cette action protectrice et surveillante de l'ordre social exige des lois. »²⁷⁴⁵ Le comité des cinq reprend une formule similaire : « La Loi [...] doit être générale dans son objet, et tendre toujours à assurer à tous les citoyens la liberté, la propriété et l'égalité civile. » Il exprime également l'idée d'une réciprocité entre la protection par la loi et l'obéissance à la loi : « tous les Citoyens sont également obligés de se soumettre à la Loi, et ont un droit égal à la protection de la Loi. »²⁷⁴⁶ Cette idée est également formulée par Sieyes : « Si les hommes ne sont pas égaux en moyens, c'est-à-dire en richesses, en esprit, en force, etc. il ne suit pas qu'ils ne soient pas tous égaux en droits. Devant la Loi, tout homme en vaut un autre ; elle les protège tous, sans distinction. »²⁷⁴⁷

La garantie des droits nécessite donc l'existence de lois organisant l'exercice des droits. Cette conception de la loi comme positivation des droits naturels n'est pas nouvelle et se trouve aussi bien chez les philosophes jusnaturalistes et contractualistes que chez les physiocrates. La question de savoir comment s'assurer que les lois garantissent effectivement les droits naturels n'est pas directement explorée. La principale exigence étant la participation de la nation à la fonction législative²⁷⁴⁸. En revanche, ils se préoccupent de l'exécution de ces lois et soulignent la nécessité d'une force publique pour assurer la protection effective des droits.

2. La garantie des droits par la force publique

584. La première protection offerte par la société est l'existence d'une force publique en mesure de protéger les individus des atteintes à leur droit provenant de leurs co-associés ou de l'extérieur. Ce principe se trouve dans la plupart des projets de déclaration²⁷⁴⁹, y compris ceux des députés plus

²⁷⁴²RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit., p. 3.

²⁷⁴³§ IX. THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit., p. 2.

²⁷⁴⁴§X., *Ibid.*

²⁷⁴⁵Art. 18. LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

²⁷⁴⁶Art. 17°. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

²⁷⁴⁷Art. 19. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

²⁷⁴⁸Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, C.

²⁷⁴⁹« Art. XX. La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

« Art. VI. Pour maintenir efficacement les droits de tous, et les préserver de toute invasion, il a fallu créer une force publique. » *Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W.*, éd. cit.

« § IX. Les droits du Citoyen ne peuvent être exercés et mis hors d'atteinte [...] Qu'autant qu'ils seront protégés par une puissance suffisante ; de là la nécessité d'une force nationale. » THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit., p. 2.

« Vainement déclarerait-on que la liberté est le droit inaliénable de tout Citoyen, vainement la loi prononcerait-elle des

conservateurs²⁷⁵⁰. La nécessité d'une force publique pour garantir les droits des individus se trouve d'ailleurs consacrée à l'article 12 de la déclaration dans les mêmes termes que ceux prévus par le projet du sixième bureau.

585. Le droit à la protection par la force publique a également pour corollaire l'obligation de contribution à l'entretien de cette force publique. De nombreux projets de déclaration contiennent ce principe²⁷⁵¹. Cette nécessité d'une contribution pour entretenir la force publique se trouve consacrée à l'article 13 de la déclaration finalement adoptée, qui reprend pour l'essentiel la formulation du sixième bureau.

586. La force publique doit permettre de protéger les droits de l'individus-citoyens contre ceux qui pourraient les menacer. À cet égard, Sieyes évoque « trois sortes d'ennemis »²⁷⁵² de la liberté :

peines contre les infracteurs, s'il n'existait, pour maintenir le droit et pour faire exécuter la loi, une force capable de garantir l'un et l'autre. » SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 13 ; Art. 12. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Nul droit n'est complètement assuré, s'il n'est protégé par une force relativement irrésistible. » SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française*, éd. cit., p. 13.

« Art. X. Ainsi la loi doit avoir à ses ordres une force capable de réprimer ceux des simples citoyens qui entreprendraient d'attaquer les droits de quelqu'autre ». *Ibid.*, p. 27-28 ; Cet article est repris par Custine (Art. X. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.) et Gouges-Cartou (GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.).

« Art. XIV. La Loi doit établir une force publique capable d'assurer l'exécution de ses Décrets. » DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits, par M. Du Port*, 1789, BN Lb39-7604.

« Art. 19. Le maintien de ces lois exige une force qui gouverne l'ordre social. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2750« Que l'homme est sorti libre des mains de la Nature ; qu'en devenant Membre d'une Société politique, son intention a été de mettre ses droits naturels sous la *protection d'une force commune* » Nous soulignons. MALOUE, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 4.

2751« Tout homme qui possède un revenu libre, est obligé de concourir, en raison de ce revenu, aux dépenses publiques qui sont nécessaires pour garantir la liberté, la propriété et la sûreté des autres hommes, ainsi que les siennes propres. » *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit.

« Art. 18°. Le gouvernement ne pouvant se garantir contre les attaques du dehors, et maintenir la paix intérieure, ne pouvant protéger les personnes et les propriétés sans des dépenses publiques, tous les citoyens sont tenus de contribuer à ces dépenses » PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Chaque membre de la Société ayant droit à la protection de l'État, doit concourir à sa prospérité, et contribuer aux frais nécessaires » Art. 13. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

« Art. 43°. Tout Membre de la Société ayant droit d'exiger d'elle que sa propriété, sa liberté et sa vie soient protégées, est tenu de contribuer [...] au maintien de la force publique, conservatrice de toutes les propriétés et des droits de tous les Citoyens. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. 20. Pour constituer cette force, il faut que chaque homme qui compose la société, soumette sa liberté à l'action des lois de l'ordre social. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Art. XXI. Pour l'entretien de la force publique, et les autres frais du Gouvernement, une contribution publique est indispensable » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit., p. 4.

« Or, comme cette garantie nécessite l'entretien d'une force publique, et par conséquent des dépenses d'Administration, tous les Citoyens indistinctement doivent contribuer à ces charges en raison de leurs facultés et des avantages qu'ils retirent de l'association » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2752SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

les citoyens malévoles, les entreprises des officiers chargés d'exercer quelque'une des parties du pouvoir public et un ennemi étranger. Cette idée se retrouve dans plusieurs déclarations. La protection contre les autres citoyens est assurée par une force publique « intérieure et légale »²⁷⁵³ alors que la protection contre l'extérieur provient de la force militaire. La protection contre l'emploi abusif de la force par le gouvernement est plus délicate.

La déclaration du Tiers-état du bailliage de Nemours en pose le principe : « Nul homme ne doit être exposé à voir agir contre lui la force du Gouvernement, si ce n'est dans le cas où il aurait attenté à la liberté, à la propriété ou à la sûreté d'un autre homme. »²⁷⁵⁴ Malouet écrit « que tous les pouvoirs législatifs et exécutifs doivent être essentiellement et continuellement employés à protéger la vie, la liberté, l'honneur et la propriété de tous les Citoyens »²⁷⁵⁵. Il lie donc la garantie des droits et la limitation des pouvoirs de l'État. Sieyes formule un impératif similaire lorsqu'il écrit : « tous ceux qui sont chargés de faire exécuter les lois, tous ceux qui exercent quelque'autre partie de l'autorité ou d'un pouvoir public, doivent être dans l'impuissance d'attenter à la liberté des Citoyens. »²⁷⁵⁶ Cette disposition est reprise par Custine dans sa déclaration²⁷⁵⁷.

Les modalités de réalisation d'un tel objectif de protection des citoyens contre les entreprises du gouvernement, c'est-à-dire des pouvoirs législatif et exécutif, sont évoquées par la déclaration et se réduisent à l'exigence d'une constitution.

3. La garantie des droits par la constitution

587. La constitution régleme l'exercice du pouvoir politique : elle détermine la manière dont les lois doivent être produites, les conditions d'emploi de la force publique et assure théoriquement la soumission à la loi de la force publique. En conséquence, l'existence d'une constitution représente une garantie nécessaire pour assurer l'effectivité des deux garanties précédentes.

L'existence d'une bonne constitution permet de garantir l'effectivité des mesures de garantie des droits, et protège le citoyen contre un emploi du pouvoir qui ne serait pas conforme à cet objectif. Cet axiome figure dans de nombreux projets de déclaration²⁷⁵⁸.

2753 Art. 14. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2754 *Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours*, éd. cit.

2755 MALOUE, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 5.

2756 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2757 Art. XI. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2758 « Une bonne constitution de tous les pouvoirs publics est la seule garantie qui puisse préserver les nations et les citoyens de ce malheur extrême [de voir un mandataire tourner contre ses concitoyens les armes ou le pouvoir qu'il a reçu pour les défendre]. » SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 15.

La constitution doit contenir « les précautions politiques dont il est sage de les entourer, afin que toujours utiles, ils ne puissent jamais se rendre dangereux. » *Ibid.*, p. 19.

« Art. XXIX. La constitution des pouvoirs publics doit être telle, que toujours actifs, toujours propres à remplir leur destination, ils ne puissent jamais s'en écarter au détriment de l'intérêt social. » *Ibid.*, p. 31-32.

L'idée que la constitution assure bonheur et protection se trouve d'ailleurs consacrée dans le Décret pour l'établissement de la tranquillité, et notamment la libre circulation des subsistances du 5 août 1789 de l'Assemblée nationale qui précise que cette dernière est « constamment occupée de procurer à la France un bonheur général qui ne peut être assuré que par une sage Constitution »²⁷⁵⁹.

La constitution, par son organisation des pouvoirs publics doit donc protéger les droits des individus contre les atteintes qui pourraient provenir du gouvernement lui-même. Autrement dit, une fois la société établie, cette dernière a le devoir d'assurer la garantie des droits des citoyens ; les pouvoirs qu'elle institue doivent remplir cette fonction.

L'exigence de garantie des droits, communément partagée au sein des patriotes, implique l'existence d'une constitution pour assurer une garantie effective de ces droits. La loi, la force publique et l'existence d'une constitution sont donc les conditions nécessaires à la garantie des droits pour les patriotes. Le droit au juge, aujourd'hui considéré comme l'élément cardinal de la garantie des droits²⁷⁶⁰, est très largement négligé en 1789.

4. Le droit au juge, élément négligé dans la garantie des droits

588. Le droit au juge figure dans certains projets de déclaration, mais il reste marginal. Sur les trente-neuf auteurs proposant un projet de déclaration, seuls dix y font figurer un droit au juge²⁷⁶¹. À

Les représentants de la nation doivent « assurer à tous les Citoyens Français la jouissance de ces droits par le moyen d'une libre, sage et solide constitution. » DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits*, éd. cit., p. 2.

« Le moyen de mettre la Société en état de remplir ses fins, est de bien organiser les pouvoirs publics. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 5.

²⁷⁵⁹Baudouin, I, p. 53.

²⁷⁶⁰Voir *infra*, Chapitre 6, Section 2-3.

²⁷⁶¹Lafayette estime que la réalisation du bien commun nécessite d'assurer « l'impartialité des juges » LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

« Tout Citoyen a droit à la justice la plus impartiale, la plus exacte et la plus prompte, tant pour sa personne que pour sa chose. » Art. XXII, SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 30 ; Art. 25, SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit. Cette formule est reprise par Custine (Art. XXII. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.) et Gouges-Cartou (Art. 21. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.). Ce dernier, y ajoutant la gratuité.

« Art. 16. Tous les sujets doivent avoir un accès égal auprès des tribunaux, pour obtenir la réparation des injures et des torts qu'ils éprouvent ; et la justice doit être rendue promptement et sans frais. » PÉTITION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Art. 34. Cette justice doit être rendue promptement, exactement, gratuitement, et de la manière la plus impartiale » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution françoise dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

Pour Duport, l'établissement des tribunaux est une nécessité et il faut « pourvoir à ce que la Justice y soit rendue d'une manière impartiale, prompte et facile » Art. XV. DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. X. Tout Citoyen qui a souffert des torts, soit dans sa personne, soit dans sa chose, doit trouver dans les Lois, sur sa simple réquisition, une justice prompte et gratuite. » *Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W.*, éd. cit.

Pour Sallé de Chou, il est nécessaire « d'établir des Tribunaux pour juger l'application de la Loi » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 2.

« Art. 60. L'indépendance et le bon choix des Juges sont essentiels à l'administration impartiale de la Justice et à la conservation de la liberté des Citoyens. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

ces exceptions notables, la question d'un droit au juge n'est donc pas évoquée par les constituants et ne semble pas être au centre de leur préoccupation. Ce droit au juge ne figure ni dans le projet présenté au nom du comité de constitution, ni dans celui présenté par le comité des cinq, ni dans le projet du sixième bureau servant de canevas pour l'adoption de la déclaration. La nécessité de consacrer un tel droit n'est pas non plus évoquée au cours du débat.

589. Le projet de déclaration de Mounier prévoit simplement que « Tous les Individus doivent pouvoir recourir aux Lois, et y trouver de prompts secours, pour tous les torts et injures qu'ils auraient soufferts dans leurs biens, dans leur personne ou dans leur bonheur, ou pour des obstacles qu'ils éprouveraient dans l'exercice de leur liberté. »²⁷⁶² Cet article est repris dans le projet remis au nom du comité de constitution²⁷⁶³. Mounier n'évoque pas directement le rôle du juge dans la protection des droits, mais plutôt celui de la loi.

La formule de Mounier semble largement inspirée de déclarations américaines. La déclaration du Maryland prévoit par exemple : « Tout homme libre doit, pour toute injure ou tort qu'il peut recevoir dans sa personne ou dans ses biens, trouver un remède dans le recours aux lois du pays : il doit obtenir droit et justice, librement et sans être obligé de les acheter, complètement et sans aucun refus, promptement et sans délai, le tout conformément aux lois du pays. »²⁷⁶⁴ La déclaration du Delaware²⁷⁶⁵ et celle de Massachusetts²⁷⁶⁶ prévoient une disposition semblable. Mounier reprend donc la première partie de ces articles, mais laisse de côté la question de l'accès au juge.

590. La loi et le principe de légalité²⁷⁶⁷ jouent un rôle central dans la garantie des droits et le juge ne joue alors qu'un rôle secondaire d'exécutant de la loi. Au stade de la déclaration, les constituants ne s'attachent que très peu aux modalités permettant l'exécution effective de la loi, cette tâche étant considérée comme secondaire et subordonnée. En outre, les quelques déclarations qui reconnaissent un droit à la justice ou aux juges mettent l'accent sur la promptitude, la gratuité et l'impartialité de la justice, mais jamais sur l'indépendance des juges. Seules deux déclarations évoquent

« Art. XXVIII. La justice est la même pour tous les Citoyens ; nul titre, nul privilège ne peuvent les enlever à leurs juges naturels, et les faire traduire devant des commissaires ou juges d'attribution. » VYAU DE BAUDREUILLE, *Projet de constitution par M. V. de B. [Vyau de Baudreuille], Député de St. P. L. M. [Saint-Pierre-le-Moutier]*, BN Lb39-7801.

2762 Art. 10. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2763 Art. XV. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

2764 Art. XVII. *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, Philadelphie, Paris, 1783, p. 256.

2765 Art. XII. *Ibid.*, p. 226.

2766 Art. XI. *Ibid.*, p. 23.

2767 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, A, 2.

l'indépendance des juges : celle de Thouret²⁷⁶⁸ et celle de Boislandry²⁷⁶⁹.

Cette négligence du droit au juge dans la garantie des droits semble donc s'expliquer par le rôle marginal et subordonné reconnu au « pouvoir » judiciaire dans les théories de la distribution du pouvoir chez les patriotes²⁷⁷⁰. La garantie des droits provient ainsi principalement de la loi et de son exécution, la fonction judiciaire n'étant qu'un instrument de cette exécution.

§ 2. *Le débat sur la notion de constitution au sein des patriotes*

591. Les patriotes s'accordent sur la nécessité d'une constitution pour assurer la garantie des droits ainsi que sur l'incomplétude, voire l'inexistence, de la constitution de France. Une fois établie la nécessité de faire une constitution, il leur revenait de déterminer la tâche qu'ils s'étaient assigné et de définir la notion de constitution. La définition de la notion de constitution comportait alors un enjeu politique fort (A).

La définition de la notion de constitution impliquait de déterminer son but, son origine et son objet. Ces trois points semblaient consensuels dans leur principe au sein des patriotes : le but de la constitution est de garantir les droits. Elle a pour origine la volonté de la nation et pour objet d'organiser la dévolution du pouvoir politique. Ils n'étaient néanmoins pas en accord sur les modalités permettant de réaliser ces objectifs.

La théorie jusnaturaliste et contractualiste repose sur l'idée d'une origine artificielle de l'ordre politique. La majorité d'entre eux imaginent une formation de l'ordre politique en deux temps : d'abord, l'établissement de la société, par le contrat entre les associés, puis, l'établissement de la constitution, par un acte unilatéral de la société²⁷⁷¹. Suivant ces théories, soit la société-nation établit une fois pour toute une constitution à laquelle elle doit ensuite se soumettre²⁷⁷², soit la nation conserve éternellement le pouvoir constituant et peut librement, ou sous certaines conditions, revoir et modifier sa constitution²⁷⁷³.

Les patriotes sont inspirés de ces théories jusnaturalistes et contractualistes, mais ils ne s'accordent ni sur l'origine contractuelle de la société (B), ni sur les modalités d'exercice de la souveraineté constitutionnelle de la nation (C). Enfin, de nombreuses déclarations proposent une

2768« Le Pouvoir judiciaire est de sa part indépendant du Pouvoir exécutif dans l'exercice légitime de ses fonctions ; et que, pour assurer cette indépendance, aucun Juge ne peut être arbitrairement dépouillé de son Office. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit.

2769Art. 60. BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2770Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3.

2771Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2.

2772Cette thèse et notamment défendue par Locke et Lawson, pour lesquels la société n'a le pouvoir souverain qu'en potentialité, et non en réalité, lorsque la constitution est établie. Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

2773Cette théorie du droit éternel d'une nation de revoir sa constitution est présentée par Vattel et Rousseau, *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3.

définition normative de la constitution (D).

A. La définition de la notion de constitution, un enjeu politique

592. Après avoir exclu la constitution conservatrice théorisée par les privilégiés et établi la nécessité d'adopter une constitution par la désignation d'un comité chargé de distribuer le travail sur cette matière²⁷⁷⁴, les constituants devaient encore s'accorder sur cette notion. La définition de la constitution emportait la définition de l'ouvrage qu'ils devaient entreprendre et de l'étendue des pouvoirs dont ils disposaient en la matière. La définition de la notion de constitution devient un enjeu politique central et chacun souhaite déterminer sa « vraie » définition.

Le premier à offrir publiquement une définition de la constitution est Mounier, dans son rapport fait au nom du comité de distribution, le 9 juillet²⁷⁷⁵. Sieyès, dans son *Préliminaire*, précise à propos de sa définition : « tel est le vrai sens du mot *constitution* »²⁷⁷⁶. Dans un discours qui plut tant à l'Assemblée qu'elle décida de son impression, Crénière entend « déterminer le sens qu'il faut donner à ce mot, qui, comme tant d'autres, est devenu presque insignifiant, à force d'acceptions dont la plupart sont absolument différentes, et quelques-unes mêmes contradictoires »²⁷⁷⁷.

593. L'idée d'un vrai sens du mot devant être défendue face à une conception dévoyée de ce concept est ainsi largement partagée par les patriotes. Crénière en listant les emplois « fautifs » du terme de constitution offre ainsi un panorama des différentes définitions ayant cours à l'été 1789 :

« Si la Constitution d'un Peuple, n'est pas une loi ni un code de lois, qu'il ne s'impose que successivement, qu'il peut faire ou ne pas faire, qu'il peut modifier, changer, abroger à sa volonté ; si ce n'est pas tel ou tel mode de législation ; si ce n'est pas l'institution d'un Gouvernement dont il n'a besoin que pour faire exécuter les lois qu'il a faites ; si enfin ce n'est pas un contrat qui serait essentiellement nul ; qu'est-ce donc que la Constitution d'un Peuple ? [...] C'est l'établissement de ces droits naturels et imprescriptibles, antérieur aux lois qui n'établissent que des droits positifs ou relatifs, que j'appelle la

²⁷⁷⁴« Arrêté pour la formation d'un Comité de Constitution, 6 Juillet 1789. (La proposition ayant été faite que l'Assemblée s'occupât incessamment de fixer la Constitution du Royaume, et qu'il fût établi un Comité particulier, pour préparer l'ordre du travail), l'ASSEMBLEE a accepté la proposition et arrêté que tous les Membres se rendront à l'instant même dans les Bureaux, pour nommer une personne dans chaque Bureau par la voie du scrutin, et que le Comité formé par la réunion de ceux qui auront été choisis, commencera ses travaux dès le soir même. » *Baudouin*, I, p. 21.

²⁷⁷⁵« Pour former un plan de travail sur un objet quelconque, il est nécessaire de l'examiner sous ses principaux rapports, afin de pouvoir classer les différentes parties. Comment établir leur liaison successive, si l'on n'a pas saisi l'ensemble ?

« Il a fallu nous faire une idée précise du sens du mot *Constitution* ; et une fois ce sens bien déterminé, il a fallu considérer la Constitution telle qu'elle peut convenir à un Royaume habité par vingt-quatre millions d'hommes, telle qu'elle a été entrevue par nos Commettants. » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 266.

²⁷⁷⁶SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française*, éd. cit.

²⁷⁷⁷CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 1.

Constitution d'un Peuple, et je ne crois pas que l'acte de cette Constitution doive en énoncer d'autres. »²⁷⁷⁸

En disant, tout ce que la constitution « n'est pas », il indique les différentes acceptions de ce terme. La constitution peut ainsi désigner des lois ayant pour objet l'ordre politique, les modalités de production de la loi, l'établissement d'un gouvernement, le pacte de sujétion passé entre les gouvernants et les gouvernés et l'établissement de la société par un contrat social.

594. Trois modèles de constitution se présentent au sein des patriotes. Ils sont tous inspirés des philosophes jusnaturalistes et contractualistes. Le premier modèle est celui de la constitution comme constitution du peuple défendu par Crénière, et très largement inspiré de Rousseau. La constitution se confond alors avec l'établissement de la société par un contrat social (1). Le second modèle est celui de la constitution, comme constitution de l'établissement politique, défendu par Sieyès, qui se rapproche du modèle présenté dans les déclarations américaines et est proprement révolutionnaire (2). Le dernier modèle est celui de la constitution comme constitution des pouvoirs publics, qui conçoit la constitution comme la détermination de la répartition des fonctions étatiques dans le cadre d'une forme de gouvernement prédéterminée. Ce modèle est défendu par les monarchiens (3).

1. La constitution du peuple, la constitution comme établissement de la communauté politique

Dans son discours présenté à l'Assemblée le 1^{er} août, Crénière défend une conception rousseauiste de la constitution. Il se réfère d'ailleurs à Rousseau qu'il désigne comme le « seul publiciste qui nous ait éclairés sur nos droits »²⁷⁷⁹. Comme Rousseau, il rejette la notion de pacte de sujétion et l'idée d'une suprématie de la constitution, comme réglementation de l'ordre politique. La constitution n'est donc pas la constitution du gouvernement, mais la constitution du peuple²⁷⁸⁰.

595. La constitution est pour Crénière la fondation de la communauté politique. Il explique ainsi « on ne peut changer la Constitution sans dissoudre la Société »²⁷⁸¹. L'acte de constitution désigne donc simplement la « Constitution d'un Peuple » qui résulte de « l'établissement des droits naturels et imprescriptibles » que l'homme acquiert en entrant en société²⁷⁸². La constitution ainsi déterminée est donc valable en tout temps et en tout lieu : « tous les Peuples ont la même Constitution, tacite ou exprimée, parce qu'ils ont tous les mêmes droits ; qu'ils les tiennent de la nature, et qu'aucune

²⁷⁷⁸*Ibid.*, p. 2-4.

²⁷⁷⁹*Ibid.*, p. 2.

²⁷⁸⁰Sur la notion de constitution chez Rousseau, voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

²⁷⁸¹CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit.

²⁷⁸²*Ibid.*, p. 3-4.

puissance, aucune volonté n'ont pu les en dépouiller »²⁷⁸³.

En conséquence, « l'acte de la Constitution du Peuple Français, exprimé d'après ces principes incontestables, serait nécessairement le code naturel de toutes les sociétés de l'univers »²⁷⁸⁴. Comme chez Rousseau, la constitution de la société est distinguée de la constitution du gouvernement, et la première prime la seconde. Il le cite d'ailleurs comme la source de cette distinction : « Je ne suis pas le premier qui ait senti cette différence : l'auteur du Contrat Social a su distinguer l'acte primitif que j'appelle, ainsi que lui, la Constitution du Peuple, de ses institutions qu'il appelle la Constitution du Gouvernement du Peuple »²⁷⁸⁵.

596. Crénère désigne donc la constitution du gouvernement par le terme d'« institutions » et considère que l'emploi du terme de constitution pour désigner un autre objet que la constitution de la société est un emploi fautif de ce mot : « je dirai que le principal vice des Constitutions modernes, est d'avoir établi, par le même acte, des droits de différente nature ; d'avoir confondu ce qui donne l'existence au Corps Politique avec ce qui le conserve, en un mot, la Constitution du Peuple dans le sens précis avec ses institutions »²⁷⁸⁶. Il critique par là l'absence de distinction entre la constitution de la société et celle du gouvernement qui se trouve chez les auteurs conservateurs.

La confusion de la constitution sociale et de la constitution politique sert chez ces derniers de justification à l'immuabilité de l'ordre politique. Certaines défenses de la constitution conservatrice reposent sur l'idée que l'ordre social et politique résulte sur l'association originelle des Ordres et du Roi. La distinction des constitutions sociale et politique permet à Crénère de critiquer cette conception conservatrice de la constitution :

« Des Citoyens accoutumés à regarder la Constitution de l'Etat dont ils sont membres, comme le palladium de leur liberté, et craignant qu'on ne cherche à l'anéantir sous prétexte de la réformer, ne souffrent pas qu'on y porte la moindre atteinte, et consacrent ainsi une multitude d'abus qui seraient facilement extirpés si une *Constitution mixte n'avait pas établi, tout à la fois, des droits immuables et des institutions parce que les mœurs changent selon les circonstances, parce que les besoins et les rapports politiques changent, enfin, selon les effets mêmes de ces institutions, qui, après avoir été salutaires, peuvent devenir funestes.* »²⁷⁸⁷

Cette redéfinition de la constitution permet ainsi de considérer que seuls les droits naturels et imprescriptibles des individus et du peuple sont immuables. L'ensemble des institutions peuvent être supprimées ou modifiées sur la base de considérations d'opportunité. La constitution française

2783 *Ibid.*, p. 4.

2784 *Ibid.*

2785 *Ibid.*, en note de bas de page.

2786 *Ibid.*

2787 Nous soulignons. *Ibid.*, p. 4-5.

à établir doit donc se borner à déclarer ces droits naturels et imprescriptibles, si elle y incluait des éléments liés aux « institutions », elle serait « vicieuse »²⁷⁸⁸. D'un point de vue terminologique, il alterne donc entre l'idée d'un emploi fautif du terme de constitution et celle d'une constitution fautive.

597. La constitution du peuple équivaut pour Crénière à une déclaration des droits²⁷⁸⁹. Les institutions sont ensuite choisies et modifiées par le peuple à volonté. Ce mélange de la déclaration des droits et de la constitution est rejeté par les modérés. Demeunier a ainsi dénoncé : « ce système tend à confondre la déclaration et les principes fondamentaux de la constitution ; c'est le système de Hobbes, rejeté de l'Europe entière »²⁷⁹⁰.

Le système de Crénière permet particulièrement de remettre entièrement en cause le système politique en place, y compris la place reconnue au Roi. Dans ce contexte, aucune institution, aucune prérogative royale n'a le droit de résister à la volonté de la nation.

598. La norme constitutionnelle chez Crénière, qu'il appelle « institutions », n'est donc pas distinguée formellement de la loi. S'il différencie matériellement « le pouvoir législatif et institutif », il considère qu'ils appartiennent « essentiellement au peuple »²⁷⁹¹. Comme chez Rousseau, il n'y a pas de suprématie formelle de la constitution sur la législation. Ce pouvoir de la nation peut être exercé par le peuple directement ou par ses « Mandataires », qu'il distingue des « Représentants »²⁷⁹².

Les éléments immuables de la constitution sont donc l'exercice du pouvoir législatif et constituant par le peuple et la possibilité pour ce dernier de modifier à tout moment les institutions politiques : « un Peuple peut et doit changer tel ou tel mode de législation, tel ou tel mode d'exécution quand il le veut »²⁷⁹³.

Cette absence de distinction entre législation et constitution est ce qui sépare Crénière de Sieyès.

2788« J'ajouterai enfin qu'une Constitution est vicieuse, lorsqu'au lieu de se borner à établir les droits d'un peuple, elle tend à gêner ce peuple dans l'exercice de ses droits ; ce qui arrivera toujours lorsqu'on lui présentera comme constitutionnel ce qui n'est que d'institution, et comme nécessaire ce qui n'est que relatif. » *Ibid.*, p. 5.

2789« Comme je ne tiens pas aux mots, mais aux choses, je propose le projet qu'on vient de lire, soit comme l'acte de la Constitution du Peuple Français, soit comme une Déclaration de droits, soit enfin comme le préliminaire de la Constitution du Gouvernement du Peuple. » *Ibid.*, p. 7.

2790Le 18 août, *Le Hodey*, II, p. 592.

2791*Ibid.*, p. 6.

2792*Ibid.*

2793*Ibid.*, p. 2.

2. La constitution de l'établissement politique, la constitution comme réglementation exhaustive de l'ordre politique

599. Les patriotes radicaux, comme Sieyes et Brissot, partagent avec Crénière l'idée d'une monopolisation de la fonction législative suprême par le peuple, mais ne restreignent pas la constitution à l'établissement de la communauté politique. Ils considèrent que la constitution a pour objet d'établir l'ensemble des pouvoirs publics et de leur attribuer des compétences. Brissot écrit par exemple « Une Constitution, est un acte de société, qui règle le partage des pouvoirs constitués, c'est-à-dire des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. »²⁷⁹⁴

Dans l'*Instruction* du duc d'Orléans, qui fut vraisemblablement rédigée par Sieyes²⁷⁹⁵, ce dernier précise : « La *Constitution* n'est relative qu'au Gouvernement : lui seul a besoin d'être constitué »²⁷⁹⁶. Dans son *Préliminaire*, Sieyes modifie légèrement son vocabulaire : la constitution n'est plus celle du gouvernement, mais celle de l'établissement politique : « Ce n'est point la Nation que l'on constitue, c'est son établissement politique »²⁷⁹⁷. Sieyes s'oppose donc sur ce point à Rousseau et, s'il admet l'origine contractuelle de la société politique²⁷⁹⁸, il n'en induit pas que l'établissement de l'ordre politique se réduise à ce simple contrat social. À l'instar des théoriciens anglais et de l'école du droit naturel²⁷⁹⁹, il distingue le pouvoir de faire la constitution et celui de faire la législation.

600. La constitution de l'établissement politique englobe la réglementation de l'ensemble de l'exercice des pouvoirs politiques : « l'établissement public embrasse tous les pouvoirs »²⁸⁰⁰. La réglementation constitutionnelle est donc exhaustive, il n'y a de pouvoir que dans et par la constitution. Il reconnaît l'origine artificielle de l'ordre politique et considère que les gouvernants forment « un corps politique de création sociale »²⁸⁰¹.

Le pouvoir de faire la constitution est donc un pouvoir illimité de réglementer l'ordre politique par la société-nation : « La constitution embrasse à la fois la formation et l'organisation intérieures des différents pouvoirs publics, leur correspondances nécessaire, et leur indépendance réciproque. »²⁸⁰² Ces pouvoirs publics sont pour Sieyes le pouvoir législatif et exécutif qui

²⁷⁹⁴BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 6.

²⁷⁹⁵Voir en ce sens Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

²⁷⁹⁶DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 39.

²⁷⁹⁷*Ibid.*

²⁷⁹⁸Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, B.

²⁷⁹⁹Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2-3.

²⁸⁰⁰SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 19.

²⁸⁰¹*Ibid.*, p. 19.

²⁸⁰²*Ibid.*, p. 18-19.

représentent « la faculté de *vouloir* et celle *d'agir* »²⁸⁰³.

601. Cette définition de la constitution fait de cette dernière un acte souverain de la société, qui détermine la manière de produire les lois et de les exécuter : « la constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement. »²⁸⁰⁴ S'agissant de l'exécution des lois, le gouvernement est cantonné, comme chez Rousseau²⁸⁰⁵, à l'exécution de ces lois, auxquels il doit également se soumettre²⁸⁰⁶. S'agissant de l'élaboration des lois, elle ne peut, d'après Sieyes, être confiée qu'aux représentants de la nation : « Constituer le pouvoir législatif, n'est autre chose que former une bonne représentation, en la prenant à la base, c'est-à-dire, dans la généralité des Citoyens, et en la conduisant jusqu'au *sénat national*, qui est le couronnement de l'édifice, et où réside l'exercice du pouvoir législatif. »²⁸⁰⁷

602. Sieyes résume ainsi sa définition de la constitution « Tel est le vrai sens du mot *constitution* ; il est relatif à l'ensemble et à la séparation des pouvoirs publics. »²⁸⁰⁸ Une telle définition permet de considérer que la nation est libre de définir et redéfinir l'ensemble du pouvoir politique par l'établissement de la constitution, sous réserve de garantir à la nation représentée l'exercice de la fonction législative. Elle tend également à restreindre la fonction gouvernementale à l'exécution des lois et à soumettre intégralement l'exercice de cette fonction à la réglementation constitutionnelle²⁸⁰⁹.

Sur ce point, les patriotes radicaux se distinguent des monarchiens, pour lesquels la constitution n'est qu'une réglementation complémentaire de l'ordre politique, qui se surajoute à une forme de gouvernement préexistante.

2803 *Ibid.*, p. 18.

2804 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 19.

2805 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

2806 « Le *gouvernement* se confond souvent avec l'action ou l'exercice de ces deux pouvoirs ; mais ce mot est plus particulièrement consacré à désigner le pouvoir exécutif, ou son action. Rien n'est plus commun que d'entendre dire : On doit gouverner suivant la loi ; ce qui prouve que le pouvoir de faire la loi est distinct du gouvernement proprement dit. » SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 18.

2807 DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 39.

2808 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 19.

2809 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, B.

3. La constitution du gouvernement ou du royaume, la constitution comme réglementation complémentaire de l'ordre politique (Mounier et les Monarchiens)

603. Les patriotes modérés, comme Mounier, considèrent que la constitution concerne, d'une part, la forme de gouvernement et, d'autre part, la répartition des fonctions étatiques entre différents organes qu'elle institue.

604. Dans le cas de la France, cette distinction entre le gouvernement et la constitution permet de considérer que la France a un gouvernement, mais pas de constitution. Mounier écrit ainsi : « S'il est vrai que jusqu'à ce jour on ait pu dire que *le peuple français n'avait point de Constitution*, on ne doit pas cependant le considérer comme dépourvu de tout Gouvernement. »²⁸¹⁰

Il ne s'agit pas alors de remettre en cause l'existence du gouvernement monarchique, mais plutôt de le redéfinir et de le doter d'une constitution. Dans cette logique, la constitution se surajoute au gouvernement préexistant, ou plutôt que le gouvernement est un élément de la constitution déjà déterminé sur lequel les constituants ne reviennent pas.

605. Pour les monarchiens, il se s'agit pas de constituer l'ensemble de l'État, mais simplement d'établir la répartition des fonctions étatiques et l'établissement des institutions nécessaires à l'existence d'une juste répartition de ces fonctions, en restant dans le cadre d'un gouvernement monarchique. La constitution doit simplement compléter le gouvernement monarchique en organisant l'exercice des fonctions législative, exécutive et, éventuellement, judiciaire.

Les monarchiens reconnaissent donc, comme l'ensemble des patriotes, la distinction de la fonction de gouvernement et de législation. Néanmoins, ils ne considèrent pas que, dans le cas français, l'exercice du gouvernement soit librement déterminé par la constitution à établir, ni que cette fonction de gouvernement soit exclusivement cantonnée à l'exécution des lois. Mounier estime à cet égard que la nation française a déjà consenti à l'instauration d'un gouvernement monarchique et que les députés de l'Assemblée nationale n'ont pas reçu les pouvoirs nécessaires pour altérer cette forme de gouvernement, mais ont simplement été mandatés pour le doter d'une constitution. Mounier n'est donc pas favorable à la reconnaissance d'un pouvoir constitutionnel éternel de la nation, mais se borne à constater que la France n'a pas de constitution, en raison de l'indétermination de la répartition des fonctions étatiques. La théorie de la constitution de Mounier permet de défendre le maintien du gouvernement monarchique, et des prérogatives royales, tout en justifiant l'entreprise révolutionnaire de l'Assemblée contre toutes les autres institutions de

²⁸¹⁰Nous soulignons. MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, par M. Mounier, Membre du Comité chargé du travail relatif à la Constitution, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, B.N. Le29-126, PV AN n° 49, annexe.

606. Le 9 août, Mounier définit la notion de constitution comme « un ordre fixe et établi dans la manière de gouverner »²⁸¹¹ et comme « l'organisation des pouvoirs de l'Etat »²⁸¹².

Il estime que le peuple français « n'avait pas assez clairement *tracé les limites* et [...] n'avait *jamais divisé les différents genres de pouvoirs* »²⁸¹³. Il considère que la forme de gouvernement est incomplète et déclare : « Nous n'avons pas une Constitution, *puisque tous les pouvoirs sont confondus, puisqu'aucune limite n'est tracée.* »²⁸¹⁴ Doter la France d'une constitution nécessite donc de tracer les limites des pouvoirs et de procéder à leur distinction. L'indistinction des pouvoirs aurait pour conséquence l'arbitraire, le despotisme, l'abus d'autorité par les ministres, les prétentions des Corps et l'existence des privilèges²⁸¹⁵. Mounier dénonce ainsi la mobilité du pouvoir, plus que sa concentration dans les mains du Roi²⁸¹⁶.

607. Dans une démarche similaire à celle de Mably et de Sieyès, il disqualifie les différentes définitions qui avaient pu être données de la constitution française en montrant leur multiplicité. Il déclare ainsi : « dans quel temps de notre Monarchie voudrait-on choisir les exemples de notre prétendue Constitution ? »²⁸¹⁷ Il rejette d'abord l'idée d'un retour aux origines de la monarchie, sur laquelle s'appuient la plupart des théories conservatrices²⁸¹⁸. Il rejette ensuite « l'Aristocratie féodale »²⁸¹⁹ qui correspond aux anciens États-généraux ou en tout cas à l'idée que certains s'en

2811 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 266.

2812 Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 267.

2813 Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 271.

2814 Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 268.

2815 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 268.

2816 « Le pouvoir, en France, n'a point eu jusqu'à ce jour de base solide, et sa mobilité a souvent permis à l'ambition de se l'approprier pour le faire servir au succès de ses vues. » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 269.

2817 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 269.

2818 « Proposera-t-on pour modèles les Champs de Mars et les Champs de Mai sous la première et la seconde race, où tous les hommes libres rendaient en armes, et délibéraient sur affaires publiques ? Sans doute, nous ne désirons pas aujourd'hui une liberté orangeuse, qui, ayant besoin du concours général et presque existant d'une foule immense d'individus, ne pourrait subsister qu'en rétablissant aussi, à l'exemple de nos ancêtres, la servitude domestique et celle de la glèbe, afin qu'en l'absence de la plupart des hommes libres, les esclaves prissent soin de nos terres et de nos maisons. Nous ne désirons pas une liberté sans règle, qui place l'autorité arbitraire dans la multitude, la dispose à l'erreur, à la précipitation, appelle l'Anarchie, et le Despotisme marchant toujours à sa suite, prêt à saisir sa proie. » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 269.

2819 « Appellerons-nous Constitution du Royaume l'Aristocratie féodale, qui, pendant si longtemps, a opprimé, dévasté cette belle Contrée ? Regretterons-nous le temps où les représentants du Clergé, de la Noblesse et des Communes, appelés à de longs intervalles pour fournir des subsides au Prince, présentaient des Requêtes et des Doléances, se laissaient interdire, par des Arrêts du Conseil, le droit de délibérer, laissaient subsister tous les abus, se livraient entr'eux à de méprisables querelles, consolidaient l'esclavage au lieu de le détruire, et dévouaient leur patrie, par leur faiblesse, à tous les maux qu'ils savaient décrire dans leurs plaintes, et dont ils n'osaient entreprendre

faisaient. Il rejette enfin la constitution qui découlerait de la période postérieure à la dernière réunion des États-généraux²⁸²⁰. Ayant parcouru rapidement l'histoire de France, il peut affirmer qu'aucune constitution ne peut y être trouvée.

Il souligne alors la nécessité d'une réglementation juridique de l'exercice du pouvoir politique²⁸²¹. L'emploi des termes « établir » et « déterminer » dénote le caractère juridique des normes constitutionnelles ainsi fixées. Ces deux termes ont, au XVIII^e siècle un sens juridique. « Déterminer » signifie, d'après le *Dictionnaire de l'Académie française*, « Décider en matière de Doctrine, de Jurisprudence, de Gouvernement ». De même, « établir » a pour synonyme instituer. Les députés ont alors pour tâche « d'assigner le caractère et les limites des différents pouvoirs »²⁸²² et doivent détruire « le pouvoir arbitraire par une forme précise de gouvernement »²⁸²³.

La France est donc dépourvue de constitution déterminant la répartition des fonctions étatiques entre plusieurs organes, mais elle dispose d'une forme de gouvernement qu'elle ne peut altérer. La constitution des pouvoirs publics ne s'opère donc pas sans contrainte puisqu'elle doit respecter le gouvernement monarchique qui lui préexiste. La constitution est donc perçue comme une réglementation complémentaire, ou plutôt une constitution incomplète n'est pas une constitution. Ainsi, l'existence d'une forme gouvernement ne suffit pas pour considérer que la France a une constitution²⁸²⁴.

608. La constitution comme détermination de la distribution des fonctions étatiques peut ainsi sembler commune aux patriotes modérés et radicaux. Néanmoins, les patriotes radicaux appuient ce droit de revoir l'ensemble de la répartition des pouvoirs sur le droit naturel, là où les monarchiens se fondent sur les droits que les représentants tiennent de leurs mandats et considèrent que ce droit de révision constitutionnelle est limitée par leurs mandats.

Clermont-Tonnerre, dans son rapport du 27 juillet 1789, déclare ainsi :

« D'autres ont regardé le régime social existant comme tellement vicié, qu'ils ont demandé une Constitution nouvelle, et qu'à l'exception du *Gouvernement et des formes monarchiques, qu'il est dans le cœur de tout Français de chérir et de respecter*, et qu'il vous ont ordonné de maintenir, ils vous ont

d'empêcher le retour ? Si c'est là l'exemple qui peut nous séduire, renonçons aux Etats-généraux ; ils seront inutiles comme les précédents ; ils seront des moyens de plus pour opprimer la France. » *Ibid.*, p. 270.

2820« Choisissons-nous le temps qui s'est écoulé depuis 1614, c'est-à-dire, celui où tous les droits ont été méconnus, où le pouvoir arbitraire a laissé la nation sans représentants ? Alors pourquoi serions-nous assemblés ? Pourquoi aurions-nous accepté la confiance de nos commettants ? » *Ibid.*, p. 270.

2821« La plus grande partie des Pouvoirs, et peut-être tous, nous imposent la nécessité de fixer la Constitution du Royaume, d'établir ou de déterminer des Lois fondamentales pour assurer à jamais la prospérité de la France. Nos Commettants nous ont défendu d'accorder des subsides avant l'établissement de la Constitution. Nous obéirons donc à la Nation en nous occupant incessamment de cet important ouvrage. » *Ibid.*, p. 271.

2822*Ibid.*, p. 272.

2823*Ibid.*, p. 272.

2824« L'établissement de l'Autorité Royale ne suffit pas sans doute pour créer une Constitution » *Ibid.*, p. 268.

donné tous les pouvoirs nécessaires pour *créer une Constitution*, et asseoir sur des principes certains, et sur la *distinction et constitution régulière de tous les pouvoirs*, la prospérité de l'Empire Français. »²⁸²⁵

L'Assemblée nationale serait ainsi contrainte de respecter et de maintenir le gouvernement et les formes monarchiques ; la constitution n'en serait que le complément nécessaire. Durand de Maillane exprime la même idée lorsqu'il déclare :

« Trouvant donc ainsi dans les *droits de l'Homme en société*, et dans les *principes de la Monarchie Française*, tout ce qu'il nous importe de connaître, pour fixer une bonne fois, et avec justice, *tant le caractère que les limites des Pouvoirs dans notre Gouvernement*, je ne balance pas à adopter les plans de Constitution qui nous ont été soumis par le Comité »²⁸²⁶

L'emploi de l'adjectif possessif « notre » et la référence aux principes de la monarchie française expriment l'idée d'une permanence dans la forme du gouvernement. En revanche, la référence aux droits de l'homme en société et à la fixation du caractère et des limites des pouvoirs représente l'innovation que doivent apporter les constituants.

Ce mélange entre le rétablissement d'un ordre monarchique ancien et l'établissement d'un ordre de distinction des pouvoirs nouveau se trouve par exemple dans le préambule du sixième bureau qui prévoit : « les Représentants du Peuple François, réunis et siégeants en Assemblée Nationale, à l'effet de *régénérer la Constitution de l'État*, et de *déterminer les droits, l'exercice et les limites du pouvoir législatif et exécutif* [...] »²⁸²⁷.

La limitation des pouvoirs des représentants par les mandats est reprise par les projets des monarchiens Thouret et Malouet²⁸²⁸. La constitution à établir est donc mêlée du rétablissement du véritable gouvernement monarchique, d'une part, et de l'établissement d'une séparation des pouvoirs, de l'autre. Certains auteurs présentent même l'ensemble comme une simple restauration d'une constitution antique²⁸²⁹, mais ils restent très largement minoritaires au sein des patriotes.

Dans cette conception de la constitution, la constitution est un attribut du royaume ou du

2825 Nous soulignons. Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet, lu à l'Assemblée nationale, le 27 juillet, par M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, *PV AN n° 33*, annexe, p. 2-3.

2826 Nous soulignons. DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit.

2827 *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

2828 « Les Représentants de la Nation Française, réunis en Assemblée Nationale » sont « autorisés par leurs mandats à exercer le *Pouvoir constituant* pour la régénération de l'État » THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Les Représentants de la Nation, [sont] munis de ses pouvoirs pour fixer la Constitution de l'Etat, déterminer les droits et l'exercice de la puissance législative et de la puissance exécutive » MALOUEY, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 1.

2829 « La Nation considérant que la succession des siècles, le changement de règne, les guerres de terre et de mer, le luxe, de nouvelles mœurs ont altéré la *Constitution politique, économique, civile, militaire et fiscale de la Monarchie Française* a, sous les yeux d'une multitude innombrable de spectateurs de tous les états, *proposé, discuté, rétabli et fixé la Constitution par l'organe de l'Assemblée Nationale* convoquée à Versailles le 27 du mois d'Avril dernier » Nous soulignons. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit., p. 4.

gouvernement qui vient le compléter et non un acte originel de la société qui l'établit. Cette théorie permet de justifier le maintien des prérogatives du Roi.

609. La définition de la notion de constitution préjuge la manière dont elle doit être établie et l'étendue de la révolution qu'elle va permettre. Ces divergences au sein des patriotes dans la définition de la constitution se retrouvent également s'agissant de l'origine contractuelle du pouvoir politique.

B. Le caractère controversé de l'origine contractuelle du pouvoir politique

610. Les théories du contrat social sont intégrées et discutées par les patriotes, en relation avec la notion de société et celle de constitution.

Les patriotes reprennent souvent l'idée d'une origine contractuelle de l'ordre politique. Néanmoins, la définition du contrat, de son objet et de ses parties diffère en fonction de leur conception de la constitution. Pour les partisans de la constitution du peuple, la constitution s'identifie au contrat social (1). Pour les partisans de la constitution du royaume, cette dernière équivaut à un pacte de sujétion (3). Enfin, pour les défenseurs de la constitution de l'établissement politique, seule la société qui établit la constitution a une origine contractuelle (2).

1. La constitution comme contrat social

611. Pour les partisans de la constitution comme constitution du peuple, la société a pour origine un contrat entre les associés. Plus encore, la constitution est ce contrat originel entre les associés.

Rabaut écrit par exemple :

« La Constitution est une forme précise adoptée pour le gouvernement d'un Peuple.

« Ce mot vient de *cum statuta*, établi ensemble, établi de concert : il suppose donc une convention, un accord, c'est-à-dire le consentement général à être gouverné ainsi. »²⁸³⁰

Crénière écrit également : « toute association étant volontaire, la volonté seule des associés peut déterminer leurs rapports »²⁸³¹. Les lois, et la constitution qui a, dans cette conception, valeur législative, sont des conventions²⁸³².

Cette conception de la constitution est rejetée par les modérés car elle implique une souveraineté illimitée et perpétuelle de la nation²⁸³³ qui menace le concept même de constitution et l'idée qu'il convient de respecter les droits et les prérogatives royaux. Elle est également rejetée par

2830 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 1.

2831 CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 5.

2832 « Toute Constitution suppose donc que les Contractants ont fait des Lois en se réunissant en Société ; et en effet les Lois sont des contrats, des conventions. » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 1.

2833 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

Les patriotes radicaux constitutionnels comme Sieyes, qui adhèrent à une conception de la souveraineté de la nation perpétuelle, mais limitée et distinguent la constitution, œuvre de la nation, des lois, œuvre du pouvoir législatif²⁸³⁴. Ils ne rejettent pas pour autant l'idée d'une origine contractuelle de la société.

2. Le contrat comme acte d'établissement de la société antérieur à la constitution

612. Pour Sieyes, et les députés reprenant ses formules, la société a une origine contractuelle. Ce contractualisme est justifié par un volontarisme : « Il n'y a point d'engagement, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants. Donc, point d'association légitime, si elle ne s'établit sur un contrat réciproque, volontaire et libre de la part des co-Associés. »²⁸³⁵ De ce principe général, Sieyes déduit l'origine contractuelle de la communauté politique²⁸³⁶. La société doit donc être formée par un contrat : « Toute société ne peut être que l'ouvrage libre d'une convention entre tous les associés. »²⁸³⁷. En conséquence, la société qui n'a pas pour fondement le consentement libre de tous les associés n'est pas une société. Cet argument permet également de refonder l'ordre politique sur la souveraineté perpétuelle de la nation²⁸³⁸.

613. L'idée que la société n'est et ne peut être que le résultat d'un contrat librement consenti entre les associés se retrouve dans la déclaration de Servan²⁸³⁹, dans celle de Duport²⁸⁴⁰ et de Pison du Galland²⁸⁴¹. La constitution est ensuite l'acte fait par cette société, mais elle se distingue de l'acte de fondation de la société²⁸⁴². Ces considérations empruntent aux théories contractualistes développées aux XVII^e et au XVIII^e siècles²⁸⁴³. Cette constitution est un acte unilatéral et non un

2834 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

2835 SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 8.

2836 « Une association politique est l'ouvrage de la volonté unanime des associés. » SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 22.

2837 Art. 1^{er}, SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 25 ; Art. 4. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2838 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

2839 « 1^o. Toute Société Civile est le produit d'une convention entre tous ses membres, et jamais celui de la force.

« 2^o. Le contrat social, qui constitue la Société Civile, n'est et ne peut être que l'union de tous, pour l'avantage de chacun. » SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit.

2840 « Art. III. Toute société est fondée sur un contrat réel ou supposé, dont l'intérêt commun de tous les associés est le principe et le but. » DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, éd. cit.

2841 « XI. Toute association personnelle, politique ou privée, doit être l'effet du vœu libre et constant des membres qui la composent.

« Autrement ce serait un asservissement, non une Société. » PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2842 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C.

2843 Sur la formation contractuelle de la société voir *supra*, Chapitre 1, Section 1, § 3 ; sur la constitution comme acte unilatéral de la société voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2-3.

pacte de sujétion.

3. La constitution comme pacte de sujétion

614. Les patriotes modérés ne défendent pas clairement l'idée d'un contrat social qui reconnaîtrait à la nation un pouvoir illimité de fonder et refonder la constitution. Les références à un contractualisme sont alors le plus souvent des références à un contrat entre le roi et le peuple. Mounier, dans son rapport présenté le 9 juillet formule le souhait suivant : « Puissent enfin toutes les provinces, par l'organe de leurs représentants, contracter entr'elles et avec le trône une alliance éternelle ! »²⁸⁴⁴

D'autres patriotes modérés présentent un double contrat : un premier contrat établissant la société, un second contrat constituant un pacte de sujétion, sur le modèle des théories de Pufendorf²⁸⁴⁵. Bouche affirme ainsi que « Toute Société que les hommes forment entre eux, doit être l'effet d'une convention libre. »²⁸⁴⁶ et que « la Nation [...] réclame tous les droits qu'elle trouve dans son contrat primitif avec le Monarque »²⁸⁴⁷ Gouges-Cartou estime qu'« une Société politique est l'effet d'une Convention libre entre tous les Citoyens »²⁸⁴⁸ et que la « Constitution sera le contrat qui unira le Roi et la nation par des engagements réciproques dictés pour le bonheur de tous, par l'amour et la confiance »²⁸⁴⁹.

L'origine contractuelle de la société ne fait donc pas consensus au sein des patriotes. Ces différentes conceptions de l'origine de la société sont également liées à différentes conceptions de la souveraineté constituante de la nation.

C. Les diverses conceptions de la souveraineté constituante de la nation

615. Les patriotes s'accordent tous sur le fait que la nation dispose du pouvoir souverain de faire la constitution. L'étendue de la souveraineté reconnue à la nation diffère pourtant en fonction des différentes tendances se trouvant chez les patriotes.

Les patriotes rousseauistes défendent l'idée que la nation dispose d'une souveraineté absolue et perpétuelle. Cela signifie que l'exercice de ce pouvoir n'est limité ni matériellement ni temporellement. La nation peut statuer sur toute question, en tout temps et il n'est pas possible d'encadrer l'exercice de ce pouvoir.

2844 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, Le29-50, *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*, I, 1791, p. 276.

2845 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, A.

2846 Art. 3. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit., p. 4-5.

2847 Art. 43. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

2848 Art. 8. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2849 GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit., p. 13.

Pour les patriotes radicaux constitutionnels, la souveraineté de la nation est perpétuelle, mais elle est limitée. Elle est d'abord limitée car la nation ne dispose pas de la même souveraineté en matière constitutionnelle et législative. Pour la constitution, elle dispose d'une souveraineté absolue. Pour la législation, cette souveraineté est limitée et organisée par la constitution. En outre, la souveraineté constitutionnelle, bien qu'elle soit perpétuelle ne s'exerce librement qu'originellement, puisqu'ensuite le pouvoir constituant lui-même s'exerce dans les limites fixées par la constitution.

Enfin, les monarchiens partagent cette conception d'une souveraineté de la nation absolue pour faire la constitution et d'une souveraineté limitée par la constitution de faire la législation, mais ils mettent l'accent sur l'exercice de cette souveraineté et en particulier sur le caractère limité de la souveraineté des représentants de la nation.

Si les patriotes s'accordent sur le principe de la souveraineté de la nation (1), ils divergent s'agissant de l'exercice de cette souveraineté par l'Assemblée nationale (2).

1. L'accord sur le principe de la souveraineté constituante de la nation

Les patriotes rousseauistes défendent l'idée d'une souveraineté absolue et perpétuelle de la nation (a). Les autres limitent la souveraineté de la nation à une souveraineté constituante (b).

a. La souveraineté absolue et perpétuelle de la nation

Pour les patriotes adhérant aux théories du contrat social, le peuple est toujours souverain et peut recouvrer cette souveraineté. La souveraineté dont dispose la nation est, dans ce contexte, absolue et perpétuelle. Elle ne peut jamais être limitée. Crénière exprime cette idée :

« je trouve enfin que toute société existant *par un pacte* et ne pouvant se conserver que par l'établissement et l'action des lois, les hommes en se réunissant se sont nécessairement imposé le devoir de se soumettre aux Lois et de reconnaître l'autorité chargée de les faire exécuter, et ainsi ont *naturellement et imprescriptiblement acquis le droit de faire leurs Lois, et de créer, conserver, circonscrire et déterminer l'autorité qui les exécute.* »²⁸⁵⁰

L'origine contractuelle de la société justifie donc une souveraineté perpétuelle de la nation par l'exercice d'un pouvoir législatif illimité qui s'étend à la détermination des conditions d'exécution de la loi. La fonction législative reste donc distincte de la fonction gouvernementale²⁸⁵¹, mais les pouvoirs législatif et constituant sont confondus. Ces deux pouvoirs sont exercés par les citoyens directement ou par leurs « mandataires »²⁸⁵².

2850 CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 5.

2851 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, A.

2852 CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 6.

616. Cette idée d'un pouvoir législatif illimité et imprescriptible dans les mains de la nation se trouve par exemple dans la déclaration de Durand de Maillane²⁸⁵³. D'après cette logique, conforme aux thèses du *Contrat social*, le peuple dispose d'un pouvoir illimité en matière de constitution, car il recouvre les droits qu'il tient de la nature²⁸⁵⁴. Durand de Maillane marie pourtant étrangement cette thèse avec l'idée d'un retour aux origines et conçoit la révolution comme un rétablissement de l'ordre originel du roi et du peuple²⁸⁵⁵.

617. Selon cette conception, le pouvoir de faire les lois et la constitution est imprescriptible et indisponible. Cette idée est clairement exprimée par Rabaut qui écrit :

« Le pouvoir souverain appartient à la Nation ; tous les pouvoirs qu'elle confie ou délègue, émanent d'elle, et sont comptables à elle.

« Elle ne peut confier le pouvoir de faire les Lois ; car elle cesserait d'être le Souverain : elle a toujours le droit de reprendre ce pouvoir quand elle l'a perdu, et de changer ses Lois selon qu'il lui convient. »²⁸⁵⁶

Conformément à la conception rousseauiste de l'exercice de la souveraineté, le pouvoir législatif, pouvoir souverain, appartient à la nation par sa nature même et elle ne peut jamais en être dépossédée²⁸⁵⁷. Cette conception autorise toute révolution faite par la nation, qui n'est que le rétablissement d'un droit naturel originel. Elle est évidemment rejetée par les monarchiens qui ne conçoivent pas un pouvoir illimité de la nation dans le contexte de la révolution française et par les patriotes radicaux constitutionnels qui ne veulent pas d'une révolution perpétuelle.

b. La souveraineté limitée et éternelle de la nation

618. Pour les autres patriotes, la nation dispose d'une souveraineté constituante. Cela signifie que les organes de l'État et les compétences dont disposent ces organes sont créés et déterminés par la nation. Cette idée est partagée par l'ensemble des patriotes constitutionnels qu'ils soient monarchiens ou radicaux. Pour tous les patriotes, la constitution doit avoir pour origine la volonté de la nation et ce principe se trouve dans de nombreux projets de déclaration²⁸⁵⁸, émanant tant des

2853« Toute société d'hommes raisonnables ou usant de leur raison après s'être donné un Chef pour l'exécution des lois et le maintien de l'ordre, n'a jamais cessé d'avoir elle-même dans ses mains, la puissance législative, par un droit naturel et imprescriptible qu'elle ne saurait perdre, ni par son propre fait, ni par le fait d'autrui. » Nous soulignons. DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 12.

2854« Sur ce fondement, un Peuple dont le Gouvernement n'a point de base fixe, ou qui a perdu ses principes, qui a dégénéré de son premier caractère, peut et doit y pourvoir en réclamant ses premiers droits, c'est-à-dire, les droits de sa raison, les droits de la liberté, les droits de son bonheur ; droits contre lesquels, ni le temps ni la force ne peuvent rien » *Ibid.*

2855« C'est le cas où se trouve la France, et c'est le temps où elle doit recourir à sa pure et noble origine, pour rétablir la Nation dans sa première dignité, et le Trône dans son premier éclat » *Ibid.*

2856RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit., p. 4-5.

2857Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

2858« Art. 22. Les lois constitutives ne peuvent émaner que du consentement des membres qui composent la société. Ce consentement ne peut être obtenu que par la réunion de leurs volontés. C'est cette réunion qui est la volonté

patriotes modérés que des radicaux.

619. La définition que Mounier donne de la constitution est représentative de cette conception²⁸⁵⁹. Il partage avec les autres patriotes l'idée d'un établissement du pouvoir politique par la nation. Ainsi, une constitution n'émanant pas de la volonté de la nation n'en est pas une. Mounier déclare, au nom du premier comité de constitution :

« Quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du Peuple clairement exprimée, *il n'a point de Constitution* ; il n'a qu'un gouvernement de fait qui varie suivant les circonstances, qui cède à tous les événements. Alors *l'Autorité a plus de puissance pour opprimer les hommes que pour garantir leurs droits.* »²⁸⁶⁰

Il reprend ici les thèses lockiennes²⁸⁶¹ : pour être valable une constitution doit être établie par la société-nation ; la garantie des droits des hommes ne peut être assurée que par un gouvernement établi par eux.

620. Le projet de La Fayette exprime clairement l'idée d'une souveraineté de la nation : « Le principe de toute souveraineté réside dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut avoir une autorité qui n'en émane expressément. »²⁸⁶² Cet article est repris par Mounier²⁸⁶³ dans sa déclaration et dans celle du comité de constitution²⁸⁶⁴, ainsi que dans celui de Boislandry²⁸⁶⁵.

D'après cette formulation, la nation dispose du « principe » de la souveraineté, mais elle en commet l'exercice à des corps et des individus. Le pouvoir ne peut donc légitimement s'exercer qu'en vertu d'une autorisation de la nation. Toutefois, une fois cette autorisation donnée rien n'indique une possibilité de la retirer. La nation a donc le droit d'instituer les pouvoirs, mais pas

souveraine. C'est ce qu'on appelle le *pouvoir constitutif*. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Toute loi politique ou constitutive doit être le produit du vœu le plus manifeste et le plus général d'une Nation » SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit., p. 3.

2859« Nous avons pensé qu'une Constitution n'est autre chose qu'un *ordre fixe et établi dans la manière de gouverner* ; que cet ordre ne peut exister, s'il n'est appuyé sur des *règles fondamentales, créées par le consentement libre et formel d'une Nation ou de ceux qu'elle a choisis pour la représenter.* » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 266.

2860Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 266-267.

2861Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

2862Al. 5. LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

2863« Art. 3 Le principe de toute Souveraineté réside dans la Nation : nul corps, nul individu ne peut avoir d'autorité qui n'en émane expressément. » MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2864« Art. 2. [...] le principe de toute Souveraineté réside dans la Nation et que nul corps, nul individu ne peut avoir une autorité qui n'en émane expressément. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

2865« 46. Le principe de toute Souveraineté réside dans la Nation ; nul Corps, nul Individu n'ont d'autorité que celle qui en émane expressément. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

celui de les destituer à volonté.

621. Sieyes exprime également l'idée d'une souveraineté constitutionnelle de la nation : « Tous les pouvoirs publics, sans distinctions, sont une émanation de la volonté générale ; tous viennent du peuple, c'est-à-dire, de la Nation. Ces deux termes doivent être synonymes. »²⁸⁶⁶ Il en déduit ainsi que « Tous les pouvoirs publics viennent du Peuple et n'ont pour objet que l'intérêt du Peuple. »²⁸⁶⁷ Pour Sieyes, la nation exerçant le pouvoir constituant « doit être dans cette fonction, libre de toute contrainte, et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter »²⁸⁶⁸.

Les institutions sont donc des créations de la nation et cette dernière est libre de distribuer les différents pouvoirs²⁸⁶⁹. Les pouvoirs publics n'existent donc que par la constitution que leur donne la nation : « dans la Nation réside essentiellement le pouvoir constituant de tous les pouvoirs : ils sont tous constitués par elle, et pour son plus grand avantage. »²⁸⁷⁰ Une formulation similaire se trouve chez Custine²⁸⁷¹ et Thouret²⁸⁷².

622. La formulation retenue par le comité de déclaration mêle les expressions de Sieyes et celle de Mounier en prévoyant : « Tous les pouvoirs auxquels une Nation se soumet, émanant d'elle-même, nul corps, nul individu ne peut avoir d'autorité qui n'en dérive expressément. »²⁸⁷³

Les projets retenant une telle formulation de la souveraineté de la nation l'accompagnent le plus souvent de l'idée que la nation peut à tout moment réformer la constitution des pouvoirs qu'elle a établi. Ce droit éternel de revoir la constitution est un des principaux points de divergence entre les monarchiens et les patriotes radicaux.

2866SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 23.

2867Art. 28. SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française*, éd. cit. ; Art. 29. *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2868SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 20.

2869« 3° Chaque associé a un droit légal de participer, soit par lui-même, soit par ses représentants, à la formation des institutions qui doivent conduire à ce grand objet.

« 4° Tous les pouvoirs résident dans l'universalité des associés, et cet assemblage qu'on appelle peuple ou nation, est libre de les distribuer, de les confier de manière qu'il juge convenable. » PÉTITION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2870*Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2871« Art. XXVII. Tous les pouvoirs publics émanent de la Nation, et n'ont pour objet que l'intérêt de la Nation. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2872« Les pouvoirs publics émanent tous du Peuple : ils ne peuvent ni se constituer eux-mêmes, ni changer la constitution qu'ils ont reçue. C'est dans la Nation que réside essentiellement le *pouvoir constituant*. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 5.

2873Art. 3. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

2. Désaccords sur les modalités d'exercice de cette souveraineté

Les patriotes ne s'accordent pas sur les modalités d'exercice de la souveraineté constituante de la nation. Les patriotes radicaux, à l'instar des révolutionnaires américains, reconnaissent à la nation un droit de revoir la constitution, alors que les monarchiens restent silencieux sur ce point (a). Ils ne s'accordent pas non plus sur les pouvoirs dont dispose l'Assemblée nationale en matière constitutionnelle (b). Ils divergent enfin sur l'existence de droits dont disposeraient les pouvoirs constitués et qui seraient opposables au pouvoir constituant de l'Assemblée (c).

a. Le droit de changer de constitution en débat

623. La souveraineté de la nation telle qu'elle est formulée dans les déclarations américaines implique un droit pour le peuple non seulement d'établir le gouvernement, mais également de le renverser.

Le droit de renverser le gouvernement et de refaire la constitution est au fondement du constitutionnalisme américain. Il figure dans la déclaration d'indépendance « toutes les fois qu'une forme de Gouvernement quelconque devient destructive de ces fins pour lesquelles elle a été établie, le Peuple a le droit de la changer ou de l'abolir, et d'instituer un nouveau Gouvernement »²⁸⁷⁴. Les déclarations des États reprennent cette idée²⁸⁷⁵.

Les déclarations françaises ne pouvaient pas reconnaître un tel droit d'abolir le gouvernement, car cela aurait remis en cause la monarchie. Les patriotes radicaux formulent donc un droit de réformer la constitution et les pouvoirs publics, qui n'attaque pas frontalement le roi et ses prérogatives, mais qui reconnaît implicitement aux constituants le droit de les modifier.

624. Ce droit de révision est formulé de plusieurs manières. Le projet de déclaration de Brissot prévoit un droit de revoir à constitution par des assemblées extraordinaires²⁸⁷⁶. La déclaration de

²⁸⁷⁴ *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, Philadelphie, Paris, 1783, p. 420.

²⁸⁷⁵ Déclaration de Pennsylvanie : « La communauté a le droit incontestable, inaliénable et imprescriptible de réformer, changer ou abolir le Gouvernement, de la manière qu'elle juge la plus convenable, et la plus propre à procurer le bonheur public. » *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, Philadelphie, Paris, 1783, p. 190.

Déclaration de Virginie : « Toutes les fois qu'un Gouvernement se trouvera insuffisant pour remplir ce but, ou qu'il lui sera contraire, la majorité de la Communauté a le droit indubitable, inaliénable et imprescriptible, de le réformer, de le changer ou de l'abolir, et de la manière qu'elle jugera la plus propre à procurer l'avantage public » *Ibid.*, p. 308.

Déclaration du Maryland : « toutes les fois que le but du Gouvernement n'est point, ou est mal rempli, que la liberté publique est manifestement en danger, et que tous les autres moyens de redressement sont inefficaces, le peuple a le pouvoir et le droit de réformer l'ancien Gouvernement ou d'en établir un nouveau » *Ibid.*, p. 253.

Déclaration du Massachusetts : « toutes les fois que ces grands objets ne sont pas remplis, le Peuple a droit de changer le Gouvernement, et de prendre les mesures nécessaires à sa sûreté, à sa prospérité, et à son bonheur. » *Ibid.*, p. 14.

²⁸⁷⁶ « Ils sont libres, et par conséquent ils peuvent revoir leur Constitution à telle époque qu'ils jugent à propos de fixer, convoquer des Assemblées extraordinaires. » BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 5-6.

Lafayette prévoit également un droit de réviser la constitution et de réformer de ses vices, par une convocation extraordinaire de députés²⁸⁷⁷. La déclaration de Sieyes consacre un droit éternel de revoir la constitution et une révision périodique de cette dernière, mais pas de procédure spécifique²⁸⁷⁸. Plusieurs déclarations reprennent des formules similaires²⁸⁷⁹. Certains précisent que ce droit de faire et de réviser la constitution s'exerce soit par la nation directement, soit au moyen de représentants ayant reçu mandat pour opérer une telle révision²⁸⁸⁰.

Le comité de déclaration reprend cette idée et l'article 3 dispose que : « Toute association politique a le droit inaliénable d'établir, de modifier ou de changer la Constitution, c'est-à-dire, la forme de son Gouvernement, la distribution et les bornes des différents pouvoirs qui le composent. »²⁸⁸¹ Cette formulation est finalement une des plus audacieuse puisqu'elle reconnaît un droit de changer la forme du gouvernement, et non simplement la distribution et les limites des pouvoirs publics.

625. Ce droit de révision appartient à la nation et certaines déclarations prévoient plusieurs manières de l'exercer.

Servan propose que « toute institution politique et constitutive n'aurait force de loi qu'après

2877Al. 9 « Et comme l'introduction des abus, et le droit des générations qui se succèdent, nécessitent la révision de tout établissement humain, il doit être possible à la nation d'avoir, dans certains cas, une convocation extraordinaire de députés, dont le seul objet soit d'examiner et corriger, s'il est nécessaire, les vices de la constitution. » LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

2878« 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. » Art. XXXII. SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 31 ; Art. 42. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2879« Art. II. Un Peuple a toujours le droit de revoir et de réformer sa constitution. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

« Art. XXIV. La Nation a le droit inaliénable de changer ou modifier sa Constitution ; et il doit être pourvu, par des moyens paisibles, à l'exercice de ce droit à des époques déterminées. » DUPORT, *Maximes générales du gouvernement*, éd. cit.

« Art. 18. Ainsi une société quelconque possède incontestablement toute espèce de pouvoirs. Elle a en tout temps celui de revoir et de réformer sa Constitution » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

« 5° Le peuple a toujours le droit inaliénable et imprescriptible de modifier sa Constitution, de surveiller et de régler les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. » PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« La Nation ayant le droit de faire la constitution, a le droit de la réformer, et de la changer, quand il lui plaît » *Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2880« La Nation a le droit indubitable et imprescriptible d'exercer ce pouvoir toutes les fois que sa sûreté, sa propriété et son bonheur exigent que la constitution et son Gouvernement soit éclairci, réformée, ou régénérée. Elle peut l'exercer par ses Représentants aussi bien que par elle-même. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 5-6.

« 50. Le droit d'établir la Constitution, de la changer, de la modifier, de la réformer, appartient à la Nation, ou à une Assemblée de Représentants à qui elle en aura expressément délégué le pouvoir. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. 31. [...] La Constitution ne peut être fixée, changée, ou modifiée, que par le pouvoir constituant, c'est-à-dire par la Nation elle-même, ou par le Corps des Représentants qu'elle en a chargés par un Mandat spécial. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2881*Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

le consentement de trois Assemblées consécutives des États-Généraux ; et en attendant, elle serait regardée seulement comme une institution provisoire. »²⁸⁸². D'après lui, cela préserverait la nation du « despotisme de l'Assemblée de ses Représentants »²⁸⁸³. Boislandry propose que la révision intervienne à la demande des deux tiers des provinces qui provoquent la convocation d'une assemblée extraordinaire, comme dans la constitution américaine²⁸⁸⁴. Une déclaration anonyme prévoit simplement que la nation « n'est tenue de se soumettre, pour le faire, qu'aux formes qu'elle a prescrites à elle-même »²⁸⁸⁵. Malouet propose qu'elle ne puisse avoir lieu que « sur la demande de la moitié des Etats provinciaux du Royaume »²⁸⁸⁶. Pison du Galland exige simplement que « les grandes réformes politiques ne s'opèrent que pour des causes certaines et évidentes, et avec une solennité plus étendue que celle de la législature ordinaire »²⁸⁸⁷.

La plupart des déclarations n'encadrent néanmoins pas clairement ce droit de révision, se contentant d'en énoncer le principe.

626. Les projets présentés par les monarchiens ne contiennent rien concernant le droit de révision. Mounier voit dans ce droit une menace pour la constitution et non une garantie des droits de la nation. Les monarchiens privilégient l'idée de stabilité de l'ordre politique par rapport à la souveraineté de la nation, alors que les patriotes radicaux favorisent le pouvoir reconnu à la nation contre le gouvernement.

Dans ses *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, publié à la mi-août²⁸⁸⁸, Mounier distingue « les moyens propres à établir la Constitution, de ceux qui doivent la maintenir. »²⁸⁸⁹ L'idée d'une révision périodique de la constitution lui semble très mauvaise. Le discours de Mounier connaît à cette période une inflexion. S'il s'élève toujours contre l'arbitraire, il ajoute aux maux qui menacent le bonheur des français le despotisme de la multitude. Le gouvernement doit donc être protégé contre les entreprises de cette multitude²⁸⁹⁰.

2882SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit., p. 4 et p. 16.

2883SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit., p. 4.

2884« 74. La Nation ayant seule le droit de changer et de rectifier sa Constitution, il doit être réglé que, sur la demande des deux tiers des Provinces du Royaume, notifiée par des Adresses à la puissance législative, il sera convoqué une Assemblée Nationale extraordinaire, spécialement chargée d'examiner tous les articles de la Constitution, de réformer et de modifier ceux dont l'expérience ou la différence des circonstances auront rendu le changement nécessaire. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2885*Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2886Art. 7. MALOUEU, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 21.

2887Art. XXXV. PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2888Sur cet ouvrage voir Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 122 et s.

2889MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 2.

2890« Il pourrait m'être permis de dire que, dans un temps où il était dangereux de résister aux Ministres, j'ai donné

Mounier se prononce en conséquence contre un droit de révision :

« Je sens que la Constitution d'un Peuple ne peut pas être éternelle ; mais on sera du moins forcé d'avouer qu'il ne faut rien négliger pour la rendre durable ; que le moindre dérangement dans l'organisation des pouvoirs peut exciter des troubles, occasionner la réunion des pouvoirs dans les mêmes mains, c'est-à-dire le despotisme. Il faut donc que *la Constitution une fois établie soit respectée, et qu'elle ne puisse subir aucun changement, qu'il n'ait été préparé par de longues réflexions et par la nécessité la plus évidente.* »²⁸⁹¹

S'il n'exclut pas toute révision, il refuse d'en faire un principe, un droit dont disposerait la nation. Il s'oppose spécialement à l'idée d'une convocation périodique de conventions chargées de revoir la constitution²⁸⁹². L'idée défendue par Mounier est qu'il faut protéger le peuple contre lui-même et se garantir de la tyrannie de la multitude qui mène à l'anarchie : « Dès qu'il est prouvé que la Nation ne peut, sans nuire à son bonheur, exercer par elle-même la souveraineté, il ne faut donc pas l'exciter à la reprendre, sous le prétexte de corriger la Constitution, puisqu'on provoquerait la plus affreuse Anarchie. »²⁸⁹³ Ce point de divergence entre Mounier et les patriotes radicaux fut un des éléments qui fit obstacle à une conciliation entre les deux camps patriotes²⁸⁹⁴.

Pour Mounier, la constitution devait ainsi simplement être complétée et les éléments déjà fixés par la nation ne pouvaient faire l'objet d'un amendement. Mounier ne consacre pas directement une interdiction de la révision de la constitution, mais il estime plutôt qu'en l'absence de mandat exprès les représentants de la nation ne disposent que d'une souveraineté constituante limitée.

b. La souveraineté limitée des représentants de la nation

Deux courants estiment que les représentants de la nation disposent d'un pouvoir limité :

quelques preuves de zèle et de fermeté ; mais je dois avouer que je n'aime point à créer les obstacles pour le plaisir de les combattre ; que *je ne suis l'ennemi de l'autorité que lorsqu'elle veut opprimer le peuple ; que j'abhore l'abus de la force, la tyrannie ou la licence de la multitude, autant que le pouvoir arbitraire d'un seul ; que dans tout ce que j'ai fait, dans tout ce que j'ai écrit pour la révolution présente, j'ai tâché d'exprimer l'amour de la justice et de la modération ; que j'ai hautement professé mon attachement extrême au gouvernement Monarchique ; que je n'ai jamais séparé la liberté du Peuple, de la puissance légitime du Monarque ; que ma Province m'en a donné l'exemple et prescrit le devoir.* » Nous soulignons. MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 2.

2891 Nous soulignons. MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 33.

2892 « Ceux qui connaissent les hommes savent que mille ou douze cents personnes ne s'assembleraient pas extraordinairement pour déclarer que tout est bien et digne d'être conservé. Quelque excellente que pût être la Constitution, elle aurait sûrement des inconvénients ; et souvent, sans réfléchir qu'ils tiennent à de plus grands avantages, dans le dessein de la perfectionner, on la détruirait, ou on la rendrait plus vicieuse encore.

« *Je désirerais donc qu'il n'y eût jamais d'Assemblée extraordinaire, soit pour maintenir, soit pour corriger la Constitution, que sa solidité résultât de l'organisation des pouvoirs, que les moyens de corriger ses défauts fussent placés dans cette même organisation, et que les corrections fussent lentes et difficiles.* » Nous soulignons. MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 51.

2893 *Ibid.*, p. 52.

2894 Voir en ce sens Jean ÉGRET, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, éd. cit., p. 140.

d'une part, les monarchiens, qui considèrent que les représentants de la nation doivent respecter le gouvernement monarchique et, d'autre part, certains patriotes radicaux qui estiment que le pouvoir des représentants est limité soit parce que les citoyens doivent directement consentir à la constitution pour qu'elle puisse entrer en vigueur, soit parce que la représentation offerte par l'Assemblée nationale est insatisfaisante.

627. Pour les monarchiens, la constitution doit venir compléter le gouvernement préexistant. Elle ne peut donc pas le modifier et encore moins le renverser :

« J'ignore pourquoi on se plaît à considérer *une Nation comme une Société sans Gouvernement, sans Lois, sans Magistrats*, et enfin comme un corps désorganisé ; j'ignore pourquoi on cite des hypothèses chimériques ; car 24 millions d'hommes ne peuvent être réunis dans une seule assemblée, et s'il était possible qu'ils fussent réunis, je demande si la puissance royale, une fois établie, cesserait d'exister. Un Peuple en Corps qui ne reconnaîtrait aucun Chef serait dans les convulsions de la plus horrible anarchie.

« Ainsi, *supposer que l'Assemblée nationale représente une Nation sans Monarque*, une Société naissante, est vraiment une supposition absurde. Si l'Assemblée Nationale est ce qu'on nomme chez les Anglais une *Convention*, il faut au moins reconnaître qu'elle a été formée pour agir de concert avec le Roi, et que la puissance du Monarque qui l'a convoquée existait avant elle.

« On ne peut sans doute comparer cette *Convention* à celle qu'établirent les Anglo-Américains, lors de leur insurrection contre l'Angleterre. Ce Peuple avait brisé tous les liens qui l'attachaient à la Grande-Bretagne ; il était rentré dans son indépendance naturelle ; *il n'avait aucun pouvoir à maintenir ; il avait, pour ainsi dire, tout à créer.* »²⁸⁹⁵

Cette critique vise les patriotes radicaux qui considèrent que l'Assemblée, représentante de la nation, serait libre dans l'établissement de la constitution. Mounier rejette ainsi les références aux théories contractualistes, qui perçoivent l'Assemblée nationale comme la représentante et la détentrice d'un pouvoir premier et inconditionné. Il parvient à maintenir simultanément les prétentions révolutionnaires des patriotes modérés et les prérogatives royales, en mobilisant la distinction entre gouvernement et constitution : la nation française a un gouvernement, mais pas de constitution. L'Assemblée nationale a donc pour Mounier le devoir de maintenir le gouvernement monarchique et n'est pas libre de tout créer.

628. Pour déterminer l'étendue des pouvoirs de l'Assemblée nationale, les monarchiens estiment qu'il convient de s'en remettre à la volonté de la nation exprimée dans les mandats des députés. Mounier considère que les mandats des députés ne leur permettent pas de porter atteinte à la prérogative royale :

« La Nation n'a jamais eu le dessein de porter atteinte aux *véritables principes de la Monarchie* ; elle a

2895 MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements*, éd. cit., p. 29.

voulu seulement qu'on déterminât des limites pour qu'elle ne dégénérât plus à l'avenir en puissance arbitraire. Tous les Députés *trouvent à cet égard leurs devoirs écrits dans les mandats*. [...] L'Assemblée nationale est chargée par ses commettants de *faire respecter l'autorité du Roi*. »²⁸⁹⁶

L'existence du gouvernement et le respect des prérogatives royales formeraient ainsi une contrainte pour l'Assemblée et son pouvoir. Champion de Cicé, présentant son rapport devant l'Assemblée, précise que s'agissant des « principes du Gouvernement Français », ils ont « été guidés et éclairés par une antique tradition et par l'universalité de nos cahiers »²⁸⁹⁷. Les députés sont donc liés par leurs cahiers dans la détermination des principes de la monarchie française. Respecter ces principes revient à respecter la volonté de la nation.

Les monarchiens présentent les prérogatives royales et le gouvernement monarchique, non comme des principes antérieurs à la volonté de la nation, mais comme des principes fixés par cette volonté²⁸⁹⁸. Mounier considère que les lois fondamentales du royaume furent établies par la nation et forment une constitution partielle. Il ajoute aux lois fondamentales traditionnelles (indivisibilité du Trône, succession par primogéniture de mâle en mâle²⁸⁹⁹) les « nouvelles » lois fondamentales revendiquées par les parlements au cours de la Prérévolution²⁹⁰⁰ (consentement libre et volontaire à l'impôt²⁹⁰¹). Pour Mounier, « les principes de la véritable Monarchie seront toujours sacrés »²⁹⁰². Il rappelle donc l'obligation de les respecter et de maintenir l'autorité royale²⁹⁰³.

L'argument tiré du respect des mandats semble pourtant faible puisque l'Assemblée avait refusé de reconnaître toute valeur contraignante aux mandats impératifs dont se prévalaient les

2896 Nous soulignons. *Ibid.*, p. 30.

2897 Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, *PV AN n° 33, annexe*, p. 7.

2898 « Sans doute nous ne pouvons pas dire qu'en France nous soyons entièrement *dépourvus de toutes les lois fondamentales propres à former une Constitution*. Depuis quatorze siècles nous avons un Roi. Le sceptre n'a pas été créé par la force, *mais par la volonté de la Nation*. Dès les premiers temps de la Monarchie, elle fit choix d'une famille pour la destiner au Trône. Les hommes libres élevaient le Prince sur un bouclier, et faisaient retentir l'air de leurs cris et du bruit de leurs armes qu'ils frappaient en signe de joie. » Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 267.

2899 « Les funestes conséquences du partage de la puissance Royale entre les Princes de la même maison, ont su établir *l'indivisibilité du Trône*, et la *succession par ordre de primogéniture*.

« Pour ne pas exposer le Royaume à la domination des Étrangers, pour réserver le sceptre à un Français et former des Rois Citoyens, les *femmes sont exclues de la couronne*. Ces maximes sacrées ont toujours été *solennellement reconnues dans toutes les Assemblées des Représentants de la Nation*, et nous avons été envoyés par nos Commettants pour leur donner une nouvelle force. » Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 267-268.

2900 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 2.

2901 « C'est encore un principe certain, que les Français ne peuvent être taxés sans leur consentement ; et dans le long oubli des droits du Peuple, toutes les fois que l'autorité s'est expliquée sur cet important objet, elle a cependant déclaré que les subsides doivent être un octroi libre et volontaire. » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 268.

2902 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 271.

2903 « Nous n'oublions pas que nous sommes comptables à la nation de tous nos instants, de toutes nos pensées ; que nous devons un respect et une fidélité inviolables à l'Autorité Royale, et que nous sommes chargés de la maintenir, en opposant des obstacles invincibles au pouvoir arbitraire. » Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 271.

Ordres privilégiés et elle n'avait pas respecté ces mandats en accordant un emprunt le 9 août²⁹⁰⁴. Dans le premier cas, il pouvait être avancé que la majorité des cahiers ne soutenait pas les droits des Ordres privilégiés, mais cet argument n'était plus valable s'agissant de l'emprunt car la quasi-totalité des cahiers avait enjoint aux députés de n'accorder aucun impôt, et donc aucun emprunt, tant que la constitution n'était pas arrêtée. Il était donc paradoxal de soutenir simultanément qu'il fallait se soumettre aux mandats s'agissant de l'exercice du pouvoir constituant, et non s'agissant de la concession d'un emprunt. Un député ne manque pas de le relever à l'occasion du débat sur le *veto* royal et souligne : « Quand il a fallu voter l'emprunt national, on a interprété les cahiers ; on a cru que le mandataire devait faire ce que le mandant ferait s'il agissait par lui-même. »²⁹⁰⁵

629. Certains patriotes radicaux estiment également que les pouvoirs des députés sont limités par la volonté de la nation, mais ils n'en tirent pas les mêmes conséquences. D'abord, ils refusent de reconnaître clairement valeur constitutionnelle au gouvernement monarchique et estiment légitime les modifications constitutionnelles considérées comme nécessaires. Ensuite, la souveraineté de la nation doit pour eux s'exprimer par une ratification de la constitution ultérieure à son adoption par l'Assemblée. La constitution doit donc être adoptée à titre provisoire et ne devenir définitive qu'une fois consentie par la nation.

Ces patriotes radicaux sont toutefois divisés sur les raisons qui justifient que la constitution soit adoptée à titre provisoire. Pour les uns, la constitution ne peut être adoptée que par la nation directement et non par ses représentants. Pour les autres, une adoption de la constitution par les représentants n'est pas exclue, mais la représentation de la nation offerte par l'Assemblée nationale est insatisfaisante.

Sieyès justifie la nécessité d'une ratification de la constitution par la nation par l'imperfection de la représentation de la nation dans l'Assemblée nationale²⁹⁰⁶. La constitution doit donc pour lui être ratifiée ultérieurement par un nouveau pouvoir constituant, c'est-à-dire une nouvelle assemblée nationale. Il estime cette solution sans inconvénient : « Si votre constitution est

2904 Baudouin, I, p. 55.

2905 Dangevillers, 7 septembre, *Le Hodey*, III, p. 324.

2906 « Comme la représentation nationale actuelle n'est pas rigoureusement conforme à ce qu'exige une telle nature de pouvoir, ils déclarent que la constitution qu'ils vont donner à la Nation, quoique provisoirement obligatoire pour tous, du moment de sa promulgation, ne sera définitive, qu'après qu'un nouveau pouvoir constituant, extraordinairement convoqué pour cet unique objet, lui aura donné un consentement que réclame la rigueur des principes. » SIEYÈS, *Déclaration des droits du citoyen français, détachée du Préliminaire de la constitution*, éd. cit. « Comme la représentation nationale actuelle n'a pas été formée par la généralité des Citoyens, avec cette égalité et cette parfaite liberté qu'exige une telle nature de pouvoir, l'Assemblée Nationale déclare que la Constitution qu'elle va donner à la France sera incessamment revue par un nouveau pouvoir constituant, délégué pour cet unique objet, d'une manière plus conforme à la rigueur des vrais principes de toute société. » SIEYÈS, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit. p. 1-2.

bonne, elle sera applaudie, et elle en deviendra meilleure. »²⁹⁰⁷

Pour Brissot au contraire, il s'agit là d'une erreur. Il écrit : « Il faut conserver à la nation le pouvoir de constituer. Elle seule doit nommer des délégués *ad hoc*, pour former ou réformer sa constitution, et cette constitution, pour être valide, doit avoir son approbation. »²⁹⁰⁸ Rabaut estime également : « Le pouvoir suprême réside toujours dans la Nation entière, et ne peut être transféré à un ou plusieurs, ou à la totalité de ses Représentants. / La Nation a le droit de ratifier ou de rejeter ce que ses Représentants ont consenti ; elle peut suspendre l'exercice de ce droit ; elle ne peut pas l'aliéner. »²⁹⁰⁹ Brissot fait paraître son désaccord dans son journal²⁹¹⁰.

Mounier rejette évidemment toute idée d'une constitution provisoire qu'il trouve dangereuse²⁹¹¹.

630. Si les patriotes s'accordent donc à considérer que les pouvoirs des députés de l'Assemblée nationale sont limités, ils ne s'accordent pas sur les causes de cette limitation. Pour Mounier et les monarchiens, l'étendue du pouvoir constituant des députés tient à leur mandats. Pour Sieyes, elle est due à l'imperfection de la représentation alors que pour Brissot le problème provient de l'impossibilité intrinsèque d'une représentation de la nation pour adopter la constitution.

En conséquence, pour les uns, le pouvoir constituant doit respecter l'existence du gouvernement monarchique et les prérogatives royales, alors que, pour les autres, cet impératif n'existe pas.

c. Le débat sur les droits des pouvoirs constitués

631. Le débat sur les droits du roi, et des pouvoirs constitués en général, avait été abordé à propos de l'adoption d'une déclaration des droits du roi²⁹¹², mais cette question traverse plus largement le constitutionnalisme patriote.

Mounier considère que : « la nation, pour assurer ses droits, a concédé au monarque des

2907SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., en note de bas de page, p. 1.

2908BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 7.

2909RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit., p. 4.

2910« M. l'Abbé Sieyes croit que le pouvoir de constituer une Nation définitivement et irrévocablement peut être exercé par ses Représentants, assemblés uniquement pour cet objet. Je ne le crois pas, et je pense au contraire que jamais une Nation ne peut être constituée par des Représentants, même extraordinaires, sans son approbation expresse de la Constitution. » *Le Patriote français*, n° V, p. 2.

2911« Une Constitution provisoire, bien loin d'être un remède aux maux actuels, un moyen de rétablir la tranquillité, ne serait certainement qu'un sujet fécond de troubles et de malheurs. En la renvoyant à la décision des Provinces, il serait impossible d'espérer qu'elles parvinssent à adopter les mêmes opinions. En attendant la volonté d'une autre Assemblée, on maintiendrait l'Anarchie, on lui donnerait de nouvelles forces. Il serait impossible d'espérer qu'elle pensât, sur tous les points, comme la première. Le résultat commun de ces deux partis serait donc de nouveaux débats, de nouvelles haines, la ruine du royaume, et la perte de liberté sans retour. » MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements*, éd. cit., p. 49-50.

2912Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, B-C.

droits particuliers »²⁹¹³. Les députés n'ayant pas reçu mandat pour porter atteinte à ces droits ou les modifier seraient dans l'impossibilité de les amender et devraient simplement les déclarer²⁹¹⁴.

Les patriotes radicaux estiment au contraire que les pouvoirs constitués n'ont pas de droit, mais uniquement des devoirs. Cette idée est exprimée dans plusieurs déclarations. Celle de Sieyès prévoit :

« Le mandataire public, quel que soit son poste, n'exerce donc pas un pouvoir qui lui appartient en propre, c'est le pouvoir de tous ; il lui a été seulement confié ; il ne pouvait pas être aliéné, car la volonté est inaliénable, les peuples sont inaliénables ; le droit de penser, de vouloir et d'agir pour soi est inaliénable ; on peut seulement en commettre l'exercice à ceux qui ont notre confiance ; et cette confiance a pour caractère d'être libre. C'est donc une grande erreur de croire qu'une fonction publique puisse jamais devenir la propriété d'un homme ; c'est une grande erreur de prendre l'exercice d'un pouvoir public pour un *droit*, c'est un *devoir*. »²⁹¹⁵

Cette critique vise directement la vénalité des offices, mais elle vise également indirectement le pouvoir royal. Cette idée est reprise notamment dans la déclaration du comité de constitution²⁹¹⁶, dans celles de Target²⁹¹⁷, de Custine²⁹¹⁸ et de Sallé de Chou²⁹¹⁹. Les personnes dotées d'une fonction publique ne sont donc que des mandataires²⁹²⁰.

D. La définition normative de la constitution dans les déclarations

632. Dans les projets de déclaration, les patriotes présentent également l'idée qu'ils se font d'une bonne constitution, d'une constitution valable. Outre son origine nationale²⁹²¹, la constitution, pour exister, doit garantir les droits des individus (1). Elle doit offrir une protection contre l'arbitraire, le despotisme et les corps intermédiaires (2). Enfin, la constitution doit prévoir une répartition des fonctions étatiques et instituer des Assemblées nationales (3).

2913 Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 276.

2914 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A, 3.

2915 SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 24.

2916 « Art. IV. [...] aucune fonction publique ne peut être considérée comme la propriété de ceux qui l'exercent » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

2917 « Art. 2. [...] le pouvoir de gouverner n'est point établi pour ceux qui gouvernent, et ne peut être pour eux une propriété ; mot applicable seulement aux droits qui sont propres à chaque homme, et dont il use pour lui-même. [...] »

« Art. 20. La force exécutive et tous les Offices publics n'étant établis que pour le bien de tous, sont une propriété du Corps Politique, mais non de ceux qui les exercent, et qui ne sont que les mandataires de la Nation. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2918 « Art. XXIX. Une fonction publique ne peut jamais devenir la propriété de celui qui l'exerce : son exercice n'est pas un droit, mais un devoir. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

2919 « L'ordre social établit donc la nécessité des fonctions publiques ; mais comme tous les pouvoirs émanent de la Nation, il suit que toute fonction publique n'est pas un droit, mais un devoir » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2920 « Art. 26. Une Société a le droit, en vertu de sa souveraineté, de déléguer à qui bon lui semble les pouvoirs qu'elle possède. Ainsi tous ceux qui dans une nation sont revêtus d'une portion quelconque d'autorité, ne doivent être considérés que comme ses mandataires. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2921 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C, 1.

1. La garantie des droits comme condition d'existence de la constitution

633. La bonne constitution est celle appuyée sur les droits de l'homme et du citoyen²⁹²², celle qui les déclare²⁹²³ et qui assure leur garantie effective²⁹²⁴. La constitution est conçue comme le moyen permettant de réaliser le but fixé par la déclaration²⁹²⁵. Les patriotes alternent entre présenter la garantie des droits comme un élément que la constitution doit prévoir²⁹²⁶ et estimer qu'une constitution qui n'organise pas une telle garantie n'est pas une bonne constitution²⁹²⁷. D'autres présentent la même idée sous une formulation quelque peu différente. Target estime ainsi que « Tout Corps Politique, dans lequel ces droits [les droits de l'homme] sont en péril, quelle que soit sa forme, et quelque temps qu'il ait duré, *est un brigandage, et non pas un Gouvernement.* »²⁹²⁸

Le projet de déclaration du sixième bureau, qui servit de base à la rédaction de l'article 16 prévoit également que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée [...] n'a pas une véritable Constitution »²⁹²⁹.

634. L'idée que le gouvernement a pour fonction de garantir les droits des individus n'est pas

2922 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1.

2923 *Ibid.*

2924 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 1.

2925 « Il est important de déclarer les droits de l'homme avant la constitution, parce que la constitution n'est que la suite, n'est que la fin de cette déclaration. » MONTMORENCY, 1er août, *Le Hodey*, II, p. 311.

« Quel est l'objet de la constitution ? / C'est l'organisation de l'état. / Quel en est le but ? / C'est le bonheur public. / Quel est le moyen d'y parvenir ? / C'est la constitution. / Quel est le bonheur public ? Ce n'est pas si l'on considère en masse tous les individus, ce n'est pas l'accomplissement du désir ; ce ne sont pas les passions qui ne cessent de nous agiter, vaine chimère que l'homme poursuit sans cesse ; c'est le bonheur naturel qui n'ôte rien aux autres ; c'est l'exercice plein, entier et libre de tous les droits. / Voilà la véritable fin de tout gouvernement. » TARGET, 1er août, *Le Hodey*, II, p. 316-317.

« Art. 2. L'assurance des droits de l'homme étant la fin, et le Gouvernement n'étant que le moyen, il suit que le pouvoir de gouverner n'est point établi pour ceux qui gouvernent, et ne peut être pour eux une *propriété* ; mot applicable seulement aux droits qui sont propres à chaque homme, et dont il use pour lui-même. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 1.

2926 « Certes, je ne balance pas à dire qu'il n'est aucun des droits du Citoyen qui ne doivent être constaté et garanti par la constitution. » MALOUEY, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 4.

« Le Gouvernement doit donc être constitué de manière qu'il ne puisse jamais blesser les droits de l'Homme et du Citoyen, puisqu'il n'est établi que pour les protéger. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit.

« La mauvaise Constitution est celle qui viole ces droits ; la bonne Constitution est celle qui les assure ; l'excellente Constitution est celle qui leur donne le plus grand développement possible. » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 4.

2927 « Les intérêts et les droits respectifs des membres qui composent une société, *doivent donc servir de fondement et de base aux conventions nécessaires pour asseoir une bonne constitution*, c'est-à-dire pour établir dans la société une garantie réciproque entre les hommes qui la forment, de la faculté que chacun d'eux peut avoir d'opérer son bien-être et son bonheur, de manière que dans l'exercice qu'ils en font, ils ne s'entrenuisent, ni ne s'entrechoquent. » Nous soulignons. Jean-Joseph TERME, *Droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

« Art. 16. [droit] Une bonne Constitution ne peut avoir pour base solide, que la garantie des droits de l'Homme, les devoirs du Citoyen envers la Société [...] » Nous soulignons. SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

2928 TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2929 Art. XXIV. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

nécessairement liée à celle d'une réglementation du pouvoir politique évitant la concentration de ce pouvoir entre les mains d'un seul. Hobbes, les physiocrates et les royalistes tels que Moreau défendaient ainsi l'idée que la monopolisation du pouvoir par un organe était la meilleure garantie des droits des individus²⁹³⁰. Cette solution n'est pas celle retenue par les patriotes.

Ces derniers estiment que pour que la constitution soit bonne ou véritable, c'est-à-dire pour qu'elle permette de garantir effectivement les droits ; il faut qu'elle protège la nation contre les maux de l'Ancien Régime qu'ils ont dénoncés.

2. La constitution, une protection contre l'arbitraire, le despotisme et les corps intermédiaires

635. La bonne constitution ou véritable constitution doit offrir une protection contre ce que les patriotes ont désigné comme les maux de l'Ancien Régime que sont l'arbitraire, le despotisme, la féodalité et l'aristocratie des corps intermédiaires et des Ordres.

Le marquis de Sillery déclare par exemple : « Nous sommes rassemblés de toutes les parties de ce vaste Empire, pour donner à la France une *Constitution sage, et triomphante du despotisme sous lequel nous étions à l'instant d'être assujettis* »²⁹³¹.

636. Pour Mounier, la constitution est considérée comme imparfaite, et donc inexistante tant qu'il n'existe pas de protection contre les dérives de l'Ancien Régime :

« L'établissement de l'Autorité Royale ne suffit pas sans doute pour créer une Constitution : si cette autorité n'a point de bornes, elle est nécessairement *arbitraire*, et rien n'est plus directement opposé à une Constitution que le pouvoir despotique : mais il faut avouer qu'en France le défaut de Constitution n'a pas été jusqu'à ce jour favorable à la Couronne. *Souvent des Ministres audacieux ont abusé de son autorité*. Elle n'a jamais joui que par intervalle de toute la puissance qui doit lui appartenir pour le bonheur de la Nation. Combien de fois les projets conçus pour rendre les Français heureux, ont éprouvé des obstacles qui ont compromis la majesté du Trône ! N'a-t-il pas fallu combattre sans relâche et presque toujours avec désavantage, contre *les prétentions des Corps, et une multitude de Privilèges ?* »²⁹³²

La constitution doit donc protéger contre l'arbitraire, le despotisme, les prétentions des corps et les privilèges. La précision dans la répartition des pouvoirs qu'offre la constitution doit permettre de mettre fin à ces dérives.

Vernier, dans ses *Réflexions*, reprend le même argumentaire et dénonce l'« état de confusion d'autorité et de pouvoirs », le régime féodal, l'aristocratie des corps et la tyrannie des ministres

2930 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

2931 Nous soulignons. SILLERY, *Opinion de M. le marquis de Sillery, relative à la déclaration des droits de l'homme*, BN Le29-95, p. 2.

2932 Nous soulignons. Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 268.

opresseurs exerçant un pouvoir arbitraire²⁹³³.

637. La bonne constitution se définit en opposition au régime en place qu'il faut réformer ou renverser. Elle doit ainsi mettre fin aux régimes d'abus dénoncés par les patriotes. Trois sortes d'abus de pouvoir sont dénoncés.

D'abord, ce que les patriotes appellent le régime féodal, qui prend corps dans les privilèges dont bénéficie la noblesse d'épée tant d'un point de vue fiscal que s'agissant de l'exercice de pouvoirs publics dans les justices seigneuriales.

Ensuite, les patriotes dénoncent l'aristocratie des corps, et en particulier des parlements. Ces corps forment au sein de la société une classe qui dispose de certains pouvoirs et de certains privilèges et qui se les transmettent héréditairement. Il s'agit notamment du problème de la vénalité des offices, mais également de la trop grande étendue du pouvoir des parlements.

Enfin, les patriotes dénoncent ce qu'ils appellent le despotisme ministériel qui trouve son illustration la plus criante dans l'usage des lettres de cachet, mais qui désigne plus généralement le pouvoir très important et sans contrôle des agents du pouvoir royal.

638. Contre chacun de ces abus, les patriotes proposent un remède. Contre le régime féodal, ils abolissent les privilèges et suppriment les justices seigneuriales. Contre l'aristocratie des corps, ils suppriment la vénalité des offices et interdisent que les fonctions publiques ne soient des propriétés privées. Contre le despotisme ministériel, ils interdisent les ordres arbitraires et instaurent une responsabilité ministérielle.

La séparation des pouvoirs vient s'opposer à la confusion des pouvoirs si généralement dénoncée par les patriotes. Ce terme de confusion permettant de désigner simultanément, d'une part, l'idée d'un désordre ou d'un trouble et, d'autre part, celle d'un mélange confus. En parallèle, la séparation des pouvoirs et la constitution sont présentés comme permettant de (r)établir l'ordre dans l'exercice des pouvoirs et d'opérer une bonne distinction de ces pouvoirs.

3. Le contenu de la constitution patriote : répartition des fonctions étatiques et institution d'Assemblées nationales

639. Les patriotes s'accordent sur les moyens que la constitution doit mettre en place pour mettre

2933« Le Peuple écrasé par le régime de la féodalité, par l'aristocratie des corps, gémissait encore sous la tyrannie d'un Ministère oppresseur qui ne rendait compte qu'à un maître absolu des actes multipliés d'un pouvoir trop souvent arbitraire. Pressurés par le fisc, des sujets malheureux se voyaient tous les jours exposés à lui abandonner leurs dépouilles, pour sauver une liberté dont ils n'embrassaient encore que le fantôme. » *Réflexions d'un député, à l'Assemblée nationale, sur le projet de déclaration des droits de l'homme en société, lu à cette Assemblée, adressées aux représentants de la nation*, BN Le29-145.

fin aux maux de l’Ancien Régime, en sus d’une déclaration des droits. Il s’agit, d’une part, de répartir les fonctions étatiques (a) et, d’autre part, d’instituer des Assemblées nationales élues (b). Mounier résume cette idée dans son rapport : « C’est en assurant le retour périodique ou la permanence des Assemblée Nationales, c’est en déterminant leurs formes et leur composition, en réglant les limites de tous les pouvoirs, que vous établirez la liberté »²⁹³⁴. Ces deux éléments recouvrent la garantie de la liberté politique « qui consiste dans la faculté qu’a tout citoyen de concourir, soit par lui-même soit par ses représentants, à la formation de la loi »²⁹³⁵ et de la liberté civile, « qui consiste dans la faculté qu’a tout citoyen de faire tout ce qui n’est pas défendu par la loi »²⁹³⁶. Ces définitions sont celles de Bergasse.

a. L’impératif de distribution et de détermination des fonctions étatiques dans la constitution, spécificité du constitutionnalisme patriote

640. Contrairement à une répartition des pouvoirs concentrée sur les différents organes de l’État, représentants différentes parties de la société, imaginée par les conservateurs, la répartition du pouvoir conçue par les patriotes repose sur la détermination de la répartition des fonctions étatiques. L’indétermination des fonctions étatiques est une de leurs plus fréquentes condamnations du régime et cette indétermination justifie l’entreprise constituante.

641. Champion de Cicé le 27 juillet prononce la sentence suivante :

« Jusqu’à ces derniers temps, et je pourrais dire jusqu’à ces derniers moments, ce vaste et superbe Empire n’a cessé d’être la victime de la confusion et de l’indétermination des Pouvoirs. L’ambition et l’intrigue ont fait valoir à leur gré les *droits incertains des Rois et ceux des peuples*. Notre Histoire n’est qu’une suite des tristes combats de ce genre, dont le résultat a toujours été ou *l’accroissement d’un fatal despotisme*, ou l’établissement peut-être plus fatal encore de *la prépondérance et de l’aristocratie des Corps*, dont le joug pèse en même temps sur les peuples et sur les Rois. »²⁹³⁷

Le constat est toujours le même, celui d’une confusion et d’une indétermination des pouvoirs, et d’une incertitude sur les droits des peuples et du Roi. Les ennemis désignés sont identiques : le despotisme et surtout l’aristocratie des corps. Les conservateurs reprochaient aux patriotes la confusion des Ordres ; les patriotes répondent par la dénonciation de la confusion des pouvoirs. Les constituants doivent donc mettre fin à cette confusion et cette indétermination en opérant la distinction et la détermination des pouvoirs dans la constitution. Le même jour,

²⁹³⁴Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PV AN*, I, p. 273.

²⁹³⁵*Rapport du Comité de constitution sur l’organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l’Assemblée Nationale, par M. Bergasse*, 1789, BN Le29-141, p. 9-10.

²⁹³⁶*Ibid.*, p. 10.

²⁹³⁷Nous soulignons. Rapport fait par M. l’archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l’Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, *PV AN* n° 33, annexe, p. 2.

Clermont-Tonnerre estime que les constituants doivent « asseoir sur des principes certains, et sur la distinction et constitution régulière de tous les pouvoirs, la prospérité de l'Empire Français. »²⁹³⁸

642. L'impératif de distribution et de détermination des pouvoirs est omniprésent dans les déclarations.

Celle de La Fayette dispose que le « bien commun [...] exige que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire soient distincts et définis »²⁹³⁹. La déclaration de Mounier prévoit : « Pour prévenir le Despotisme et assurer l'empire de la Loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être distincts, et ne peuvent être réunis. »²⁹⁴⁰ La distinction des pouvoirs et l'interdiction de leur réunion est donc expressément liée à la prévention du despotisme par Mounier. En ce sens, il retient une définition du despotisme proche de celle de Montesquieu. La déclaration du comité de constitution reprend la formule de Mounier et ajoute : « Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en seraient les dépositaires au-dessus de toutes les Lois, et leur permettraient d'y substituer leurs volontés. »²⁹⁴¹ La distribution des pouvoirs doit donc permettre d'éviter l'arbitraire et d'instaurer le principe de légalité²⁹⁴².

De nombreuses déclarations reprennent cette idée que la constitution doit impérativement organiser la distinction, distribution et détermination des pouvoirs, pour être bonne ou valable²⁹⁴³.

643. Certains auteurs formulent une exigence plus précise, ou au contraire choisissent des formules volontairement floues.

Plusieurs déclarations mettent l'accent sur la nécessité de séparer le pouvoir exécutif du pouvoir législatif. Les patriotes adhérant à la définition de la constitution comme contrat estiment nécessaire que la fonction législative reste monopolisée par le peuple, alors qu'ils confient à un gouvernement, au sens restreint, le pouvoir exécutif. D'autres déclarations formulent également l'exigence de séparation des pouvoirs exécutif et législatif. L'*Instruction* du duc d'Orléans rédigée

2938 Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet, lu à l'Assemblée nationale, le 27 juillet, par M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, *PV AN n° 33*, annexe, p. 2-3.

2939 LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

2940 Art. 9. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

2941 MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

2942 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, A.

2943 « C'est de l'organisation régulière de la correspondance, de la séparation et de l'indépendance de ces quatre Pouvoirs [législatif, exécutif, administratif et judiciaire], que résultera une bonne Constitution. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit.

« Une bonne Constitution ne peut avoir pour base solide, que [...] l'établissement des Lois qui la gouvernent, et la séparation déterminée des pouvoirs qui en assurent l'exécution. » SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

« Art. 30. La Constitution est bonne, si les pouvoirs sont tellement organisés, qu'il ne puissent ni se confondre ni usurper l'un sur l'autre » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

par Sieyes précise qu'il faut « écarter tout-à-fait le pouvoir exécutif de la législature » ; « il n'y aura jamais une véritable liberté politique, tant que ces deux Pouvoirs ne seront pas séparés rigoureusement. »²⁹⁴⁴ La déclaration de Gouges-Cartou prône également une séparation : « il est visible que la réunion des trois pouvoirs porterait les abus à leur comble. Ainsi, *la liberté d'un Peuple est en danger, tant que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ne sont pas distincts et séparés.* »²⁹⁴⁵ Celle de Boislandry prévoit : « Il est essentiel au bonheur public que la puissance législative et le pouvoir exécutif soient entièrement distincts et séparés. »²⁹⁴⁶ Thoret estime qu'il est nécessaire de diviser les pouvoirs exécutif et législatif pour éviter le despotisme²⁹⁴⁷.

De telles précisions ne sont cependant pas majoritaires.

La formulation retenue par la déclaration du sixième bureau, servant de base à la discussion sur l'article 16, est plus floue. Elle prévoit que « Toute société dans laquelle [...] la séparation des pouvoirs [n'est pas] déterminée, n'a pas une véritable Constitution. »²⁹⁴⁸ Elle fait donc référence à une « séparation », mais elle met l'accent sur l'exigence de détermination de cette séparation et ne mentionne pas explicitement la nécessité de séparer les pouvoirs exécutif et législatif, ni celle de les rendre mutuellement indépendants.

644. La distribution des pouvoirs et leur détermination dans la constitution doivent permettre de protéger le citoyen contre les entreprises des pouvoirs.

La déclaration de Target prévoit qu'« il n'y a de Gouvernement légitime, de quelque nature qu'il puisse être, que celui où non-seulement les droits des hommes sont respectés de fait, *mais encore où aucun homme, aucun dépositaire du pouvoir exécutif, ne peuvent les violer impunément* »²⁹⁴⁹. Il définit le bon gouvernement comme celui où les administrateurs ne peuvent violer les droits de l'homme²⁹⁵⁰. Bergasse dans son rapport sur l'organisation judiciaire exprime la même idée : le pouvoir doit être suffisant pour être protecteur, mais ne doit pas pouvoir être

2944DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*, éd. cit., p. 18.

2945Art. 40. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2946Art. 54. BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2947« §XXXII. Dans la personne morale de l'Etat, le pouvoir législatif représente la volonté, le pouvoir exécutif, la faculté d'agir. Si ces deux pouvoirs sont réunis dans le même sujet, il peut tout ce qu'il veut : donc il est despote.

« §XXXIII. Il importe donc à la liberté politique que ces deux pouvoirs soient divisés. Il importe aussi à la tranquillité publique qu'ils soient organisés de manière qu'ils ne puissent faire de conquêtes l'un sur l'autre. » THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit.

2948Art. XXIV. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

2949Art. 26. TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2950« Art. 27. Il peut y avoir de bons Administrateurs dans un mauvais Gouvernement ; mais le caractère distinctif d'un bon Gouvernement, c'est d'empêcher que les mauvais Administrateurs eux-mêmes ne puissent violer les droits des hommes. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

employé contre le citoyen²⁹⁵¹.

Brissot lie également la distribution des pouvoirs à la définition d'une « Constitution libre » : « Dans une Constitution libre, ce partage [des pouvoirs] doit être fait de manière que chaque citoyen conserve ses droits essentiels, et que jamais ils ne puissent être envahis par aucun pouvoir. »²⁹⁵² La distribution des pouvoirs doit donc protéger l'individu, y compris contre les pouvoirs. Servan estime également que « Les lois politiques ou constitutives conduisent à la liberté civile, lorsque la puissance législative est instituée de manière à connaître et vouloir le bien public, et lorsque la puissance exécutive, ne manquant jamais de pouvoir pour faire obéir aux lois, en est toujours privée pour les violer. »²⁹⁵³ La déclaration de Target contient une formule similaire²⁹⁵⁴. Bergasse présente également cette idée dans son rapport sur le pouvoir judiciaire²⁹⁵⁵.

Les déclarations formulant une telle exigence de séparation des pouvoirs exécutif et législatif y joignent fréquemment la nécessité de fixer dans la constitution les modalités de la représentation de la nation.

645. La constitution pour les patriotes a donc pour objet les modalités d'exercice du pouvoir politique. En cela, leur conception se rapproche de celle défendue par les conservateurs ou les royalistes. Néanmoins, elle s'en distingue par deux aspects.

En premier lieu, les patriotes mettent l'accent sur l'exigence d'une réglementation précise et stable. Cette exigence de détermination précise des modalités d'exercice du pouvoir n'est pas toujours clairement mise en avant par les autres constitutionnalismes. Le constitutionnalisme parlementaire repose d'ailleurs sur le flou des prérogatives des parlements et l'indétermination de leur capacité à imposer leur volonté à celle du Roi. Le constitutionnalisme royaliste, spécialement au cours de la Prérévolution, repose sur l'indétermination des compétences effectivement reconnues

2951« La liberté civile est en danger toutes les fois que le pouvoir qui doit protéger le citoyen dans sa personne ou sa propriété est tellement institué, qu'il ne suffit pas pour cet objet ; toutes les fois encore que, suffisant pour cet objet, il devient malheureusement facile de l'employer au détriment de la personne ou de la propriété. » BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 10-11.

2952BRISSOT, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, éd. cit., p. 7.

2953Art. 11. SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit., p. 13-14.

2954« La Constitution est bonne [...] si la force exécutrice est tout à fois assez grande, pour que rien ne puisse arrêter son action légitime, et assez subordonnée à la puissance législative, pour que les Agents du Chef suprême ne puissent pas violer impunément les Lois. » Art. 30. TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2955« La liberté politique est en danger, toutes les fois que, par l'effet d'une circonstance ou d'une institution quelconque, le citoyen ne concourt pas à la formation de la loi avec la plénitude de sa volonté ; toutes les fois que, par une certaine disposition des choses, la loi qui devrait toujours être l'expression de la volonté générale, n'est que l'expression de quelques volontés particulières ; toutes les fois encore que la puissance publique est tellement concentrée, distribuée, ou ordonnée, qu'elle peut facilement faire effort contre la Constitution de l'Etat, et, selon les événements, la modifier ou la détruire. » *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l'Assemblée Nationale, par M. Bergasse*, éd. cit., p. 10.

aux représentants de la nation et aux parlements. Le constitutionnalisme conservateur repose également sur cette indétermination de la répartition des compétences. Ils réclament le consentement des Ordres pour l'impôt et les lois qui modifieraient la constitution, mais le périmètre de ce qui relève de la matière constitutionnelle n'est pas clairement fixé. La distinction entre les actes pour lesquels le consentement des États-généraux serait nécessaire, et ceux pour lesquels le Roi pourrait s'en dispenser n'est pas des plus évidentes. En outre, ce constitutionnalisme est entièrement silencieux sur les parlements, leurs fonctions et leurs droits. L'exigence de détermination et d'une réglementation exhaustive représente donc une réelle différence du constitutionnalisme patriote par rapport aux autres constitutionnalismes.

En second lieu, le constitutionnalisme patriote ne repose plus uniquement sur la détermination des organes constitutionnels, mais sur la répartition des fonctions étatiques entre ces différents organes. Le constitutionnalisme parlementaire était fondé sur le caractère originel de l'organe des parlements les plaçant sur un pied d'égalité avec le Roi. Le constitutionnalisme conservateur de la Prérévolution met l'accent sur l'existence de quatre organes : le Roi et les trois Ordres. Le constitutionnalisme royaliste de la Prérévolution reconnaît l'existence constitutionnelle au côté du Roi d'une Cour et d'États-généraux. Ces constitutionnalismes ne présentent toutefois pas clairement l'ensemble des compétences dont disposent ces différents organes et précisent encore plus rarement la manière dont est réparti l'exercice des fonctions étatiques. Le constitutionnalisme patriote a fait table rase des organes constitutionnels, sous réserve du Roi pour certains d'entre eux. Ils peuvent alors se concentrer sur la répartition des fonctions étatiques. La constitution est fondée sur une répartition de fonctions et non sur un équilibre entre organes préexistants.

b. L'organisation de la représentation de la nation dans la constitution

646. Les exigences relatives à la représentation sont particulièrement mises en avant par les patriotes radicaux. Dans leurs déclarations des droits, ils soulignent la nécessité de fixer dans la constitution les modalités de représentation de la nation. Ils lient souvent cette exigence à l'exercice du pouvoir législatif par les représentants élus de la nation.

Les déclarations de Sieyès prévoient ainsi :

« La loi ne peut être que l'expression de la volonté générale. Chez un grand peuple, elle doit être l'ouvrage d'un corps de représentants choisis pour un temps court, médiatement ou immédiatement, par tous les citoyens qui ont à la chose publique intérêt avec capacité. *Ces deux qualités ont besoin d'être positivement et clairement déterminées par la constitution.* »²⁹⁵⁶

2956 Nous soulignons. Art. XXVI. SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit. ; Art. 28. SIEYÈS, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

La loi doit donc être faite par des représentants élus et la constitution doit organiser cette représentation. Les déclarations de Boislandry et de Custine formulent la même exigence²⁹⁵⁷.

Les partisans d'une souveraineté absolue et perpétuelle de la nation adhèrent aux mêmes principes puisqu'ils estiment qu'il revient à la nation d'organiser les modalités de sa représentation. Rabaut estime que « La Nation peut seule établir la manière d'élire, de nommer, de déléguer ses Représentants, et d'organiser la représentation. »²⁹⁵⁸ Crénière précise également : « l'époque de la tenue des Assemblées Nationales, leur durée ou la permanence même de l'une de ces Assemblées, ne peuvent être déterminées que par la volonté des Citoyens, exprimée par eux ou par leurs Mandataires »²⁹⁵⁹.

647. Les patriotes modérés sont défavorables à la souveraineté législative de la nation et lui reconnaissent un simple droit de participation à la fonction législative²⁹⁶⁰. Certaines déclarations formulent donc simplement un droit à une représentation au moyen d'élections qui doit être fixé par la constitution²⁹⁶¹. La déclaration du comité des cinq reconnaît un simple droit de consentir aux lois et prévoit que les représentants doivent être « souvent renouvelés, légalement élus, toujours existants, fréquemment assemblés » et agir « librement selon les formes prescrites par la Constitution »²⁹⁶².

648. Les patriotes s'accordent donc pour considérer que les individus doivent être protégés des atteintes potentielles à leurs droits provenant des autres membres de la société ou de l'extérieur,

2957« Art. XXV. La loi ne peut être que l'expression de la volonté générale. Chez un grand peuple, elle doit être l'ouvrage d'un Corps de Représentants choisis pour un temps court, médiatement ou immédiatement par tous les citoyens qui ont à la chose publique, un intérêt avec capacité ; ces deux qualités ont besoin d'être positivement et clairement déterminées par la Constitution. » Nous soulignons. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

« 53. Le pouvoir de faire les Lois, de les abroger, de les réformer, d'en suspendre l'exécution, ne peut être exercé que par la puissance législative constituée par la Nation : la puissance législative a droit de s'assembler d'elle-même annuellement, ou à des époques plus rapprochées qui seront fixées par la Constitution. » Nous soulignons. BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

2958RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit., p. 4.

2959 CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit., p. 6.

2960Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, C.

2961« La convocation, l'existence et l'organisation des États-Généraux [fait] désormais la partie la plus essentielle de la constitution Française [...]

« Art. 13. La liberté de former des Assemblées Nationales doit être regardée comme le premier garant de la liberté civile. » SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit.

« Le bien commun [...] exige que [...] [l']organisation [des pouvoirs] assure la représentation libre des citoyens » LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

« Art. 25. Un des principaux points d'une Constitution doit être la manière dont un peuple doit s'assembler, pour qu'il puisse, toutes les fois qu'il sera nécessaire, manifester ses volontés librement, clairement, facilement et promptement. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2962*Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

mais également de celles pouvant provenir du gouvernement. Ils estiment qu'il est possible de prévenir ces dernières par l'existence d'une distribution et d'une détermination des fonctions étatiques. En outre, certains patriotes mettent l'accent sur la nécessité de fixer dans la constitution les modalités de représentation de la nation.

§ 3. *Les différentes conceptions patriotes de la séparation des pouvoirs*

649. La plupart des patriotes distinguent deux fonctions étatiques principales, et des fonctions dérivées et subordonnées.

Les fonctions principales sont désignées par les termes pouvoirs exécutif et législatif. Ce sont à ces deux pouvoirs que les patriotes se réfèrent dans les expressions de division, distinction ou séparation des pouvoirs, qui sont liées au concept de constitution. Les fonctions dérivées, parfois appelées également « pouvoirs », sont conçues comme des branches de l'exécutif : pouvoir militaire, pouvoir judiciaire, pouvoir d'administration. Cette diffraction du pouvoir exécutif se retrouve chez la plupart des auteurs. Les patriotes soulignent fréquemment la nécessité de distinguer ces branches subsidiaires les unes des autres²⁹⁶³. Cette distinction est réalisée par l'impossibilité de confier aux mêmes officiers des compétences relevant de ces différentes branches. Ainsi, par exemple, les offices militaires et civils ne peuvent être exercés par la même personne et l'administration locale ne peut interférer dans les affaires judiciaires et réciproquement.

Néanmoins, ces « pouvoirs » dérivés restent théoriquement subordonnés²⁹⁶⁴ à la loi et au pouvoir exécutif central que représente le Roi. En ce sens, l'expression de séparation des pouvoirs et de distinction des pouvoirs n'est pas employée pour conférer une autonomie aux « pouvoirs » militaire, judiciaire et d'administration. Les patriotes ne s'accordent pas sur la part de l'influence que la nation doit avoir et l'autonomie dont doit disposer le pouvoir exécutif dans la gestion de ces

2963« Art. 2. Toutes les parties de l'Administration civile, militaire et politique étant immédiatement sous l'autorité du Roi, Sa Majesté s'en fera rendre compte directement par les administrateurs individuels et collectifs, ou indirectement par ses Représentants, qu'elle autorisera à transmettre ses ordres. Dans ce dernier cas, lesdits Représentants ou Délégués ne pourront réunir les pouvoirs civil ou militaire ; et ceux auxquels le pouvoir judiciaire aura été départi ne pourront connaître d'aucun autre détail d'administration militaire ou civile. » MALOUEY, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 15.

« Il est essentiel d'assurer de la manière la plus solide, que les Assemblées Provinciales ne pourront être troublées dans l'exercice d'aucune des parties de leur administration par les entreprises du Pouvoir judiciaire. / Réciproquement, elle ne pourront usurper aucune partie de ce pouvoir, ni de la puissance législative. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 31.

2964« Que le *Pouvoir judiciaire* est essentiellement distinct du Pouvoir législatif, et qu'il lui est subordonné : – qu'ainsi les Tribunaux de Justice ne peuvent faire aucunes Lois, ou Règlements qui en aient la force ; – qu'ils ne peuvent, par l'enregistrement et la publication, conférer le caractère légal aux actes qui leur seraient proposés par le Roi sans le consentement de l'Assemblée Nationale, ou par cette Assemblée sans la sanction du Roi ; – qu'enfin ils doivent se soumettre aux actes de la Puissance législative portés sur eux-mêmes, et faire exécuter ceux qui obligent les justiciables. THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 33-34.

différentes branches de l'exécutif²⁹⁶⁵. Les modérés veulent laisser au Roi une large marge de manœuvre ; les radicaux souhaitent un fort contrôle de la loi et de la nation sur le Roi et ses agents. Ils s'accordent cependant sur le caractère subordonné de ces pouvoirs dérivés par rapport aux pouvoirs principaux.

Les expressions de séparation, distinction ou division des pouvoirs²⁹⁶⁶ renvoient le plus souvent à la distinction de ces deux fonctions principales, et non à l'idée que les « pouvoirs » administratif, militaire ou judiciaire devraient être des organes indépendants.

En outre, bien que, par métonymie, le Roi soit parfois désigné par le terme de pouvoir exécutif, ou l'Assemblée par celui de pouvoir législatif, l'expression de séparation des pouvoirs désigne, à l'été 1789, la distinction des fonctions étatiques, et non l'autonomie des organes exerçant principalement ces fonctions. La séparation des pouvoirs n'est donc pas l'autonomie d'organes mutuellement indépendants. Elle n'est cependant pas non plus un principe purement négatif²⁹⁶⁷.

Les patriotes s'accordent sur la distinction et la hiérarchisation des fonctions étatiques (A). En revanche, ils divergent, d'une part, sur les prérogatives royales et le contrôle de l'exécutif (B) et, d'autre part, sur le monopole de la fonction législative par l'Assemblée (C).

A. L'accord des patriotes sur le principe de distinction et de hiérarchisation des fonctions étatiques

650. Les patriotes s'accordent sur l'idée d'une distinction et d'une hiérarchisation des fonctions étatiques, ce qui les distinguent des royalistes, des parlementaires et des conservateurs. Pour ces trois partis, la fonction de gouvernement, monopolisée par le Roi, est mêlée à la fonction de législation. Les royalistes conçoivent le Roi comme disposant de l'intégralité du pouvoir législatif. Les parlementaires considèrent que le Roi dispose de la fonction de législation, mais que les parlements ont un droit de *veto*. Les conservateurs estiment qu'il dispose d'un pouvoir législatif résiduel, pour toutes les matières ne relevant pas des lois fondamentales. Les fonctions législative et exécutive ne sont donc ni distinguées, ni hiérarchisées dans leurs conceptions de la constitution.

L'ensemble des patriotes insistent au contraire pour que les fonctions de gouvernement et de législation soient distinguées (1). Pour eux, cette distinction implique une hiérarchisation qui est réalisée grâce au principe de légalité (2).

2965« §XXXI. Le pouvoir militaire, le pouvoir judiciaire, le pouvoir coactif, le pouvoir administratif, qui consistent à appliquer le produit des impôts, etc. forment les différentes branches du pouvoir exécutif. » THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit., p. 6.

2966Pour une étude complète et fouillée sur l'évolution de la signification de la séparation des pouvoirs voir Carlos Miguel PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, vol. 102, no. 3, 2002, pp. 119-131.

2967Contra. Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 72 ; Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, éd. cit., p. 228.

1. La distinction des fonctions de gouvernement et de législation chez les patriotes

651. La séparation des pouvoirs signifie, pour l'ensemble des patriotes, la distinction des fonctions de gouvernement et de législation. Il ne s'agit donc pas simplement d'un principe de non-confusion de l'ensemble des fonctions étatiques entre les mains d'un seul, mais plus précisément de l'exigence de l'interdiction de cumuler le pouvoir de gouverner et le pouvoir de faire la loi.

Ce cumul de fonction est la caractéristique du gouvernement monarchique traditionnel dans lequel le roi dispose des pouvoirs législatif et exécutif. Ce principe est rappelé par le Roi et ses ministres à plusieurs reprises et admis par les parlements et ses défenseurs jusqu'à la Prérévolution. Montesquieu lui-même ne s'oppose pas au cumul de ces deux fonctions qui, pour lui, caractérise les monarchies traditionnelles²⁹⁶⁸. Pour les parlementaires, seul l'indépendance statutaire qu'offre la vénalité et l'hérédité des offices aux parlements est nécessaire au bon fonctionnement du régime. L'idée d'un partage de la fonction législative, et donc de son autonomisation par rapport à la fonction de gouvernement, ne prend corps qu'au cours de la Prérévolution.

En revanche, chez l'ensemble des patriotes l'existence d'un gouvernement monarchique ne prédétermine pas la monopolisation du pouvoir législatif entre les mains du roi (a). Au contraire, le pouvoir législatif doit être, au moins en partie, exercé par la nation (b). Ils dissocient donc la fonction de gouverner, confiée à un roi, de celle de légiférer, confiée en partie à la nation. La reconnaissance d'un gouvernement monarchique n'implique donc plus la monopolisation des fonctions exécutive et législative entre les mains du roi, ce qui constitue une rupture avec l'ordre antérieur.

a. La restriction de la fonction de gouvernement confiée au roi

652. Les patriotes reconnaissent que la fonction de gouvernement est exercée par le Roi. Cette fonction est néanmoins restreinte, par rapport à la définition classique du gouvernement²⁹⁶⁹. La déclaration de Sieyès présente l'évolution sémantique et conceptuelle de la définition du gouvernement :

« Le *gouvernement* se confond souvent avec l'action ou l'exercice de ces deux pouvoirs [exécutif et législatif] ; mais ce mot est plus particulièrement consacré à désigner le pouvoir exécutif, ou son action. Rien n'est plus commun que d'entendre dire : On doit gouverner suivant la loi ; ce qui prouve que le pouvoir de faire la loi est distinct du gouvernement proprement dit. »²⁹⁷⁰

2968« Dans les monarchies que nous connaissons, le prince a la puissance exécutrice et la législative, ou du moins une partie de la législative, mais il ne juge pas. » *EDL*, XI, XI.

« Dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme. » *EDL*, XI, VI.

2969Sur l'évolution de la notion de gouvernement, voir *supra*.

2970SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme*

Sieyès, à la suite de Rousseau²⁹⁷¹, souligne l'autonomisation de la fonction de législation par rapport à celle de gouvernement. L'existence d'un gouvernement monarchique est maintenant dissociée de l'exercice de la fonction de législation par le Roi. Les patriotes s'affrontent par la suite sur la définition du gouvernement monarchique et l'étendue des pouvoirs conférés au roi dans un tel gouvernement. Néanmoins, la rupture, avec les royalistes et les conservateurs, est consommée par la modification de l'exercice du pouvoir législatif. Comme l'écrit Durand de Maillane : « Il n'est, Messieurs, personne qui ne voie que l'article du pouvoir législatif opère, en quelque sorte lui seul, toute la révolution présente »²⁹⁷².

653. La distinction des fonctions de gouvernement et de législation permet de justifier la dépossession du Roi de son pouvoir législatif. Les patriotes soulignent l'impossibilité de confier la fonction législative au roi. Gouges-Cartou estime que « quelle que soit l'étendue et la population d'un Etat, le pouvoir législatif ne saurait être confié à un seul, sans compromettre la liberté »²⁹⁷³. Rabaut dénonce les abus qui peuvent résulter du pouvoir législatif confié à un seul²⁹⁷⁴. La fonction gouvernement du Roi est redéfinie et restreinte à l'emploi de la force publique²⁹⁷⁵ et à l'exécution des lois²⁹⁷⁶.

654. Cette distinction des deux fonctions permet de disqualifier la précédente définition du régime monarchique.

Le régime où un seul exerce les deux fonctions exécutive et législative est dénoncé comme étant despotique. Cette définition du despotisme diffère de la définition de Montesquieu, qui ne conçoit pas comme despotique la monopolisation des fonctions exécutive et législative par le Roi. La déclaration de Thoret prévoit : « Dans la personne morale de l'Etat, le pouvoir législatif

et du citoyen, éd. cit., p. 18.

2971 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

2972 DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 9.

2973 Art. 64. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2974 « Ce qui fait qu'on a mal raisonné jusqu'aujourd'hui à ce sujet, c'est qu'un homme s'est toujours mis à la place de toute la Société qu'il n'était pas, ni ne représentait pas : il a voulu exiger, au nom de la Société, des sacrifices qu'elle ne pouvait exiger elle-même, et que sa volonté particulière fût la règle de toutes les autres. Ce n'est pas le moindre abus de la Loi confiée à un seul. » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 13.

2975 « Le Gouvernement est le mode d'activité choisi par chaque Société, pour diriger l'emploi de la force publique vers son objet. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit.

2976 « Des Hommes qui vont former une Société et devenir un Peuple, conviennent ensemble de se soumettre à telles ou telles conditions. Par le consentement de tous, et on les appelle des Lois. Mais ces Lois seraient inutiles, s'il n'y avait un ordre établi, *une forme convenue pour les faire exécuter ; c'est cette forme qu'on appelle Gouvernement*.

« La Constitution réunit donc deux choses ; des Lois convenues par tous, et une forme pour les faire exécuter convenue également par tous : les Lois et le Gouvernement ; c'est de ces deux choses que l'Assemblée Nationale doit s'occuper. » Nous soulignons. RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, éd. cit., p. 1-2.

représente la volonté, le pouvoir exécutif, la faculté d'agir. Si ces deux pouvoirs sont réunis dans le même sujet, il peut tout ce qu'il veut : donc il est despote.»²⁹⁷⁷ Ainsi, l'existence d'un gouvernement est considérée comme nécessaire²⁹⁷⁸, mais ce gouvernement doit être soumis à des lois faites, au moins partiellement, par la nation²⁹⁷⁹.

Comme chez Rousseau, la typologie des gouvernements aristocratique, démocratique et monarchique n'est plus utilisée que pour désigner l'entité disposant du pouvoir de gouvernement, qui ne recouvre plus le pouvoir de législation²⁹⁸⁰. Le gouvernement despotique peut alors être redéfini comme celui où une entité détient les deux fonctions de législation et d'exécution et où le peuple ne participe pas à la législation²⁹⁸¹. Le gouvernement monarchique défendu par les royalistes, et même celui défendu par les parlementaires et les conservateurs, correspondrait à cette définition du despotisme.

b. La participation de la nation à la fonction de législation

655. Les constituants s'accordent sur l'idée que la loi doit être l'expression de la volonté générale et que l'expression de cette volonté nécessite la participation de la nation à l'élaboration de la législation. Cette participation n'implique pas nécessairement un monopole des citoyens et de leurs représentants élus pour faire la loi. La définition de l'expression de la volonté générale varie donc entre, d'une part, les patriotes qui estiment que la nation ou ses représentants doivent participer ou consentir à l'élaboration de la loi et, d'autre part, ceux qui considèrent que seuls les représentants élus de la nation peuvent faire la loi.

2977 Art. §XXXII. THORET, député du Berry, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit.

2978 « Besoin d'être gouverné. VI. Pour y atteindre par un effort commun, ils ont promis d'obéir à plusieurs ou à un seul. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, éd. cit.

2979 « VIII. Les hommes ne pourraient être libres sans avoir de loi et sans la faire eux-mêmes. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, éd. cit.

2980 « Si l'exécution des Lois reste encore dans les mains du Peuple, et est confiée à un certain nombre de Membres élus à époque fixe, ce sera une *Démocratie*. Si le pouvoir exécutif des Lois est remis entre les mains d'un certain nombre de Citoyens, formant une Classe supérieure, on aura alors l'*Aristocratie*. Si enfin cette exécutif des Lois formées par le Peuple lui-même, est confiée à un seul homme électif, ou pris toujours dans une même famille, vous aurez une *Monarchie*. » GALLOT, *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 2.

« Art 60. Le pouvoir exécutif peut être confié (sans que la liberté soit compromise) à un seul individu, ou à plusieurs, ou à une partie considérable du Peuple. De là naît la distinction des trois espèces de Gouvernement, savoir : le Monarchique, l'Aristocratique et le Démocratique. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

2981 « Tous les Gouvernements peuvent se partager en deux grandes divisions, *Despotiques ou Populaires*. [...]

« Tout Peuple, au contraire, chez lequel les Lois se forment par lui ou avec son consentement, a nécessairement un Gouvernement Populaire. Tels ont été dans l'origine la plupart des Gouvernements Européens.

« Le nôtre en présente l'exemple le plus frappant. En vain chercherait-on à reconnaître la Constitution Monarchique dans le Gouvernement Despotique, ou plutôt ministériel, sous lequel nous avons gémi depuis longtemps. » GALLOT, *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 2-3.

656. Pour les uns, la loi doit être uniquement l'acte des citoyens ou de leurs représentants. La déclaration de Target précise par exemple : « La Loi n'est que le résultat exprimé de la volonté générale des Membres du Corps Politique, ou de leurs Représentants. »²⁹⁸² De Ladébat estime que le pouvoir de faire les lois appartient aux représentants élus de la nation²⁹⁸³. Sallé de Chou précise que seule la nation peut faire les lois directement ou au moyen de représentants librement élus²⁹⁸⁴.

Pour les autres, une simple participation de la nation à la législation est satisfaisante. Une déclaration anonyme considère que pour que la loi soit l'expression de la volonté générale, il faut que les citoyens aient concouru à sa formation soit directement soit par des représentants librement choisis²⁹⁸⁵. Ce droit de concourir à la formation de la loi est également reconnu par Crénière²⁹⁸⁶, Thouret²⁹⁸⁷, Avaray²⁹⁸⁸, Thoret²⁹⁸⁹ et une déclaration anonyme²⁹⁹⁰. La déclaration de Pison du Galland précise que la loi doit être l'ouvrage des membres de la société ou de ses représentants constitués²⁹⁹¹. Cette formulation permet de laisser ouverte la question de la place du roi dans la

2982 Art. 10. TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2983 « Art. 23. Les lois sociales doivent être l'expression de l'ordre et de la justice. La combinaison des devoirs et des droits variant sans cesse, comme les rapports des hommes entre eux : c'est aux plus sages de la nation, élus par elle, qu'appartient le pouvoir de faire ces lois. C'est ce qu'on appelle le *pouvoir législatif*. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

2984 « La Nation seule peut faire des Lois ; car toute autorité réside en elle seule. Une Loi doit être l'expression de la volonté générale ; chaque individu a donc droit d'y concourir ; et dans le recueillement des volontés diverses, le plus grand nombre oblige nécessairement le plus petit ; mais comme chez un Peuple nombreux la réunion de tous les Membres est impossible, ses Représentants librement élus exercent ce pouvoir suprême. » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 1-2.

2985 « La loi devant être l'expression de la volonté générale, tous ont droit de concourir à la formation de la loi ; mais la volonté du plus grand nombre fait la loi.

« Tous ne pouvant pas contribuer immédiatement à la formation des lois, chacun a le droit d'y contribuer par ses représentants.

« Nul n'étant représenté, s'il n'a librement et volontairement nommé celui ou ceux qui doivent le représenter, chacun a le droit de concourir librement et volontairement au choix des représentants qui doivent faire la loi. » *Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale*, BN Le29-1957.

2986 « 1° Que la volonté du plus grand nombre étant la loi de tous, chaque Citoyen a le droit de concourir à la formation des lois en exprimant son vœu particulier. » CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit.

2987 « Art. 4. La Loi ne se forme que par l'expression de la volonté générale régulièrement constatée et publiée. [...]

« Art. 25. Tous les citoyens ont le droit de concourir par eux-mêmes, ou par leurs représentants, à la formation des Lois, et de ne se soumettre qu'à celles qu'ils ont librement consenties. » THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

2988 « 2°. Un Français peut jouir de sa liberté dans toute son étendue, pourvu qu'il soit soumis aux Lois qu'il aura contribué à faire par lui-même ou par ses Représentants. » AVARAY, *Projet de constitution des droits d'un citoyen français*, éd. cit.

2989 « §XVI. La fin de l'association étant le bonheur de tous, les intérêts des associés doivent être la mesure de leurs droits. Tous étant intéressés aux résultats des Lois, il est évident que tous ont droit d'y concourir. La Loi [doit] donc être l'expression de la volonté générale. » THOURET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit.

2990 « IV. La souveraineté appartient à la Nation, il [le citoyen] y participe incontestablement. La législation étant le principal attribut de la Souveraineté, il doit concourir à la formation des Lois, soit qu'il exerce ce droit par lui-même, soit qu'il le confère à des Représentants ; et c'est dans ce sens rigoureux que la Loi est l'expression de la volonté générale. » *Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W.*, éd. cit.

2991 « La Société est seule juge des Lois ou des règles qui lui conviennent pour remplir son objet.

« Ainsi, toutes les Lois doivent être l'ouvrage des Membres de la Société, ou si elle est trop nombreuse, celui de leurs Représentants librement constitués. » PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

participation à la fonction législative. La déclaration du comité de cinq retient également une formule ambiguë, qui reconnaît néanmoins la nécessité d'un consentement de la nation ou de ses représentants pour faire une loi. Elle prévoit qu'« une Nation ne doit donc reconnaître d'autres lois que celles qui ont été expressément approuvées et consenties par elle-même ou par ses Représentants souvent renouvelés, légalement élus, toujours existants, fréquemment assemblés, agissant librement selon les formes prescrites par la Constitution »²⁹⁹² Ce droit d'approbation et de consentement aux lois n'implique donc pas un monopole de la fonction législative par la nation et ses représentants.

657. Qu'ils reconnaissent à la nation le monopole de la fonction législative ou un droit de participation ou de consentement²⁹⁹³, les patriotes ont tous en commun la définition de la fonction législative comme une fonction à laquelle doit contribuer la nation et qui ne peut être monopolisée par le détenteur de la prérogative gouvernementale, c'est-à-dire le Roi dans le cas de la France. Tel est le cœur de la conception patriote de la séparation des pouvoirs. Les patriotes ne reconnaissent pas simplement un principe de distinction, mais y adjoignent une hiérarchisation, par le principe de légalité.

2. Le règne de la loi : le principe de légalité dans les projets de déclaration

658. Le constitutionnalisme patriote, contrairement à d'autres constitutionnalismes, met l'accent sur la souveraineté de la loi à laquelle la nation a contribué. Ce gouvernement de la loi implique la soumission de tous les organes de l'État à la loi. Il a pour fonction d'éliminer l'arbitraire et le despotisme par la soumission du gouvernement à la législation.

Ce principe de légalité est commun aux patriotes. Cette soumission des organes de l'État à la loi est exprimée en terme généraux dans les déclarations (a), mais elle est également réaffirmée plus spécifiquement dans les dispositions des déclarations prévoyant une forme d'*habeas corpus* (b). En outre, la soumission à la loi des agents de l'État a pour corollaire la possibilité de les poursuivre dans le cas où ils la violeraient, c'est-à-dire l'existence de leur responsabilité (c).

2992Art. 4. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

2993Sur cette divergence, voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, C.

a. Le monopole normatif de la loi, une spécificité de la conception patriote de la séparation des pouvoirs

659. Le principe de légalité est censé permettre de sortir du règne de l'arbitraire et des volontés particulières ; la volonté générale doit remplacer les volontés particulières. Ce principe implique que les organes de l'État se soumettent à la loi, mais également qu'ils n'ont de pouvoir qu'en vertu de la loi.

660. Suivant cette conception de la séparation des pouvoirs, la loi dispose d'un monopole normatif qui ne se retrouve pas dans les autres conceptions de la séparation des pouvoirs.

Montesquieu admet que le juge dispose d'un pouvoir important en matière d'interprétation des lois et n'exige pas que le peuple ou à la nation participe à son élaboration²⁹⁹⁴. Les déclarations américaines admettent également une production du droit en dehors des lois parlementaires (*statutes*) faits par les représentants élus. Elles réclament en faveur du droit commun²⁹⁹⁵ (*Common law*) et de la loi du pays²⁹⁹⁶ (*law of the land*) cette dernière résultant de la réunion du droit commun et des lois parlementaires.

Le principe de légalité constitue un des principaux points de divergence entre les déclarations américaines et les déclarations françaises. La soumission des juges à la loi et l'interdiction pour eux de participer à l'élaboration du droit est un point commun à l'ensemble des doctrines patriotes. Les déclarations française et américaine se rejoignent en revanche concernant l'impossibilité de suspendre la loi²⁹⁹⁷ ou d'exercer le pouvoir législatif sans le consentement du

2994« Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe [...]

« Dans les États despotiques, il n'y a point de loi : le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi : et là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie. » *EDL*, VI, III.

2995Par exemple, « Les Habitants du Maryland ont droit au maintien de la loi commune d'Angleterre, et à la procédure par Jurés, telle qu'elle est établie par cette loi ; ils ont droit au bénéfice de ceux des Statuts Anglais qui existaient au temps de leur première émigration, et qui, par expérience, se sont trouvés applicables à leurs circonstances locales ou autres, et au bénéfice de ceux des autres statuts qui ont été faits depuis en Angleterre ou dans la Grande-Bretagne, et qui ont été introduits, usités et pratiqués par les Cours de Loi ou d'Équité » Nous soulignons. *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, éd. cit., p. 252.

2996Par exemple, « XII. Tout homme libre, pour toute injure ou tort qu'il peut avoir reçu de quelque autre personne que ce soit, dans ses biens et terres ou dans sa personne, doit trouver un remède dans le recours aux loix du pays : il doit obtenir droit et justice, facilement et sans obstacle, complètement sans réserve, promptement et sans délai, le tout conformément *aux loix du pays*. » Déclaration des droits, Delaware, Nous soulignons. *Ibid.*, p. 226.

2997« Art. 4. Personne n'a le droit de dispenser de la Loi ou d'en suspendre l'exécution, que la Législature même. » DUPORT, *Maximes générales du gouvernement*, éd. cit.

« [le roi] ne peut en aucun cas dispenser de la Loi. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 4.

« Or, tous les Citoyens sont soumis à la Loi ; et nul pouvoir n'en peut dispenser, ni en suspendre l'exécution, que la Nation elle-même. » SALLÉ DE CHOU, Député du Berry, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

Par exemple, « Le pouvoir de suspendre les lois, ou surseoir à leur exécution, ne doit jamais être exercé que par la Législature, ou par une autorité émanée d'elle, dans les cas particuliers seulement, pour lesquels la Législature l'aura expressément prescrit. » Déclaration des droits, Massachusetts, *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, éd. cit., p. 28-29.

peuple.

661. Les patriotes emploient pour désigner ce monopole de la loi des expressions telles que « le règne des Lois »²⁹⁹⁸ ou « l'Empire de la Loi »²⁹⁹⁹. Dans cette rhétorique, ils opposent les volontés particulières à la volonté générale. Seule cette dernière a un pouvoir normatif. Ainsi, le peuple est gouverné et soumis aux lois et non à des volontés particulières³⁰⁰⁰. Ce règne de la loi serait distinctif de la monarchie et éliminerait le despotisme d'un seul³⁰⁰¹, mais également l'arbitraire des agents du pouvoir³⁰⁰² et notamment des juges.

Ils présentent également un rapport d'opposition entre le règne de la loi et le règne des hommes, reprenant ici un thème ancien de la philosophie politique pour le redéfinir à la faveur de leur revendication. La déclaration de Target prévoit : « Rien ne peut être défendu par un homme, mais seulement par la Loi. »³⁰⁰³

662. Le principe de légalité a donc pour première conséquence de limiter les pouvoirs dont disposent les autorités publiques à ceux qui leur auraient été conférés par la loi³⁰⁰⁴. La liberté des

2998DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 13.

2999Art. IX. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit. ; Art. XIV. MOUNIER, *Projet des premiers articles de la constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789*, éd. cit.

3000« C'est donc par les lois que les Français sont ou doivent être gouvernés. » DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 14.

« Pour prévenir le Despotisme et assurer l'Empire de la Loi, les Pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, doivent être distincts. Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en seraient les dépositaires au-dessus de toutes les Lois, et leur permettraient d'y substituer leurs volontés. » Art. IX. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; par M. Mounier*, éd. cit. ; Art. XIV. MOUNIER, *Projet des premiers articles de la constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789*, éd. cit.

« 2° Que chaque Citoyen doit être soumis aux Lois, et qu'il ne doit dans aucun cas être contraint d'obéir à des volontés privées. » CRÉNIÈRE, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple*, éd. cit.

3001« De cet intérêt majeur naît l'action et le droit de la Nation dans le pouvoir législatif, dont dépend son bonheur. C'est d'ailleurs, nous l'avons vu, le droit originaire de toute société dans sa première formation. Il n'entre en effet dans l'esprit, que la Nation française ait voulu se donner un Despote, au-lieu d'un Monarque, c'est-à-dire, un Souverain qui ne la gouvernât que selon sa propre volonté, ou dont la volonté tint lieu de Justice et de Loi. » DURAND DE MAILLANE, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, éd. cit., p. 15.

« Art. 40. Il peut sans doute les déléguer à qui bon lui semble, mais si la puissance exécutrice a le droit de faire des Lois, elle ne promulguera que celles qui serviront à étendre son autorité. Si elle a le droit de juger, elle pourra frapper par le glaive de la Loi ceux qui ne voudront pas souscrire à ses volontés particulières.

« De même le pouvoir sur la vie et la liberté des Citoyens serait arbitraire si ceux à qui le pouvoir de faire les lois serait confié avaient celui d'en faire l'application à leur gré. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit. p. 23.

3002« XXIII. Si celui ou ceux qui sont chargé du Pouvoir Exécutif, avaient le droit d'étendre, de modifier ou d'interpréter les Lois, il en résulterait que ce ne serait pas les Lois qui puniraient, mais la volonté de celui ou de ceux qui en feraient l'application : ce serait l'arbitraire : et la où l'arbitraire commence, la liberté finit. » NIOCHE, *Déclaration des droits de l'homme vivant en société, par M. N... [Nioche]*, éd. cit., p. 8.

3003Art. 9. TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3004« Art. 8. [devoir] Les lois établies par les Représentants légitimes des Citoyens, sont obligatoires pour tous. Nul ne peut s'y soustraire, et aucune autorité politique ne peut commander et contraindre, qu'au nom de la Loi. » SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

« XXVIII. Le droit de faire grâce, n'appartient donc au Pouvoir exécutif, que pour les cas déterminés par le pouvoir

individus et de la nation implique en retour l'absence de liberté des organes que cette dernière a constitué³⁰⁰⁵. Ainsi, les individus ne sont obligés de se soumettre qu'à l'autorité des lois³⁰⁰⁶. Cette idée est présentée par Mounier dans sa déclaration : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »³⁰⁰⁷. Elle est reprise dans celles du comité de constitution³⁰⁰⁸ et de Custine³⁰⁰⁹. La déclaration du sixième bureau prévoit : « La Loi doit être la même pour tous ; et aucune autorité politique n'est obligatoire pour le Citoyen, qu'autant qu'elle commande au nom de la loi. »³⁰¹⁰ La seconde déclaration de Sieyes reprend ce principe³⁰¹¹. Le comité des cinq consacre également dans sa déclaration un droit des citoyens à n'être soumis qu'à l'autorité des lois et consacre le droit de résistance à l'oppression comme corollaire du monopole normatif de la loi³⁰¹².

Législatif ; autrement, le Pouvoir exécutif aurait le droit de faire taire la Loi, et le pacte social serait grièvement blessé, puisque l'arbitraire commencerait dès cet instant. » NIOCHE, *Déclaration des droits de l'homme vivant en société*, par M. N... [Nioche], éd. cit., p. 9-10.

« Le Chef unique de la Nation, n'a, comme on a vu, d'autres droits, d'autre pouvoir que ceux qu'il a reçus ou qu'il recevra de la Nation. » JALLET, *Idées élémentaires sur la constitution*, par M. Jallet, Député du Poitou, Versailles, Badouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-2250, p. 10.

3005« Art. 11. Tout ce qui n'est pas permis par la Loi aux Dépositaires des fonctions du Gouvernement, leur est défendu. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3006« 4°. Nul membre de la Société Civile n'est obligé d'obéir à d'autre autorité que celle de la loi. » SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, éd. cit.

« 11° La liberté des citoyens doit être sacrée et ne doit avoir d'autres limites que celles fixées par les lois qu'ils ont consenties. » PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Par sa nature tout homme est libre. Dans la société, il n'est soumis qu'à la loi, et il est protégé par elle. » *Projet de déclaration des droits*, par un membre de l'Assemblée Nationale, BN Le29-1957.

« Art. XIV. Tout Citoyen est également soumis à la loi, et nul n'est obligé d'obéir à une autre autorité que celle de la loi. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

« Art. 7. Que tous les pouvoirs législatifs et exécutifs doivent être essentiellement et continuellement employés à protéger la vie, la liberté, l'honneur et la propriété de tous les Citoyens ; de sorte que chacun ne soit responsable de sa conduite qu'aux lois, et n'ait à redouter, dans aucun cas, le pouvoir arbitraire d'aucun Magistrat ou Agent de la Puissance exécutive. » MALOUE, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 7.

« La liberté de l'homme en société consiste à n'être soumis qu'à la Loi, à pouvoir penser, dire et écrire en matière civile, politique et religieuse, et généralement faire de ses facultés morales et physiques tel usage que bon lui semble : la Loi seule et le devoir de ne pas nuire à autrui, peuvent modifier cette liberté. » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Art. 3. C'est par la loi seulement, et non par des ordres arbitraires, que les facultés et les droits des citoyens peuvent être limités. [...]

« Art. 5. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi est permis ; et rien ne peut être exigé que ce qu'elle ordonne. » THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Art. VIII. L'homme ne doit obéir qu'à la loi ; et nul homme n'a le droit d'en soumettre un autre à sa volonté personnelle, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi. » *Essai sur la Déclaration des droits, de l'homme et du Citoyen*. Par M. G. de St. F., Membre de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-7600.

3007Art. 7. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3008« Art. 12. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi est permis, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3009Art. XXXV. CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

3010Art. XIII. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3011« Art. 16. Tout citoyen est également soumis à la Loi ; et nul n'est obligé d'obéir à une autre autorité que celle de la Loi. » SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3012« 6° La liberté du Citoyen consiste à n'être soumis qu'à la Loi, à n'être tenu d'obéir qu'à l'autorité établie par la

Les autorités publiques, comme les individus, doivent donc se soumettre aux lois³⁰¹³. Ainsi, aucun pouvoir normatif autonome n'est reconnu ni au roi, ni à ses agents, ni aux personnes chargées de rendre la justice. La distinction des pouvoirs de gouvernement et de législation est donc associée à un rapport de subordination de l'un à l'autre. Le pouvoir de législation est souverain et les autres pouvoirs lui sont subordonnés³⁰¹⁴. La distinction du pouvoir législatif, d'une part, et des pouvoirs exécutif, judiciaire ou administratif, de l'autre, permet de s'assurer de la subordination de ceux-ci à celui-là³⁰¹⁵. Les « principes du Gouvernement Français » présentés par Mounier au nom du comité de constitution reprennent également cette idée puisque l'article 1er prévoit notamment : « il n'y a point d'autorité supérieure à la Loi. Le Roi ne règne que par elle, et quand il ne commande pas au nom de la Loi, il ne peut exiger l'obéissance. »³⁰¹⁶

Le principe de légalité est formulé en terme généraux dans les déclarations, mais il est aussi réaffirmé de manière plus spécifique concernant le droit pénal et la procédure pénale.

b. Le principe de légalité dans le cadre de l'*habeas corpus*

663. Le principe de légalité est réaffirmé de manière indépendante en matière de procédure pénale dans les déclarations. Ces articles semblent directement dirigés contre les lettres de cachet et

Loi, à pouvoir faire, sans crainte de punition, tout usage de ses facultés qui n'est pas défendu par la loi, et par conséquent à résister à l'oppression. » *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

3013« *Soumission aux lois*

« XVIII. Les lois régulièrement constituées et émanées du corps social, sont d'obligation étroite et littérale pour chaque membre de la société, sans distinction, exception ni restriction.

« Elles subsistent en pleine vigueur, jusqu'à ce qu'elles soient expressément révoquées, changées ou modifiées dans la même forme prescrite pour leur établissement.

« Elles ne peuvent être enfreintes, sans violer le pacte social et livrer justement le réfractaire à toute la force et toute la vindicte publiques.

« *Origine et essence du Gouvernement*

« XIX. La défense de l'État au-dehors, l'exécution des Lois au-dedans, nécessitent l'établissement d'une force publique, soumise elle-même aux Lois qui en déterminent l'établissement et l'étendue. » PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3014« Le pouvoir exécutif agira conformément au texte et à l'esprit de la Loi. [...] Le pouvoir d'Administration agira conformément au texte et à l'esprit des Lois [...] » MALOUEY, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 15-18.

« 56. La personne du ROI est sacrée, inviolable et la seule au-dessus de l'atteinte des Lois ; le Roi chargé du pouvoir de faire exécuter la Loi est son organe ; il ne peut ni vouloir, ni ordonner rien qui soit contraire à la Loi. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« XXII. Si le Pouvoir exécutif n'est seulement établi que pour gouverner suivant les Lois, il s'ensuit que celui ou ceux à qui il est confié, ne peuvent jamais faire les Lois, pas même les étendre ou les restreindre, mais seulement les faire exécuter littéralement, sans aucune acception de personnes. » NIOCHE, *Déclaration des droits de l'homme vivant en société, par M. N... [Nioche]*, éd. cit., p. 8.

3015« Que le *Pouvoir judiciaire* est essentiellement distinct du *Pouvoir législatif*, et qu'il lui est subordonné : – qu'ainsi les Tribunaux de Justice ne peuvent faire aucunes Loi, ou Règlements qui en aient la force ; – qu'ils ne peuvent, par l'enregistrement et la publication, conférer le caractère légal aux actes qui leur seraient proposés par le Roi sans le consentement de l'Assemblée Nationale, ou par cette Assemblée sans la sanction du Roi ; – qu'enfin ils doivent se soumettre aux actes de la Puissance législative portés sur eux-mêmes, et faire exécuter ceux qui obligent les justiciables. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 33-34.

3016MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

visent à interdire toute arrestation ou emprisonnement qui ne soit pas ordonné au nom de la loi. Ils fixent également ce que doit prévoir la loi : fixer les peines et organiser la procédure pénale.

664. La déclaration de Mounier prévoit : « Nul ne peut être arrêté ou emprisonné qu'en vertu de la Loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévus. » et que « Les peines ne doivent point être arbitraires : mais *déterminées par les Lois*, elles doivent être absolument semblables pour tous les Citoyens, quel que soit leur rang et leur personne. »³⁰¹⁷ La déclaration de Sieyès prévoit pareillement : « Nul ne doit être appelé en justice, saisi et emprisonné, que *dans les cas prévus, et dans les formes déterminées par la loi.* »³⁰¹⁸ La déclaration du comité de constitution reprend ces articles et les lie à l'interdiction des peines arbitraires³⁰¹⁹. La déclaration du sixième bureau synthétise la même exigence en un article³⁰²⁰. Des formules similaires se trouvent dans la plupart des projets de déclaration³⁰²¹. Ce principe est repris dans la déclaration du comité des cinq qui prévoit que les tribunaux doivent être établis par la loi et que cette dernière fixe également les peines et la procédure pénale³⁰²².

3017 Nous soulignons. Art. 11 et 12. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3018 Art. XX. SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 30.

3019 « Art. 16. Il est permis à tout homme de repousser la force par la force, à moins qu'elle ne soit employée en vertu de la loi.

« Art. 17. Nul ne peut être arrêté ou emprisonné qu'en vertu de la loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévus.

« Art. 18. Aucun homme ne peut être jugé que dans le ressort qui lui a été assigné par la Loi.

« Art. 19. Les peines ne doivent point être arbitraires, mais déterminées par les lois, et elles doivent être absolument semblables pour tous les citoyens, quels que soient leur rang et leur fortune. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3020 « Art. XIV. Nul citoyen ne peut être accusé, ni troublé dans l'usage de sa propriété, ni gêné dans celui de sa liberté, qu'en vertu de la loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévus. » Nous soulignons. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3021 « Art. VII. Ainsi nul homme ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est en vertu d'une loi antérieurement établie, dans les formes qu'elle aura prescrites, et d'après les cas qu'elle aura prévus.

« Art. VIII. Tout ordre arbitraire ou illégal tendant à priver un homme de sa liberté est une violence. Toute violence contraire pour en empêcher l'exécution est légitime, sans préjudice de la punition de ceux qui signent, portent, exécutent ou font exécuter de pareils ordres. » DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, éd. cit.

« XIX. La liberté ne peut être ôtée à un Citoyen qu'en vertu de la Loi. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, éd. cit., p. 5.

« 19°. Aucun Citoyen ne doit être arrêté, jugé, condamné ni saisi, si ce n'est suivant les formes prescrites par la Loi.

« 21°. Il n'y a de délits que les actions qui nuisent à la liberté, à la propriété et à la sûreté des Citoyens, et tous les délits doivent être prévus par la Loi.

« 22°. Aucun Citoyen ne peut être arrêté, si ce n'est en vertu d'un décret légal, prononcé par les Juges compétents. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit., p. 3-4.

« Que nul homme ne pourra être privé de sa Liberté, hors dans les cas prévus par la Loi ;

« Que les Exécuteurs des Lois auront seuls le pouvoir de priver un individu de sa liberté, mais dans les cas indiqués par la Loi, et dans les formes qu'elle aura prescrites » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française*, éd. cit.

3022 « 7° Ainsi, libre dans sa personne, le Citoyen ne peut être accusé que devant les tribunaux établis par la Loi ; il ne peut être arrêté, détenu, emprisonné que dans les cas où ces précautions sont nécessaires pour assurer la réparation ou la punition d'un délit, et selon les formes prescrites par la Loi : il doit être publiquement poursuivi, publiquement

665. D'après le principe de légalité, la volonté du roi est impuissante contre les citoyens, s'il n'exerce pas une compétence autorisée par la loi. Plusieurs déclarations déclarent expressément nuls les ordres arbitraires ou les lettres de cachet³⁰²³.

L'affirmation du principe de légalité, particulièrement en droit pénal et procédure pénale, s'accompagne de l'instauration d'une responsabilité de l'ensemble des agents publics chargés d'appliquer les lois. Si ces derniers ne respectent pas les lois, ils doivent pouvoir être sanctionnés.

c. La responsabilité des agents publics, corollaire du principe de légalité

666. La responsabilité est un principe communément admis et réclamés par les patriotes.

La déclaration de La Fayette prévoit que « le bien commun [...] exige que [l']organisation [des pouvoirs] assure [...] la responsabilité des agents »³⁰²⁴. Les déclarations de Sieyès exigent également que les agents publics soient responsables³⁰²⁵ et, en particulier que soient punis ceux qui portent, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires³⁰²⁶. Le rapport de Clermont-Tonnerre, résumant les cahiers au nom du comité de constitution, place la responsabilité des agents publics au

confronté, publiquement jugé. On ne peut lui infliger que des peines déterminées par la Loi avant l'accusation ; ces peines doivent toujours être graduées suivant la nature des délits, et enfin égales pour tous les Citoyens. » *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits, éd. cit.

3023« Art. 8. Aucune contrainte personnelle ne peut avoir lieu dans l'état social, qu'en vertu des Lois, et d'un jugement régulier qui en ait prononcé l'application.

« Art. 9. Nul ne peut être arrêté, exilé, détenu ou emprisonné en vertu de lettre de cachet, ou de tout autre ordre arbitraire en quelque force, et sous quelque dénomination que ce soit. » THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« 3°. Tout Citoyen Français est également soumis à la Loi, et aucun ne peut en être exempt sous quelque prétexte que ce soit.

« 4°. Tout ordre arbitraire ou illégal, obtenu contre un Citoyen Français est nul. » AVARAY, *Projet de constitution des droits d'un citoyen français*, éd. cit.

« 23°. Tout ordre ministériel, toute Lettre-de-Cachet, tendant à faire arrêter, exiler, ou emprisonner un Citoyen arbitrairement et sans formes légales, doivent être proscrits à jamais.

« 24°. Aucun homme, aucun agent du pouvoir exécutif, aucun Corps, aucune collection d'hommes, n'ont droit d'attenter à la liberté, à la propriété, à la vie d'un Citoyen, lors même qu'il serait présumé coupable de crime, si ce n'est en vertu d'une Loi solennellement promulguée, et suivant les formes qu'elle a prescrites. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit., p. 4.

« Art. 37. Tout acte de despotisme et arbitraire, les Lettres-closes, dites Lettres-de-cachet, les prisons d'État, les ordres ministériels, toutes les violences que les Hommes en place pourraient commettre dans les Provinces et les villes, sont condamnés et proscrits à perpétuité. Les Lois seules ont le droit de commander l'obéissance la plus prompte. La force sans la Loi n'est qu'une violence ; et tout homme qui n'agit pas au nom de la Loi, se rend coupable du crime de lèse-Nation, parce qu'il rompt le fil qui lie l'homme au Citoyen et au Sujet. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

3024LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

3025« Art. XXXI. Les Officiers publics, dans tous les genres de pouvoir, sont responsables de leurs prévarications, et comptables de leur conduite. Le Roi seul doit être excepté de cette Loi. Sa personne est toujours sacrée et inviolable. » SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 32 ; Art. 33. SIEYÈS, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3026« Art. XXI. Tout ordre arbitraire ou illégal est nul. Celui ou ceux qui l'on demandé, celui ou ceux qui l'ont signé sont coupables. Ceux qui le portent, qui l'exécutent ou le font exécuter, sont coupables. Tous doivent être punis. » SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 30 ; Art. 23. SIEYÈS, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

nombre des « principes avoués »³⁰²⁷ par les cahiers.

Surement par prudence, Mounier ne fait figurer la responsabilité des agents publics ni dans sa déclaration, ni dans celle qu'il rédige au nom du comité de constitution. Néanmoins, il reprend cette exigence dans « les principes du gouvernement français » qui figurent à la suite de la déclaration et prévoient que ces infractions à la loi seront poursuivies sur le fondement d'une mise en accusation par les représentants de la nation³⁰²⁸. Il prévoit également la poursuite des agents participants aux ordres arbitraires³⁰²⁹. Ces deux éléments figurent dans de nombreuses déclarations.

667. La déclaration du sixième bureau prévoit le droit pour la société de demander des comptes aux agents publics³⁰³⁰. D'autres déclarations prévoient plus clairement une responsabilité des agents publics³⁰³¹. Cette responsabilité est parfois formulée comme une responsabilité des agents du pouvoir exécutif ou de l'autorité royale³⁰³². Cela n'exclut pas une responsabilité des juges, car ces

3027« Art. 7. Les agents de l'autorité sont responsables. » CLERMONT-TONNERRE, *Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet. Lu à l'Assemblée Nationale, le 27 juillet, par M. le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre*, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-79, p. 12.

3028« Art. 7. Les Ministres, les autres agents de l'autorité royale sont responsables de toutes les infractions qu'ils commettent envers les Lois, quels que soient les ordres qu'ils aient reçus ; et ils doivent en être punis sur les poursuites des Représentants de la Nation. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 7.

3029« Art. 11. Les emprisonnements, exils, contraintes, enlèvements, actes de violence en vertu de lettres de cachet ou ordres arbitraires, seront à jamais proscrits ; tous ceux qui auront conseillé, sollicité, exécuté de pareils ordres, seront poursuivis comme criminels, et punis par une détention qui durera trois fois autant que celle qu'ils auront occasionnée, et de plus par des dommages-intérêts. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 8.

3030« Art. XXIII. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3031« Art. XXXVII. Les officiers publics, dans tous les genres de pouvoirs, sont responsables de leurs prévarications, et comptables de leur conduite. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

« Art. 27. Ils ont le droit de demander à tous les Officiers ou Agents publics compte de leur conduite, et de les rendre responsables de leur prévarication. » THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Art. 14 [devoir] Tout Citoyen revêtu d'un emploi public, doit compte à la Nation de l'exercice qu'il en fait. Tout abus d'autorité doit donc être puni ; et tout homme revêtu de l'autorité, doit protection et justice au Citoyen qui le requiert. » SINEY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

« Art. 27. Les Officiers publics, dans tous les genres de pouvoirs, sont responsables de leurs prévarications, et comptables de leur conduite. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

« Art. 58. Tout homme chargé de fonctions publiques répond à la nation du pouvoir qui lui est confié. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

« Art. 21. Les attentats à la vie, à la sûreté, à la liberté, à l'honneur, à la propriété des hommes, sont des crimes ; et tous les dépositaires de l'autorité qui s'en rendent coupables, doivent être punis. La personne du Roi, seule dans la Monarchie, est inviolable et sacrée. Le Roi n'ayant et ne pouvant avoir d'autre intérêt que celui de la Nation, ne peut pas vouloir le mal, mais il peut être souvent et cruellement trompé. » TARGET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

« Les Agents du pouvoir sont responsables de leurs prévarications. » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3032« 57. Les Ministres du Roi et tous les Agents de son autorité sont responsables de leur gestion à la Nation, ou à ses Représentants. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. 40. Les Dépositaires du Pouvoir exécutif, tous les Agents de ce Pouvoir, soit Politique, Civil ou Militaire ou fiscal, sont responsables envers la Nation de leur conduite, et de la perfidie ou de la corruption des conseils qu'ils donnent au Monarque. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

derniers sont le plus souvent considérés comme des agents du pouvoir exécutif³⁰³³.

Certains projets de déclaration ou de constitution organisent même la responsabilité des agents publics devant les représentants de la nation. Les projets de Malouet et de Boislandry et un projet anonyme prévoient une telle responsabilité³⁰³⁴. Cette responsabilité est censée protéger le principe de légalité au sens large et une responsabilité plus spécifique est également prévue pour les agents de l'autorité participant aux ordres arbitraires.

668. La poursuite des agents ayant contribué à l'édiction ou à l'exécution des ordres arbitraires figurant dans les déclarations de Sieyes, de Mounier et dans celle du comité de constitution est un élément fréquemment repris dans d'autres projets³⁰³⁵.

Cette affirmation du principe de légalité s'accompagne également de l'absence d'autonomie

« Si le Roi distribue en diverses mains le pouvoir exécutif, tous ceux auxquels il est distribué sont comptables et responsables envers la Nation, parce que la Nation est le Souverain. » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit., p. 5.

3033 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 3, B, 3.

3034 « Art. 12. Le Promoteur et ses Assistants dans la Chambre des Communes, seront spécialement chargés de la recherche et dénonciation de tous les abus d'autorité, prévarications, déprédations, vexations, déni de justice, interprétations arbitraires, ou inexécution des Lois de la part des Administrateurs et Magistrats individuels et collectifs. Ils en feront le rapport à la Chambre, qui ordonnera les informations à la poursuite et diligence du promoteur.

« Art. 13. Tout accusé, de quelque rang et condition qu'il soit, et en quelque dignité ou office qu'il soit constitué, cité à la barre de la Chambre, sera obligé d'y comparaître et de subir l'interrogatoire qui sera ordonné.

« Art. 14. S'il résulte des informations et interrogatoires qu'il y a lieu de poursuivre un jugement, l'accusé sera renvoyé à la Chambre du conseil. Alors les pairs de France y seront appelés, et eux séant à la droite du président, la Chambre se formera en Cour suprême de justice, et jugera souverainement, ouï le rapport et les conclusions des commissaires magistrats. » MALOUET, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 11-12.

« 71. Il doit être établi par la Nation ou ses Représentants, un Tribunal Souverain, devant lequel tous les Agents du Gouvernement, sans exception, qui seront accusés d'avoir prévarié dans leurs fonctions, pourront être cités au nom et par l'autorité de la puissance législative, pour être jugés et condamnés, s'ils sont coupables, aux peines qui auront été fixées par les Lois. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. XI. La Loi secourable à tous doit protéger jusqu'à l'Homme accusé, soupçonné d'un crime capital, elle doit lui laisser les moyens de défense suffisants pour prévenir le malheur de la mort d'un innocent. C'est pour cela qu'en matière criminelle, il est de toute équité que chacun soit jugé par ses pairs. Les crimes de lèse-Nation et de lèse-Majesté, doivent faire exception ; la Nation seule par ses délégués peut juger ou faire juger les coupables. » *Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W.*, éd. cit.

3035 « Art. XXI. Tout ordre arbitraire ou illégal est nul. Celui ou ceux qui l'on demandé, celui ou ceux qui l'ont signé sont coupables. Ceux qui le portent et l'exécutent ou le font exécuter sont coupables. Tous doivent être punis. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

« Que tous les ordres émanés d'autres personnes que les Exécuteurs des lois, seront regardés comme arbitraires, illégaux et nuls, et que ceux qui les auront donnés, doivent être punis » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française*, éd. cit.

« Art. VIII. VIII. Tout ordre arbitraire ou illégal tendant à priver un homme de sa liberté est une violence. Toute violence contraire pour en empêcher l'exécution est légitime, sans préjudice de la punition de ceux qui signent, portent, exécutent ou font exécuter de pareils ordres. » DUPORT, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement*, éd. cit.

« Art. 37. Tout acte de despotisme et arbitraire, les Lettres-closes, dites Lettres-de-cachet, les prisons d'État, les ordres ministériels, toutes les violences que les Hommes en place pourraient commettre dans les Provinces et les villes, sont condamnés et proscrits à perpétuité. Les Lois seules ont le droit de commander l'obéissance la plus prompte. La force sans la Loi n'est qu'une violence ; et tout homme qui n'agit pas au nom de la Loi, se rend coupable du crime de lèse-Nation, parce qu'il rompt le fil qui lie l'homme au Citoyen et au Sujet. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

de la fonction judiciaire à l'égard des fonctions de gouvernement et de législation.

3. L'absence d'autonomie de la fonction judiciaire

669. Pour les patriotes, la fonction judiciaire ne bénéficie pas d'une autonomie par rapport aux autres fonctions étatiques. Elle est le plus souvent comprise parmi la fonction exécutive, ou considérée comme une fonction subordonnée à la volonté du roi, de la nation ou des deux conjointement. Cela distingue le constitutionnalisme patriote des constitutionnalismes parlementaires et américains.

Le constitutionnalisme parlementaire, à la suite de Montesquieu³⁰³⁶, met l'accent sur la nécessité d'assurer l'indépendance des juges et de la fonction judiciaire par rapport au Roi. Pour eux, les juges doivent être inamovibles et indépendants dans l'exercice de leurs fonctions. Le constitutionnalisme américain met également l'accent, non seulement sur la tripartition du pouvoir politique³⁰³⁷ mais également sur l'indépendance de la fonction judiciaire, tant vis-à-vis de la fonction exécutive que de la fonction législative. Ce principe se trouve dans plusieurs déclarations américaines³⁰³⁸.

3036« Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : *la constitution serait détruite*, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; *plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie.* » Nous soulignons. *EDL*, éd. cit., vol. 1, VI, V, p. 205.

3037« VI. La Puissance législative, la Puissance exécutive, et l'autorité judiciaire, doivent être toujours séparées et distinctes l'une de l'autre. » Déclaration du Maryland, *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique*, éd. cit., p. 254.

« V. La Puissance législative et la Puissance exécutive de l'État doivent être distinctes et séparées de l'autorité judiciaire. » Déclaration de Virginie, *Ibid.*, p. 309.

« IV. Les autorités législative, exécutive, et judiciaire suprêmes, doivent être toujours distinctes et séparées d'une de l'autre. » Caroline septentrionale, *Ibid.*, p. 332.

« Art. I. Les Départements Législatif, Exécutif et Judiciaire, seront distincts et séparés, de manière que l'un n'exerce point les pouvoirs qui appartiendront aux autres. » Forme de Gouvernement de Géorgie, *Ibid.*, p. 194.

3038« XXIX. Il est essentiel pour la conservation des droits de chaque individu, de sa vie, de sa liberté, de sa propriété et de sa réputation, qu'il y ait une interprétation des Lois, et une administration de la Justice impartiale. C'est un droit appartenant à tous les Citoyens, d'être jugés par des Juges aussi libres, impartiaux et indépendants, que le sort de l'humanité le permet. Il est donc non-seulement de la meilleure politique, mais il est nécessaire pour la sûreté des droits du Peuple en général, et de chaque Citoyen en particulier, que les Juges de la Cour suprême de Judicature soient maintenus dans leurs offices aussi longtemps qu'ils s'y conduiront bien, et qu'ils aient un salaire honorable, assuré et fixé par des Lois constantes.

« XXX. Dans le Gouvernement de cette République, le Département législatif n'exercera jamais le pouvoir exécutif ou judiciaire, ni aucun des deux : le Département exécutif n'exercera jamais le pouvoir législatif ou judiciaire, ni aucun des deux : et le Département judiciaire n'exercera jamais le pouvoir législatif ou exécutif, ni aucun des deux ; afin que ce soit le Gouvernement des Lois, et non pas le Gouvernement des Hommes. » Déclaration du Massachusetts, *Ibid.*, p. 31-32.

« L'indépendance et l'intégrité des Juges sont une chose essentielle pour l'administration impartiale de la justice, et forment un des grands fondements de la sécurité des droits et de la liberté des Citoyens : c'est pourquoi le Chancelier et tous les Juges doivent conserver leurs Charges tant qu'ils se conduiront bien ; et lesdits Chancelier et Juges doivent être destitués pour mauvaise conduite, après avoir été convaincus dans une Cour de loi ; ils pourront être aussi destitués par le Gouverneur sur la demande de l'Assemblée générale, pourvu que les deux tiers de la totalité des Membres de chaque Chambre, aient concouru à cette demande. Il doit être assigné au Chancelier et aux Juges des appointements honnêtes, mais non pas trop considérables pendant qu'ils exerceront leurs Charges ; le tout de la manière et dans le temps ordonnés à l'avenir par la Législature d'après la considération des circonstances dans

Les déclarations françaises, à l'inverse, ne reconnaissent le plus souvent qu'une bipartition du pouvoir et n'admettent pas l'indépendance du pouvoir judiciaire.

670. Les déclarations énumérant des pouvoirs se limitent le plus souvent à deux : un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif. La déclaration de Sieyès exprime clairement cette idée :

« L'établissement public est une sorte de corps politique, qui ayant, comme le corps de l'homme, des besoins et des moyens, doit être organisé à peu près de la même manière. Il faut le douer de la faculté de *vouloir* et de celle *d'agir*.

« Le pouvoir législatif représente la première, et le pouvoir exécutif représente la seconde de ces deux facultés. »³⁰³⁹

De nombreuses déclarations reprennent cette bipartition du pouvoir. Celles de Servan, Target, du sixième bureau, de Crénière, de Durand de Maillane, de Malouet, de Sinety, de Gallot, de Bouche, de Rabaut, de Thoret ou de Pison du Galland.

Thouret reconnaît quatre pouvoirs : exécutif (confié au roi), législatif (confié à une assemblée nationale), judiciaire (confié à des tribunaux de justice) et administratif (confié à des assemblées provinciales et municipales)³⁰⁴⁰, mais il souligne qu'il n'existe que deux puissances³⁰⁴¹ : la nation et le roi. Il n'y donc pas de séparation du pouvoir en quatre, mais en deux.

671. Seuls onze auteurs de déclarations sur trente-neuf reprennent l'idée d'une tripartition du pouvoir. Elle figure notamment chez Brissot, La Fayette, Mounier, Custine, Duport, Bergasse, Gouges-Cartou, de Ladébat³⁰⁴² et dans deux déclarations anonymes³⁰⁴³.

lesquelles cet Etat se trouvera. Aucuns Chancelier ou Juges ne doivent posséder aucun autre Office Civil ou Militaire, ni recevoir de droits ou d'émoluments d'aucune espèce. » Déclaration du Maryland, *Ibid.*, 259.

« Art. I. Les Puissances législatrice, exécutive et judiciaire, formeront des départements distincts et séparés, de manière que l'un des trois n'exerce jamais l'autorité qui devra proprement appartenir à l'autre ; et la même personne n'exercera jamais d'emploi dans plus d'un de ces Département à la fois ; si ce n'est que les Juges des Cours de Comté pourront être élus pour l'une ou l'autre des Chambres de l'Assemblée. » Forme de Gouvernement de Virginie, *Ibid.*, p. 318.

« XXII. L'indépendance et l'intégrité des Juges sont essentielles pour l'administration impartiale de la justice, et sont les meilleurs garants des droits et de la liberté des Citoyens. » Delaware, *Ibid.*, p. 228.

3039 SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 18.

3040 THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 6-7.

3041 *Ibid.*, p. 13.

3042 « Art. 23. Les lois sociales doivent être l'expression de l'ordre et de la justice. La combinaison des devoirs et des droits variant sans cesse, comme les rapports des hommes entre eux : c'est aux plus sages de la nation, élus par elle, qu'appartient le pouvoir de faire ces lois. C'est ce qu'on appelle le pouvoir législatif.

« Art. 24. La force qui gouverne est créée pour maintenir les lois constitutives et les lois sociales, et pour veiller sur l'ordre public. C'est ce qu'on appelle le pouvoir exécutif.

« Art. 25. Le pouvoir de prononcer sur les actions des hommes d'après la loi, est ce qu'on appelle le pouvoir judiciaire. Il doit être établi par le pouvoir constitutif, il doit être soumis au pouvoir législatif et soutenu par la force du pouvoir exécutif. » LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

3043 « XXVI. Cette force publique se divise en trois pouvoirs, le pouvoir législatif qui fait les Lois, le pouvoir exécutif qui les consent et s'engage à les faire exécuter, le pouvoir judiciaire qui en détermine l'application.

Les déclarations de Brissot, La Fayette et Gouges-Cartou sont très inspirées de déclarations américaines, peut-être est-ce la raison pour laquelle elles reprennent cette tripartition. Celle de La Fayette reprend une formule se trouvant dans les déclarations américaines et fixe l'exigence de distinction et de définition des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire³⁰⁴⁴. Les projets de Mounier sont largement inspirés de ceux de La Fayette, ce qui explique sans doute la tripartition : il estime que la distinction des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est nécessaire pour prévenir le despotisme et assurer l'empire de la loi³⁰⁴⁵. L'article du projet de Mounier, au nom du comité de constitution, est repris *verbatim* par Custine³⁰⁴⁶.

672. L'affirmation d'un tel principe de tripartition n'exclut pas une soumission du judiciaire à l'exécutif ou à l'exécutif et au législatif. Lorsque Mounier envisage les détails de l'exercice du pouvoir judiciaire dans ses *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France, par M. Mounier, Membre du Comité chargé du travail relatif à la Constitution*³⁰⁴⁷, il l'analyse comme une fonction subordonnée à la fonction exécutive³⁰⁴⁸. Chez Gouges-Cartou également, la reconnaissance d'une tripartition n'est pas liée à une exigence de distinction ou de séparation³⁰⁴⁹. De même, Duport, dans ses *Maximes générales du Gouvernement*,

« XXVII. La mesure selon laquelle ces trois pouvoirs sont divisés constitue la forme du Gouvernement politique d'un Empire. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour*, éd. cit.

« La première Loi positive est la sanction publique des droits naturels de l'homme, faite par la puissance législative, que nous appellerons Déclaration des Droits de l'homme. Cette Déclaration devient alors la règle souveraine de la Législation et des fonctions des pouvoirs exécutif, administratif et judiciaire. » *Extrait fait ad libitum, de l'Article des Droits de l'homme, dans le Dictionnaire encyclopédique, par ordre de matière*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Archives nationales, CARAN, Paris, série AD/XVIIIc/I, pièce 28.

3044« Tout gouvernement a pour unique but le bien commun ; cet intérêt exige que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire soient distincts et définis » LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

3045« Art. 9. Pour prévenir le Despotisme et assurer l'empire de la Loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être distincts, et ne peuvent être réunis. » MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

« Art. 14. Pour prévenir le Despotisme et assurer l'Empire de la Loi, les Pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, doivent être distincts. Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en seraient les dépositaires au-dessus de toutes les Lois, et leur permettraient d'y substituer leurs volontés. » MOUNIER, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3046« Art. XXXV. Pour prévenir le despotisme, et assurer l'empire de la loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, doivent être distincts. Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en seraient les dépositaires, au-dessus de toutes les lois, et leur permettrait d'y substituer leurs volontés. » CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français*, éd. cit.

3047éd. cit.

3048« Quant au Pouvoir Judiciaire, il n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif, qui doit le mettre en activité et le surveiller constamment ; mais, afin que le pouvoir exécutif n'introduise par l'arbitraire dans les Tribunaux, ne domine pas la conscience des Juges, les Lois doivent garantir leur liberté dans l'exercice de leurs fonctions, et ne pas permettre qu'ils soient dépossédés de leur emploi pendant le temps qu'elles auront déterminé, si ce n'est pour une prévarication, et en vertu d'un jugement légal. » MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 7-8.

3049« Ainsi une société quelconque possède incontestablement toute espèce de pouvoirs. Elle a en tout temps celui de revoir et de réformer sa Constitution ; celui de faire des Lois, de les faire exécuter, et de prononcer sur leur violation ; c'est-à-dire, qu'en vertu de sa souveraineté, elle possède éminemment les droits législatif, exécutif et judiciaire. »

ne distingue que deux pouvoirs : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif³⁰⁵⁰. La fonction judiciaire est incluse dans le pouvoir exécutif. Il prévoit néanmoins que « Le Pouvoir Législatif, ni le Pouvoir exécutif ne peuvent exercer aucune fonction judiciaire. »³⁰⁵¹ Il ne s'agit pas d'une indépendance, mais d'une simple réglementation de l'exercice des fonctions visant à éviter que les tribunaux n'usurpent des fonctions politiques. L'article suivant précise d'ailleurs : « Les Tribunaux doivent être bornés à l'application de la Loi ; on ne doit y associer aucune autre fonction publique. »³⁰⁵² Enfin, si les tribunaux disposent d'une relative indépendance, ce n'est qu'à l'égard du pouvoir exécutif, c'est-à-dire du Roi, comme le précise Duport : « Ils doivent répondre de leur conduite au pouvoir législatif seulement. »³⁰⁵³

Enfin, l'emploi de l'expression de « pouvoir judiciaire » ne renvoie pas à l'idée d'une quelconque autonomie de cette fonction puisqu'elle est employée par des auteurs la considérant simplement comme une branche subordonnée du pouvoir exécutif³⁰⁵⁴. Seules deux déclarations, celles de Thouret et Boislandry consacrent expressément l'indépendance des juges³⁰⁵⁵.

673. La fonction judiciaire n'est donc pas communément admise comme une fonction indépendante de la fonction exécutive³⁰⁵⁶. Elle n'est pas non plus considérée comme bénéficiant d'une quelconque autonomie et aucune spécificité ne semble distinguer la fonction judiciaire des autres fonctions d'exécution de la loi. Les juges sont, d'une part, strictement soumis à la loi et, d'autre part, responsables au même titre que les autres agents publics.

La soumission des juges à la loi se trouve dans les déclarations traitant des fonctions judiciaires. La déclaration de de Ladébat précise : « Les fonctions des juges doivent être sacrées quand ils ne sont que les organes des lois. Ils n'ont pas d'autre pouvoir. »³⁰⁵⁷ La soumission des juges à la loi est présentée comme stricte par plusieurs auteurs de bords politiques relativement éloignés. Le projet de Malouet prévoit : « Le pouvoir judiciaire [...] agira conformément au texte

GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit., p. 18.

3050 Le plan de son ouvrage présente deux parties : « Pouvoir Législatif » et « Pouvoir exécutif ».

3051 Art. XVIII. *Maximes générales du gouvernement*, Par M. D***, Versailles, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Lb39-1292, p. 3.

3052 Art. XIX. *Ibid.*, p. 4.

3053 Art. XX. *Ibid.*

3054 Voir par exemple. MALOUEU, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 17.

3055 « 60. L'indépendance et le bon choix des Juges sont essentiels à l'administration impartiale de la Justice et à la conservation de la liberté des Citoyens. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Que le Pouvoir judiciaire est de sa part indépendant du Pouvoir exécutif dans l'exercice légitime de ses fonctions ; et que, pour assurer cette indépendance, aucun Juge ne peut être arbitrairement dépouillé de son Office. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit.

3056 Sur la bipartition du pouvoir voir également Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932, p. 119 et s.

3057 LAFFON DE LADÉBAT, *Déclaration des droits de l'homme*, éd. cit.

littéral de la loi, sans pouvoir s'en écarter. »³⁰⁵⁸ Thouret présente une idée similaire : « la fonction des Juges n'est que d'appliquer la Loi, et leur devoir de se conformer au sens littéral, sans s'en écarter, ni se permettre de l'interpréter. »³⁰⁵⁹ La déclaration de Gouges-Cartou dispose : « Le Juge ne doit, dans aucun cas, substituer sa volonté privée à la volonté générale ; une impartialité parfaite doit être son caractère ; il doit être uniquement l'organe de la Loi. »³⁰⁶⁰ Cette idée est également présente dans le rapport de Bergasse sur le pouvoir judiciaire présenté au nom du comité de constitution. Il estime que pour que le pouvoir judiciaire soit bien organisé, il faut « qu'aucun Juge en matière civile ou criminelle n'ait le droit d'interpréter la Loi, ou d'en étendre les dispositions à son gré. »³⁰⁶¹ Cette défense faite au juge d'interpréter la loi est présentée comme un corollaire du principe de légalité³⁰⁶².

La responsabilité des agents publics s'étend à une responsabilité des juges, dans le cas où ils ne respecteraient pas la loi. La déclaration de Pison de Galland prévoit par exemple : « l'Office du Juge est restreint à la seule application de la Loi ; il ne peut la dissimuler, la suppléer, la modifier ni l'étendre en aucun cas, sans prévarication. / Là où la Loi se tait, il n'y a délit ni matière à demande : le Juge est sans fonctions comme sans pouvoir. »³⁰⁶³ La déclaration de Sallé de Chou ne distingue pas entre responsabilité des juges et des autres agents publics³⁰⁶⁴. Bergasse estime également que pour que le pouvoir judiciaire soit bien organisé, il faut « qu'en quelque matière que ce soit, les Juges soient responsables de leurs Jugements. »³⁰⁶⁵ Là encore cela est justifié par l'appartenance des juges au pouvoir exécutif : « Une nation où les juges ne répondraient pas de leurs jugements serait, sans contredit, la plus esclave de toutes les nations ; et on conçoit aisément que l'esprit de liberté augmente chez un peuple, en raison de ce que *la responsabilité des agents du pouvoir exécutif* y est

3058MALOUE, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 17.

3059THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 36.

3060Art. 41. GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

3061BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 37.

3062« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions.

« Car, on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, *l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente* ; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire. » Nous soulignons. BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 21-22.

3063Art. XXII. PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3064« Mais, ce ne serait pas assez de créer des Lois, s'il n'existait un pouvoir suffisant pour les faire exécuter ; or, une Nation entière ne pouvait veiller à l'exécution des Lois, elle est obligée de confier le pouvoir exécutif à un ou plusieurs Agents, et d'établir des Tribunaux pour juger l'application de la Loi. L'ordre social établit donc la nécessité des fonctions publiques ; mais comme tous les pouvoirs émanent de la Nation, il suit que toute fonction publique n'est pas un droit, mais un devoir ; qu'elle doit être exercée suivant la Loi ; qu'ainsi, les Agents du pouvoir sont responsables de leurs prévarications. » SSALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3065BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 37.

plus étendue. »³⁰⁶⁶

La fonction judiciaire ne semble donc pas être distinguée des autres fonctions exécutives chez la plupart des patriotes. Les déclarations américaines et françaises n'ont pas la même conception de la séparation des pouvoirs, bien qu'elles énoncent des principes en apparence similaire.

674. Le concept de séparation des pouvoirs chez les patriotes n'est pas lié à l'existence d'un pouvoir judiciaire distinct et indépendant des autres « pouvoirs ». Au contraire, il porte principalement sur les pouvoirs exécutif et législatif. Il n'est pas cependant un simple principe négatif, mais est doté de deux exigences positives.

En premier lieu, la distinction de la fonction de gouvernement et de législation, marque une rupture avec le modèle monarchique traditionnel qui, depuis Bodin, attribue ces deux fonctions au monarque souverain.

En second lieu, cette distinction s'accompagne de l'énoncé d'un monopole normatif, celui de la loi. Seule cette dernière peut contraindre les individus et l'ensemble des organes étatiques lui sont soumis. En ce sens, la séparation des pouvoirs française se distingue de la séparation des pouvoirs anglo-saxonne. Elle repose sur le principe de légalité et non sur la *Rule of Law*.

Ce relatif consensus sur le concept de séparation des pouvoirs au sein des patriotes ne doit pas effacer les éléments plus contentieux et les divergences qui pouvaient exister en leur sein³⁰⁶⁷. Ces divergences sur le principe de séparation des pouvoirs recouvrent deux problèmes. Le premier est relatif à l'existence des prérogatives royales et au contrôle de la nation sur l'exécutif. Le second concerne la monopolisation de la fonction législative par l'Assemblée.

B. Les divergences sur les prérogatives royales et le contrôle de l'exécutif

Les patriotes modérés défendent l'idée qu'il existe des prérogatives royales qui doivent être préservées car les députés n'ont pas reçu mandat pour les changer. Ils tentent alors de définir ces prérogatives et défendent parfois l'idée qu'elles sont inhérentes au régime monarchique de la France qui, lui non plus, ne peut être modifié. À l'opposé, les patriotes radicaux estiment que le Roi n'est qu'un agent subordonné et ne dispose d'aucun droit, d'aucune prérogative. Il a simplement les compétences que le constituant décide souverainement de lui confier.

3066 Nous soulignons. BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 34.

3067 Sur les diverses conceptions de la séparation des pouvoirs voir Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, éd. cit.

675. Les monarchiens tentent de redéfinir le gouvernement monarchique afin qu'il corresponde à leur conception du pouvoir. Ils abandonnent donc la définition de Montesquieu³⁰⁶⁸. Mounier écrit à cet égard :

« La *Monarchie* de Montesquieu est un détestable Gouvernement : elle a peu de rapport avec celle que les Français veulent maintenir. Ce que cet Auteur croit convenable à la *Monarchie*, ne saurait donc nous être objecté ! [...] Vous tous qui voulez être hommes de bien, qui méprisez le faux honneur, qui chérissez votre Patrie, qui estimez la franchise et la vérité, qui vous sentez capables de sacrifier au bien public vos plus chers intérêts, qui ne voulez pas être au nombre des courtisans ni ramper au-dessous d'eux, vous devez abhorrer la Monarchie de Montesquieu, vous ne devez jamais citer ses odieux principes. Quel est le vil Esclave qui pourrait se soumettre volontairement à cette Monarchie : elle est indigne des vertus de Louis XVI, elle est indigne de celles du Peuple Français. »³⁰⁶⁹

La monarchie des monarchiens n'est donc pas celle de Montesquieu³⁰⁷⁰, même s'ils reprennent parfois ses formules pour en donner une nouvelle interprétation. Le projet de Bouche prévoit par exemple : « La France est un État Monarchique, c'est-à-dire, un État où un seul gouverne par des lois fixes et fondamentales. »³⁰⁷¹ Cette définition est celle de Montesquieu. Il ajoute cependant : « Ces lois ne peuvent être faites que par la Nation assemblée par ses Représentants. »³⁰⁷². De même, l'article 1^{er} des « principes du Gouvernement Français », présentés par Mounier au nom du comité de constitution, est consacré à la définition de gouvernement monarchique : « Le Gouvernement Français est Monarchique ; il est *essentiellement dirigé par la Loi* ; il n'y a point d'autorité supérieure à la Loi. Le Roi ne règne que par elle, et quand il ne commande pas au nom de la Loi, il ne peut exiger l'obéissance. »³⁰⁷³ La définition du gouvernement monarchique est donc associée, par les monarchiens, au principe de légalité, ce qui constitue une rupture par rapport à la pensée de Montesquieu.

Les monarchiens reconnaissent également au Roi une autonomie dans l'exercice de la fonction exécutive. Les « principes du Gouvernement Français » prévoient : « Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans les mains du Roi. »³⁰⁷⁴ Toutes les fonctions considérées comme se rattachant à la fonction exécutive sont donc regardées par eux comme étant souverainement exercées par le Roi.

Ces fonctions sont les fonctions de maintien de l'ordre (police et armée), les fonctions

3068 Sur cette conception voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

3069 MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France*, 1789 p. 215-218.

3070 « Le monarchique, celui où un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies » *EDL*, II, I ; « La nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul gouverne par des lois fondamentales » *EDL*, II, IV.

3071 Art. 20. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

3072 Art. 21. BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit.

3073 MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3074 Art. 3. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

d'administration et, dans une moindre mesure, les fonctions judiciaires³⁰⁷⁵. Le pouvoir exécutif recouvre toutes les fonctions d'exécution de la loi. Mounier dans son rapport sur l'ordre de travail pour la constitution distingue d'ailleurs, d'une part, la fonction d'élaboration de la loi et, de l'autre, celle d'exécution de la loi, répartie en différentes branches. L'exécution, en matière d'administration, est réalisée par les Assemblées provinciales. En ce qui concernent les propriétés et les actions des citoyens, elle relève du pouvoir judiciaire. Enfin, la défense du royaume relève du pouvoir militaire³⁰⁷⁶. Cette énumération des différentes branches du pouvoir exécutif se trouve également chez Thoret³⁰⁷⁷.

L'étendue du pouvoir du Roi dépend néanmoins de la branche du pouvoir exécutif concernée. Si le Roi est considéré comme libre dans le choix de ses conseils et de ses officiers, et dans la gestion du pouvoir militaire, il ne dispose que d'un pouvoir délégué en matière d'administration et de justice puisque l'administration est confiée à des Assemblées locales et la justice confiée à des juges³⁰⁷⁸.

676. Les patriotes radicaux estiment au contraire que le Roi, ses ministres et ses agents doivent être soumis à une stricte surveillance de la part de la nation. Non seulement l'exécution des lois doit être confiée à des Assemblées locales, mais la nation doit également exercer un contrôle sur le choix des ministres, des juges et des officiers de manière plus générale. Elle doit pouvoir également

3075« Art. 14. Le Roi est le Chef de la Nation ; il est une portion intégrante du Corps législatif. Il a le pouvoir exécutif souverain ; il est chargé de maintenir la sûreté du royaume au dehors et dans l'intérieur ; de veiller à sa défense ; de faire rendre la justice, en son nom, dans les Tribunaux ; de faire punir les délits ; de procurer le secours des lois à tous ceux qui le réclament ; de protéger les droits de tous les Citoyens et les prérogatives de la Couronne, suivant les lois de la présente Constitution. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

« Art. 5. Que le Roi et ses successeurs légitimes en ligne directe sont et seront Personne sacrée et inviolable, Chef suprême de la Nation, dépositaire inamovible de la puissance royale, ayant indivisiblement le pouvoir de gouverner et administrer l'Etat, conformément aux Lois proposées, consenties et promulguées en l'Assemblée des Etats-Généraux, ayant spécialement le droit de commuer et remettre les peines encourues par les coupables, de distribuer les dignités et emplois ecclésiastiques, civils et militaires, de rendre et faire rendre la justice dans les Tribunaux légalement établis, de pourvoir à la sûreté intérieure et extérieure de l'Empire, de déclarer la guerre, faire la paix, contracter des alliances, et d'avoir dans toutes les parties de l'administration civile et politique, une autorité légale, ponctuellement obéie, sous les peines prononcées, ou qui seront prononcées par les Lois. » MALOUET, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 4-5.

« 2° L'obligation de faire exécuter les Lois, de mettre la force publique en activité, tant au dedans qu'au dehors du Royaume, et de diriger l'administration générale d'une manière uniforme, exigent dans les grands États un chef qui soit le principe et le centre de tous les mouvements du corps politique. Cette unité de chef chargé de gouverner suivant les Lois, est le caractère distinctif de la monarchie.

« De là le Roi, en qui réside le *pouvoir exécutif*. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 6-7.

3076Rapport du comité chargé du Travail sur la Constitution, par M. Mounier, le 9 juillet, *PVAN*, I, p. 277-278.

3077« §XXXI. Le pouvoir militaire, le pouvoir judiciaire, le pouvoir coactif, le pouvoir administratif, qui consistent à appliquer le produit des impôts, etc. forment les différentes branches du pouvoir exécutif. » THORET, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, éd. cit., p. 6.

3078Sur la question de la place du Roi et de ses compétences voir notamment Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, P.U.F., coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991.

exercer un contrôle sur l'emploi du pouvoir militaire et l'ensemble de l'administration doit être sous sa surveillance.

La responsabilité des agents publics trouve donc pour eux un second fondement dans le droit de la nation de contrôler l'exercice des pouvoirs qu'elle a délégué. Rabaut écrit en ce sens : « Si le Roi distribue en diverses mains le pouvoir exécutif, tous ceux auxquels il est distribué sont comptables et responsables envers la Nation, parce que la Nation est le Souverain. »³⁰⁷⁹ En outre, ce droit de contrôle n'est pas limité à une responsabilité *a posteriori*, mais confère à la nation, et en particulier à ses représentants, le droit d'exercer un contrôle et une influence continue sur l'action du pouvoir exécutif. Ce contrôle s'illustre dans divers domaines relevant des pouvoirs du roi, qui sont autant de points de divergence entre les patriotes modérés et radicaux : le choix des ministres (1), le pouvoir militaire (2), l'exercice de la fonction judiciaire (3), le pouvoir d'administration et la nomination aux places et emplois publics (4). Ces divers débats et les victoires successives des patriotes radicaux, conduisent à la remise en cause de l'autonomie royale (5).

1. Le choix des ministres : compétence discrétionnaire du roi ou choix conjoint du roi et des représentants de la nation

677. Les patriotes s'accordent sur la responsabilité des ministres pour les actes qu'ils ont commis³⁰⁸⁰. Clermont-Tonnerre place au nombre des « principes avoués » par les cahiers celui d'après lequel « les agents de l'autorité sont responsables »³⁰⁸¹. Néanmoins, les patriotes conçoivent cette responsabilité comme une responsabilité pénale devant la nation. La responsabilité ministérielle ne s'étend donc pas à un droit de l'assemblée d'exercer un contrôle sur le choix des ministres.

Les patriotes radicaux sont favorables à un tel contrôle de l'assemblée, alors que les monarchiens estiment que le choix des ministres reste à la discrétion du roi. Ces derniers ne pourraient être tenus pour responsables qu'*a posteriori* et pour des crimes contre les intérêts de la nation, appelés crimes de lèse-nation. Ce débat sur l'étendue de la responsabilité des ministres et donc l'étendue du contrôle du « législatif » sur « l'exécutif » agite l'Assemblée à plusieurs reprises au cours de l'été 1789. Il s'agit en réalité plus de la question du contrôle de la nation sur le Roi. Si ce dernier dispose d'une suprématie relative au sein des institutions, comme le pense les monarchiens, il doit être libre de composer son ministère comme il l'entend. En revanche, si le Roi

3079 RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution*, éd. cit.

3080 Sur la responsabilité ministérielle voir VIDA AZIMI, « Aux origines de la responsabilité ministérielle » in *1791 La première constitution française*, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991 sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 217.

3081 CLERMONT-TONNERRE, *Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet*, éd. cit., p. 12.

n'est que le commis de la nation, cette dernière doit avoir le droit de contrôler son action.

Ce débat n'est pas purement théorique puisqu'il s'agit de déterminer concrètement si le roi est libre de composer comme il le souhaite le ministère au cours de cette période.

678. La question de la liberté pour le roi de choisir et renvoyer ses ministres fait l'objet d'un premier débat au sein de l'Assemblée le 13 juillet, à la suite du renvoi de Necker, ayant eu lieu le 11 juillet. À ce stade, la position défendue par l'Assemblée est relativement modérée, mais relève d'une forme de chantage.

Le président qui s'adresse au Roi à la suite des renvois de Necker, de Montmorin, de la Luzerne et de Saint-Priest lui déclare : « l'Assemblée Nationale reconnaissait le droit qu'avait Sa Majesté de régler la composition de son Conseil, mais qu'Elle ne pouvait lui déguiser que le changement des Ministres était la première cause des malheurs actuels »³⁰⁸². Ce changement dans le ministère s'accompagne également d'un rassemblement de troupes qui ne manque pas d'inquiéter les députés³⁰⁸³. En reconnaissant pour l'instant le caractère discrétionnaire du choix des ministres, les députés se permettent néanmoins déjà de formuler des recommandations qui ressemblent parfois à des menaces.

Mounier présente une motion dans laquelle il estime que si « le Roi a le droit de changer ses Ministres »³⁰⁸⁴, l'Assemblée a le devoir de le conseiller dans ses choix³⁰⁸⁵ et de « lui déclarer que l'Assemblée Nationale ne peut accorder aucune confiance aux Ministres qui, en restant en place, ou à ceux qui, en acceptant les fonctions de MM. Necker, de Montmorin, de la Luzerne et de Saint-Priest, ont manifesté des principes contraires au bien public »³⁰⁸⁶. Le refus de confiance n'est pas ici conçu comme un vote juridico-politique, mais comme purement symbolique. Ce symbole est néanmoins fort et consiste à critiquer publiquement les choix du Roi, sans pour autant exiger de lui qu'il renvoie ses ministres.

Les autres monarchiens soutiennent la motion de Mounier, mais avec une terminologie plus modérée : un simple droit d'influence et de conseil dans le choix des ministres. Lally-Tolendal déclare à cet égard : « Sans doute le Roi est maître absolu de composer son Conseil comme il lui plaît ; mais nous pouvons lui indiquer les bons serviteurs, comme le détourner des mauvais. Nous pouvons lui adresser des prières respectueuses, tendres, soumises. »³⁰⁸⁷ Clermont-Tonnerre soutient

3082 *PV AN n° 22*, p. 6.

3083 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, B, 2.

3084 *Motion faite à l'ouverture de la séance du 13 juillet 1789*, par M. Mounier, motion annexée au PV n° 22 du 13 juillet 1789, p. 1.

3085 « L'Assemblée Nationale doit éclairer le Monarque ; elle doit solliciter le rappel des Ministres, victimes de leur dévouement aux intérêts du Trône et à ceux de la Patrie. » *Ibid.*, p. 2.

3086 *Ibid.*, p. 2.

3087 *Discours de M. le comte de Lally-Tolendal à l'Assemblée nationale le lundi 13 juillet 1789*, annexé au PV n° 22 du

les témoignages d'estime à l'égard des ministres renvoyés, mais ne souhaite pas formuler de demande au roi s'agissant de la composition de son ministère³⁰⁸⁸.

Certains monarchiens sont même opposés à la motion de Mounier. Virieu présente le droit de nommer les ministres et les agents du pouvoir comme un « droit inhérent à la Couronne »³⁰⁸⁹ et estime que « ce serait violer la prérogative royale dans le choix de ses Ministres, que d'insister sur le renvoi ou le rappel de Ministres désignés »³⁰⁹⁰.

À l'inverse, Target considère que si « le pouvoir exécutif a le droit de nommer ses ministres », « l'opinion doit diriger ce pouvoir exécutif »³⁰⁹¹. L'opinion publique, exprimée dans l'Assemblée devrait ainsi guider le Roi dans ses choix³⁰⁹².

L'Assemblée adopte finalement un arrêté dans lequel elle se proclame « interprète de la nation » et « déclare que les Ministres et les Agents civils et militaires de l'Autorité sont responsables de toute entreprise contraire aux droits de la Nation, et aux Décrets de cette Assemblée » et « que les Ministres actuels et les conseils de Sa Majesté, de quelque rang et état qu'ils puissent être, ou quelques fonctions qu'ils puissent avoir, sont personnellement responsables des malheurs présents, et de tous ceux qui peuvent suivre. »³⁰⁹³

La responsabilité *a posteriori* des ministres et des agents publics est donc proclamée dès le 13 juillet et la condamnation des nouveaux ministres apparaît comme un moyen de pression dont se saisit l'Assemblée sans reconnaître pour l'instant un droit de choisir ou de censurer les ministres. Lorsqu'au lendemain de la nuit du 14 juillet le Roi se rend dans l'Assemblée, le président renouvelle les conseils des députés relatifs aux ministres³⁰⁹⁴.

679. Le 16 juillet, le ton des députés se fait plus pressant. Ils ne se contentent plus d'un conseil.

13 juillet 1789, p. 7.

3088« Sans doute le Roi peut, à son gré, décomposer et recomposer son ministère ; à cet égard, il ne faut présenter aucune Requête : le Roi est trompé. Lorsque la Nation fait une demande, il ne faut pas exposer le meilleur des Rois à la refuser : mais sans doute la Nation peut et doit récompenser par un témoignage de son estime, ceux qu'elle a honorés de sa confiance. À cet égard, j'appuie la Motion de M. Mounier. Quant à ceux qui jouissent de leur dépouilles, ne nous permettons pas même de prononcer leur nom : le Public les a jugés. » *Opinion de M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, du lundi matin 13 juillet 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, 1789, BN Le29-57.

3089VIRIEU, *Opinion de M. le Comte de Virieu à l'Assemblée Nationale, dans la Séance du Lundi matin 13 juillet, sur la proposition de demander au Roi le rappel des Ministres disgraciés*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-58, p. 5.

3090*Ibid.*, p. 6.

3091*Le Hodey*, II, p. 11.

3092« Représentons-lui avec fermeté le mal que la puissance se fait à elle-même, en remplaçant des hommes qui avaient la confiance publique par des hommes qui ne peuvent et ne doivent jamais l'obtenir. » *Le Hodey*, II, p. 11-12.

3093*Baudouin*, I, p. 29.

3094« Elle renouvelle ses représentations auprès de Votre Majesté, sur les changements survenus dans la composition de votre Conseil. Ces changements sont une des principales causes des troubles funestes qui nous affligent, et qui ont déchiré le cœur de Votre Majesté. » *PV n° 24*, p. 9.

Une motion proposée par Barnave prévoit de demander au roi qu'il renvoie les ministres et rappelle Necker³⁰⁹⁵.

Une telle fermeté dans le ton effraie les plus modérés. Mounier estime qu'il est contre les principes que l'Assemblée réclame au Roi le renvoi ou le rappel de ministres³⁰⁹⁶, que « ce serait entreprendre sur le pouvoir exécutif, et ce n'est pas au moment que l'on va donner des bases fixes aux deux pouvoirs, qu'il faut commencer par les enfreindre »³⁰⁹⁷. La distinction des pouvoirs exécutif et législatif devient alors un argument en faveur de la défense d'une indépendance du Roi par rapport à l'Assemblée. Il admet que l'Assemblée demande au Roi le renvoi des ministres et le rappel de Necker, mais uniquement au titre des conseils que le Roi a sollicité et non comme droit de l'Assemblée d'influer sur le choix des ministres³⁰⁹⁸.

Barnave, au contraire, défend la thèse de la nécessité d'une influence de l'Assemblée sur les choix du Roi³⁰⁹⁹. Il est soutenu par Mirabeau qui prend pour exemple le cas Anglais et considère que ce pouvoir d'influence est une condition nécessaire pour assurer la liberté de la nation³¹⁰⁰. Deux camps se forment alors dans l'Assemblée.

D'un côté, les modérés emploient la séparation des pouvoirs pour conférer une autonomie au Roi, tel est l'argument de Mounier qui estime qu'« il faut empêcher [...] la réunion des pouvoirs ; il faut que l'assemblée nationale ne confonde pas le pouvoir exécutif et législatif ; quand on fera la constitution, on posera des limites sacrées. En attendant, il n'est pas même de la dignité de la nation d'avoir de l'influence sur le choix des ministres. »³¹⁰¹ Il fait même publier, à la suite de ce débat,

3095« La voix publique, a-t-il dit, demande la retraite des ministres ; si vous voulez conserver l'estime de la nation, il faut la demander aussi. Nous devons déclarer à sa majesté qu'il ne sauraient obtenir la confiance de la nation. Le rappel des ministres disgraciés, a-t-il ajouté, est une suite nécessaire du renvoi des autres, il faut exprimer au roi le vœu de Paris pour celui qui avait toute sa confiance. Envoyons à sa majesté une députation de douze membres pour lui représenter qu'aucun des ministres actuel n'obtiendra jamais la confiance publique, et que la fidélité de l'assemblée ne leur permet pas de dissimuler que leur retraite est le plus sûr garant de la tranquillité de l'état. » *Le Point du Jour*, I, p. 217-218.

3096« Il est des circonstances, a répliqué M. Mounier, où il faut s'éloigner de la rigueur des principes, et l'assemblée est dans ce cas ; le meilleur moyen, sans doute, pour ramener le calme, est le renvoi des ministres, mais il faut faire connaître au roi que ce n'est que pour rétablir le calme qu'on demande ce renvoi » *Le Point du Jour*, I, p. 218-219.

3097*Le Point du Jour*, I, p. 219.

3098« Le Roi, dit-il, demande des conseils ; nous n'en avons pas d'autre à lui donner que de lui conseiller le retour de M. Necker, si vivement demandé par la nation ; mais l'assemblée n'a pas le droit de demander d'elle-même le retour ou l'éloignement d'un ministre. Cette assemblée ne peut, ne doit avoir aucune influence sur le choix des ministres. L'indépendance du pouvoir exécutif fait le bonheur du peuple ; et elle cesserait dès que l'assemblée pourrait dire : nous ne voulons pas de tel ou tel ministre. » *Le Hodey*, II, p. 52.

3099« M. Barnave a répliqué qu'il n'avait point dit qu'il fallait exiger, mais qu'il fallait demander le renvoi des ministres ; que l'assemblée nationale était nécessaire d'avoir de l'influence sur eux, et par sa puissance et par sa communication avec le roi ; que partout où une nation libre existerait, elle devait avoir cette influence. » *Le Point du Jour*, I, p. 219.

3100« M. de Mirabeau a soutenu aussi que c'était une maxime impie et détestable de dire que l'assemblée ne devait pas avoir de l'influence sur le choix des ministres ; qu'en Angleterre c'est opinion du peuple qui les élève et qui les renverse ; que si le vœu général, si l'assentiment général, ne peuvent rien sur leur choix, la nation ne serait pas digne d'être libre. » *Le Point du Jour*, I, p. 219.

3101*Le Point du Jour*, I, p. 219.

une lettre dans *Le Point du Jour* pour défendre sa position³¹⁰². Dans cette lettre, il défend à la fois l'idée qu'il est impossible pour l'Assemblée d'exercer une influence sur le choix des ministres sans conduire à la confusion des pouvoirs et qu'il est nécessaire qu'il existe une responsabilité *a posteriori* des ministres³¹⁰³.

De l'autre côté, les radicaux estiment que la Nation doit contrôler le pouvoir exécutif, indépendamment d'une distinction de ces pouvoirs : « M. de Mirabeau a soutenu, avec son éloquence ordinaire que, sans examiner la nature des pouvoirs exécutifs et législatifs, c'était à la nation à contrôler l'emploi que font les ministres de l'autorité souveraine. M. Gleizem a été du même avis, et l'a défendu avec la plus grande force. »³¹⁰⁴ Le débat sur la séparation des pouvoirs exécutif et législatif dissimule en réalité un débat sur la place du Roi dans les institutions du futur régime.

Le 16 juillet 1789, l'Assemblée finit par adopter, à une grande majorité³¹⁰⁵, un arrêté pour demander au roi le renvoi des ministres et le rappel de Necker³¹⁰⁶. Cette députation ne fut néanmoins jamais envoyée au Roi qui renvoya ses ministres et rappela Necker le jour même³¹⁰⁷. L'agitation parisienne et celle de l'Assemblée avaient conduit au renvoi des ministres, mais il ne s'agit pas encore d'une réelle responsabilité politique. Cet épisode a néanmoins fait apparaître des tensions au sein des patriotes sur la prérogative royale et la conception de distinction des pouvoirs.

680. À la suite de la crise ministérielle du 13-16 juillet, l'Assemblée réaffirme le principe de la responsabilité pénale des ministres et agents publics devant les représentants de la nation pour les crimes de lèse-nation³¹⁰⁸. Une telle interprétation de la séparation des pouvoirs diffère sensiblement

3102« On a vu dans le n° XXVI [du 17 juillet] une discussion importante faite par MM. de Mirabeau, Gleizem, Barnave et Mounier, et relative à l'influence que doit avoir l'Assemblée nationale sur le choix et le renvoi des Ministres du Roi. M. Mounier ayant cru que ses principes avaient été mal entendus, les a développés dans une Lettre que nous consignons ici. » *Le Point du Jour*, I, p. 249.

3103« Qu'avec une bonne constitution et la responsabilité des Ministres, leur choix ne serait plus d'une aussi grande importance ; que lorsqu'ils auraient violé les lois, ils seraient poursuivis, et subiraient la peine de leur crime : mais qu'en se conformant aux lois, ils devaient avoir la liberté de conseiller le Roi suivant leur conscience.

« J'ajoutais que si à l'avenir les assemblées nationales voulaient influencer sur le choix des ministres, elles nuiraient à l'indépendance du pouvoir exécutif, et placeraient dans les mains des représentants la réunion de tous les pouvoirs ; qu'elle s'exposeraient à voir jusques dans leur propre sein l'intrigue et l'ambition troubler le cours des affaires publiques, pour opérer dans le ministère des changements dont elle puisse profiter. » *Le Point du Jour*, I, p. 250-251.

3104*Le Point du Jour*, I, p. 220.

3105*Le Hodey*, II, p. 55.

3106« (Une Motion ayant été faite pour le renvoi des Ministres et le rappel de M. Necker), l'Assemblée Nationale a décidé qu'une Députation envoyée au Roi demanderait l'un et l'autre, et que l'Adresse à présenter serait renvoyée au Comité de Rédaction. » *Baudouin*, I, p. 31.

3107« L'Assemblée Nationale (informée que le renvoi des Ministres était effectué, et que le Roi se proposait d'aller à Paris, le lendemain) a arrêté d'envoyer une Députation au Roi, pour lui porter les remerciements de l'Assemblée, et le prier de permettre qu'une Députation nombreuse l'accompagnât lors de son entrée dans Paris ; a arrêté en outre qu'une Députation partirait à l'instant pour instruire la capitale de ces nouvelles satisfaisantes. » *Baudouin*, I, p. 31.

3108« L'Assemblée nationale [...] déclare, quant aux Dépositaires du Pouvoir qui auraient causé ou causeraient par leurs crimes les malheurs du Peuple, qu'ils doivent être accusés, convaincus et punis, mais qu'ils ne doivent l'être que par la Loi, et qu'elle doit les tenir sous sa sauve-garde, jusqu'à ce qu'elle ait prononcé sur leur sort ; que la

de l'interprétation qu'en donne certaines constitutions américaines. Ces dernières expriment une défiance à l'égard de l'exercice d'une fonction de jugement de part des assemblées législatives³¹⁰⁹.

Malgré cette évolution politique, Mounier ne cesse de militer en faveur d'une liberté du Roi pour choisir ses conseils et insère dans ses « principes du Gouvernement Français » l'article suivant : « Le Roi est maître absolu du choix de ses Ministres et des Membres de son Conseil. »³¹¹⁰ La bataille politique sur ce terrain semble néanmoins perdue pour l'instant.

681. La première crise ministérielle rapprocha le régime français du régime anglais dans la désignation des ministres : l'Assemblée avait obtenu le renvoi des ministres qui lui déplaisait et le rappelle du ministre qu'elle soutenait. Le 4 août, le Roi a renforcé la ressemblance entre les deux régimes en choisissant dans l'Assemblée les membres de son ministère. Sur les quatre nouveaux ministres qu'il choisit, trois sont députés et l'un d'entre eux faisait partie du comité de constitution³¹¹¹.

Les nouveaux ministres adressent alors au président de l'Assemblée une lettre dans laquelle ils soulignent leur déférence à son égard. Ils reconnaissent que leur maintien en fonction est conditionné par le soutien de l'Assemblée : « Daignez, Monsieur le Président, être notre interprète auprès de l'Assemblée, et lui offrir, en notre nom, la protestation sincère de ne vouloir exercer aucune fonction publique, qu'autant que nous pourrions nous honorer de son suffrage, et conserver notre dévouement à ses maximes. »³¹¹²

Les ministres conditionnent donc leur maintien en fonction au bon vouloir de l'Assemblée.

682. Cette revendication d'une responsabilité ministérielle s'accompagne également d'une

poursuite des crimes de Lèse-Nation appartient aux Représentants de la Nation ; que l'Assemblée, dans la Constitution dont elle s'occupe sans relâche, indiquera le Tribunal devant lequel sera traduite toute personne accusée de ces sortes de crimes, pour être jugée suivant la Loi, et après une instruction publique » Proclamation pour inviter les peuples à la tranquillité, 23 Juillet 1789, *Baudouin*, I, p. 33-34.

3109« Art. XVI. Dans aucun cas, ni dans aucun temps, il ne sera fait désormais aucun acte législatif pour déclarer qui que ce soit, coupable de trahison ou de félonie. » Déclaration du Maryland, *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld)*, éd. cit., p. 255.

Comme le souligne La Rochefoucauld en note de bas de page, « le but de cet article est d'empêcher la Puissance législative de devenir dans aucun cas autorité judiciaire : abus sujet à beaucoup d'inconvénients, et qui existe dans la Constitution d'Angleterre. » *Ibid.*, p. 255-256.

Voir aussi. Art. XLI. Constitution de New-York, *Ibid.*, p. 164-165.

3110MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3111« Je crois, Messieurs, répondre aux sentiments de la confiance qui doivent régner entre nous, en nous faisant part directement de la manière dont je viens de remplir les places vacantes dans mon Ministère. Je donne les Sceaux à M. l'Archevêque de Bordeaux [Champion de Cicé, député et membre du comité de Constitution], la feuille des Bénéfices à M. l'Archevêque de Vienne [Le Franc de Pompignan, également député], le Département de la Guerre à M. de la Tour-du-Pin-Paulin [également député], et j'appelle dans mon Conseil M. le Maréchal de Beauveau. » *PV n° 40*, p. 3.

3112*Lettre des Ministres nommés par le Roi, à M. Le Chapelier, Président de l'Assemblée Nationale*, annexée au PV, n°40, p. 4.

volonté de supprimer les intermédiaires entre le Roi et l'Assemblée³¹¹³. Les ministres sont donc privés de ce rôle pourtant traditionnel dans d'autres monarchies parlementaires. Cela conduit à mettre le Roi en difficulté face aux réclamations de l'Assemblée. Le 6 août, il cède néanmoins sur ce point et autorise finalement une communication directe entre lui et l'Assemblée³¹¹⁴.

Un régime parlementaire dualiste semble donc s'être provisoirement installé au cours de l'été 1789 : les ministres n'ayant pas le soutien de l'Assemblée doivent démissionner, l'Assemblée peut influencer sensiblement sur la composition du ministère et les ministres peuvent être choisis en son sein.

Les patriotes sont également divisés s'agissant de l'emploi des forces militaires.

2. La contestation du pouvoir discrétionnaire du Roi en matière de maintien de l'ordre et d'emploi des forces militaires

683. Au début du mois de juillet, et en raison de l'agitation parisienne, le Roi rassemble des troupes aux alentours de Paris et de Versailles. Ce rassemblement ne manque pas d'inquiéter les députés qui craignent une dissolution par la force de l'Assemblée. Ils font part au Roi de leur inquiétude³¹¹⁵ et demandent le renvoi des troupes. Le Roi ne répond pas favorablement à leur demande et estime qu'« il est nécessaire que je fasse usage *des moyens qui sont en ma puissance*, pour remettre et maintenir l'ordre dans la Capitale et les environs. »³¹¹⁶ Il menace également de déplacer les États-généraux si les troubles devaient continuer³¹¹⁷.

À la suite des renvois des ministres du 13 juillet, l'Assemblée fait part au Roi de « la nécessité de rétablir la tranquillité publique dans la Ville de Paris, en éloignant promptement les

3113« Il ne peut exister d'intermédiaire entre le Roi et l'Assemblée Nationale. » Arrêté pour l'éloignement des Troupes, la responsabilité des Ministres, etc., 13 juillet 1789, *Baudouin*, I, p. 29.

3114« Il [le président] a dit que M. le Garde-des-Sceaux l'avait prévenu que le Roi avait accordé les entrées familières de sa Chambre au Président de l'Assemblée Nationale, pour rendre à l'avenir la correspondance plus facile entre Sa Majesté et l'Assemblée. » *PV n° 42*, p. 5

3115« Les mouvements de votre cœur, Sire, voilà le vrai salut des Français. Lorsque les Troupes s'avancent de toutes part, que des Camps se forment autour de nous, que la Capitale est investie, nous nous demandons avec étonnement : le Roi s'est-il méfié de la fidélité de ses Peuples ? [...]

« Prêts à résister à tous les commandements arbitraires de ceux qui abuse de votre nom, parce qu'ils sont ennemis des Lois, notre fidélité même nous ordonne cette résistance, et nous nous honorerons toujours de mériter les reproches que notre fermeté nous attire. [...]

« Les Députés de la Nation sont appelés à consacrer avec vous les droits éminents de la Royauté sur la base immuable de la liberté du Peuple. Mais, lorsqu'ils remplissent leur devoir, lorsqu'ils cèdent à leur raison, à leurs sentiments, les exposeriez-vous au soupçon de n'avoir cédé qu'à la crainte ? » *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*, I, 1789, p. 244 et p. 264.

3116Nous soulignons. *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*, I, 1789, p. 285.

3117« Si pourtant la présence nécessaire des Troupes dans les environs de Paris causait encore de l'ombrage, je me porterais, sur la demande des États-Généraux, à les transférer à Noyon ou à Soissons ; et alors je me rendrais moi-même à Compiègne, pour maintenir la communication qui doit avoir lieu entre l'Assemblée et moi. » *PV AN*, I, p. 286.

Troupes, et en établissant une Milice Bourgeoise »³¹¹⁸. Le Roi rejette leur demande et souligne le caractère discrétionnaire de son pouvoir en matière de maintien de l'ordre³¹¹⁹. L'Assemblée rend publiques les démarches entreprises auprès du Roi et les réponses négatives qu'elle a obtenu dans un « Arrêté sur la situation actuelle de Paris »³¹²⁰.

La nuit du 14 juillet suffit à contraindre ce dernier. Le lendemain, il ordonne le retrait des troupes³¹²¹. Comme pour le choix des ministres, le Roi est contraint, sous la pression populaire, de céder aux demandes de l'Assemblée.

684. Cette influence de l'Assemblée sur le déploiement des troupes militaires s'accompagne d'une volonté plus générale d'encadrer, d'une part, l'usage de la force par le pouvoir exécutif et, d'autre part, l'emploi de la puissance militaire.

Plusieurs déclarations prévoient l'impossibilité d'employer le pouvoir militaire pour rétablir l'ordre intérieur. Les déclarations de Sieyes prévoient : « Le pouvoir militaire n'est créé, n'existe, et ne doit agir que dans l'ordre des relations politiques extérieures. Ainsi, le soldat ne doit jamais être employé contre le citoyen. Il ne peut être commandé que contre l'ennemi extérieur. »³¹²² Celles de Boislandry³¹²³, de Dupont³¹²⁴, de Sallé de Chou³¹²⁵, de Gouges-Cartou³¹²⁶ prévoient une disposition

3118 *PV AN n° 22*, p. 1.

« L'Assemblée Nationale a unanimement arrêté :

« Qu'il serait fait une Députation au Roi, pour lui représenter tous les dangers qui menacent la capitale et le Royaume ; la nécessité de renvoyer les troupes, dont la présence irrite le désespoir du Peuple, et de confier la garde de la ville à la milice bourgeoise. » *Baudouin*, I, p. 28.

3119 « Je vous ai déjà fait connaître mes intentions sur les mesures que les désordres de Paris m'ont forcé de prendre ; c'est à moi seul à juger de leur nécessité, et je ne puis à cet égard, apporter aucun changement. Quelques Villes se gardent elles-mêmes ; mais l'étendue de cette Capitale ne permet pas une surveillance de ce genre. » Nous soulignons. *PV AN n° 22*, p. 7.

3120 « L'Assemblée Nationale, profondément affectée des malheurs qu'elle n'avait que trop prévus, n'a cessé de demander à Sa Majesté la retraite entière et absolue des troupes extraordinairement rassemblées dans la capitale et aux environs. Elle a encore envoyé dans ce jour deux Députations au Roi sur cet objet, dont elle ne cesse de s'occuper nuit et jour. Elle fait part aux Electeurs des deux réponses qu'elle a reçues. Elle renouvellera demain les mêmes démarches ; elle les fera plus pressantes encore, s'il est possible : elle ne cessera de les répéter, et de tenter de nouveaux efforts, jusqu'à ce qu'ils aient eu le succès qu'elle a droit d'attendre et de la justice de sa réclamation, et du coeur du Roi, lorsque des impressions étrangères n'en arrêteront plus les mouvements. » *Baudouin*, I, p. 30.

3121 « Comptant sur l'amour et sur la fidélité de mes Sujets, j'ai donné ordre aux Troupes de s'éloigner de Paris et de Versailles. Je vous autorise et vous invite même à faire connaître mes dispositions à la Capitale. » *PV AN n° 24*, p. 7.

3122 Art. 13. SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit. ; Art. 15. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3123 « 65. Le pouvoir militaire ne doit avoir d'autre objet que la défense de l'empire et de ses possessions contre les ennemis extérieurs. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

3124 « XIV. La force militaire ne doit jamais être employée contre les Citoyens, qu'à la réquisition des Magistrats Civils, et pour prêter main-forte à l'exécution de la Loi. » DUPORT, *Maximes générales du gouvernement*, éd. cit.

3125 « La société peut encore être troublée au dehors ; il faut donc une force suffisante pour la défendre ; mais cette force appartient à la Nation ; elle seule a donc le droit de la consentir ; et comme elle n'est institué que pour sa défense, on ne peut sans crime, en faire usage contre elle-même. » SALLÉ DE CHOU, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit., p. 2.

3126 « Art. 54. La puissance exécutrice est principalement établie pour diriger toutes les forces de l'Etat, mais elles ne doivent jamais servir à opprimer le Peuple ; ainsi les Troupes ne doivent prêter serment qu'à la Nation entre les mains du corps exécutif, et elles ne devront être employées contre les Citoyens qu'à la réquisition du Magistrat, à l'exception des cas qui doivent avoir été prévus par la Constitution.

similaire. La déclaration du comité des cinq reprend et développe ce principe en prévoyant que :

« L'établissement de l'armée n'appartient qu'à la Législature ; le nombre des troupes doit être fixé par elle ; leur destination est la défense de l'Etat ; elles doivent être toujours subordonnées à l'autorité civile ; elles ne peuvent faire aucun mouvement relatif à la tranquillité intérieure, que sous l'inspection des magistrats désignés par la Loi, connus du Peuple, et responsables des ordres qu'ils leur donneront. »³¹²⁷

Ce projet prévoit donc un fort contrôle de la législature sur l'exercice du pouvoir militaire par le Roi. Cet élément du projet du comité des cinq est sans doute imputable à Mirabeau, qui défend à plusieurs reprises le droit de l'Assemblée de demander l'éloignement des troupes qui menacent sa liberté³¹²⁸.

685. Ce point ne fait pas l'objet d'un consensus au sein des patriotes. Les monarchiens sont à l'inverse favorables à la préservation de l'indépendance du Roi en cette matière au nom des prérogatives royales. Les principes du Gouvernement français présentés par Mounier au nom du comité de constitution prévoient à cet égard :

« Art. 17. Le Roi est le *dépositaire de la force publique*, il est le *Chef Suprême de toutes les forces de terre et de mer*. Il a le *droit exclusif* de lever des Troupes, de régler leur marche et leur discipline, d'ordonner les fortifications nécessaires pour la sûreté des Frontières, de faire construire des arsenaux, des Ports et Havres, de recevoir et d'envoyer des ambassadeurs, de contracter des alliances, de faire la paix et la guerre »³¹²⁹

Chez Mounier et les monarchiens, le pouvoir militaire est donc conçu comme un pouvoir laissé à la discrétion du roi et relevant des prérogatives de la couronne.

Les patriotes sont divisés sur le pouvoir militaire et son emploi, mais rien n'est tranché au cours de l'été. Il en va de même s'agissant du pouvoir judiciaire, qui est conçu comme une branche du pouvoir exécutif, organisée par la loi.

3. Le pouvoir judiciaire comme branche du pouvoir exécutif, organisée par la loi

686. Le pouvoir de rendre la justice ou de faire rendre la justice en son nom est un attribut

« Art. 55. Il est donc très-essentiel que la Constitution de l'armée soit l'ouvrage de la puissance législative. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

3127 Art. 19. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, par MM. du comité chargé de l'examen des *déclarations de droits*, éd. cit.

3128 « M. de Mirabeau a présenté, dans un discours plein de chaleur et de force, les dangers dont l'appareil militaire, qui se déploie sous les yeux de la capitale, semble menacer la liberté publique, et préparer des chaînes à la puissance législative [...] Le sentiment de l'honneur et de la liberté, a dit M. Goupille de Prefeil, est dans le cœur des Français ; il importe à notre honneur que nous délibérions en liberté ; cela importe aussi bien du service du Roi. Quel citoyen désirant reconnaître les droits légitimes de la puissance exécutive, ne se trouverait pas arrêté par cet appareil alarmant ? » *Le Point du Jour*, I, p. 140-143. Voir aussi, p. 166 et s.

3129 Nous soulignons. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

traditionnel du pouvoir monarchique. Néanmoins, le caractère discrétionnaire de cette prérogative avait été remis en cause au cours du XVIII^e siècle.

Les parlementaires et leurs soutiens avaient théorisé une indépendance des cours souveraines. Cette indépendance aurait interdit au Roi de modifier la composition des cours et de renvoyer ses officiers. Cette opposition des cours souveraines aux réformes judiciaires fut particulièrement virulente au cours de la réforme Maupeou et de la réforme Lamoignon. Les parlements semblaient donc avoir obtenu *de facto* la reconnaissance de cette indépendance organique.

L'autre question relative à l'indépendance de la justice était celle de savoir si le Roi était libre d'appeler dans son conseil – et donc de retirer aux cours – l'examen de certaines affaires. Là encore, les Cours avaient à plusieurs reprises manifesté leur opposition à de telles pratiques, mais avec moins de succès³¹³⁰.

En conséquence, d'une part, le Roi n'avait pas réussi à imposer l'idée que les juges étaient de simples officiers du Roi, qu'il pouvait révoquer *ad nutum*, et ce notamment en raison de la vénalité des offices. De l'autre, les parlementaires n'avaient pas réussi à imposer la fin de la pratique de l'appel des affaires dans le conseil du Roi.

Les patriotes allaient s'opposer à ces deux modèles de justice. Ils veulent tout à la fois restreindre le pouvoir du Roi et celui des cours. Pour réduire le pouvoir des juges, les patriotes prévoient une stricte soumission des juges à la loi et la fin de la vénalité des offices. Pour réduire le pouvoir du Roi, les patriotes pensent encadrer par la loi l'organisation de la justice et dépouiller le Roi de son pouvoir de créer des juridictions d'exception et d'appeler les affaires dans son conseil. En somme, si la justice peut être rendue au nom du roi, elle ne doit jamais l'être par lui.

687. Les patriotes veulent mettre fin à l'hérédité et à la vénalité des offices. Par de nombreux actes, ils démantèlent ainsi la structure judiciaire de l'Ancien Régime. De nombreuses déclarations prévoient également l'interdiction de la vénalité des offices.

Le projet de Sieyes dispose : « C'est donc une grande erreur de croire qu'une fonction publique puisse jamais devenir la propriété d'un homme »³¹³¹. Le projet du comité de Constitution prévoit également : « aucune fonction publique ne peut être considérée comme la propriété de ceux qui l'exercent »³¹³². Cette idée se trouve dans de nombreux projets de déclaration³¹³³ et dans le

3130Montesquieu en fait d'ailleurs un principe général. Voir *supra*.

3131SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 24.

3132Art. 2. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3133« Le Pouvoir judiciaire, faisant partie des Pouvoirs publics, ne peut appartenir en propriété à aucun Corps, ni à aucun individu » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en*

rapport de Bergasse³¹³⁴.

688. Ils souhaitent également priver le Roi de l'influence qu'il pourrait avoir sur le fonctionnement de l'ordre judiciaire. Ils s'accordent donc sur la nécessité de fixer par voie législative l'organisation du pouvoir judiciaire. Ce principe figure au nombre des « principes du gouvernement français » formulés par Mounier au nom du comité de constitution : « Le Pouvoir judiciaire ne doit jamais être exercé par le Roi, et les Juges auxquels il est confié ne peuvent être dépossédés de leur Office, pendant le temps fixé par la Loi, autrement que par les voies légales. »³¹³⁵ Il est également présent dans le rapport de Bergasse sur le pouvoir judiciaire : « Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il dépend, dans son organisation, d'une autre volonté que de celle de la nation. »³¹³⁶

Le contrôle de la nation sur le pouvoir judiciaire s'illustre dans les propositions formulées par les patriotes pour procéder à la désignation des juges. Si le Roi n'est pas totalement éliminé de leur processus de nomination, il serait néanmoins contraint de choisir les juges sur une liste proposée par les représentants de la nation. Cette proposition se trouve chez Thouret³¹³⁷ et dans le rapport de Bergasse. Ce dernier prévoit que les citoyens doivent prendre part au choix des juges :

« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le peuple n'influe en aucune manière sur le choix des juges. / Car, afin que le *pouvoir exécutif* soit un, il est convenable sans doute que le dépositaire du pouvoir exécutif nomme les juges ; mais il ne faut pas moins de certaines formes, avant cette nomination, qui empêchent tout homme qui n'aurait pas la confiance du peuple de devenir juge. »³¹³⁸

Pour Bergasse, la fonction judiciaire est donc conçue comme une branche du pouvoir exécutif sur laquelle le peuple doit exercer un contrôle. Là encore, la question du contrôle de la nation sur l'action du Roi est présentée sous l'angle d'un contrôle de l'exécutif.

Société, et sur les bases de la Constitution, éd. cit., p. 33.

« 59. La vénalité des charges, et particulièrement de celles de judicature, est incompatible avec un Gouvernement libre. [...] 63. À l'exception de la Royauté, aucune fonction publique ne doit être héréditaire, aucune ne doit être la propriété de ceux qui l'exercent. » BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Le pouvoir judiciaire [...] ne pourra jamais appartenir en propriété à aucun Corps ni à aucun individu. [...] ce pouvoir ne sera jamais vendu, ni transmis, de quelque manière que ce soit, d'une personne à une autre. » RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française*, éd. cit.

3134« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, s'il est ou la propriété d'un individu qui l'exerce ou la propriété d'un individu qui en commet un autre pour le faire exercer. » BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 15.

3135Art. 4. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 7.

3136BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 12.

3137« le pouvoir de juger émanant du Peuple, comme les autres pouvoirs publics, et le Peuple étant le seul intéressé à la bonne administration de la justice, c'est aux Représentants du Peuple qu'il appartient d'élire et de présenter au Roi les sujets qu'il croient les plus dignes de cette importante fonction. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 35.

3138BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 17.

689. Les monarchiens proches des royalistes reconnaissent au Roi une part plus importante dans la fonction judiciaire. Thouret, Malouet et Pison du Galland³¹³⁹ estiment que le Roi dispose d'un pouvoir de cassation en matière civile³¹⁴⁰. Les monarchiens reconnaissent au Roi, dans leur majorité, un droit de grâce dans le cadre fixé par la loi³¹⁴¹.

690. D'une manière générale, pour les patriotes, le juge doit être cantonné à l'application de la loi et ne pas être doté de pouvoir politique, comme celui de participer à la législation³¹⁴² ou à l'administration³¹⁴³. Les juges ne doivent plus former un contre-pouvoir face au Roi et doivent donc être dépouillé de leur pouvoir d'influence qui risquerait de menacer la nouvelle liberté politique³¹⁴⁴.

3139« XXIX. Le pouvoir exécutif étant éminemment chargé de l'exécution des lois, doit pouvoir annuler les Jugements qui y seraient contraires, mais sans se substituer jamais aux Juges contrevenants, et à la charge de renvoyer à d'autres Juges. » PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3140« Les actes du Pouvoir judiciaire contraires aux Lois, peuvent être déférés au Roi, qui a le droit des annuler en son Conseil » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 34.

« S'il y a plainte et recours au Roi en matière civile contre un arrêt d'une Cour de justice, Sa Majesté fera examiner dans son Conseil les motifs de la plainte, et casser, s'il y a lieu, l'arrêt en question pour être l'affaire renvoyée à un autre Tribunal ; et il sera rendu compte à l'Assemblée nationale des cassations motivées par une infraction manifeste de la loi. » MALOUEY, *Projet de constitution*, éd. cit., p. 18-19.

3141« Art. 20. À lui seul appartient le droit de donner des lettres de grâce dans les cas où les Lois permettent d'en accorder. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 10.

« Il a seul le droit d'accorder les lettres de grâce dans les cas permis par la Loi. » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 25.

3142« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé ; si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation, ou peuvent influencer, en quelque manière que ce soit, sur la formation de la loi. » BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 12-13.

3143« Il est expressément défendu aux Tribunaux de Justice, quels que soient le nom, la forme et le district que la Nation trouvera à propos de leur donner, de se mêler de l'administration de l'État, des Provinces ou des Villes, ni d'aucun objet de politique et d'économie publiques. Les fonctions de Juges sont bornées à rendre la justice. Ils usurpent s'ils vont au-delà, et deviennent perturbateurs de l'ordre public. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit., p. 13.

« Le Pouvoir judiciaire, également distinct du Pouvoir administratif, est circonscrit dans les bornes de la Justice distributive pour le jugement des contestations privées entre les citoyens, et pour la punition des crimes » THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 34.

3144« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si les tribunaux se trouvent composés d'un grand nombre de magistrats, et forment ainsi des compagnies puissantes.

« Car, s'il est convenable pour un peuple qui ne jouit d'aucune liberté politique, qu'il existe des compagnies puissantes de magistrats, capables de tempérer par leur résistance l'action toujours désastreuse du despotisme, *cet ordre de choses, au contraire, est funeste pour tout peuple qui possède une véritable liberté politique* : des compagnies puissantes de magistrats, disposant du terrible pouvoir de juger, mues comme involontairement dans toutes leurs démarches par le dangereux esprit de corps, d'autant moins exposées dans leurs jugements à la censure de l'opinion que la louange ou le blâme qu'elles peuvent ou mériter ou encourir se partagent entre un grand nombre d'individus, et deviennent, pour ainsi dire, nuls pour chacun ; de telles compagnies, dans un Etat libre, finissent nécessairement par composer de *toutes les aristocraties la plus formidable*, et on sait ce que l'aristocratie peut engendrer de *despotisme* et de servitude dans un Etat quelconque lorsqu'elle s'y est malheureusement introduite. » Nous soulignons. BERGASSE, *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, éd. cit., p. 13-14.

« Notre Magistrature était fortement instituée pour résister au despotisme ; mais maintenant qu'il n'y a plus de despotisme, si notre Magistrature conservait toute la force de son institution, l'emploi de cette force pourrait facilement devenir dangereuse à la liberté. » *Ibid.*, p. 60.

691. Au cours des mois menant à l'adoption de la Déclaration puis de la Constitution, l'Assemblée eut à trancher diverses questions relatives à la répartition des pouvoirs et en particulier à l'articulation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. L'Assemblée distingue et tente d'articuler les compétences qui sont les siennes et celles qui relèvent de la prérogative royale. Toutefois, elle ne reconnaît dans ce cadre aucune autonomie à un « pouvoir judiciaire » qui n'est conçu que comme une modalité de l'exécution des lois relevant ainsi en principe du Roi. Cette conception est d'ailleurs celle qui fut ultérieurement consacrée dans la constitution elle-même³¹⁴⁵.

692. La fonction judiciaire est considérée par les patriotes comme une branche du pouvoir exécutif dont l'organisation est décidée par la loi. Ils ne s'accordent néanmoins pas sur l'influence que le Roi est en droit d'exercer sur ces organes qu'en en matière de nominations, de la cassation et du droit de grâce.

Le problème de l'articulation entre les prérogatives royales et le pouvoir de la nation se retrouve également de manière plus générale s'agissant de l'administration du royaume et des nominations aux places et emplois publics.

4. Le problème du contrôle de la nation sur l'administration et les nominations aux places et emplois publics

693. Les monarchiens défendent l'idée que le Roi tiendrait de l'essence du régime monarchique des prérogatives qu'il conserverait dans la nouvelle constitution. Les constituants se contenteraient de les reconnaître et ils ne pourraient y porter atteinte³¹⁴⁶.

Cette théorie est résumée par Mounier dans les « principes du Gouvernement Français » : « Pour assurer dans les mains du Roi la conservation et l'indépendance du pouvoir exécutif, il doit jouir de diverses prérogatives qui seront ci-après détaillées »³¹⁴⁷. Au nombre de ses prérogatives figure le « droit de régler dans son Conseil, avec le concours des Assemblées Provinciales, ce qui concerne l'Administration du Royaume, en se conformant aux Lois générales »³¹⁴⁸. Clermont-Tonnerre souligne dans son rapport que le Roi est « reconnu comme dépositaire de toute la

3145Le pouvoir judiciaire n'est pas considéré comme distinct et autonome. La constitution prévoit que le pouvoir législatif réside dans l'Assemblée Nationale (art. VIII), le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans les mains du Roi (art. XVI), il est au contraire prévu que : « XIX. Le Pouvoir judiciaire ne pourra en aucun cas être exercé par le Roi, ni par le Corps législatif ; mais la justice sera administrée, au nom du Roi, par les seuls Tribunaux établis par la Loi, suivant les principes de la Constitution, et selon les formes déterminées par la Loi. » Série des articles de Constitution, 1^{er} octobre 1789, *Baudouin*, I, p. 100.

3146Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A, 3.

3147Art. XIV. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 9.

3148Art. XXVII. *Ibid.*, p. 12.

plénitude du pouvoir exécutif »³¹⁴⁹.

Pour les monarchiens, la plénitude du pouvoir exécutif dont dispose le Roi lui permet de nommer aux emplois publics. Le projet de Mounier prévoit : « Le Roi est la source des honneurs : il a la distribution des grâces, des récompenses, la nomination des dignités et Emplois Ecclésiastiques, Civils et Militaires. »³¹⁵⁰ Celui de Thouret précise « qu'il a seul le droit de nommer à tous les emplois civils et militaires relatifs à l'exercice du pouvoir exécutif ; – aux bénéfices dont la nomination appartient à la Couronne, – et aux places de Magistrature, mais sur la présentation qui sera faite de trois sujets pour chaque place, par les Assemblées Provinciales. »³¹⁵¹

694. Les patriotes radicaux estiment au contraire que le Roi doit être mis sous la tutelle de la nation et que la plupart des compétences que lui confèrent la constitution doivent être placées sous la surveillance de celle-ci ou de ses représentants et n'être exercées que sous leur contrôle et avec leur participation. Sieyes expose sa théorie des branches du pouvoir exécutif et de l'influence que le peuple doit avoir dans le choix des officiers dans son projet de constitution pour Paris³¹⁵². Les officiers ne sont plus des officiers du roi, mais des officiers du pouvoir exécutif que la nation a délégués³¹⁵³. Ils doivent donc être nommés sur la base de listes établies par les Assemblées élues³¹⁵⁴.

Le Roi est également dépossédé de son pouvoir d'influence dans le projet de déclaration de Sieyes. En donnant des offices, des titres et des pensions, le Roi pouvait contrôler la noblesse et la bourgeoisie. Sieyes propose de limiter les fonctions publiques à celles considérées comme

3149CLERMONT-TONNERRE, *Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet*, éd. cit., p. 4.

3150Art. XXVIII. MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 12.

3151THOURET, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution*, éd. cit., p. 25.

3152« Le Pouvoir exécutif, ou les divers départements de l'Administration générale ont besoin d'avoir, dans les Départements, dans les Communes, et même quelques fois dans les Cantons, des Officiers, des Agents qui reçoivent les ordres et en assurent l'exécution, etc.

« Le Gouvernement général, ou le pouvoir exécutif national peut se diviser en quatre grandes parties.

« La Justice, y compris la police générale.

« L'instruction publique.

« La surintendance des soins, travaux et secours publics.

« Les relations extérieures de la Nation. Les forces de mer et de terre sont comprises dans ce Département. » SIEYES, *Quelques idées de constitution, applicables à la ville de Paris*, 1789, BN Lb39-2107, p. 23-24.

3153« Nous venons de dire que [les citoyens] ont toute autorité sur ceux qu'ils chargent de faire la Loi. Il faut ajouter qu'ils doivent influencer aussi, quoi que de manière plus indirecte [...] sur le choix de ceux qui seront nommés pour l'exécution, dans toutes les parties de l'administration publique. Car il faut que les gouvernés puissent avoir pour les gouvernants, de l'estime et de la confiance. Ces Sentiments sont libres de la part du Peuple, autant que nécessaires au maintien du bon ordre. » *Ibid.*, p. 4.

3154« Nous avons dit qu'il fallait laisser aux Peuples une influence réelle sur le choix des Officiers publics qui ont à exercer quelques partie de l'autorité ou de l'agence publique. Pour cela, il faut que les Assemblées représentatives, dont nous avons réglé la formation, fassent leur *liste d'éligibles pour l'administration* [...]. Les Citoyens ne nommeront point les Officiers publics, mais il ne sera nommé que des gens de leur choix. » *Ibid.*, p. 24.

nécessaires, privant ainsi le Roi du pouvoir de créer une place pour assurer une alliance politique³¹⁵⁵. Il prévoit également l'encadrement des pensions versées par le Roi³¹⁵⁶. Ces idées sont reprises par Gouges-Cartou dans sa déclaration³¹⁵⁷.

Brissot résume en quelques lignes dans son journal cette ambition de refondation du pouvoir exécutif :

« Il existe une insubordination générale dans les provinces. Pourquoi ? Parce qu'elles ne sentent plus le frein du pouvoir exécutif. Quels en étaient les ressorts ? Les Intendants, les tribunaux, les soldats. Les Intendants sont disparus, les tribunaux sont muets, les soldats sont contre le pouvoir exécutif et pour le peuple.

« Que faut-il pour redonner de la vigueur au pouvoir exécutif ? En changer les canaux, les anciens sont brisés ou odieux. Ainsi, au lieu d'Intendants, ayez des États Provinciaux populaires. Changez la composition des tribunaux ; faites des soldats des citoyens, ou des citoyens des soldats, et l'ordre reparaitra. En quatre mots ; municipalités populaires, États Provinciaux populaires, milices ou armée populaire, tribunaux électifs : voilà les quatre grands moyens de recréer le pouvoir exécutif. »³¹⁵⁸

Brissot suggère ainsi de passer d'un pouvoir exécutif contrôlé par le roi et exercé par ses agents à un pouvoir exécutif contrôlé et exercé par le peuple. Les patriotes sont donc conduits à prendre position sur l'organisation du pouvoir exécutif et de ses branches dès l'été 1789 en raison de la situation insurrectionnelle que connaît la France. Pour exécuter localement les volontés du Roi, ils proposent des Assemblées provinciales (a). En outre, l'Assemblée est fréquemment amenée à se prononcer sur des affaires d'administration, de police et d'administration judiciaire (b) et décide à cette fin d'instituer un comité de rapports et un comité d'informations (c).

3155« Art. XXXI. Les fonctions publiques doivent suivre les besoins publics. Le nombre des places doit être rigoureusement borné au nécessaire. Il est absurde surtout qu'il y ait dans un État des places sans fonctions. » SIEYES, *Déclaration des droits du citoyen français, détachée du Préliminaire de la constitution, par M. l'abbé Sieyes*, BN Le29-73, p. 8. Art. 37. SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3156« Art. 39. De ce que tout service doit avoir et a son salaire, il suit, que les pensions sur le trésor public ne peuvent être sollicitées qu'à titre de récompense, ou bien à titre de secours de charité.

« Art. 40. Les récompenses pécuniaires supposent des services éminents ou très-longes, rendus à la chose publique par des hommes qui ne peuvent plus être employés utilement, et qui n'ont d'ailleurs point de fortune.

« Art. 41. Quant aux charités publiques, il est évident qu'elles ne doivent être répandues que sur des personnes qui sont dans une impuissance réelle de pourvoir à leurs besoins ; et il faut entendre par ce mot, les besoins naturels et non des besoins de vanité ; car il n'entrera jamais dans l'intention des contribuables de se priver quelquefois même d'une partie de leur nécessaire, pour fournir au luxe d'un pensionnaire de l'Etat. Il faut encore que les secours de charité cessent, au moment ou finit l'impuissance qui les justifiait. » SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société*, éd. cit.

3157« Art. 28. Un Gouvernement ne doit exister que pour l'intérêt de ceux qui sont gouvernés, et non pour l'intérêt de ceux qui gouvernent.

« Art. 29. Les fonctions publiques doivent donc suivre les besoins publics ; le nombre des places doit être rigoureusement borné au nécessaire ; il est absurde surtout qu'il y ait des places sans fonctions.

« Art. 30. Il est également absurde qu'un Citoyen puisse être exclu d'une place pour raison de ce qu'un stupide préjugé appelle défaut de naissance. Il faut, pour toute espèce de service public, préférer les plus capables.

« Art. 31. Des pensions sur le Trésor public ne peuvent être sollicités et obtenues, qu'à titre de récompense pour des services rendus par des hommes sans fortune, qui ne peuvent plus être employés utilement. » GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits*, éd. cit.

3158*Le Patriote Français*, n° XIV, p. 4.

a. Des Assemblées provinciales pour remplacer les intendants

695. Si le pouvoir exécutif est théoriquement reconnu au Roi, il lui est en pratique rarement conféré. Les patriotes, radicaux et monarchiens, entendent confier l'exécution des lois à des Assemblées locales élues. Or, le Roi n'a pas de contrôle ou de pouvoir sur ces assemblées qu'il ne peut renvoyer. L'évolution vers une exécution des lois par les Assemblées locales avait été amorcée par la réforme des Assemblées provinciales entreprise par Necker. Néanmoins, les Assemblées provinciales établies par le Roi n'avaient que des compétences d'attribution et des officiers royaux pouvaient toujours être nommés à sa discrétion pour superviser l'exécution des lois. L'innovation des patriotes résidait donc dans l'omnicompétence qu'ils entendaient conférer aux Assemblées locales en matière d'exécution des lois. Le pouvoir exécutif théoriquement laissé entre les mains du Roi était en réalité transféré à des Assemblées élues, en ne lui donnant aucun moyen d'obtenir de ces Assemblées qu'elles exécutent ses ordres.

La nécessité d'établir ou de rétablir des Assemblées locales en vue d'obtenir une prompt exécution des lois est soulignée par Duquesnoy dans une motion qu'il présente à l'Assemblée le 14 août. L'institution d'Assemblées locales est d'ailleurs présentée par lui comme le moyen, pour les députés de récupérer le contrôle sur l'exécution des lois³¹⁵⁹. C'est pour déposséder les agents du roi et les institutions établies par lui qu'il faudrait hâter la création des assemblées locales : « Aujourd'hui, ne nous le dissimulons pas, les ressorts de l'autorité sont confiés à des Individus, à des Corps qui n'ont pas l'aveu de la Nation, aux Intendants, aux Parlements, aux Municipalités en finance dans les Villes, aux Assemblées provinciales ; vain et dangereux simulacre de liberté. »³¹⁶⁰ Ces institutions de l'Ancien Régime doivent être remplacées par des Assemblées élues à qui est confiée la charge d'exécuter les lois, sans que le Roi ne bénéficie sur cette assemblée des pouvoirs qu'il pouvait avoir sur les institutions qu'elles destituent.

Si le roi dispose théoriquement de la plénitude du pouvoir exécutif, il en est en réalité dépossédé au profit d'assemblées élues considérées comme plus légitimes³¹⁶¹. Ces Assemblées

3159« Prenez-y garde, Messieurs ; il est temps de donner à la puissance exécutrice les moyens d'agir ; il est temps de la mettre dans l'heureuse impuissance d'employer d'autres instruments que ceux que vous lui confierez ; il est temps que vous sachiez à qui vous adresserez vos Décrets, à qui l'exécution en sera remise. » DUQUESNOY, *Motion de M. Duquesnoy, à la séance du 14 août 1789*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-137, p. 4.

« M. de Volney appuyant la première partie de cette motion, a fait un amendement, tendant à ce que l'assemblée s'occupât incessamment de la formation des administrations provinciales, municipales, et de district. C'est par ces établissements que nous feront exécuter les décrets : de fait ils nous assureront ainsi la sûreté et la liberté des propriétés, et nous faciliteront la perception de l'impôt. La création de ce pouvoir exécutif pour l'administration est d'autant plus pressante qu'il a été déjà établi qu'on ferait jouir les peuples de l'égalité des contributions pour les six derniers mois. » *Le Point du Jour*, p. 132-133.

3160DUQUESNOY, *Motion de M. Duquesnoy, à la séance du 14 août 1789*, éd. cit., p. 5.

3161« Si donc, comme je n'en doute pas, vous voulez vous hâter de rétablir la puissance exécutrice pour ramener partout l'ordre et la paix, et faire respecter, observer vos Décrets, il me semble qu'il faut vous hâter d'édifier les Administrations Provinciales et Municipales, qui seules pourront agir ; j'ajoute encore, qui seuls pourront faire de

seraient théoriquement soumises à l'autorité royale, mais le Roi ne disposerait d'aucun pouvoir réel pour les contraindre à l'obéissance. Ce modèle des Assemblées locales pour assurer les fonctions d'exécution de la loi est d'ailleurs présenté par un rapport du nouveau comité de constitution le 29 septembre 1789³¹⁶².

b. Le débat sur la compétence de l'Assemblée en matière d'administration, de police et d'administration judiciaire

696. D'une manière plus générale, au cours de l'été 1789, l'Assemblée est, à plusieurs reprises, amenée à se prononcer sur des questions d'administration, de police et d'administration judiciaire. Au début du mois de juillet, les monarchiens, défendant l'autonomie du pouvoir exécutif et donc l'impossibilité pour l'assemblée de connaître de telles affaires, obtiennent gain de cause, mais ils perdent progressivement du terrain. La création des comités de recherche et d'information à la fin du mois de juillet conduit à faire de l'Assemblée la juge de la limite des pouvoirs législatif et exécutif. Elle crée également de plus en plus d'exceptions au principe de même de distinction de ces deux pouvoirs.

Le principe de distinction et de séparation des pouvoirs exécutif et législatif est alors fréquemment invoqué et débattu. Les monarchiens défendent l'idée que le principe de séparation des pouvoirs exécutif et législatif implique une incompétence de l'Assemblée, alors que les patriotes radicaux rejettent cette idée.

697. Dès le 1^{er} juillet, l'Assemblée est saisie d'une affaire qui relève théoriquement du pouvoir exécutif. Deux gardes-françaises, prisonniers, furent libérés par des particuliers qui estimaient qu'ils avaient été emprisonnés injustement en raison de leur patriotisme³¹⁶³. Ces particuliers les ont déplacés au Palais royal et demandent à l'Assemblée de s'occuper des moyens nécessaires pour rendre la liberté à ces prisonniers. Cette question relevait tout à la fois de la police et de la justice militaire. Un débat s'ouvre alors pour savoir si l'Assemblée est compétente pour se prononcer sur cette question.

Les monarchiens sont défavorables à une intervention de l'Assemblée et invoquent en faveur de cette incompétence la distinction des pouvoirs législatif et exécutif. Clermont-Tonnerre

nouveaux supporter au Peuple le fardeau de l'impôt. Or, rien ne hâtera cette organisation, comme la solution des deux questions que je vous supplie d'examiner. » DUQUESNOY, *Motion de M. Duquesnoy, à la séance du 14 août 1789*, éd. cit., p. 5.

3162 *Rapport du nouveau comité de constitution, fait à l'Assemblée nationale, le mardi 29 septembre 1789, sur l'établissement des bases de la représentation proportionnelle*, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-235 ; *Seconde Partie du Rapport du nouveau comité de constitution, fait à l'Assemblée nationale, le mardi 29 septembre 1789, sur l'établissement des assemblées administratives et des nouvelles municipalités*, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-236.

3163 *Le Hodey*, I, p. 283 ; *Le Point du Jour*, I, p. 81.

déclare : « cette distinction du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, que nous sommes chargés d'établir, de consacrer et d'éterniser, ne doit pas être méconnue. »³¹⁶⁴ Comme pour la responsabilité des ministres, il estime que cette l'intervention de l'Assemblée ne peut intervenir que sur la sollicitation du Roi³¹⁶⁵. Le comte de Crillon³¹⁶⁶, le prince de Poix³¹⁶⁷, Mounier³¹⁶⁸ défendent également l'idée d'une incompétence de l'Assemblée fondée sur la plénitude du pouvoir exécutif du Roi. Fréteau défend la même position et s'appuie pour ce faire sur les cahiers qui reconnaissent la plénitude du pouvoir exécutif au roi :

« Nous cahiers attribuent le pouvoir exécutif au roi, et nous laissent l'exercice du pouvoir législatif. Nous devons nous renfermer dans nos mandats ; or, de quoi s'agit-il ici ? d'un fait de police, d'une discipline militaire qui ne nous concerne pas. Est-ce à nous à nous attribuer la discipline militaire ? Est-ce à nous à veiller sur la sûreté publique ? Ces soins importants sont ceux du pouvoir exécutif ; c'est au roi qu'ils appartiennent. »³¹⁶⁹

La distinction des pouvoirs, telle que déterminée dans les cahiers est donc invoquée pour justifier l'abstention de l'Assemblée.

D'autres députés estiment, en revanche, qu'en tant que représentante du peuple, l'Assemblée a le devoir d'intervenir pour protéger le peuple contre le mauvais emploi du pouvoir exécutif³¹⁷⁰.

Enfin, certains patriotes radicaux défendent la position d'une forme d'état d'exception. Le Chapelier déclare ainsi :

« En adoptant, a-t-il dit, les principes déjà posés sur la division des pouvoirs, nous devons reconnaître qu'il est des occasions où les deux pouvoirs doivent se confondre et se réunir ; nous sommes dans ce cas. L'assemblée doit s'occuper des troubles survenus à l'occasion de nos troubles mêmes ; nous devons venir au secours du peuple, et je propose de se concerter avec les ministres du roi, pour sauver le peuple et amener une paix si nécessaire. »³¹⁷¹

Cet argument conduit à admettre en principe l'idée d'une incompétence de l'Assemblée tout

3164 *Le Point du Jour*, I, p. 82.

3165 « Nous devons attendre que le roi invoque l'intervention de l'assemblée nationale, s'il le croit nécessaire ; et nous devons considérer que le pouvoir militaire est la sauve-garde de la tranquillité publique, et qu'étant appelés à faire des lois, nous devons être impassibles comme elles, et ne pas entendre les orages qui grondent autour de nous » *Le Point du Jour*, I, p. 82-83.

3166 « M. le comte de Crillon, en distinguant les pouvoirs, a dit : “que la question agitée ne regardait que le pouvoir exécutif qui appartient au roi seul”. Il a proposé d'autoriser M. le président à envoyer à M. le garde des sceaux copie de la lettre reçue, sans les noms des signataires, et qu'en disant que la puissance législative ne pouvait pas s'occuper de ces réclamations en les recommandant à la justice et à la bonté du roi. » *Le Point du Jour*, I, p. 83 ; *Le Hodey*, I, p. 263.

3167 « M. le prince de Poix a dit que le pouvoir exécutif appartenant au roi ; on devait s'en remettre à la justice et à la sagesse de sa majesté, et que les envoyés de Paris devaient aller inspirer la paix et la modération si nécessaire dans ce moment. » *Le Point du Jour*, I, p. 83 ; *Le Hodey*, I, p. 286.

3168 *Le Hodey*, I, p. 285.

3169 *Le Hodey*, I, p. 285.

3170 « “Nous ne devons pas être passifs, s'est écrié M. Broustaret, lorsque le pouvoir exécutif peut inspirer des alarmes. Le pouvoir législatif est délégué et envoyé par le peuple ; il ne doit donc pas abandonner ce même peuple. » *Le Point du Jour*, I, p. 84.

3171 *Le Point du Jour*, I, p. 85.

en justifiant son intervention par des circonstances exceptionnelles. Cette intervention serait rendue nécessaire par la séance royale du 23 juin 1789, seule réelle cause de l'agitation parisienne. En conséquence, le non-respect de la distinction des pouvoirs serait justifié par le précédent d'ingérence du pouvoir exécutif³¹⁷². Il propose alors de « nommer six députés qui s'accorderont avec les ministres du roi, sur le parti à prendre pour apaiser le plus promptement l'émeute de la capitale »³¹⁷³. Cette proposition est jugée scandaleuse par les plus modérés. Duquesnoy estime dans son journal « aucune [motion] ne présentait autant de danger que celle de Le Chapelier [...] C'était évidemment concourir avec le Roi à l'exécution : par une sorte d'instinct naturel, cet avis a été unanimement rejeté »³¹⁷⁴.

Démeunier, également partisan d'une forme d'état d'exception, propose d'envoyer une députation à Paris pour calmer la révolte³¹⁷⁵. Cette proposition est également rejetée par les modérés qui y voient un empiétement sur le pouvoir exécutif.

Plusieurs motions, issues de la noblesse et des monarchiens, proposent de solliciter du roi sa bienveillance à l'égard des parisiens ayant participé à la révolte³¹⁷⁶. Des nobles estiment au contraire que tout soutien, même indirect, de la révolte est dangereux et que l'Assemblée doit se désolidariser de la révolte de la capitale³¹⁷⁷.

Les motions de patriotes radicaux sont mises en minorité et l'Assemblée adopte finalement le parti des modérés, le 1^{er} juillet. D'une part, elle demande aux « personnes venues de Paris » de « reporter dans cette ville le vœu de la paix et de l'union, seules capables de seconder les intentions

3172« En effet, quelle est l'origine des révoltes qui éclatent dans Paris ? C'est la séance royale, c'est le coup d'autorité porté aux états-généraux, c'est cette espèce de violation, cette usurpation de l'autorité exécutrice sur l'autorité législative, effets funestes, mais toujours inévitables lorsque l'une de ces deux autorités l'emporte sur l'autre. » *Le Hodey*, I, p. 290.

3173*Le Hodey*, I, p. 291.

3174*Duquesnoy*, p. 150.

3175« Je n'ignore pas quelles sont les bornes qui séparent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; je sais que le pouvoir législatif seul réside dans nos mains. Mais il est des circonstances où ces deux pouvoirs se rapprochent et se confondent, et c'est certainement dans des circonstances aussi orageuses qu'ils doivent agir de concert et d'intelligence, pour ramener la paix et le calme. [...] Je crois qu'il convient d'envoyer des députés, non pas au roi, non pas aux ministres, non pas au colonel des gardes-françaises, mais à la capitale, pour calmer par leur présence et leurs exhortations, des troubles dont le feu peut s'étendre rapidement dans les patries du royaume. » *Le Hodey*, I, p. 286.

3176Celle de Crillon et de Camus, *Le Hodey*, I, p. 293-294.

3177« *Quatrième motion, de M. le Comte de Boufflers*. L'assemblée nationale déclare que la connaissance des affaires relatives aux troubles populaires, appartient uniquement au roi ; elle condamne ceux qui agitent la ville de Paris, et elle en gémit : ses membres ne cesseront de donner l'exemple du plus profond respect pour l'autorité royale, dans laquelle dépend la sécurité de l'empire. » *Le Hodey*, I, p. 294.

« Un membre de la noblesse a voulu faire cesser la délibération ; il a éclaté avec véhémence contre l'émeute, dont l'assemblée voulait soustraire les auteurs à la sévérité des lois. Doit-on voir dans indifférence une vaine populace forcer les portes des prisons, bouleverser l'ordre, etc ? Est-ce à l'assemblée nationale à protéger de tels excès ? Ne serons-nous pas exposés aux fureurs de la populace, si dans les divers jugements que nous aurons à prononcer, il y en avait de contraires à sa volonté ? N'est-ce pas là une véritable anarchie, et la liberté de l'assemblée ne serait-elle pas violée ?

« Ces réflexions, exprimées avec force, ont fait une vive impression ; les uns se sont empressés de les rejeter, les autres de les développer. » *Le Hodey*, I, p. 296.

de l'Assemblée nationale et les travaux auxquels Elle se consacre pour la félicité publique »³¹⁷⁸. Elle n'envoie donc pas de députation, mais ne s'interdit pas toute communication avec les parisiens ayant pris part à la révolte. D'autre part, elle envoie une députation au Roi pour solliciter sa clémence³¹⁷⁹, mais marque simultanément leur déférence à l'égard du roi, en soulignant que les membres de l'Assemblée « donneront toujours l'exemple du plus profond respect pour l'Autorité Royale, de laquelle dépend la sécurité de l'Empire »³¹⁸⁰, et invite les Parisiens à se soumettre à cette autorité³¹⁸¹. Une crise similaire allait voir le jour quelques semaines plus tard.

698. Le retrait des troupes par le Roi, le 15 juillet, ne met pas fin à l'agitation générale dans Paris et ses environs. L'Assemblée est fréquemment saisie pour arbitrer entre les actes de violence de personnes privées contre d'autres personnes privées ou contre les forces de l'ordre soupçonnées d'agir contre les patriotes. Lorsqu'il s'agit d'actes n'ayant pas de caractère politique, l'Assemblée n'a pas de difficulté à considérer que la poursuite de ces infractions relève du pouvoir exécutif³¹⁸². Son attitude est plus ambivalente s'agissant d'agissements entrepris contre des personnes suspectées d'agir contre l'Assemblée.

Plusieurs milices se mettent en place spontanément en vue de se faire justice elles-mêmes et menacent d'arrêter et de pendre ou de décapiter les ennemis de la nation³¹⁸³. Face aux multiples révoltes populaires de la région parisienne, les députés sont contraints de prendre position sur cette question.

Le 20 juillet, Lally propose une proclamation qui qualifie ceux ayant participé à la révolte de « mauvais citoyens » et propose d'autoriser les municipalités à former des milices bourgeoises³¹⁸⁴. La qualification donnée aux parisiens insurgés fût mal reçue dans l'Assemblée et la discussion des milices bourgeoises faisait réapparaître la question de la compétence de l'Assemblée en matière de police³¹⁸⁵. Cette proclamation est renvoyée dans les bureaux, mais n'est pas adoptée.

3178 *Baudouin*, I, p. 20.

3179 « Il sera fait au Roi une Députation, pour l'instruire du parti pris par l'Assemblée Nationale, et pour le supplier de vouloir bien employer, pour le rétablissement de l'ordre, les moyens infaillibles de la clémence et de la bonté qui sont si naturelles à son coeur, et de la confiance que son bon Peuple méritera toujours. » *Baudouin*, I, p. 20.

3180 *Baudouin*, I, p. 20.

3181 « Elle conjure donc les Habitants de la Capitale de rentrer sur-le-champ dans l'ordre, et de se pénétrer des sentiments de paix qui peuvent seuls assurer les biens infinis que la France est près de recueillir de la réunion volontaire de tous les Représentants de la Nation. » *Baudouin*, I, p. 20.

3182 « Un Membre de l'Assemblée a observé que le soin de maintenir le repos public concerne le Pouvoir exécutif et les Tribunaux judiciaires. » *PV n° 26*, p. 4.

« Le maire de la ville de Poissy s'étant présenté à l'assemblée, lui a rendu compte de plusieurs crimes commis à main armée et avec force ouverte par une troupe de brigands dans les villes de Poissy et de Saint-Germain ; sur quoi un des membres de l'assemblée a observé que le soin de maintenir le repos public ne concernait que le pouvoir exécutif, et les tribunaux judiciaires. » *Le Point du Jour*, I, p. 233-234.

3183 Voir par exemple l'affaire Thomassin relatée dans *Le Point du Jour*, I, p. 100 et s.

3184 *Le Hodey*, II, p. 111.

3185 *Le Hodey*, II, p. 114.

Les exécutions publiques sans jugement des coupables désignés par le peuple continuent à Paris, ce qui force l'Assemblée à se saisir à nouveau de cette question³¹⁸⁶. Le problème était non seulement celui de l'établissement de milices bourgeoises pour le maintien de l'ordre, mais également celui de l'organisation des poursuites des individus considérés comme criminels pour éviter qu'ils soient condamnés et exécutés sans procès par les milices insurrectionnelles.

Le 23 juillet, l'Assemblée reprend la discussion sur la proclamation de Lally modifiée. Elle ne prévoit plus l'établissement de milices, mais loue les concessions du Roi et les avancées de l'Assemblée³¹⁸⁷. Cette proclamation tente de ramener le calme dans la capitale, comme dans ses environs et promet la poursuite des « Dépositaires du Pouvoir qui auraient causé ou causeraient par leurs crimes les malheurs du Peuple », mais elle exige que cette poursuite ait lieu d'après des formes établies³¹⁸⁸. Elle rappelle également que la poursuite des crimes de lèse-nation appartient à l'Assemblée et que la procédure permettant cette poursuite doit être prévue dans la constitution³¹⁸⁹. Avec cette proclamation, les monarchiens semblaient faire une première entorse à leur doctrine puisqu'il s'adressait directement au peuple sur des affaires qui relevaient théoriquement de l'exécutif (le maintien de l'ordre) et créaient à cette compétence royale une exception aussi large qu'indéfinie : les agents publics coupables du crime de lèse-nation. En outre, les constituants

3186 *Le Hodey*, II, p. 130.

3187 « L'Assemblée Nationale considérant que depuis le premier instant où elle s'est formée, Elle n'a pris aucune résolution qui n'ait dû lui obtenir la confiance des Peuples ;

« Qu'Elle a déjà établi les premières bases sur lesquelles doivent reposer la liberté et la félicité publiques ;

« Que le Roi vient d'acquiescer plus de droits que jamais à la confiance de ses fidèles Sujets ;

« Que non-seulement il les a invités lui-même à réclamer leur liberté et leurs droits ; mais que sur le vœu de l'Assemblée, il a encore écarté tous les sujets de méfiance qui pouvaient porter l'alarme dans les esprits ;

« Qu'il a éloigné de sa Capitale les Troupes dont l'aspect ou l'approche y avoient répandu l'effroi ;

« Qu'il a éloigné de sa personne les Conseillers qui étaient un objet d'inquiétude pour la Nation ;

« Qu'il a rappelé ceux dont Elle désirait le retour ;

« Qu'il est venu dans l'Assemblée Nationale, avec l'abandon d'un père au milieu de ses enfants, lui demander de l'aider à sauver l'Etat ;

« Que conduit par les mêmes sentiments, il est allé dans sa Capitale se confondre avec son Peuple, et dissiper, par sa présence, toutes les craintes qu'on avait pu concevoir ;

« Que, dans ce concert parfait entre le Chef et les Représentants de la Nation, après la réunion consommée de tous les Ordres, l'Assemblée s'occupe, et ne cessera de s'occuper du grand objet de la Constitution :

« Que toute méfiance qui viendrait actuellement altérer une si précieuse harmonie, ralentirait les travaux de l'Assemblée, serait un obstacle aux intentions du Roi, et porterait en même temps une funeste atteinte à l'intérêt général de la Nation, et aux intérêts particuliers de tous ceux qui la composent ;

« Qu'enfin, il n'est pas de Citoyen qui ne doive frémir à la seule idée de troubles, dont les suites si déplorables seraient la dispersion des familles, l'interruption du Commerce ; pour les Pauvres, la privation de secours ; pour les Ouvriers, la cessation de travail ; pour tous, le renversement de l'Ordre social » *Baudouin*, I, p. 32-33.

3188 « L'Assemblée Nationale [...] Invite tous les François à la paix, au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique, à la confiance qu'ils doivent à leur Roi et à leurs Représentants, et à ce respect pour les Lois, sans lequel il n'est pas de véritable liberté

« Déclare, quant aux Dépositaires du Pouvoir qui auraient causé ou causeraient par leurs crimes les malheurs du Peuple, qu'ils doivent être accusés, convaincus et punis, mais qu'ils ne doivent l'être que par la Loi, et qu'elle doit les tenir sous sa sauve-garde, jusqu'à ce qu'elle ait prononcé sur leur sort » *Baudouin*, I, p. 33-34.

3189 « L'Assemblée Nationale [...] déclare [...] que la poursuite des crimes de Lèse-Nation appartient aux Représentants de la Nation ; que l'Assemblée, dans la Constitution dont elle s'occupe sans relâche, indiquera le Tribunal devant lequel sera traduite toute personne accusée de ces sortes de crimes, pour être jugée suivant la Loi, et après une instruction publique » *Baudouin*, I, p. 33-34.

revoient la fixation de cette procédure judiciaire à la constitution, ce qui ne permettait pas d'enrayer efficacement le problème des arrestations sauvages.

c. L'établissement des comités de rapports et d'informations

699. La constitution n'étant pas immédiatement adoptée, l'Assemblée continue d'être saisie d'affaires similaires et, d'une manière générale, d'affaires d'administration. Si bien que Volney déclare le 27 juillet : « Il me semble que, pour ne pas nous transformer ici en lieutenants de police du royaume, pour ne pas nous jeter dans un dédale immense, il convient d'établir un comité auquel seront renvoyées toutes les affaires d'administration et de police. »³¹⁹⁰ Cela revenait à considérer que l'Assemblée avait une compétence générale en matière de police et d'administration ou au moins la compétence d'un juge des conflits entre les pouvoirs législatif et exécutif.

Les conservateurs s'opposent à la reconnaissance d'un tel pouvoir à l'Assemblée et suggèrent « de déclarer à toutes les municipalités l'incompétence de l'assemblée pour connaître toute affaire de police et d'administration »³¹⁹¹ et d'inviter « aussi toutes les provinces à envoyer au pouvoir exécutif tout ce qui en dépend »³¹⁹². Les mêmes arguments que ceux qui avaient été mobilisés le 1^{er} juillet sont à nouveau présentés : « Toute affaire d'administration et de police sont [*sic*] du ressort du pouvoir exécutif : c'est usurper ce second pouvoir que d'ériger un tribunal qui en décidera »³¹⁹³, mais ils ne sont plus défendus que par un « petit nombre »³¹⁹⁴.

En dépit de ces oppositions, la motion de Volney est adoptée à une très grande majorité³¹⁹⁵. Le Hodey conclut dans son journal : « C'est ainsi qu'a été établi un nouveau comité qui, par son établissement, prouve le droit incontestable qu'ont les états-généraux en France de prendre part aux affaires de l'administration. »³¹⁹⁶ L'établissement d'un comité de rapports conduit à un contrôle permanent de l'Assemblée sur les actes de l'administration et lui permet de décider ce qu'elle souhaite ou non renvoyer à l'exécutif³¹⁹⁷.

3190 *Le Hodey*, II, p. 205.

3191 *Le Hodey*, II, p. 206.

3192 *Le Hodey*, II, p. 221.

3193 *Le Hodey*, II, p. 219-220.

3194 *Le Hodey*, II, p. 219.

3195 *Le Hodey*, II, p. 221.

3196 *Le Hodey*, II, p. 222.

3197 « L'Assemblée Nationale a arrêté qu'attendu les distractions et les retards qu'apportent aux travaux de l'Assemblée, sur l'important ouvrage de la Constitution, les affaires de détail qui se multiplient chaque jour, il serait établi un Comité de Rapports, auquel seront renvoyés tous les Mémoires, Plaintes et Requêtes, pour y être examinés, et, s'il y a lieu, le rapport en être fait à l'Assemblée générale ; qu'en conséquence le Comité de Rapports serait composé de trente Membres, dont un serait nommé au scrutin par chaque Bureau, et que les Membres de ce Comité seraient renouvelés ou réélus tous les mois, et qu'il ferait ses rapports à l'Assemblée générale, dans des séances extraordinaires, qui seraient convoquées de relevée suivant le besoin et la demande du Comité. » *Baudouin*, I, p. 36-37.

700. Le même jour, l'Assemblée étend également sa compétence en matière judiciaire. De nombreux complots ou soupçons de complots sont portés à sa connaissance. Duport propose alors d'instaurer un comité d'informations chargé d'enquêter sur les divers complots. Là encore les monarchiens invoquent en vain le principe de séparation des pouvoirs³¹⁹⁸. Le Chapelier défend la motion et fait valoir que ce comité d'informations n'aurait pas les compétences d'un tribunal, mais serait cantonné à une fonction d'instruction³¹⁹⁹. Cette intervention permet de faire adopter la motion. Le comité d'informations est donc institué et dispose d'une omniscience pour collecter toute information « sur les autres projets contraires à la sûreté de l'Etat et des Citoyens »³²⁰⁰. Là encore, l'Assemblée se confère une compétence très large et indéfinie en matière d'instruction judiciaire, domaine normalement réservé au pouvoir exécutif.

701. La création de ces comités conduit à une surveillance constante de l'Assemblée sur les actions du Roi et de ses agents. Elle devient l'arbitre entre les agents du Roi et les insurrections populaires. L'arrestation de Bezenval, par les électeurs de Paris, fin juillet, en fournit un exemple. À la suite de cette arrestation, l'Assemblée doit se prononcer sur la détention et la poursuite de cet officier. Les partisans d'un renvoi au pouvoir exécutif invoquent à nouveau le principe de séparation des pouvoirs³²⁰¹, mais la majorité de l'Assemblée semble considérer que le cas de Bezenval relève des crimes dont la poursuite appartient aux représentants de la nation.

L'Assemblée affirme à nouveau la nécessité pour les représentants « de faire juger et punir ceux qui seraient accusés et convaincus d'avoir attenté au salut, à la liberté et au repos publics »³²⁰²

3198« Discours de M. le comte de Virieu

« Il existe trois pouvoirs qui concourent à l'établissement de la société. Le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Dès que ces trois pouvoirs sont réunis dans la main d'un seul, le despotisme existe ; s'il est dans la main d'un tyran, la patrie peut le combattre ; mais s'il est dans la main même de la patrie, alors elle se déchire elle-même, aucune force ne peut la rappeler à l'ordre. [...] il est dangereux de réunir dans nos mains tous les pouvoirs, toute l'autorité. » *Le Hodey*, II, p. 234-236.

3199« Il me semble que jusqu'ici l'on n'a pas saisi le véritable point de la motion ; l'on s'égare, l'on parle de tribunal, de la violation du secret. Ce ne sont pas là les objets qui vous sont proposés. De quoi s'agit-il donc ? de former un comité, pour recevoir les informations sur des personnes suspectes, de tous les citoyens qui, répandus dans toutes les provinces, voudront donner des détails. Ces preuves seront remises ensuite à un tribunal compétent. » *Le Hodey*, II, p. 237.

3200« Arrêté concernant l'établissement d'un Comité d'Informations. 28 Juillet 1789.

« (Sur la proposition qui en a été faite), l'Assemblée Nationale a arrêté qu'il serait nommé sur-le-champ un Comité de personnes chargées d'entendre et de recevoir toutes les informations, avis et renseignements qui pourront leur être donnés, tant sur le complot de Brest et les personnes qui en seront soupçonnées, que sur les autres projets contraires à la sûreté de l'Etat et des Citoyens, pour en rendre compte à l'Assemblée Nationale, et être pris par elle le parti qu'elle jugera convenable ; que ce Comité d'Informations serait composé de douze Membres pris indifféremment sur toute l'Assemblée, sans distinction d'Ordres, ainsi que ceux du Clergé et de la Noblesse en ont témoigné plus particulièrement le désir ; qu'en conséquence le choix se ferait dans la forme observée pour les Secrétaires, et que les Membres du Comité seraient aussi renouvelés ou réélus tous les mois. » *Baudouin*, I, p. 37.

3201« M. de Boufflers a observé que M. de Besenval était retenu par un pouvoir qui n'était ni légal ni judiciaire, que l'assemblée n'était que législative ; que les abus dont on accusait cet officier étaient antérieurs aux arrêtés ; que c'était ici le moment où l'assemblée devait retirer le pouvoir exécutif. » *Le Point du Jour*, I, p. 364.

3202*Baudouin*, I, p. 48.

et « persiste dans ses précédents Arrêtés relatifs à la responsabilité des Ministres et Agents du pouvoir exécutif, à l'établissement et d'un Tribunal qui prononcera, et d'un Comité destiné à recueillir les indications, instructions et renseignements qui pourront lui être envoyés »³²⁰³. L'Assemblée se réserve donc la compétence de poursuivre ces crimes publics, tout en réaffirmant l'impossibilité pour les électeurs de Paris de juger et de condamner eux-mêmes les personnes qu'ils considèrent comme suspects.

702. Au cours du mois d'août, l'Assemblée conserve cette conception relativement interventionniste de sa fonction, spécialement s'agissant de la poursuite des crimes contre la nation, mais également des crimes contre l'Assemblée.

Le 10 août, à la suite des agitations que connaissent les provinces, l'Assemblée prend un nouvel arrêté « pour le rétablissement de la tranquillité publique ». Dans cet arrêté, elle autorise finalement les municipalités à se défendre par elles-mêmes et à solliciter l'assistance de troupes militaires³²⁰⁴. Elle impute ces troubles aux « ennemis de la Nation »³²⁰⁵. Si l'arrêté prévoit théoriquement un renvoi aux tribunaux pour juger les auteurs des crimes, il précise « qu'il sera sursis au jugement et à l'exécution à l'égard de ceux qui seront prévenus d'être les auteurs de fausses alarmes, et les instigateurs des pillages et violences soit sur les biens, soit sur les personnes »³²⁰⁶, se réservant là encore la poursuite de ces crimes³²⁰⁷.

Le 13 août, l'Assemblée est à nouveau saisie d'une affaire ayant trait à l'exercice du pouvoir judiciaire. Le Parlement de Rouen avait décrété l'ajournement du procureur du Roi de Falaise en raison de sa participation à la rédaction de certains articles du cahier de son bailliage³²⁰⁸. Dans cette affaire, il pouvait s'agir d'une « entreprise du pouvoir judiciaire sur la puissance législative ; car attaquer les procédés des assemblées élémentaires, compromettre la liberté de leurs opérations, c'est violer la liberté nationale. »³²⁰⁹ L'argument est encore celui d'une forme d'exception justifiant que

3203 *Baudouin*, I, p. 48.

3204 « L'Assemblée Nationale, [...] Arrête et décrète, [...] Que toutes les Municipalités du Royaume, tant dans les Villes que dans les Campagnes, veilleront au maintien de la tranquillité publique ; et que, sur leur simple réquisition, les Milices Nationales, ainsi que les Maréchaussées, seront assistées des Troupes, à l'effet de poursuivre et d'arrêter les perturbateurs du repos public, de quelque état qu'ils puissent être » *Baudouin*, I, p. 55-56.

3205 « Les ennemis de la Nation ayant perdu l'espoir d'empêcher par la violence du despotisme la régénération publique et l'établissement de la liberté, paraissent avoir conçu le projet criminel de ramener au même but par la voie du désordre et de l'anarchie » *Baudouin*, I, p. 55-56.

3206 *Baudouin*, I, p. 55-56.

3207 « Copies des informations, des interrogatoires et autres procédures seront successivement adressées à l'Assemblée Nationale, afin que, sur l'examen et la comparaison des preuves rassemblées des différents lieux du Royaume, elle puisse remonter à la source des désordres, et pourvoir à ce que les chefs de ces complots soient soumis à des peines exemplaires qui répriment efficacement de pareils attentats » *Baudouin*, I, p. 57.

3208 *PV n° 49*, p. 5 ; *Le Point du Jour*, II, p. 126.

3209 *Le Point du Jour*, II, p. 126.

l'Assemblée endosse un rôle autre que celui de législative³²¹⁰. Cette affaire touche l'Assemblée et ne peut donc être renvoyée à l'exécutif. Un membre estime « L'Assemblée doit un grand exemple de sévérité dans cette circonstance ; elle ne doit point renvoyer cette affaire au pouvoir exécutif, mais en connaître »³²¹¹. L'argument présenté par certains d'après lequel « l'assemblée n'était pas un tribunal, mais qu'elle en pouvait créer un ; qu'elle ne pouvait juger par elle-même, mais qu'elle pouvait dénoncer les coupables »³²¹² ne semble pas avoir pesé suffisamment. L'Assemblée décide de demander la communication des pièces relatives à ce décret au Garde des sceaux. L'affaire revient devant l'Assemblée le 22 et 23 août. Certains membres réclament à nouveau le renvoi au pouvoir exécutif. L'abbé Maury déclare par exemple « qu'il ne connaissait pas de plus monstrueux despotisme que la confusion du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif »³²¹³. La discussion fut agitée³²¹⁴, mais l'Assemblée s'estima finalement compétente pour trancher cette affaire en considérant qu'il s'agissait d'une exception au principe de séparation des pouvoirs³²¹⁵. Elle déclare finalement « la procédure instruite par le Parlement de Rouen contre le Procureur du Roi de Falaise, nulle et attentatoire à la Liberté Nationale » après avoir rappelé « qu'aucun Citoyen ne peut être inquiété à raison des opinions ou projets par lui présentés, des abus par lui dénoncés, soit dans les Assemblées élémentaires, soit dans son sein »³²¹⁶. La situation considérée comme exceptionnelle par l'Assemblée justifiait l'exception au principe de distinction des pouvoirs législatif et exécutif.

Avec l'instauration de ces différents comités, l'Assemblée se fait juge des limites de sa compétence. Si elle considère qu'une affaire est en lien avec des crimes de lèse-nation, elle se déclare compétente, sinon elle renvoie ces affaires au pouvoir exécutif sur le rapport du comité de rapports. Elle reste seule juge des affaires qu'elle décide de renvoyer ou non. Néanmoins, elle reconnaît la distinction des pouvoirs législatif et exécutif même si elle décide d'y faire exception, puisque faire exception à un principe, c'est implicitement reconnaître son existence.

3210« [Garat] Tout tribunal est vengeur de l'atteinte que l'on porte à la juridiction : c'est d'après ce principe que l'assemblée nationale doit s'occuper d'opposer son autorité à celle du parlement de Rouen, et de réprimer un attentat à la liberté de ses assesseurs élémentaires.

« M. de Mortemar a objecté à M. Garat que l'assemblée nationale n'est qu'un corps législatif.

« Cette réflexion a été rejetée par le préopinant, qui a opposé que c'était ici un cas d'exception. » *Le Hodey*, II, p. 524.

3211*Le Point du Jour*, II, p. 126.

3212*Le Hodey*, II, p. 524.

3213*Le Hodey*, III, p. 87.

3214*Le Hodey*, III, p. 87.

3215« Quelques-uns prétendaient que l'assemblée ne pouvait pas exercer le pouvoir judiciaire ; comme si une assemblée, source tous les pouvoirs, ne pouvait reprendre l'exercice quand il s'agissait de maintenir le sien. La puissance législative serait en effet illusoire si elle n'avait la force nécessaire pour se maintenir contre les divers obstacles qui pourraient lui être opposés, soit en gênant la liberté des assemblées élémentaires, soit autrement. » *Le Point du Jour*, II, p. 198.

3216*Baudouin*, I, p. 70.

5. La remise en cause progressive de l'autonomie royale

703. L'Assemblée reconnaît en principe la distinction des pouvoirs législatif et exécutif et s'estime théoriquement incompétente pour connaître d'affaire relevant de ce dernier. Néanmoins, elle admet de nombreuses exceptions à ce principe. Ces exceptions sont parfois justifiées par les circonstances particulières dans lesquelles se trouvent le pays : une situation insurrectionnelle, dans laquelle les organes chargés du maintien de l'ordre et de la fonction juridictionnelle sont considérés comme illégitimes. L'Assemblée aurait donc le devoir d'intervenir pour rétablir l'ordre en attendant l'instauration d'institutions pérennes. Les exceptions sont également justifiées par la nature des crimes et délits qui sont présentés à l'Assemblée, qu'il s'agisse de poursuivre des agents du pouvoir exécutif ayant commis des crimes de lèse-nation ou d'annuler leurs actes contraires aux intérêts de la nation ou entravant les opérations de l'Assemblée.

D'une manière générale, l'Assemblée est divisée. D'une part, les modérés, favorables au respect des prérogatives royales, invitent le plus souvent à l'Assemblée à se déclarer incompétente et à formuler des souhaits auprès du Roi. De l'autre, les patriotes radicaux souhaitent éviter que l'action de l'Assemblée puisse être entravée et justifient leur interventionnisme par leurs fonctions de représentants du peuple et en raison de la situation exceptionnelle dans laquelle se trouverait la France.

Au fur et à mesure que la situation politique se tend, les modérés perdent du terrain et les patriotes radicaux parviennent à faire prévaloir leur point de vue sur l'encadrement du pouvoir exécutif, qu'il s'agisse de la responsabilité, du contrôle sur l'armée, de la nomination aux places et emplois publics, de l'organisation du pouvoir judiciaire ou encore de la police et de l'administration. La nation, et l'Assemblée en son nom, étend progressivement son contrôle sur tous les champs de compétence du Roi.

Le débat sur la séparation des pouvoirs exécutif et législatif, et l'invocation de ce principe par les patriotes modérés, dissimulait la question plus générale de la souveraineté et des prérogatives royales. Il était stratégiquement plus payant pour les monarchiens d'invoquer la séparation des pouvoirs, plutôt que le Roi et ses prérogatives. Néanmoins, ce débat sur la séparation des pouvoirs est toujours un débat sur le Roi et sa place dans les futures institutions. Doit-il être placé sous la tutelle et la surveillance de la nation souveraine ? Ou doit-il conserver une autonomie relative qui tient à son statut de co-souverain ?

704. La victoire des radicaux sur les modérés est progressive et commence dès l'été 1789. Elle se poursuit dans les mois qui suivent.

Le 4 octobre, le Roi accorde son « accession »³²¹⁷ à la déclaration et aux dix-neuf premiers articles de la constitution, « mais à une condition positive, et dont je ne me départirai jamais, c'est que, par le résultat général de vos délibérations, le pouvoir exécutif ait son entier effet entre les mains du Monarque »³²¹⁸. Contraint par les journées d'octobre, il finissait par accepter « purement et simplement les Articles de Constitution et la Déclaration des droits de l'Homme que l'Assemblée Nationale m'a présentés »³²¹⁹.

Le Roi dans son testament politique adressé aux français à l'occasion de sa fuite à Varennes fit le constat de cette dépossession de son pouvoir. Il déclare nuls les actes faits par lui depuis le mois d'octobre 1789 et considère que cette privation de pouvoir le plaçait en captivité :

« Ces troupes sont entièrement sous les ordres de la Municipalité de Paris, dont le Commandant-général relève ; le Roi, gardé ainsi, s'est vu par-là prisonnier dans ses propres États ; car comment peut-on appeler autrement l'état d'un Roi qui ne commande que pour les choses de parade à sa garde, qui ne nomme à aucune des places, et qui est obligé de se voir entouré de plusieurs personnes dont il connaît les mauvaises intentions pour lui et sa famille. »³²²⁰

Dans cette lettre, il dénonce la dépossession de son pouvoir « Que reste-t-il au Roi, autre chose que le vain simulacre de la royauté ? »³²²¹ et énumère « les diverses parties du gouvernement » et le peu d'influence qu'il lui reste dans ces matières. En matière de justice, il déplore la privation de son pouvoir de nomination et du droit de grâce³²²². En matière d'administration intérieure, il souligne que l'administration est laissée aux mains d'Assemblées élues sur lesquelles il n'a pas de

3217Ce terme de droit public désignait le « consentement par lequel on entre dans un engagement déjà contracté par d'autres Puissances » (*Dictionnaire de l'Académie française*, 4^{ème} éd., 1762). Louis XVI, par l'emploi de ce mot dénotait le caractère imposé du texte qu'il sanctionnait.

3218*Extrait des procès-verbaux de l'Assemblée nationale des 20, 21, 22, 23, 24 et 26 août et 1er Octobre, acceptés par le Roi le 5 octobre*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-241, p. 7.

3219*Ibid.*, p. 8.

3220*Déclaration du Roi, adressée à tous les Français, à sa sortie de Paris [20 juin 1791]*, Paris, Baudouin, BN NUMM-9751544, p. 4.

3221*Ibid.*, p. 6.

3222« *la Justice*. Le roi n'a aucune participation à la confection des lois ; il a le simple droit d'empêcher jusqu'à la troisième législature sur les objets qui ne sont pas réputés constitutionnels, et celui de prier l'Assemblée Nationale de s'occuper de tels ou tels objets, sans avoir le droit d'en faire la proposition formelle. La justice se rend au nom du roi, les provisions des juges sont expédiées par lui ; mais ce n'est qu'une affaire de forme, et le roi a seulement la nomination des commissaires du roi, places nouvellement créées, qui n'ont qu'une partie des attributions des anciens procureurs-généraux, et sont seulement destinés à faire maintenir l'exécution des formes : toute la partie publique est dévolue à un autre officier de justice. Ces commissaires sont à vie et non révocables, pendant que l'exercice de celles de juges ne doit durer que six années. Un des derniers décrets de l'Assemblée vient de priver le roi d'une des plus belles prérogatives attachées partout à la royauté : celle de faire grâce et de commuer les peines. Quelque parfaites que soient les lois, il est impossible qu'elles prévoient tous les cas ; et ce sera alors les jurés qui auront véritablement le droit de faire grâce, en appliquant suivant leur volonté le sens de la loi, quoique les apparences paraissent contraires. Combien d'ailleurs cette disposition ne diminue-t-elle pas la majesté royale aux yeux des peuples, étant accoutumés depuis si longtemps à recourir au roi dans leurs besoins et dans leurs peines, et à voir en lui le père commun qui pouvait soulager leurs afflictions ! » *Ibid.*, p. 7-8.

pouvoir³²²³. Il dénonce également le contrôle exercé sur le pouvoir militaire³²²⁴, les finances³²²⁵ et les affaires étrangères³²²⁶, ainsi que le rôle des comités³²²⁷. Le Roi reprend, au cours de cette dénonciation les termes de l'Assemblée et les patriotes dénonçant un despotisme et une confusion des pouvoirs.

Le pouvoir exécutif est, à certains égards, une coquille vide et le roi n'a plus que l'apparence du pouvoir, dans tous les départements il est contrôlé, surveillé ou limité par les décisions d'Assemblées élues. Ce processus illustre l'échec des monarchiens, mais il est antérieur à leur

3223« *L'Administration intérieure*. Elle est toute entière dans les mains des départements, des districts et des Municipalités, ressorts trop multipliés, qui nuisent au mouvement de la machine, et souvent peuvent se croiser. Tous ces corps sont élus par le peuple et ne ressortissent du gouvernement, d'après les décrets, que pour leur exécution ou pour ceux des ordres particuliers qui en sont la suite. Ils n'ont, d'un côté aucune grâce à attendre du gouvernement, et de l'autre les manières de punir ou de réprimer leurs fautes, comme elles sont établies par les décrets, ont des formes si compliquées, qu'il faudrait des cas bien extraordinaires pour pouvoir s'en servir ; ce qui réduit à bien peu de chose la surveillance que les ministres doivent avoir sur eux. » *Ibid.*, p. 8-9.

3224« La disposition des forces militaires est, par les décrets, dans la main du Roi. Il a été déclaré chef suprême de l'armée et de la marine. Mais tout le travail de formation de ces deux armées a été fait par les comités de l'Assemblée, sans la participation du Roi ; tout, jusqu'au moindre règlement de discipline, a été fait par eux ; et s'il reste au Roi le tiers ou le quart des nominations suivant les occasions, ce droit devient à peu près illusoire par les obstacles et les contrariétés sans nombre que chacun se permet contre les choix du Roi. [...] Les clubs et les corps administratifs se mêlent des détails intérieurs des troupes, qui doivent être absolument étrangers, même à ces derniers, qui n'ont que le droit de requérir la force publique lorsqu'ils pensent qu'il y a lieu à l'employer : ils se sont servis de ce droit, quelquefois même pour contrarier les dispositions du Gouvernement sur la distribution des Troupes ; de manière qu'il est arrivé plusieurs fois qu'elles ne se trouvaient pas où elles devaient être. Ce n'est qu'aux clubs que l'on doit attribuer l'esprit de révolte contre les officiers et la discipline militaire, qui se répand dans beaucoup de régiments, et qui, si on n'y met ordre efficacement, sera la destruction de l'armée. » *Ibid.*, p. 9-10.

3225« *Finances*. Le roi avait déclaré, bien avant la convocation des états-généraux, qu'il reconnaissait dans les assemblées de la Nation le droit d'accorder des subsides, et qu'il ne voulait plus imposer les peuples sans leur consentement. Tous les cahiers des députés aux états-généraux s'étaient accordés à mettre le rétablissement des finances au premier rang des objets dont cette Assemblée devait s'occuper : quelques-uns y avaient mis des restrictions pour des articles à faire décider préalablement. Le roi a levé les difficultés que ces restrictions auraient pu occasionner, en allant au devant lui-même, et accordant, dans la séance du 23 juin, tout ce qui avait été désiré. Le 4 février 1790, le roi a prié lui-même l'Assemblée de s'occuper efficacement d'un objet si important : elle ne s'en est occupée que tard, et d'une manière qui peut paraître imparfaite. [...]

« Le roi, qui le premier n'avait pas craint de rendre public les comptes de son administration des finances, et qui avait montré la volonté que les comptes publics fussent établis comme une règle du gouvernement, a été rendu, si cela est possible, encore plus étranger à ce département qu'aux autres [...] Le règlement des fonds, le recouvrement des impositions, la répartition entre les départements, les récompenses pour les services rendus ; tout a été ôté à l'inspection du roi : il ne lui reste que la distribution de quelques serviles nominations, et pas même la distribution de quelques gratifications pour secourir les indigents. » *Ibid.*, p. 12-14.

3226« *Affaires étrangères*. La nomination aux places de ministres dans les cours étrangères a été réservée au roi, ainsi que la conduite des négociations ; mais la liberté du roi pour ce choix est tout aussi nulle que pour ceux des officiers de l'armée ; on en a vu l'exemple à la dernière nomination. La révision et la confirmation des traités, que s'est réservées l'Assemblée nationale, et la nomination d'un comité diplomatique détruisent absolument la seconde disposition. Le droit de faire la guerre ne serait qu'un droit illusoire, parce qu'il faudrait être insensé pour qu'un roi, qui n'est ni ne veut être despote, allât, de but en blanc, attaquer un autre royaume, lorsque le vœu de sa Nation s'y opposerait, et qu'elle n'accorderait aucun subside pour la soutenir. Mais le droit de faire la paix est d'un tout autre genre. Le roi, qui ne fait qu'un avec toute la Nation, qui ne peut avoir d'autre intérêt que le sien, connaît ses droits, connaît ses besoins et ses ressources, et ne craint pas alors de prendre les engagements qui lui paraissent propres à assurer son bonheur et sa tranquillité ; mais quand il faudra que les conventions subissent la révision et la confirmation de l'Assemblée nationale, aucune puissance ne voudra prendre des engagements qui peuvent être rompus par d'autres que ceux avec qui elle contracte ; et alors tous les pouvoirs se concentrent dans cette Assemblée : d'ailleurs, quelque franchise qu'on mette dans les négociations, est-il possible d'en confier le secret à une Assemblée dont les délibérations sont nécessairement publiques ? » *Ibid.*, p. 11-12.

3227« L'Assemblée, par le moyen de ses comités, excède à tout moment les bornes qu'elle s'est prescrite ; elle

défaite formelle puisque dès l'été 1789 la dualité dans la conception de la séparation des pouvoirs s'exprime dans l'Assemblée. La conception des patriotes radicaux vise à privilégier la souveraineté de la nation par rapport à l'objectif d'équilibre des institutions, alors que les monarchiens veulent rechercher un fonctionnement du pouvoir reposant sur la modération et préservant les prérogatives royales, quitte à sacrifier une part de la souveraineté de la nation. Cette idée s'exprime tant à propos de leur conception du pouvoir exécutif, que concernant l'exercice de la fonction législative.

C. Les divergences sur le monopole de la fonction législative par l'Assemblée

La définition de la fonction législative ne fait pas non plus l'objet d'un consensus au sein des patriotes. Les monarchiens estiment que la sanction est une prérogative royale ; les lois ne pourraient pas être adoptées sans son accord. Les patriotes radicaux estiment à l'inverse que la fonction législative doit être monopolisée par la nation. Ces divergences de conception s'expriment dans leurs débats sur la nécessité de demander la sanction royale pour les actes pris par l'Assemblée (1) et dans leurs déclarations des droits. Dans ces dernières, les désaccords entre les patriotes s'illustrent dans les définitions de l'expression de la volonté générale (2). Ces divergences des patriotes sur le monopole de la fonction législative de l'Assemblée révèlent des tensions plus profondes en leur sein sur la fonction de la constitution, et de la séparation des pouvoirs, s'agit-il d'assurer la souveraineté de la nation ou l'équilibre des institutions, qui préserve le Roi et ses fonctions (3).

1. La tentative monarchienne de défendre la sanction royale

705. À propos de la sanction, comme à propos des autres prérogatives royales, les monarchiens tentent de mettre en avant la volonté des cahiers. Le rapport de Clermont-Tonnerre au nom du comité de constitution souligne :

« Le plus grand nombre des cahiers reconnaît la nécessité de la sanction royale pour la promulgation des Lois.

« Quant au pouvoir législatif, la pluralité des cahiers le reconnaît comme résidant dans la Représentation Nationale, sous la clause de la sanction royale ; et il paraît que cette maxime ancienne des capitulaires *lex fit consensu populi et Constitutione Regis*, est presque généralement consacrée par vos Commettants. »³²²⁸

Cet usage de l'édit de Pistres, notamment généralisé par les parlements³²²⁹, semble avoir été

s'occupe d'affaires qui tiennent uniquement à l'administration intérieure du royaume, et à celle de la justice, et cumule ainsi tous les pouvoirs ; elle exerce même par son comité des Recherches un véritable despotisme plus barbare et plus insupportable qu'aucun de ceux dont l'histoire ait jamais fait mention. » *Ibid.*, p. 16.

³²²⁸CLERMONT-TONNERRE, *Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet*, éd. cit., p. 5.

³²²⁹François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme...*, p. 448 ; voir aussi Roger BICKART, *Op. cit.*, p. 77-82 ; Élie CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIIIe siècle*, éd. cit.

largement repris à la veille de la Révolution pour justifier la participation de la nation à l'élaboration de la loi.

Mounier présente l'idée d'un partage de la fonction législative entre le Roi et les représentants de la nation dans son projet des premiers articles de la constitution. Il précise « Le Pouvoir législatif doit être exercé par l'Assemblée des Représentants de la Nation, conjointement avec le Monarque dont la sanction est nécessaire pour rétablissement des Lois. »³²³⁰ et « Le Roi [...] est une portion intégrante du Corps législatif. »³²³¹ Dans ses *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*³²³², il estime que la question de la sanction royale « est déjà décidée par les cahiers » et que ce serait « contredire le vœu de la nation » de ne pas l'accorder³²³³. Cet argument de l'autorité des cahiers avait toutefois peu de chance de prospérer.

Les monarchiens tentent de présenter ce principe comme consensuel, mais il fait rapidement l'objet de contestation. Le 20 juillet, lorsque Lally-Tolendal propose de soumettre au consentement du Roi une proclamation des députés, l'un d'entre eux affirme « qu'on ne devait demander la sanction du roi, pour aucun règlement »³²³⁴. Lally-Tolendal est contraint de se défendre en déclarant : « ce n'est qu'un consentement du Roi que j'ai demandé, la question de la sanction demeure intacte »³²³⁵.

2. Les diverses définitions de l'expression de la volonté générale

706. Plusieurs projets de déclaration et de constitution présentés par les modérés prévoient expressément la sanction royale. Le projet de Bouche précise que les lois faites par la nation doivent être sanctionnées par le roi³²³⁶. L'affirmation d'une séparation des pouvoirs et d'une attribution du pouvoir législatif à la nation et du pouvoir exécutif au roi n'empêche donc pas la reconnaissance simultanée de la sanction royale³²³⁷. Le projet de Malouet prévoit également la sanction du roi³²³⁸.

3230 Art. 2. Principes du Gouvernement Français, MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit., p. 6.

3231 Art. 14. Principes du Gouvernement Français, *Ibid.*

3232 éd. cit.

3233 MOUNIER, *Considérations...*, p. 23.

3234 *Le Point du Jour*, I, p. 247.

3235 *Le Point du Jour*, I, p. 247.

3236 « Art. 21. Ces lois ne peuvent être faites que par la Nation assemblée par ses Représentants. Elle s'est donnée librement au Monarque, elle peut et pourra toujours se donner des Lois, ou changer et modifier celles qu'elle se sera données.

« Art. 22. Le Monarque les sanctionne, et, dès ce moment, elles obligent tous les Individus de l'État. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux*, éd. cit., p. 8.

3237 « Art. 23. C'est dire entre d'autres termes, que la Nation seule a la puissance législative, et que le Monarque a la puissance exécutive.

« Art. 24. Ce double droit résidait originairement dans les mains de la Nation ; Elle a gardé le premier ; Elle a fait le dépôt du second dans les mains du Monarque. » BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution Française dans ses Objets fondamentaux*, éd. cit., p. 9.

3238 « Que la Nation a seule le droit, et confère à des Représentants l'exercice du pouvoir législatif, conjointement avec le Roi. » MALOUEU, *Projet de constitution*, éd. cit.

La divergence d'opinions entre les monarchiens et les patriotes radicaux est néanmoins exprimée de manière plus subtile dans les déclarations, particulièrement s'agissant de la définition à donner à la notion de volonté générale.

La déclaration de Sieyes prévoit : « La loi ne peut être que l'expression de la volonté générale. Chez un grand peuple, *elle doit être l'ouvrage d'un corps de représentants* choisis pour un temps court, médiatement ou immédiatement, par tous les citoyens qui ont à la chose publique intérêt avec capacité. »³²³⁹ Pour Sieyes, la loi doit clairement être l'ouvrage de la nation, et seulement de la nation. En miroir, la déclaration de Mounier exprime un principe différent : « Les Lois ne peuvent être établies *sans le consentement des Citoyens ou de leurs Représentants librement élus* ; et *c'est dans ce sens que la Loi doit être l'expression de la volonté générale.* »³²⁴⁰ Mounier redéfinit ici la notion de volonté générale comme une participation des citoyens à l'élaboration de la loi, réduite même à un consentement, et non un monopole pour l'élaboration et l'adoption de la loi.

Si les déclarations contiennent toutes ou presque un article sur le droit de la nation de participer à l'élaboration de la loi, elles se distinguent les unes des autres entre celles qui prévoient un monopole de la fonction législative par la nation³²⁴¹, comme celle de Sieyes, et celles qui lui confèrent simplement un droit de participation ou de consentement³²⁴², comme celle de Mounier. La déclaration du sixième bureau prévoit par exemple un simple droit des citoyens de coopérer à la formation de la loi³²⁴³. Il en va de même de la déclaration du comité des cinq qui prévoit : « une Nation ne doit donc reconnaître d'autres lois que celles qui ont été expressément approuvées et consenties par elle-même ou par ses Représentants »³²⁴⁴.

3. Une séparation des pouvoirs, pour assurer la souveraineté de la nation ou l'équilibre des institutions ?

707. Les monarchiens, favorables à la reconnaissance de prérogatives royales, estiment que le

3239 Nous soulignons. Art. XXVI. SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 31.

3240 Nous soulignons. Art. 6. MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3241 « 53. Le pouvoir de faire les Lois, de les abroger, de les réformer, d'en suspendre l'exécution, *ne peut être exercé que par la puissance législative constituée par la Nation* : la puissance législative a droit de s'assembler d'elle-même annuellement, ou à des époques plus rapprochées qui seront fixées par la Constitution. » Nous soulignons. BOISLANDRY, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits*, éd. cit.

« Art. II. A la Nation seul appartient le droit de faire des Lois qui obligent tous les Citoyens. / Art. III. Le Pouvoir Législatif ne peut donc être exercé que par elle ou par ses Représentants. » DUPORT, *Maximes générales du gouvernement*, éd. cit.

3242 « Art. 8. [droit] La Loi étant l'expression de la volonté générale, tout Citoyen a droit de coopérer à sa formation, soit par lui-même, soit par des Représentants librement élus. » SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

3243 « Art. XII. La Loi étant l'expression de la volonté générale, tout Citoyen doit avoir coopéré immédiatement à la formation de la Loi. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3244 Art. 4. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

Roi a un droit de veto que l'Assemblée doit lui reconnaître. À l'inverse, les patriotes radicaux considèrent que la fonction législative doit être monopolisée par les représentants élus de la nation. L'opposition entre les monarchiens et les patriotes radicaux peut être présentée comme une différence de priorités.

La priorité des monarchiens est la stabilité des institutions et la préservation de la souveraineté relative du roi. Cette idée se trouve exprimée dans le rapport de Champion de Cicé, qui estime que le *veto* et l'existence d'une seconde chambre sont nécessaires à la stabilité du régime³²⁴⁵. Mounier la présente également de manière détaillée dans ses *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*. Il y désigne le nouvel ennemi des patriotes modérés : le « despotisme populaire »³²⁴⁶ ou « despotisme de la multitude »³²⁴⁷. Il dénonce ainsi les pressions exercées par cette multitude, par l'opinion publique, sur la prise de décisions politiques³²⁴⁸.

La constitution doit donc non seulement préserver contre le despotisme d'un seul, mais elle doit surtout prémunir contre celui de la multitude³²⁴⁹. Il souligne également la nécessité de protéger le Roi des entreprises du corps législatif³²⁵⁰. Il estime la sanction royale nécessaire pour éviter que le corps législatif ne prive le Roi de ses prérogatives et qu'elle ne devienne elle-même arbitraire³²⁵¹. La

3245« L'intervention du Roi dans la législation serait vaine, illusoire et sans force contre la masse irrésistible des volontés nationales portées par une seule Chambre ; que devant tendre surtout à fonder une Constitution solide et durable, nous devons nous garder de tout système qui, en réservant toute la réalité de l'influence au corps législatif, intéresserait le monarque à saisir les occasions de la modifier, et exposerait l'Empire à de nouvelles convulsions. » Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, annexé au *PV n° 33*, p. 10.

3246*Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*, éd. cit., p. 7.

3247*Ibid.*, p. 6.

3248« C'est que peu d'hommes ont le courage de lui résister. Rien n'est plus fréquent que de rencontrer des gens d'honneur qui s'empressent de lutter contre l'autorité arbitraire d'un seul ; mais devant la force de la multitude, tout cède à l'instant, on obéit sans rougir ; et comme elle distribue elle-même la gloire, puisqu'elle forme l'opinion publique, il faut avoir le plus sublime courage pour ne pas flatter toutes ses passions ; il faut savoir dédaigner la gloire, et même braver la honte. » *Ibid.*, p. 6.

3249« Le despotisme d'un seul est ordinairement tempéré par le sentiment de sa faiblesse, et par la crainte de trop irriter ses Sujets ; mais quelle digue opposer au pouvoir arbitraire de la multitude ? » *Ibid.*, p. 5.

« La licence ou l'anarchie est donc la plus cruelle ennemie de la liberté. La licence n'est autre chose que le pouvoir arbitraire, c'est la faculté de pouvoir nuire impunément ; et dans ce sens, le despotisme d'un monarque absolu, n'est que la licence d'un seul, comme l'anarchie est la licence de la multitude. » *Ibid.*, p. 7.

3250« La Constitution doit, en organisant le pouvoir législatif, l'environner de tous les obstacles nécessaires, pour qu'il ne porte jamais atteinte au pouvoir exécutif ou qu'il ne puisse pas s'en emparer. / On dira peut-être, quand on aura lu mes réflexions sur ce sujet, que je parle avec prolixité des précautions à prendre pour garantir l'autorité du Roi des entreprises du Corps législatif, tandis que je ne donne aucun développement aux moyens d'arrêter les entreprises de l'autorité royale : mais la raison de cette différence est facile à comprendre. Dès qu'un peuple est éclairé sur ses droits, dès qu'il a recouvré sa liberté, il ne saurait la perdre que par le mauvais usage qu'il peut en faire : mais quand il importe à la conservation de cette même liberté, de placer une grande puissance dans les mains d'un seul homme, il faut bien plus de combinaisons pour la défendre de toute usurpation, et pour l'investir d'une force réelle, qu'il n'en faut pour l'empêcher d'asservir le Peuple. Nul n'est plus pénétré que moi de la nécessité de retenir l'autorité royale dans de justes limites : mais les moyens me paraissent trouvés, ils sont dans la bouche de tout le monde. », *Ibid.*, p. 21.

3251« Donner aux représentants de la Nation la faculté de faire seuls toutes les lois, serait soumettre à leur volonté les prérogatives de la Couronne. [...] elle finirait bientôt par oublier qu'il existe un Monarque : n'étant retenue par

préservation des prérogatives royales est présentée comme nécessaire à la pérennité du régime³²⁵². Les constituants doivent se prémunir contre le danger que représenterait une « aristocratie de Représentants »³²⁵³ en instituant un droit de *veto* royal et une seconde chambre qui serve qui protège le Roi de l'Assemblée des représentants. Ce Sénat serait en charge « de maintenir la Constitution, de ne pas souffrir qu'il y fût fait le moindre changement, si ce n'est par les formes qu'elle aurait déterminées, et de défendre les prérogatives de la Couronne »³²⁵⁴.

La nécessité d'« assurer dans les mains du Roi la conservation est l'indépendance du pouvoir exécutif » au moyen des prérogatives royales est justifiée par la volonté d'assurer un régime stable évitant les réunions des pouvoirs dans les mains de l'Assemblée et de se prémunir contre le despotisme de la multitude. Ces nouvelles préoccupations, mises en avant par les monarchiens, conduisent à rechercher la limitation des pouvoirs de l'Assemblée et à réduire l'influence du peuple sur l'exercice du pouvoir.

708. À l'inverse, les patriotes radicaux souhaitent renforcer les pouvoirs des représentants de la nation et leur contrôle sur l'exécutif. Ils souhaitent mettre le Roi sous tutelle et faire participer des élus aux processus relevant du pouvoir exécutif. Ils ne souhaitent pas se contenter d'un contrôle *a posteriori* des agents de l'exécutif, mais souhaitent instituer un contrôle constant et *a priori* des actes du roi et des agents de l'exécutif.

Leur priorité est la souveraineté de la nation, et le Roi n'est qu'un outil permettant d'exécuter les volontés de cette dernière. Il n'a pas de droit, mais des devoirs. Il n'a pas de prérogatives, mais des compétences strictement délimitées que la nation constituante peut toujours lui retirer.

709. Le débat sur la séparation des pouvoirs n'est donc pas simplement un choix entre une balance des pouvoirs et une hiérarchie des fonctions, mais touche directement à la question de la place à réserver au Roi dans les futures institutions. Il s'agit de savoir si les constituants instaurent une monarchie constitutionnelle, où le Roi dispose de prérogatives et d'une souveraineté relative,

aucun frein, elle prendrait sa volonté pour unique règle, et alors elle établirait des lois pour les personnes, pour les circonstances, pour des actions antérieures. » *Ibid.*, p. 24.

3252« C'est donc un des principes les plus sacrés de la monarchie, que le Roi est portion intégrante du Corps législatif, et que, pour conserver l'indépendance de la Couronne, pour garantir la liberté du Peuple des entreprises qui pourraient être faites dans la suite par ses Représentants, pour la dignité du Trône, pour le bonheur public, il a le droit de rejeter une Loi par un veto, ou de l'approuver par sa sanction, sans être forcé de donner les motifs de son refus ; car, s'il était obligé de les faire connaître aux Représentants, ceux-ci pourraient se croire en droit de les juger, et conséquemment de ne point y avoir égard. » *Ibid.*, p. 28.

3253*Ibid.*, p. 35.

3254*Ibid.*, p. 41.

ou une monarchie républicaine, où le Roi est le commis de la nation³²⁵⁵.

710. La séparation des pouvoirs est une notion qui ne revêt pas la même signification pour l'ensemble des patriotes. Les modérés l'emploient pour défendre les prérogatives royales des entreprises de l'Assemblée. Les radicaux l'utilisent pour priver le roi d'un droit de *veto* et le soumettre à la loi au moyen d'un contrôle de son action par les représentants de la nation.

Ils s'accordent néanmoins sur plusieurs points. Ils ont d'abord en commun la distinction des fonctions de gouvernement et de législation. La fonction de gouvernement, détenue par le Roi, est restreinte par rapport à la conception traditionnelle du gouvernement monarchique puisque ce dernier est privé du monopole de l'exercice de la fonction législative. En parallèle, les patriotes estiment que la nation doit participer à la fonction législative. Ensuite, les patriotes s'accordent sur le principe de légalité, en vertu duquel seule la loi peut énoncer des normes. En conséquence, l'ensemble des actes des agents publics, y compris ceux du roi, doivent être conformes à la loi et participer à son exécution et les agents publics sont responsables s'ils ne respectent pas la loi. Enfin, les patriotes s'accordent sur l'absence d'autonomie de la fonction judiciaire. Il n'y a donc pas trois, mais deux pouvoirs dans leur conception de la séparation des pouvoirs.

La notion de séparation des pouvoirs n'est donc pas un principe purement négatif, mais dispose bien d'un contenu conceptuel, ayant des éléments consensuels, au sein des patriotes.

711. Les notions de société, de garantie des droits, de séparation des pouvoirs et de constitution, contenues dans l'article 16, sont centrales dans le débat sur la déclaration et la constitution. Elles sont interdépendantes et débattues chez les patriotes. S'ils admettent que la société est composée d'individus naissant libres et égaux, ils ne s'accordent pas sur l'origine contractuelle de cette société. S'ils considèrent comme cardinale la garantie des droits et la nécessité de les consacrer, ils divergent sur les modalités de consécration juridique de ces droits. S'ils considèrent que la séparation des pouvoirs est indispensable, ils ne s'accordent pas pleinement sur le contenu de cette notion. S'ils veulent faire une constitution, ils n'en ont pas la même définition et n'ont pas la même conception de la souveraineté constituante de la nation.

Les principales tensions entre les patriotes s'expliquent par leurs divergences dans la conception de la place du Roi et de son statut. Les monarchiens veulent lui reconnaître une souveraineté relative tandis que les patriotes radicaux veulent le soumettre entièrement à la souveraineté de la nation. Ces derniers remportent les premières victoires avant l'adoption de la déclaration. Ils obtiennent une déclaration séparée, qui s'impose aux constituants comme aux

³²⁵⁵Sur cette notion voir François FURET, Ran HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, éd. cit.

pouvoirs publics, ainsi que l'affaiblissement du pouvoir royal dans ses différentes branches.

Les patriotes s'accordent néanmoins sur la volonté de donner une définition normative de la constitution. Le débat sur le pouvoir du Roi ne se déroule qu'à compter du 28 août. Avec la déclaration, les patriotes font le choix de la conciliation sur la définition de la notion de constitution. Les modérés parviennent brièvement à imposer leurs textes et leurs principes. La déclaration ne retient finalement aucun principe ou aucune formule trop radicale et apparaît comme un texte de compromis.

Section 3. Le compromis sur la notion de constitution dans la Déclaration

712. La déclaration finalement adoptée et la définition de la constitution qui y est retenue apparaissent comme relativement consensuelle au sein des patriotes. Ces derniers préparent l'affrontement sur le *veto* et le bicaméralisme qui doit avoir lieu après l'adoption de la déclaration, aussi tentent-ils de rendre cette définition la plus neutre possible afin qu'elle ne tranche pas par avance ces points.

Les articles 15 et 16 de la Déclaration sont issus du projet du sixième bureau. Les 23^{ème} et 24^{ème} articles de ce projet de déclaration, qui sont les deux derniers, disposent : « La Société a droit de demander compte à tout Agent public de son administration. » et « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas une véritable Constitution »³²⁵⁶. Ces articles sont discutés le 26 août, dans une Assemblée impatiente d'en finir avec la déclaration pour trancher les questions institutionnelles qui l'ont déjà mobilisée à plusieurs reprises au cours de l'été.

La déclaration finalement adoptée atteste de la volonté des patriotes de parvenir à un consensus, en choisissant un projet modéré comme canevas de discussion et en restant silencieux sur les principes faisant l'objet d'une controverse entre les constituants (§ 1). La déclaration livre finalement une définition normative et consensuelle de la constitution (§ 2) et consacre une conception consensuelle et patriote de la séparation des pouvoirs (§ 3).

§ 1. La recherche d'un consensus au sein des patriotes dans la déclaration

713. La déclaration finalement adoptée est relativement mesurée. Cela s'illustre par le choix d'un projet de déclaration modéré pour engager la discussion (A) et par le silence de la déclaration sur les éléments controversés (B).

A. Le choix d'un projet modéré de déclaration pour engager la discussion

714. Le premier projet de déclaration présenté à l'Assemblée est celui de Lafayette, le 11 juillet. Le 14 juillet, le premier comité de constitution est désigné pour élaborer un projet de constitution. Il se réunit à plusieurs reprises dans les jours qui suivent et est invité le 21 juillet à « terminer le plus promptement possible le travail essentiel dont il est chargé, afin qu'il pût être soumis lundi prochain à l'examen des bureaux et à la délibération de l'assemblée »³²⁵⁷. Le 24 juillet, « il a été arrêté que Lundi prochain le Comité de Constitution rendrait compte de ses opérations, et que ceux qui le

³²⁵⁶Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale, éd. cit.

³²⁵⁷PV AN n° 29, p. 5.

composent seraient pressés de mettre quelques parties de leur travail en état d'être présentées le même jour à l'examen et à la discussion des Bureaux »³²⁵⁸. Un tel retard dans la présentation des travaux du comité pourrait s'expliquer par les divergences profondes qui séparent ses membres³²⁵⁹. Le 27 juillet, ils présentent le résultat de leurs travaux et les déclarations de Mounier et de Sieyes sont rendues publiques et renvoyées dans les bureaux. La discussion sur la déclaration se déplace alors dans les bureaux³²⁶⁰ et il n'est pas resté de traces officielles de leur délibérations. Au cours de ces délibérations les projets de Mounier, de Sieyes et également de Target furent discutés³²⁶¹. Les autres projets rédigés par des membres de l'Assemblée y furent également renvoyés.

715. Le 31 août, le sixième bureau adopte un projet de déclaration³²⁶². Ce bureau est composé de modérés peu connus, au sein desquels « les tendances libérales et conciliatrices [...] sont beaucoup plus fortes [...] que dans l'Assemblée »³²⁶³. Ce projet est très modéré. Il fait référence au « Suprême Législateur de l'Univers »³²⁶⁴ et consacre une inégalité naturelle³²⁶⁵. Il mentionne « la double relation des droits et des devoirs »³²⁶⁶ et prévoit une série d'articles relatifs à la religion³²⁶⁷. Il ne reprend aucune des idées les plus révolutionnaires contenues dans d'autres déclarations : il ne

3258PV AN n° 31, p. 10.

3259« Je crois que les causes du retard de la rédaction du projet de constitution seraient assez faciles à saisir : 1°. Les rédacteurs n'ont pas du tout les mêmes principes, à ce que je pense. MM. de Lally, l'évêque d'Autun, l'archevêque de Bordeaux, Mounier, ne sont pas des *applanisseurs*. Je crois qu'ils sentent qu'il ne faut pas porter la révolution au dernier point au moment actuel ; l'abbé Sieyès et Le Chapelier me paraissent avoir des vues plus longues, cela eut donner lieu à des contestations. 2°. Le Chapelier, Mounier, l'abbé Sieyès, MM. de Clermont, de Lally, sont secrétaires ; quelques-uns d'entre eux, au moins, tiennent à ces places et voudraient les conserver avec le soin de la rédaction du projet de constitution. » *Duquesnoy*, p. 232.

3260« Point de séance publique hier matin [c'est-à-dire le 30 juillet] ; on a travaillé toute la journée dans les bureaux, sur la déclaration des droits et sur le premier chapitre de la constitution. » *Le Point du Jour*, I, p. 355.

« Nous allons avoir ce matin les projets de Constitution imprimés pour les discuter. Déjà nous en avons un de l'abbé Sieyes, dont je vous envoie le résultat abrégé. Dans un autre que j'ai, il détaille les principes de la métaphysique dont il a tiré les résultats ci-joints. » Lettre de Maupetit du 29 juillet, *Bulletin de la commission historique et archéologique de la Mayenne*, 2e série, XIX, 1903, p. 209.

3261« On avait déjà soumis à la discussion froide des bureaux trois projets de cette déclaration, présentés par MM. l'abbé de Sieyes, Mounier et Target » *Le Point du Jour*, I, p. 380.

3262« Si nous étions tous animés du désir sincère d'avancer la Constitution, elle ne pourrait pas tenir longtemps, mais, je ne sais par quelle fatalité, les jours s'écoulent. Nous avons entamé l'ouvrage cette semaine [lundi 27 juillet-samedi 1er août] dans les bureaux, et dans le mien nous avons arrêté une déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais nombre de bureaux n'ont rien fait. » Lettre de Maupetit du 31 juillet, Lettres de Michel-René MAUPETIT, député à l'Assemblée nationale, 1789-1791, *Bulletin de la commission historique et archéologique de la Mayenne*, 2e série, XIX, 1903, p. 210.

3263Philippe DAWSON, « Le 6e bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme. Juillet 1789. » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, pp. 161-179.

3264Préambule. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3265« Art. V. Mais chaque homme n'a pas reçu de la nature les mêmes moyens pour user de ses droits. De là naît l'inégalité entre les hommes : l'inégalité est donc dans la nature même. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3266Art. VIII. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3267Art. XVI à XVIII. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

contient aucune référence à l'origine contractuelle des sociétés, ni au droit de revoir la constitution, et prévoit un simple droit de coopérer à la formation de la loi³²⁶⁸. Il contient finalement des principes proches du projet de Mounier auxquels s'ajoute une vision plus conservatrice sur la religion. Ce projet modéré avait d'ailleurs séduit les conservateurs puisque la déclaration des droits et devoirs de Sinety le prend pour modèle³²⁶⁹.

De nombreux autres projets voient le jour dans les trois premières semaines d'août³²⁷⁰.

716. Le 4 août, la déclaration des droits et devoirs est rejetée³²⁷¹, les conservateurs et les modérés ne désarment pas pour autant. Ils influent d'abord sensiblement sur la composition du comité des cinq chargé de fondre les projets en un seul. La décision de désigner un comité au sein duquel ne siègerait que des membres n'ayant pas proposé de déclaration opérait déjà une sélection défavorable, mais la désignation de conservateurs comme membres du comité est la preuve de l'influence qu'ils conservent encore à la mi-août. Duquesnoy attribue à la composition du comité les défauts de rédaction de leur projet³²⁷². Ce projet est toutefois plus patriote que celui du sixième bureau. Il reconnaît « un contrat social »³²⁷³, le droit de revoir la constitution³²⁷⁴ et le contrôle de la législature sur l'armée³²⁷⁵.

Ce projet de déclaration se démarque également par son manque de généralité. Comme l'écrit Duquesnoy, « il y a beaucoup de choses qui appartiennent à la constitution monarchique, même à la constitution monarchique française, beaucoup plus qu'à une déclaration de droits applicables à tous les peuples, à tous les climats, à tous les pays, à tous les gouvernements »³²⁷⁶. Ce reproche est également formulé par Duport³²⁷⁷. Un tel choix rédactionnel visait sûrement à faire

3268 Art. XII. *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3269 SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, éd. cit.

3270 « Il paraît tous les jours des nouveaux projets de Constitution. » Lettre de Maupetit, 10 août, *Bulletin de la commission historique et archéologique de la Mayenne*, 2e série, XIX, 1903, p. 225.

3271 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, B-C.

3272 « Il est vrai qu'il a dû être gêné dans son projet par l'évêque de Langres et un M. Redon, deux des hommes peut-être qui ont les idées les moins saines et les moins justes sur les événements actuels, deux des hommes qui ont voté contre la déclaration des droits. » *Duquesnoy*, p. 291.

3273 Art. 2. *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits*, éd. cit.

3274 Art. 3. *Ibid.*

3275 Art. 19. *Ibid.*

3276 *Duquesnoy*, p. 291.

3277 « Vous avez contracté avec l'Europe entière, s'écriait M. Duport, de lui donner une déclaration de droits pour tous les hommes, pour tous les temps, pour tous les pays ; il s'agit d'en déterminer aujourd'hui le plan et la rédaction : le projet proposé ne remplit pas les vues de l'assemblée ; il faut nommer un autre comité pour faire une rédaction nouvelle. » *Le Point du Jour*, II, p. 161.

« M. Duport a pensé que les droits essentiels à la liberté, doivent seuls être énoncés dans une déclaration ; il a développé ce principe, qu'une déclaration des droits doit être, par sa nature, applicable à tous les hommes, à tous les pays, et indépendante de toutes les formes de Gouvernement. Il a rejeté celle proposée par le Comité, comme contenant plusieurs articles qui appartiennent essentiellement à la Constitution seule. » *Le Patriote français*, n° XXI, p. 1.

revenir dans la déclaration des droits, les principes du gouvernement monarchique, qui en avaient été exclus³²⁷⁸.

717. Le 19 août, la déclaration du comité des cinq est finalement rejetée comme base de la discussion et l'Assemblée doit à nouveau délibérer sur le choix d'une déclaration qui pourrait servir de canevas de départ.

Le vote final est favorable à la déclaration du sixième bureau qui récolte plus de 600 voix³²⁷⁹. Derrière le projet du sixième bureau, arrive celui de Sieyès avec 240 voix³²⁸⁰. Le parti des patriotes radicaux, parfois le plus bruyant, semble donc être encore en minorité à la veille de la l'adoption de la déclaration. Après ces deux projets, arrive celui de La Fayette avec 45 voix³²⁸¹.

Le projet finalement retenu pour la discussion est donc représentatif du courant modéré. Le report des voix des monarchiens semble d'ailleurs évident puisque le projet de Mounier largement diffusé copié et loué ne récolte finalement que 4 voix³²⁸², même celui de La Fayette considéré comme plutôt populaire arrive loin derrière les deux premiers.

718. Le projet du sixième bureau, consensuel, anonyme et modéré, emporte finalement une majorité des voix, mais il est également perçu comme un simple prétexte à la discussion et le consensus semble se former pour estimer qu'il est piètrement rédigé. L'avis de Target à ce sujet offre une synthèse de cette opinion :

« M. Target a trouvé que cette déclaration ne contenait pas des principes contestés ; qu'elle était courte, simple et exacte, mais qu'elle manquait d'énergie et d'expression ; je la regarde, a-t-il dit, comme le type, comme l'occasion d'une véritable déclaration ; avec des changements, des corrections et des modifications on pourrait en faire une bonne. »³²⁸³

Cette idée semble assez largement partagée et les auteurs du projet du sixième bureau prennent même la parole pour le présenter comme un simple canevas³²⁸⁴. Le préambule adopté est finalement celui du comité des cinq dont le projet avait été rejeté la veille. Les trois premiers

3278 Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 1, C.

3279 D'après *Le Patriote français*, n° XXII, p. 1, 620 voix ; d'après *Duquesnoy*, p. 300, 605 voix ; d'après le *Courrier de Versailles*, I, n° XLVI, p. 401, 620 ou 621 voix ; 620 d'après *Le Hodey*, II, p. 606.

3280 D'après le *Courrier de Versailles*, I, n° XLVI, p. 401 et *Le Hodey*, II, p. 606, 240 voix. *Le Patriote français*, n° XXII, p. 1 rapporte, 225 voix et *Duquesnoy*, p. 300, 245.

3281 *Le Patriote français*, n° XXII, p. 1 ; *Le Hodey*, II, p. 606.

3282 *Duquesnoy*, p. 300.

3283 *Le Point du Jour*, II, p. 176.

3284 « L'ordre du jour appelant à la discussion le projet de la déclaration des droits du sixième bureau, article par article, un député de Paris a dit, que si ce bureau existait encore, il serait bien surpris de voir la préférence que l'on a donnée à cette déclaration ; ce n'était, a-t-il ajouté, qu'un simple canevas, que chacun des membres de ce bureau se proposait de remplir ; que l'on avait cru d'abord devoir en exclure tous les détails, pour en faire ensuite un corps plus méthodique et plus complet ; et qu'il fallait le rendre capable de recevoir un tissu plus fort et d'une ordonnance plus digne de l'assemblée. » *Le Point du Jour*, II, p. 176.

articles sont adoptés sur une proposition de Mounier. La discussion article par article du projet du sixième bureau est donc plus un prétexte pour aborder un thème qu'une discussion substantielle sur la rédaction des articles contenus dans le projet du sixième bureau.

Néanmoins, au fur et à mesure que la discussion sur la déclaration s'éternise et que les tensions émergent³²⁸⁵, les députés finissent par manifester une sorte d'impatience et veulent en finir avec la déclaration³²⁸⁶. Ils reviennent alors au projet initial face au trop grand nombre de rédactions proposées³²⁸⁷. Les articles 12 à 16 de la déclaration définitive sont donc très proches des articles 20 à 24 du projet du sixième bureau.

Le parti modéré reprend ainsi indirectement du pouvoir en imposant des articles dont la rédaction mesurée est conforme à leurs idéaux. Cette influence indirecte s'observe également dans les silences de la déclaration sur les éléments controversés.

B. Le silence de la déclaration sur les éléments controversés

719. Le projet du sixième bureau ne contenait en lui-même pas d'éléments soutenant les thèses des patriotes radicaux et les modérés obtinrent, au cours de l'adoption de la déclaration, que des formules tempérées soient retenues et que soient passés sous silence les revendications des patriotes radicaux.

La version définitive de la déclaration ne mentionne finalement pas l'origine contractuelle du pouvoir politique, qu'il s'agisse d'un contrat social ou d'un pacte de sujétion (1). Elle ne retient pas une formulation de la souveraineté nationale qui excluait la participation du roi à la fonction législative (2) ou qui reconnaît à la nation le droit de revoir et de changer la constitution (3).

1. Le silence sur l'origine contractuelle du pouvoir

720. Le projet du sixième bureau, contrairement à celui du comité des cinq³²⁸⁸, ne contenait

3285L'adoption de l'article 10 occupe la journée entière du 23 août et fut l'une des séances les plus agitées de l'été. *Le Hodey* écrit à propos de cette séance : « il est impossible d'ailleurs de suivre exactement les opérations d'une séance, où le désordre le plus marqué dominait, où la partialité commandait, où le cri de la nature, la voix de la raison, les droits de l'homme ont été méprisés, où le président ne pouvant plus résister davantage aux cris de sa conscience, a demandé deux fois sa démission. Désespéré sans doute d'être l'homme de la loi dans cette circonstance, il a fait humainement tout ce qu'il pouvait faire pour ramener l'assemblée à la raison, pour l'empêcher d'être inconséquente. » III, p. 79.

3286« Il ne reste plus que deux ou trois articles à rédiger ; il est probable qu'ils seront terminés mercredi ; il faut l'espérer au moins, et certes, il est bien temps qu'on s'occupe d'un travail plus pratique et plus immédiatement utile. » *Duquesnoy*, p. 315.

3287« Cette multitude de rédaction ne pouvait qu'embarrasser l'assemblée dans le choix qu'elle devait faire. M. Madier et M. de Lally ont mis un terme à cette indécision, en observant que le seul défaut de l'article XX, était d'avoir été rédigé par le sixième bureau ; cette remarque inattendue a ramené aux opinions, et l'assemblée a adopté unanimement l'article XX. C'est le premier des vingt-quatre articles du projet de déclaration qui ait été conservé, et il le méritait par sa simplicité et sa précision » *Le Point du Jour*, II, p. 209.

3288« 2° Tout Corps politique reçoit l'existence d'un contrat social, exprès ou tacite, par lequel chaque individu met en commun sa personne et ses facultés sous la suprême direction de la volonté générale, et en même temps le Corps reçoit chaque individu comme portion. » *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité*

aucune référence à un contrat social, à l'origine de la société ou à un pacte entre le roi et le peuple. Certains membres souhaitaient toutefois voir figurer dans la déclaration un tel principe. Le principe du contrat, présent implicitement dans la déclaration du comité de constitution³²⁸⁹, était reformulé, dans la déclaration du sixième bureau, pour supprimer toute référence au contractualisme et faire des sociétés le résultat d'une nécessité et non d'un accord³²⁹⁰.

À l'occasion de la discussion sur le préambule de la déclaration plusieurs députés patriotes tentent de réintroduire le principe du contractualisme. Duquesnoy propose de compléter le projet de préambule de Laborde de Méréville³²⁹¹. Il suggère d'y ajouter deux principes « 1°. L'homme n'entre en société que pour acquérir, et non pour perdre ; 2°. toute société est le résultat d'une convention. »³²⁹². Ce projet est finalement rejeté et Duquesnoy le déplore : « on n'ose pas les proférer, on les croit dangereux ; on craint de dire au peuple des vérités fortes ; c'est cependant par la force qu'on régénère les empires. C'est la faiblesse, c'est l'hésitation qui les a perdus. »³²⁹³

Les modérés sont réticents à l'idée de consacrer les principes du contractualisme. Ils redoutent que ces derniers alimentent des révoltes et des revendications. Ils craignent en particulier que la reconnaissance de l'origine contractuelle de la société justifie la refondation de l'ordre politique et en particulier le dépouillement du roi de ses prérogatives.

Le préambule finalement adopté est celui du comité des cinq qui est relativement consensuel et qui ne contient pas de référence au contractualisme. La même prudence s'observe à propos de la monopolisation de la fonction législative par la nation.

2. Le silence sur le *veto* royal

721. La formulation retenue par l'article 6 de la déclaration est conforme à la conception monarchienne de la souveraineté législative de l'Assemblée. La formulation de l'article 6 est proposée par l'évêque d'Autun, Talleyrand. Sa motion prévoit « la loi étant l'expression de la volonté générale, tous les citoyens doivent concourir personnellement ou par la représentation à sa formation »³²⁹⁴. Cet énoncé ne prévoit donc pas une monopolisation de la fonction législatif par la

chargé de l'examen des déclarations de droits, éd. cit.

3289« Art. 6. Le texte du comité dispose : « De cet accord exprès ou tacite résulte entre les hommes la double relation des droits et des devoirs. » MOUNIER, au nom du comité de constitution, *Projet des premiers articles de la constitution*, éd. cit.

3290« Art. 8. De cette réciprocité nécessaire résulte, entre les hommes réunis, la double relation des droits et des devoirs. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

3291Nous supposons que « M. de la Borde », auquel se réfèrent plusieurs journaux, désigne François-Louis-Jean-Joseph de Laborde de Méréville et non Charles Laborde, député du clergé ne disposant pas de la particule « de » et qui vota contre la délibération par tête. *Contra* Antoine de BAECQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'an 1 des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 213.

3292*Le Hodey*, III, p. 14.

3293*Duquesnoy*, p. 300.

3294*Le Hodey*, III, p. 33-34.

nation ou ses représentants, mais un simple concours, qui laisse intacte la question du *veto* royal. L'article finalement adopté conserve cette ambiguïté. Les citoyens ont « droit de concourir personnellement ou par leurs Représentants » à la formation de la loi, mais rien n'exclut l'intervention d'autorité non représentative, dès lors que le principe de participation est respecté.

Les modérés obtiennent donc que la déclaration ne préjuge en rien la question du *veto* : la déclaration ne consacre pas de monopole de la nation sur la fonction législative. Cette ambiguïté est d'ailleurs soulignée dans les débats ultérieurs sur le *veto*. Crénière relève ainsi le 3 septembre :

« Ainsi nous disons tous que la loi est l'expression de la volonté générale ; mais chacun adapte cette définition à son système.

« Les uns entendent la volonté manifestée par les députés, et c'était là le système des représentants ; d'autres veulent que l'on ajoute la volonté du prince ; et, selon eux, l'état sera libre ; d'autres, enfin, veulent un sénat, et le peuple français, dit-on, y sera le peuple le plus heureux de la terre.

« Mais je définis ainsi la volonté générale ; c'est celle de la majeure partie des citoyens français. »³²⁹⁵

La définition de la volonté générale retenue dans la déclaration permettait de retarder la décision sur les conditions de manifestation de cette volonté et donc d'exercice du pouvoir législatif. Elle posait comme simple exigence la participation des citoyens ou de leurs représentants à l'élaboration de la loi.

3. Le silence sur le droit de revoir la constitution

722. Les monarchiens et les conservateurs parvinrent également à obtenir que la déclaration reste silencieuse sur le droit de revoir la constitution. Le projet du sixième bureau ne prévoyait pas de droit de revoir la constitution. Néanmoins, à l'issue de la discussion des articles de ce projet. Montmorency propose un article qui prévoit un tel droit³²⁹⁶. L'Assemblée décide qu'il n'y a pour l'instant par lieu à délibérer sur cette motion, ce qui représente une nouvelle victoire des modérés.

723. Les modérés obtiennent donc qu'une déclaration conforme à leur vue soit retenue comme base de la discussion et que les principes les plus controversés en soient exclus. La définition de la constitution retenue dans la déclaration est finalement normative, en ce qu'elle permet de disqualifier les prétentions des partis royaliste et conservateur, et consensuelle, puisqu'elle ne

³²⁹⁵*Le Hodey*, III, p. 253-254.

³²⁹⁶« Les articles du Projet de Déclaration du sixième Bureau, se trouvant épuisés, M. de Montmorency propose une addition tirée de la Déclaration des droits de M. de la Fayette.

« Une Déclaration des droits, dit-il doit renfermer les principes qui dirigeront à l'avenir les législateurs ; il faut donc leur dire que les Peuples ont le droit de revoir et corriger leur Constitution. En conséquence, il propose l'article suivant : "Comme l'introduction des abus et l'intérêt des générations qui se succèdent, nécessitent la révision de tout établissement humain, le Peuple a toujours le droit de revoir et corriger sa Constitution." » *Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159, p. 4-5.

contient aucun éléments controversé entre les patriotes.

§ 2. Une définition normative et consensuelle de la constitution codifiée dans la déclaration

724. La conception de la constitution finalement consacrée dans la déclaration correspond à une conception à la fois controversée et consensuelle. Cette définition de la constitution fait l'objet d'un consensus au sein des patriotes, mais elle ne correspond pas à celle élaborée et défendue par les conservateurs ou les royalistes.

Cette définition permet simultanément de justifier la Révolution (A) et de fédérer les patriotes en passant sous silence les éléments sur lesquels ils ne parvenaient pas à s'accorder (B).

A. Une définition normative permettant de justifier la Révolution

725. L'article 16 de la déclaration vise à donner une définition normative de la constitution permettant de justifier l'entreprise révolutionnaire. La détermination de la signification des mots devient un enjeu politique au XVIII^e siècle. Comme l'écrit Ferdinand Brunot : « Le langage est devenu une affaire d'État. Qui ne voit que, dans ces conditions, la situation de la langue dans le pays est toute différente de la situation antérieure ? De libre qu'elle était, elle devient matière d'inspection et objet de règlements. »³²⁹⁷ Cette volonté de réglementer la langue³²⁹⁸ et de codifier la « véritable » signification des mots s'exprime particulièrement à propos du terme de constitution.

726. L'Assemblée revendique avec succès le monopole de la détermination de la signification du mot constitution. Cette prise de pouvoir sur le vocabulaire et sur ce terme largement partagé et invoqué est le résultat d'un choix de l'Assemblée et non d'un simple hasard.

L'article 24 du sixième bureau dispose « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas une véritable Constitution. » La formule retenue dans l'article 16 diffère de celle du sixième bureau en ce que, dans la version définitive, les constituants ont supprimé tout épithète accolé au terme de constitution. La définition qu'ils livrent de la constitution, n'est pas la définition d'une « bonne » ou « véritable » constitution, mais celle de toute constitution.

Cette suppression est due à Lally-Tolendal qui « rejetait toutes les épithètes comme n'étant qu'un remplissage de mots sans idées » et souligne : « il n'y a de digne de ce nom sacré de

³²⁹⁷Ferdinand BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Tome IX, La Révolution et l'Empire, première partie : le français, langue nationale, Armand Colin, Paris, 1966-1967, p. 2.

³²⁹⁸Sur ce point voir Jacques GUILHAUMOU, *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989 ; Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985 ; Régine ROBIN, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970.

constitution [...] que les Gouvernements où les pouvoirs sont séparés, et leur action déterminée »³²⁹⁹. Il reprend ici implicitement la distinction de Mounier entre avoir un gouvernement et avoir une constitution³³⁰⁰.

727. Cette formulation permet d'estimer que la France ne disposait pas d'une constitution en 1789 et donc que l'Assemblée était légitime dans son entreprise constituante. Elle a également l'avantage de ne pas consacrer un pouvoir constituant éternel, mais simplement la nécessité de doter une société d'une constitution en déterminant la séparation des pouvoirs et en assurant la garantie des droits des individus. Ces deux principes étant en rupture avec l'ordre ancien tout en rassemblant les patriotes.

Cette définition constitue donc, d'après les termes de Michel Pertué, le « jugement définitif »³³⁰¹ des constituants à l'égard des défenseurs de la constitution antique, qu'elle soit monarchique, parlementaire ou conservatrice. Comme le relève Ran Halévi,

« Si par constitution il faut entendre cet ensemble de dispositions et d'organes qui assurent la liberté des individus, leur droit de consentir à l'impôt, de participer à l'élaboration des lois par l'intermédiaire de leurs mandataires - tous éléments qui forment le gouvernement représentatif moderne -, la réponse s'énonce d'elle-même : la France d'avant 1789 ne possédait pas de constitution. »³³⁰²

La volonté des constituants est de déterminer les emplois valables du terme de constitution. La définition de la constitution retenue par les patriotes a donc pour fonction à la fois de déterminer l'objet qu'ils se proposent de réaliser et de légitimer l'entreprise constituante.

B. Une définition consensuelle au sein des patriotes

La définition de la constitution retenue dans la déclaration est finalement relativement consensuelle. Les députés consacrent dans la déclaration, d'une part, le souveraineté constitutionnelle de la nation (1) et, de l'autre, les exigences de garantie des droits individuels et de détermination de la séparation des pouvoirs (2). Ces éléments faisaient l'objet d'un consensus au sein des patriotes. Ils consacrent donc une conception libérale, individualiste et patriote de la notion de constitution.

3299 *Courrier de Provence*, n° XXXIII, Du 26 au 27 août, p. 6. La même citation est donnée par *Le Point du Jour*, II, p. 219.

3300 Voir *supra*, chapitre, Section 2, § 2, A, 3.

3301 Michel PERTUÉ, « La notion de constitution à la fin du 18e siècle » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle. Journée d'études du 23 novembre 2002* sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 39.

3302 FURET François, HALÉVI Ran, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, coll. « les Constitutions françaises », Fayard, 1996, p. 22.

1. La consécration d'une souveraineté constitutionnelle ambiguë

728. La définition de la souveraineté nationale figurant dans la déclaration permet de consacrer la souveraineté constituante de la nation, tout en ne reconnaissant pas à cette dernière une souveraineté perpétuelle. La souveraineté constituante de la nation faisait l'objet d'un consensus au sein des patriotes³³⁰³ et fut donc consacrée sans difficulté. L'article 3 de la déclaration est adopté, sur une proposition de Mounier, qui fût très prudent dans la formulation retenue. Il dispose finalement que : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

729. Cette formule figurait déjà dans la déclaration de La Fayette qui prévoyait : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation : nul Corps, nul individu ne peut avoir une autorité qui n'en émane expressément »³³⁰⁴. Mounier avait repris cette expression de la souveraineté constitutionnelle de la nation dans sa déclaration³³⁰⁵.

Cette référence au « principe » de la souveraineté et non directement à la souveraineté de la nation peut être rapprochée de la distinction entre la majesté réelle et la majesté personnelle. Cette distinction fut notamment employée par Lawson³³⁰⁶, mais elle faisait plus généralement parties des théories classiques de la souveraineté. Si la nation disposait du principe de la souveraineté, cela signifiait également implicitement que l'exercice de la souveraineté ne lui était pas réservé.

Cette distinction entre le principe et l'exercice de la souveraineté et les implications qu'elle comporte, s'agissant du pouvoir de la nation, n'a d'ailleurs pas échappé à Duquesnoy. Ce dernier relève : « Il est évident, en effet, que si la nation n'a que le principe de la souveraineté ; [il a une souveraineté] qui n'est pas celle de la nation et qui émane seulement de la sienne, ce qui est également dangereux et faux. »³³⁰⁷ Cette idée est bien celle de Mounier et des modérés. La nation ne peut et ne doit pas exercer le pouvoir directement. Elle doit le confier à des représentants qui agissent en son nom et pour son intérêt dans le cadre qu'elle a fixé dans la constitution.

Cette formulation de la souveraineté nationale la cantonne à une souveraineté constituante et n'exclut donc pas une co-souveraineté royale. Elle est compatible avec les théories de Lawson, de Locke et des monarchiens : la nation est souveraine dans l'élaboration de la constitution, mais il peut exister, une fois la constitution établie, plusieurs organes suprêmes. L'exercice de la souveraineté peut donc être confié aux représentants de la nation que sont le roi et les Assemblées

3303 Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 2, C, 1.

3304 LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

3305 « Art. 3. Le principe de toute Souveraineté réside dans la Nation : nul corps, nul individu ne peut avoir d'autorité qui n'en émane expressément. » MOUNIER, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit.

3306 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

3307 Duquesnoy, p. 307.

élues. Telle est la théorie que Mounier développe dans *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*³³⁰⁸. Mounier défend d'ailleurs cette idée quelques jours plus tard le 23 septembre : « Tous les pouvoirs appartiennent à la nation, mais elle ne peut les exercer tous ; elle les délègue, et jamais de les aliène. »³³⁰⁹ Ainsi, si les pouvoirs émanent de la nation, ils peuvent résider dans différentes mains³³¹⁰. Cette idée est d'ailleurs consacrée dans la constitution même³³¹¹.

L'énonciation du principe de souveraineté nationale est donc compatible avec cette conception monarchienne de l'exercice de cette souveraineté. La consécration simultanée de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs n'est donc pas contradictoire, contrairement à ce que pensent certains lecteurs postérieurs de la déclaration. Les formulations de ces principes retenues dans la déclaration, issues des conceptions des modérés, sont au contraire intimement liées et issues du même courant d'idées : la nation souveraine établit une constitution par laquelle elle institue des corps politiques et détermine l'exercice des fonctions de souveraineté de telle façon que soit respecté le principe de légalité. Les corps politiques peuvent ensuite partager la souveraineté législative, tout en restant toujours soumis à la constitution.

La définition de la constitution donnée par les patriotes correspond également à leurs vues, et disqualifient celles de leurs opposants.

2. Une définition patriote de la constitution : garantie des droits des individus-citoyens et détermination de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif

730. La définition de la constitution est également compatible avec la vision de l'ensemble des patriotes, modérés et radicaux. L'exigence de garantie des droits des individus-citoyens, si elle constitue une réelle rupture par rapport aux conceptions des conservateurs, est très consensuelle au sein des patriotes et est intimement liée à la notion de constitution dans leurs théories.

Les constitutionnalismes royaliste, parlementaire et conservateur ne voyaient pas les droits des individus-citoyens comme les droits à garantir premièrement et uniquement. L'idée d'une

3308éd. cit.

3309*Le Hodey*, IV, p. 132.

3310« Il ne faut jamais perdre de vue la déclaration des droits de l'homme, où il est dit formellement que le principe de toute souveraineté réside dans la nation. Cette déclaration doit former le premier chapitre de la constitution. Si vous voulez répéter ce principe, il ne faut pas le faire d'une manière contraire au principe énoncé. Ainsi, tous les pouvoirs appartenant à la nation, ce serait restreindre ses droits que de ne parler que du pouvoir législatif. C'est précisément pour cela que vous avez dit que le pouvoir exécutif *réside* dans les mains du roi.

« Nous ne devons pas nous exprimer dans nos arrêtés, de manière à ce qu'ils soient mal interprétés. Nous ne parlons actuellement que du pouvoir législatif : or ce pouvoir, comme tous les autres, appartient à la nation ; mais il réside dans l'assemblée nationale, comme le pouvoir exécutif réside dans les mains du roi. » *Le Hodey*, IV, p. 132.

3311« Art. 1^{er}. Tous les pouvoirs émanent essentiellement de la Nation, et ne peuvent émaner que d'elle. [...]

« VIII. Le pouvoir législatif réside dans l'Assemblée Nationale [...]

« XVI. Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans les mains du Roi. » Série des articles de Constitution, 1^{er} octobre 1789, *Baudouin*, I, p. 98-99.

garantie des droits est présente dans ces constitutionnalismes. Pour le parti royaliste, il s'agit avant tout de garantir les droits du Roi, et dans un second temps ceux de ses sujets. Pour les parlementaires, les droits à garantir sont ceux des parlements, et de leur membres, et dans un second temps ceux de la nation et des citoyens. Pour les conservateurs, les droits à garantir sont ceux des Ordres, des provinces, des villes, des corps et de la nation, comprise comme l'association des Ordres. Les individus n'ont alors de droits qu'en raison de leur appartenance à un corps.

La consécration de la suprématie de l'individu-citoyen sur la société et l'ordre politique auquel ils appartiennent et qui n'existe que pour eux, constitue une rupture avec l'Ancien Régime. Cette idée révolutionnaire est consacrée à l'article 2³³¹², 12³³¹³ et 16 de la déclaration.

731. Il en va de même de l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs³³¹⁴. Cette idée que la puissance de l'État est constituée de différentes fonctions, qui doivent être distribuées entre différents organes, au moyen d'une réglementation juridique, est partagée par l'ensemble des patriotes. Elle est néanmoins en rupture avec les conceptions conservatrices et royalistes du pouvoir politiques.

Ces autres constitutionnalismes n'étaient pas attachés à l'exigence de détermination. Au contraire, ils privilégiaient l'idée d'une relative indétermination des compétences des organes leur permettant d'exercer le pouvoir au moyen de conseils et de résistance. Les royalistes ne précisaient pas les compétences reconnues aux États-généraux, aux Assemblées provinciales ou aux parlements. Les parlementaires reconnaissaient le plus souvent un droit de résistance relativement indéterminés en faveur des parlements. Ils n'étaient pas très clairs non plus s'agissant des compétences des États-généraux. Les conservateurs défendaient la nécessité pour les États-généraux de consentir à l'impôt et aux modifications des lois fondamentales, mais la frontière entre loi du roi et loi du royaume restait floue. Cette indétermination fut d'ailleurs louée par le Contre-

3312« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

3313« La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée. »

3314« À première vue, le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen développe majestueusement les principes rationnels qui fondent le sens du constitutionnalisme moderne : les "droits naturels, stricts et inaliénables de l'homme" doivent être garantis par la constitution, qui détermine elle-même dans ce but les relations entre les différents pouvoirs. Tel est le sens, notamment, de l'article 16 de la Déclaration, qui pose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » ; il ne s'agit pas là d'exiger un système particulier de répartition des compétences entre les différents organes de l'État (surtout pas, notamment, de demander au constituant de s'inspirer de la Constitution anglaise, qui a peu d'adeptes dans la France de 1789) mais simplement de demander qu'il existe entre les pouvoirs un système de relation stable et transparent dont l'objet sera de garantir les droits de l'homme et du citoyen. » Philippe RAYNAUD, « Constitutionnalisme » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, coll. « Quadrige », Lamy-P.U.F., 2003, p. 268.

révolutionnaire Bonald³³¹⁵.

Ces constitutionnalismes n'étaient pas non plus attachés, ni à l'idée d'une distinction claire des fonctions de législation et de gouvernement, ni à celle de respect d'un principe de légalité. Les fonctions de législation et de gouvernement étaient toujours, au moins partiellement, concentrées entre les mains du Roi. Le Roi, comme les parlements, pouvaient toujours se soustraire à une stricte soumission à la loi, en agissant en dehors d'un cadre légal prédéterminé.

En outre, le constitutionnalisme conservateur était très attaché à l'existence constitutionnelle des Ordres et à ses droits, et le constitutionnalisme parlementaire à ceux des parlements. La définition patriote de la constitution ne reconnaît comme composantes de la constitution que les « pouvoirs » et non les Ordres. Elle consacre la séparation des pouvoirs, et non des Ordres ou des parlements. La constitution se compose donc de fonctions qu'elle doit réglementer et non d'organes qui seraient immuables.

Enfin, dans la déclaration, la notion de constitution est liée à celle de société et non à celle de royaume ou de monarchie. L'ordre politique fondamental que reconnaissent les patriotes est donc celui de l'association des individus-citoyens libres et égaux, et non celui d'un régime politique déterminé.

732. La définition de la constitution retenue par les patriotes reste néanmoins suffisamment indéterminée pour ne pas trancher des questions litigieuses entre eux.

Si l'exigence de garantie des droits est formulée, les modalités de cette garantie ne sont pas précisées. L'article 12 consacre la nécessité d'une force publique, mais la déclaration reste silencieuse sur l'existence d'assemblées locales, le droit au juge ou l'emploi de la force militaire. La déclaration fixe simplement un impératif qui doit être réalisé par le constituant. En adoptant cet article, les constituants se créent une obligation et offrent le moyen de juger leur travail³³¹⁶ : si la société n'assure pas la garantie des droits des individus-citoyens, elle n'a pas de constitution et peut entreprendre un processus constituant, une révolution.

La formulation de l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs reste aussi suffisamment neutre pour n'impliquer ni un rejet du droit de *veto*, ni une consécration des

³³¹⁵« C'est, je crois, une grande erreur de vouloir tracer des lignes précises de démarcation entre le pouvoir et l'obéissance, et poser à l'avance dans la constitution des sociétés, des limites fixes au pouvoir du chef, à la coopération de ses agents, aux devoirs des sujets. Si les limites sont marquées, chacun en temps de guerre se porte à son extrême frontière, les partis sont en présence et le combat s'engage ; et au lieu de disputer pour déterminer les limites, chacun s'efforce de les reculer. S'il reste un nuage sur ces questions délicates, on passe à côté les uns des autres sans se rencontrer, on va quelquefois de part et d'autre un peu trop loin ; mais après quelques excursions, chacun rentre sur son terrain. C'est là l'histoire des démêlés de nos anciennes cours de magistrature avec l'autorité royale ou plutôt avec les ministres. » BONALD, *Pensées sur divers sujets, et discours politiques*, I, Paris, 1817, p. 54-55.

³³¹⁶Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 3.

prérogatives royales.

§ 3. La consécration d'une conception patriote et consensuelle de la séparation des pouvoirs

733. La majorité des patriotes s'accordait sur la nécessité de consacrer l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs dans la déclaration³³¹⁷. Le choix de la formulation de cette exigence ne faisait néanmoins pas l'objet d'un consensus. D'une part, les patriotes radicaux craignaient que la reconnaissance de ce principe ne vienne entraver le pouvoir de contrôle de la nation sur les actes du roi et en particulier qu'il n'implique la reconnaissance des prérogatives royales. D'autre part, les monarchiens et les conservateurs redoutaient que la formulation du principe de séparation préjuge la question du *veto* royal.

L'idée de séparation des pouvoirs figure à plusieurs endroits de la déclaration. D'abord, elle est évoquée dans le préambule de la déclaration (A). Ensuite, la déclaration contient une ébauche de la délimitation des pouvoirs (B). Enfin, l'article 16 consacre l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs (C).

A. L'évocation de la séparation des pouvoirs dans le préambule

734. Certains députés avaient suggéré d'insérer le principe de distinction des pouvoirs dans le préambule même. Le projet de Laborde de Méréville³³¹⁸, qui avait été rejeté en dépit du succès qu'il avait initialement rencontré³³¹⁹, prévoyait :

« Considérant que le but de toute société est de manifester, d'étendre et d'assurer les droits de l'homme et du citoyen ;

« Qu'aucun *corps politique constitué ne peut excéder les bornes de son pouvoir* ;

« Qu'il est surtout indispensable d'ôter aux corps législatifs tous les moyens d'en abuser en le renfermant dans la défense des droits et de l'homme, et qu'il importe encore de *constituer tous les autres pouvoirs pour que les droits que des citoyens tiennent de la nature soient à l'abri de toute atteinte* ; en conséquence elle déclare les articles suivants, où ses pouvoirs constitués trouveront les limites dans lesquelles ils doivent être renfermés, etc. »³³²⁰

3317« L'article XXIV du sixième Bureau concernait la séparation des pouvoirs, n'a fait naître aucune discussion intéressante, parce que tous étant d'accord sur le principe, il ne s'agissait que de variantes dans la rédaction. » *Courrier de Provence*, n° XXXIII, Du 26 au 27 août, p. 6.

« Sans doute toute nation qui veut être riche d'une bonne déclaration des droits, doit poser l'idée féconde et sublime de la distinction des pouvoirs » *Le Point du Jour*, II, p. 216.

3318Nous supposons que « M. de la Borde », auquel se réfèrent plusieurs journaux, désigne François-Louis-Jean-Joseph de Laborde de Méréville et non Charles Laborde, député du clergé ne disposant pas de la particule « de » et qui vota contre la délibération par tête. *Contra* Antoine de BAECQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 213.

3319« Celui de M. de la Borde a paru d'abord entraîner l'approbation générale ; mais quelques voix ayant réclamé le Préambule de la déclaration des droits du Bureau des Cinq, rédigé par le Comte de Mirabeau, on en a demandé la lecture » *Le Patriote français*, n° XXIII, p. 1 ; *Le Point du Jour*, II, p. 176-177 ; *Le Hodey*, III, p. 14.

3320Nous soulignons. *Le Hodey*, III, p. 12-13.

Ce projet de préambule ne se référait pas à Dieu, mais simplement à la nature et reconnaissait implicitement le droit de constituer et de limiter les pouvoirs. Une telle formulation pouvait remettre en cause les prérogatives royales et laisser libre cours à la volonté de l'Assemblée pour définir les compétences respectives des différents organes de l'État. Les monarchiens et les conservateurs s'y opposèrent et défendirent le projet du sixième bureau. Le monarchien Virieu souligne le danger des références métaphysiques et semble emporter l'adhésion de l'Assemblée³³²¹. Le préambule du projet du sixième bureau a la préférence à ses yeux car il contient une référence à l'Être suprême, « l'on n'y dit pas nos droits, nous les tenons de la nature »³³²². Cet argument l'a emporté et la déclaration contient une telle référence.

Le projet de Laborde, ainsi que tous les autres, furent finalement rejetée au bénéfice de celui du comité des cinq qui ne contient pas de référence aussi claire et aussi appuyée au principe de distinction des pouvoirs et à leurs limites constitutionnelles. Il mentionne néanmoins la possibilité de comparer les « actes du pouvoirs législatif, et ceux du pouvoir exécutif [...] avec le but de toute institution ». Implicitement la distinction des pouvoirs est ici reconnue, mais elle n'est pas érigée en principe clair.

B. L'ébauche d'une délimitation des pouvoirs dans la déclaration conforme à la conception patriote de la séparation des pouvoirs

735. La déclaration en elle-même contient de nombreux principes qui définissent la distinction des pouvoirs et délimitent un certain nombre de leurs compétences.

Elle fixe une condition de validité de la loi : il faut qu'elle soit l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire que les citoyens aient concouru personnellement ou par leurs représentants à sa formation³³²³ (art. 6). Elle reconnaît des compétences exclusives au législateur en consacrant le monopole normatif de la loi³³²⁴. La déclaration confère des compétences au législateur, mais elle fixe également des limites à l'exercice de cette compétence³³²⁵.

La déclaration ne réglemente pas uniquement l'exercice de la fonction législative, elle

3321« Le projet du sixième bureau est incomplet, a repris M. le comte de Virieux, mais on ne doit pas le rejeter entièrement ; les vérités métaphysiques ne peuvent atteindre le cœur des hommes ; il leur faut des principes religieux... » *Le Point du Jour*, II, p. 177.

3322*Le Hodey*, III, p. 15.

3323Voir *supra*, ce chapitre, Section 2, § 3, C.

3324La loi seule peut déterminer les bornes des droits naturels (art. 4), fixer des interdictions et des obligations (art. 5), déterminer les cas et prescrire les formes d'après lesquelles un homme peut être accusé, arrêté ou détenu (art. 7), établir des peines dans les lois publiées et promulguées postérieurement au délit, déterminer l'application des lois (art. 8), établir l'ordre public dans le cadre duquel la manifestation des opinions publiques, même religieuse, est possible (art. 10) et déterminer les cas d'abus de la libre communication des pensées et des opinions (art. 9).

3325L'exercice de la compétence législative est encadrée par des interdictions et des obligations. La loi ne peut ni défendre les actions qui ne sont pas nuisibles à la société (art. 5), ni distinguer entre les citoyens soit qu'elle protège soit qu'elle punisse (art. 6). Elle a en revanche l'obligation de réprimer les rigueurs qui ne seraient pas nécessaire contre les citoyens (art. 9).

encadre également celui de la fonction d'exécution des lois. Les compétences exclusives reconnues à la loi rendent réciproquement le roi incompetent. En outre, de nombreuses compétences discrétionnaires d'exécution des lois sont maintenant délimitées. Les compétences judiciaires et de police, que détenaient le Roi, sont strictement encadrées³³²⁶.

La déclaration offre donc l'ébauche d'une détermination de la distinction et de la distribution des pouvoirs exécutif et législatif. Elle consacre en outre expressément le principe de distinction des pouvoirs à l'article 16 de la déclaration.

C. La consécration de l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs

736. Les articles 23 et 24 du projet du sixième bureau sont discutés le 26 août. Le premier prévoit la responsabilité des agents publics³³²⁷. Le second dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas une véritable Constitution »³³²⁸. Ce sont les derniers articles du projet et ils sont discutés ensemble.

Plusieurs questions ont été soulevées à l'occasion de la discussion sur l'article 16. La première concerne sa place dans la déclaration (1). La seconde concerne sa formulation (2).

1. La place de l'article 16 dans la déclaration

737. Le premier débat concerne la pertinence d'intégrer ces principes dans la déclaration, alors qu'ils concernent des matières sur lesquelles la constitution doit statuer.

Cet argument est vite écarté par la majorité des patriotes qui estime que la déclaration doit fixer des principes généraux qui doivent ultérieurement être concrétisés dans la constitution³³²⁹.

³³²⁶Les arrestations ne peuvent plus intervenir que dans les cas et formes prévues par la loi et les agents publics participant à des arrestations illégales encourent des poursuites (art. 7). Ils risquent également la répression en cas de rigueur excessive pour s'assurer de la personne d'un homme (art. 9). Les peines et leurs modalités d'application échappent à la compétence de l'exécutif (art. 8). L'usage de la force publique est encadré et limité à l'avantage de tous (art. 12). L'administration fiscale est aussi limitée dans son action : la nécessité, quotité, assiette, recouvrement et durée de l'impôt doivent être décidées par les citoyens ou leurs représentants (art. 14). Enfin, les citoyens ou leurs représentants ont droit de contrôler l'emploi de l'impôt (art. 14) et peuvent demander compte à tout agent public de son administration (art. 15).

³³²⁷« La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. » *Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

³³²⁸*Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale*, éd. cit.

³³²⁹« Quelques-uns voulaient le rejeter de la déclaration des droits, et le renvoyer à la constitution. L'Archevêque d'Aix leur a très bien répondu, en distinguant les principes et les formes de la constitution. La responsabilité, considérée comme principe, doit être énoncée dans la déclaration des droits, puisque chaque Citoyen a le droit incontestable de faire rendre compte à son intendant, à l'administrateur de ses biens, à plus forte raison les Citoyens en corps ont ce droit-là envers ceux auxquels ils ont délégué leur confiance ; autrement la solennité des lois serait vaine et ridicule. Il n'y aurait, dans le fait, d'autre loi que la volonté arbitraire de ceux qui gouvernent, maîtres absolus de négliger, de mépriser, de violer les règles qui leur seraient prescrites : *mais les moyens d'exécution, ces formes à suivre pour le jugement des agents publics, c'est à la constitution seule à les déterminer.* » Nous soulignons. *Courrier de Provence*, n° XXXIII, Du 26 au 27 août, p. 5-6.

« M. l'archevêque d'Aix insistait beaucoup pour que les dispositions des deux articles XXIII et XXIV fussent insérées dans la déclaration. Il distinguait les principes et les formes de la constitution, la responsabilité des agents publics,

C'est d'ailleurs ce qu'avait défendu La Fayette lorsqu'il avait présenté son propre projet : « renvoyant à un autre travail, d'après le plan proposé, l'organisation du corps législatif, la sanction royale qui en fait partie, etc. etc. il a cru devoir désigner d'avance le principe de la division des pouvoirs. »³³³⁰

La consécration du principe de distribution des pouvoirs devait ainsi être une exigence générale, ne préjugant rien des modalités précises de distribution de ces pouvoirs.

738. L'idée d'une consécration de ce principe dans la déclaration relativement consensuelle est justifiée par le raisonnement suivant : le principe de distinction des pouvoirs est une condition nécessaire de la garantie des droits, ce qui nécessite sa consécration dans la déclaration. Selon cette logique, les membres de la société ont donc un droit à la responsabilité des agents publics et à la distinction des pouvoirs³³³¹.

Il restait donc à déterminer comme serait formulé ce droit, sans rien préjuger de la répartition des pouvoirs³³³².

2. Le choix d'une formulation compatible avec les deux conceptions patriotes de la séparation des pouvoirs

739. Le principe minimal de distinction des pouvoirs est considéré comme une expression du principe de légalité :

« Discours de M. l'archevêque d'Aix [...] Le second objet de la délibération, c'est la division des pouvoirs. Jamais travail n'a été si pénible, si peu heureux que celui de trouver la *ligne de séparation entre la force exécutive et la force législative*. Les législateurs de tous les peuples, de tous les temps y ont réfléchi, et tous ont commis quelques erreurs. Sans doute, il est important de *ne pas laisser tomber dans les mains du pouvoir exécutif le pouvoir législatif, car alors nous aurions le despotisme* ; les agents du pouvoir ne feraient jamais des lois que pour eux-mêmes, et n'en exécuteraient jamais contre eux.

considérée comme principe, devait être énoncée dans la déclaration, parce que la responsabilité est un droit acquis à chaque citoyen, dont les biens ou revenus sont administrés. La responsabilité considérée comme moyen, doit faire partie de la constitution ; c'est à elle à décider à quel degré et par quelle forme ils seront responsables. Quant à la distinction des pouvoirs, il est certain que tous les législateurs l'ont fait, et cette déclaration est fondamentale ».
Nous soulignons. *Le Point du Jour*, II, p. 217.

« Discours de M. l'archevêque d'Aix

« Si l'on considère la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle n'offre que les principes de la constitution. Il faut donc distinguer tout ce qui appartient aux principes de la constitution des moyens qu'il faut prendre pour assurer ces mêmes principes. Les uns doivent entrer dans la déclaration des droits, les autres appartiennent à la constitution. » *Le Hodey*, III, p. 119.

3330 LA FAYETTE, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, éd. cit.

3331 « M. de la Chaise a alors élevé la question de savoir si la distinction des pouvoirs devait entrer dans la déclaration des droits ; il pensait que c'était un objet purement relatif à la constitution.

« M. le comte de Montmorenci a très bien défendu l'opinion contraire, en prouvant qu'il n'y avait pas de garantie pour les droits du citoyen, sans la distinction des pouvoirs. » *Le Point du Jour*, II, p. 216.

« M. de Clermont-Lodève observait que tout homme a droit de ne pas faire partie d'une société où les agents publics ne seraient pas responsables, et où les pouvoirs ne seraient pas divisés. » *Le Point du Jour*, II, p. 218.

3332 « C'est un droit du citoyen, que les pouvoirs qui les régissent soient distincts, il faut donc l'énoncer dans la déclaration, mais la manière de les diviser appartient à la constitution » *Le Point du Jour*, II, p. 217.

« Je demande donc que l'on exprime le principe de la division des pouvoirs dans la déclaration des droits, et que l'on renvoie les réflexions pour l'exécuter à la constitution. »³³³³

La soumission des agents de l'exécutif à la loi doit donc faire l'objet d'une formulation générale, qui doit ensuite être concrétisée dans la déclaration. La division des pouvoirs n'est donc pas conçue comme leur indépendance réciproque, mais comme l'exigence de distinction des fonctions de législation et d'exécution et l'interdiction de l'arbitraire.

Le seul député qui s'oppose à l'adoption de l'article 16 semble être Robespierre qui estime que le principe de l'article 16 « était étranger à la déclaration des droits, et il demandait la question préalable. »³³³⁴ Il ne voulait certainement pas que l'Assemblée s'oblige à une forme de réserve s'agissant du contrôle qu'elle exerçait déjà sur l'exécutif. Au cours de l'été, il avait pris position en faveur d'un contrôle renforcé de l'Assemblée sur les actes du pouvoir exécutif refusant de reconnaître l'incompétence de cette dernière en matière d'administration ou de justice³³³⁵.

740. Alexandre de Lameth propose de réunir les deux articles et suggère sa propre rédaction : « La liberté publique exige que les différents pouvoirs publics soient distincts et séparés, et que tous les agents du pouvoir exécutif soient responsables de leur conduite et comptables de leur administration. »³³³⁶ Il lie ainsi, comme le faisaient la plupart des patriotes, liberté publique, distinction des pouvoirs et responsabilité des agents publics.

D'autres membres proposent des formulations similaires³³³⁷. Le problème réside néanmoins dans la formulation du principe qui ne doit pas prédéterminer la répartition des compétences entre le Roi et les assemblées : « Tous convenaient que la séparation du Pouvoir était le rempart de la liberté publique ; mais plusieurs ont observé qu'il [l'article proposé par Lameth] tranchait la très importante question de savoir si le droit de veto doit être conservé dans la sanction Royale. »³³³⁸

Redon souligne ainsi :

3333 Nous soulignons. *Le Hodey*, III, p. 120.

3334 *Le Hodey*, III, p. 123.

3335 Il déclare par exemple à cours du débat sur l'article 14 :

« M. Robespierre, remontant au principe de l'impôt, demande qu'on change le mot consentir en celui d'établir, l'impôt. La Nation seule, ajoute-t-il, a la puissance législative sur l'impôt, comme dans les autres matières. Les Rois les plus despotes n'ont pas contesté cette puissance dans aucun des précédents États-Généraux. Son droit ne se borne pas à un veto. La Nation seule a le droit d'établir l'impôt. C'est une portion de propriété que chaque Citoyen met en commun, et en dépôt, entre les mains des Administrateurs publics, pour subvenir aux dépenses de la Société. » *Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159, p. 2.

3336 *Le Point du Jour*, II, p. 216.

« Aucun peuple ne peut jouir de la liberté, si les pouvoirs publics ne sont distincts et séparés, et si les agents du pouvoir exécutif ne sont responsables de leur administration. » *Le Hodey*, III, p. 116.

3337 « Arrêté de M. Target.

« Les droits de l'homme ne sont assurés qu'autant que les pouvoirs publics sont distincts et sagement distribués. » *Le Hodey*, III, p. 118.

3338 *Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159, p. 3.

« Sans doute que, lorsque l'on vous parle de la séparation des pouvoirs, l'on entend pas déterminer par-là quelle sera l'influence du pouvoir exécutif sur la caisse nationale ; sans doute que *l'on ne prétend pas encore par-là élever une barrière entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.*

« Chaque citoyen sent en lui-même quels sont les objets sur lesquels ils doivent être réunis et sur lesquels ils doivent être séparés. Ce n'est qu'après une sage réflexion, après un calcul réfléchi, que l'on pourra fixer cette ligne de démarcation ; mais dans le moment actuel, il n'est pas encore temps. Aussi est-ce d'après ces réflexions que je vous soumetts l'article ainsi rédigé.

« C'est la distribution sagement combinée des divers pouvoirs qui assure les droits des citoyens ; et tel est l'objet de la constitution. »³³³⁹

L'énonciation du principe de distinction des pouvoirs ne doit donc pas impliquer une absence d'influence réciproque et prédéterminer les compétences du Roi. La rédaction de Lameth pourrait avoir cet effet en prévoyant que les pouvoirs publics sont « distincts et séparés »³³⁴⁰. Elle est donc rejetée.

741. Les patriotes s'accordent donc sur la nécessité d'intégrer le principe de distinction des pouvoirs dans la déclaration, mais ils souhaitent également que ce principe reste relativement indéterminé pour permettre sa concrétisation dans la constitution.

La proposition de Mounier prévoit : « La liberté publique exige que la séparation des pouvoirs soit déterminée, et que les agents du pouvoir exécutif soient responsables de leurs administration. »³³⁴¹ Il souligne ici l'exigence de détermination, c'est-à-dire de réglementation juridique, de l'exercice des pouvoirs. Une formulation semblable est proposée par Le Chapelier³³⁴² et Rhodéz³³⁴³.

Toutes ces formules sont rejetées puisque l'Assemblée adopte finalement l'article 15, dans la rédaction initiale du sixième bureau³³⁴⁴.

³³³⁹Nous soulignons. *Le Hodey*, III, p. 118-119.

³³⁴⁰« Si la liberté publique semble exclure le Pouvoir exécutif de toute influence sur la formation des Lois, il se présente de bonnes raisons pour lui laisser un veto, ou absolu, ou limité.

« La Constitution une fois faite, la tranquillité publique exige qu'elle ne puisse être changée légèrement. Plusieurs ont considéré que dans un grand Royaume il faut que la puissance du Monarque soit respectée, pour agir avec plus de liberté et de sûreté ; que sous ce point de vue, il pourrait être avantageux de laisser au Roi une influence, un concours quelconque dans la législation. On a remarqué que la rédaction de M. de Lameth, conforme à la rigueur du principe, présentait l'inconvénient de ne laisser aucune liberté de donner au Roi, dans la Constitution, une influence dans l'acceptation de la Loi. » *Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159, p. 3-4.

³³⁴¹*Le Hodey*, III, p. 121.

³³⁴²« La liberté des citoyens exige que les différents pouvoirs soient déterminés. » *Le Hodey*, III, p. 123.

³³⁴³« Les droits des citoyens ne peuvent être garantis que par une sage distribution des pouvoirs. » *Le Hodey*, III, p. 123.

³³⁴⁴« Mais il est arrivé à l'article 23 ce qui est arrivé à l'article 22. l'on a disputé, combattu ; l'on a rejeté l'article 23 dans le principe, et l'on a fini par l'adopter tel qu'il est, sans aucun amendement, et tel que nous le répétons ici.

« Article 15. La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration. » *Le Hodey*, III, p. 122.

742. Les patriotes s'accordent sur la nécessité de consacrer ce principe, mais doivent trouver une formulation qui satisfasse les deux courants de leur parti :

« Les opinions conformes au fond sur les inconvénients du dépôt des deux pouvoirs dans les mêmes mains, ne diffèrent que sur l'expression de cette incompatibilité ; les uns voulant qu'elle soit dès à présent absolue, d'autres voulant qu'elle soit exprimée de manière que, lors de la Constitution, l'Assemblée n'ait pas les mains liées par la Déclaration, de manière à ne pouvoir, sans contradiction, laisser au Roi, dans la législation, l'influence que la tranquillité publique pourrait exiger. »³³⁴⁵

L'article 16 est donc adopté dans la rédaction issue du projet du sixième bureau, car cette formulation est compatible avec les deux conceptions de la séparation des pouvoirs. L'article 16 fixe l'exigence de déterminer cette séparation, c'est-à-dire d'arrêter juridiquement, mais il ne prévoit pas que ces pouvoirs doivent être distincts et séparés. Il laisse coexister les deux conceptions patriotes.

L'article 16 impose donc, conformément à la doctrine patriote, une réglementation juridique précise de l'exercice des fonctions étatiques. En outre, il consacre implicitement l'exigence de distinction des fonctions législative et de gouvernement et le principe de légalité, qui étaient inhérents au concept de séparation des pouvoirs chez les patriotes.

En revanche, il ne semble pas possible d'inférer de l'article 16 la nécessité d'une distinction et d'une indépendance d'un pouvoir judiciaire. Ces idées n'étaient pas, en 1789, associées au concept de séparation des pouvoirs.

743. Les constituants n'avaient fait que retarder un débat qui allait les diviser quelques jours plus tard. La notion de séparation des pouvoirs, mobilisée par les modérés pour limiter l'emprise de l'Assemblée sur le Roi, fut utilisée par les radicaux pour justifier l'exclusion du droit de *veto*. Dès le 28 août, l'expression de division des pouvoirs est reprise par Roussier à l'occasion du débat sur l'article 1^{er} de la Constitution. Il proposait : « La France est un état monarchique, dans lequel la nation fait la loi, et le roi la fait exécuter. C'est dans la division de ces pouvoirs que consiste la constitution. »³³⁴⁶ Une telle formulation pouvait impliquer l'exclusion du roi de la fonction législative. En conséquence, cette rédaction est finalement rejetée, malgré un certain succès.

744. Le caractère consensuel du principe figurant dans l'article explique paradoxalement qu'il n'ait que rarement été invoqué dans l'Assemblée³³⁴⁷. À l'occasion des débats sur le *veto* royal et la définition de la fonction législative, c'est l'article 3 qui est mobilisé. L'article 16 n'est pas invoqué,

³³⁴⁵*Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159, p. 4.

³³⁴⁶*Le Hodey*, III, p. 12.

³³⁴⁷Voir *infra* Chapitre 6, Section 1.

car il ne permettrait pas de trancher en faveur de l'un ou l'autre parti.

L'idée de limites inhérentes au pouvoir exécutif sont fréquemment invoquées ultérieurement³³⁴⁸, mais elle ne le sont pas sur le fondement de l'article 16.

745. L'article 16 n'est donc pas l'exigence de n'importe quelle réglementation constitutionnelle, mais d'une réglementation permettant la garantie des droits des individus-citoyens et déterminant la répartition des fonctions d'élaboration et d'exécution des lois, en les distinguant et en respectant le principe de légalité. Il ne s'oppose donc pas simplement au despotisme ou à l'absolutisme royal, qui semblait largement dépassé dès la Prérévolution, mais il s'opposait aux constitutionnalismes concurrents du constitutionnalisme patriote : les constitutionnalismes royalistes, avec toutes leurs variations, et les constitutionnalismes parlementaire et conservateur³³⁴⁹.

La séparation des pouvoirs contenue dans l'article 16 n'est donc pas un principe purement négatif³³⁵⁰, mais l'énoncé d'un principe positif et minimal réunissant les patriotes contre les conservateurs et les royalistes.

3348 Robespierre déclare par exemple le 5 octobre : « le pouvoir exécutif, a-t-il dit, n'a pas le droit de critiquer la constitution de la nation. Quelque respectable que soit un pouvoir, quelque sacré même qu'il doive être, il n'y en a aucun qui puisse s'élever contre l'autorité souveraine de la nation. » *Le Hodey*, IV, p. 367.

3349 *Contra*. Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 229.

3350 *Contra*. Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 72 : « Cela est parfaitement net dans la discussion sur la rédaction de l'article : l'adoption de la séparation des pouvoirs est un acte de portée purement négative : on veut dire seulement par là qu'il ne faut pas confondre les pouvoirs dans la même main ; le contenu positif de l'institution n'est, pour ainsi dire, pas précisé : il est laissé dans l'ombre, et, nous le verrons, évoluera avec la notion de liberté. »

Contra. Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, éd. cit., p. 228 : « Or, justement, la séparation ou "distribution" des pouvoirs était un système dans lequel les pouvoirs étaient simplement répartis entre plusieurs autorités ou organes. Il s'agissait donc d'un principe purement négatif : un même organe ne doit pas cumuler tous les pouvoirs. »

Conclusion du chapitre 4

746. L'article 16, et la définition plus générale, retenue dans la Déclaration, de la souveraineté nationale, de la constitution, de la société, de la garantie des droits et de la constitution consacrent juridiquement la conception patriote du pouvoir politique.

747. Cette conception patriote repose d'abord sur la reconnaissance juridique de la double constitution naturelle et positive. Le constituant est soumis aux règles et principes du droit naturel pour élaborer la constitution. Cette hiérarchie des constitutions est symbolisée par l'adoption préalable et séparée de la Déclaration, qui implique que cette dernière s'impose à l'Assemblée elle-même.

La Déclaration française est spécifique en ce qu'elle consacre des principes qui répondent à la situation politique de la France. Elle entend néanmoins consacrer des règles valables pour toutes les sociétés et notamment des principes s'imposant à toutes les constitutions. La Déclaration fixe donc un ensemble de règles et principes protecteurs et contraignants tant pour les constituants que les pouvoirs publics. Ces principes directeurs déterminent notamment la manière dont doit être établie une constitution.

748. Les notions contenues dans l'article 16 de société, de constitution, de garantie des droits et de séparation des pouvoirs sont omniprésentes dans les discours patriotes et conçues comme interdépendantes. Elles ne font cependant pas toutes l'objet d'un consensus.

Les patriotes s'accordent sur la nécessité de garantir les droits des individus-citoyens. Cette garantie est pour eux le but du gouvernement. Le pouvoir politique a donc l'obligation de garantir les droits. Réciproquement, les membres de la société ont donc un droit à la garantie des droits et un devoir d'obéissance à la société. Les conditions minimales de garantie des droits sont pour les

patriotes l'existence de lois, d'une force publique et d'une constitution réglementant l'édiction de la loi et l'usage de la force publique. Le droit au juge est négligé, comme moyen de garantir les droits.

Les patriotes ne s'accordent en revanche pas sur la définition de la notion de constitution. Cette définition a un enjeu politique fort, puisqu'elle prédétermine l'œuvre qu'ils doivent accomplir. Pour les uns, la constitution est la constitution du peuple : l'établissement de la communauté politique, c'est-à-dire qu'elle est la même partout, et correspond au contrat social au fondement de toutes les sociétés. Pour les autres, la constitution est la constitution de l'établissement politique : la réglementation exhaustive de l'ordre politique, librement établie par la nation exerçant le pouvoir constituant. Pour d'autres enfin, la constitution est la constitution du gouvernement ou du royaume. Elle n'est qu'une réglementation complémentaire de l'ordre politique : le pouvoir constituant de la nation est limité par le gouvernement monarchique qui préexiste à l'institution de la constitution.

Ces différentes conceptions de la constitution s'expriment aussi s'agissant de l'origine contractuelle du pouvoir politique. Le contrat à l'origine de la société peut être considéré comme un contrat social établissant simultanément la société et la constitution, ou comme un contrat établissant la société, avant que cette dernière n'établisse unilatéralement la constitution, ou encore comme un contrat entre la société et le Roi fixant l'exercice du pouvoir politique.

Ces diverses conceptions de l'origine contractuelle du pouvoir politique s'illustrent également à l'égard de la souveraineté constituante de la nation. La nation est considérée comme souveraine dans l'établissement de la constitution, mais comment s'exerce cette souveraineté ? Là encore les points de vue patriotes divergent. En premier lieu, la souveraineté de la nation peut être considérée comme un droit perpétuel et absolu de modifier la constitution ; cette conception conduit à confondre les concepts de loi et de constitution. La plupart des patriotes estiment que si la nation est éternellement souveraine, cette souveraineté est néanmoins limitée. Ils ne s'accordent néanmoins pas sur les modalités d'exercice de cette souveraineté. La nation se voit parfois reconnaître un droit de changer de constitution, mais les conditions d'exercice de ce droit ne font pas toujours l'objet d'un consensus : soit les citoyens doivent consentir directement à la constitution ou à sa modification, soit ils peuvent être représentés. En second lieu, les pouvoirs constitués, et en particulier le Roi, ont pour certains patriotes de simples compétences alors que d'autres estiment qu'ils disposent de véritables droits. L'ensemble de ces questions conduisent à des tensions et des divergences entre patriotes modérés et radicaux, et parfois même au sein même de ces courants.

Enfin, les patriotes s'accordent sur leur volonté de donner une définition normative de la constitution dans la Déclaration. Ils fixent ce que la constitution doit faire et contenir pour être valable. La garantie des droits est communément considérée comme une condition d'existence de la

constitution. Il en va de même de l'idée que la constitution doit offrir une protection contre l'arbitraire, le despotisme et les corps intermédiaires. Quand aux éléments que la constitution doit prévoir et contenir : il s'agit de la distribution et de la détermination des fonctions étatiques, ainsi que de l'organisation de la représentation de la nation. Ces éléments sont caractéristiques du constitutionnalisme patriote et participent tous à la fois de la programmation de l'entreprise constituante de l'Assemblée et de la disqualification des prétentions des constitutionnalismes royalistes et conservateur.

749. En dernier lieu, les divergences des patriotes s'illustrent dans leurs différentes conceptions de la séparation des pouvoirs. Ils ne s'accordent pas sur les prérogatives royales et sur le monopole de la fonction législative par l'Assemblée. Les monarchiens utilisent la notion de séparation des pouvoirs pour défendre les prérogatives royales et garantir au roi une relative autonomie vis-à-vis de la nation. Ils estiment que les vues des patriotes radicaux menacent l'équilibre des institutions. Les patriotes radicaux souhaitent au contraire mettre le roi sous la tutelle de la nation, et contrôler l'exercice de l'ensemble des prérogatives considérées comme appartenant à l'exécutif. Ils considèrent que la séparation des pouvoirs justifie le monopole de la fonction législative par la nation, sans *veto* royal absolu. Ils estiment qu'il faut réaliser la pleine souveraineté de la nation, par sa souveraineté législative et son contrôle constant de l'action de l'exécutif. Ce dernier parti l'emporta finalement. À l'été 1789, rien n'est encore décidé néanmoins s'agissant du maintien d'une souveraineté royale relative.

Malgré ces divergences, le concept de séparation des pouvoirs recouvre un certain nombre d'éléments consensuels au sein des patriotes. Il n'est pas un simple principe de non-cumul. La conception patriote de la séparation des pouvoirs repose sur la distinction des fonctions législative et de gouvernement et sur le principe de légalité. Le premier principe de distinction des fonctions gouvernementale et législative implique, d'une part, que le Roi se voit privé de son monopole sur la fonction législative et, d'autre part, que la nation doit participer à cette fonction. Le second principe implique que la loi dispose d'un monopole normatif et que les agents publics sont responsables s'ils ne la respectent pas. En dernier lieu, aucune des conceptions patriotes de la séparation des pouvoirs ne reconnaît d'autonomie à la fonction judiciaire.

Si les patriotes ne s'accordent pas sur tous les éléments de la séparation des pouvoirs, ils s'accordent néanmoins sur un certain nombre de principes. Pour cette raison, il est possible d'affirmer que le concept de séparation des pouvoirs dispose d'un contenu substantiel.

750. S'agissant de la Déclaration, les patriotes souhaitent qu'elle contienne des formules

suffisamment générales pour ne pas préjuger les questions constitutionnelles les plus brûlantes, c'est-à-dire les prérogatives royales, et notamment le *veto*, ainsi que le droit de révision de la constitution de la nation. La Déclaration apparaît alors comme le résultat d'un compromis.

Les modérés parviennent temporairement à faire valoir leur point de vue. Le projet de déclaration choisi pour la discussion est très modéré et la Déclaration reste finalement silencieuse sur les éléments constitutionnels les plus controversés. Elle ne consacre ni l'origine contractuelle du pouvoir politique, ni le monopole de la nation dans l'élaboration de la loi, ni le droit pour cette dernière de revoir la constitution.

La définition normative de la constitution codifiée dans la Déclaration permet de justifier la Révolution, tout en contentant l'ensemble des patriotes. La souveraineté constitutionnelle de la nation y est consacrée, mais d'une manière ambiguë. Si le principe de la souveraineté de la nation réside dans la nation, son exercice peut être confié à divers organes sur lesquels elle n'a d'autre pouvoir que de les instituer. La constitution est définie dans la Déclaration, comme l'acte par lequel une société régleme l'exercice des fonctions d'exécution et d'élaboration des lois, en vue de garantir les droits des individus-citoyens. Cette définition est caractéristique du constitutionnalisme patriote. La conception de la séparation des pouvoirs consacrée dans la Déclaration l'est également. La distinction des pouvoirs exécutif et législatif est évoquée dans le préambule. L'ensemble de la Déclaration ébauche une délimitation des pouvoirs conforme à la conception patriote de la séparation des pouvoirs : monopole normatif de la loi, principe de légalité, souveraineté législative relative de la nation et contrôle de l'exécutif. Enfin, elle consacre l'exigence d'une réglementation juridique de l'exercice des fonctions étatiques dans l'article 16, en retenant une formule qui ne préjuge rien ni sur le droit de *veto*, ni sur les prérogatives royales.

Conclusion de la Partie 2

751. L'article 16 de la Déclaration représente le point d'aboutissement et la codification d'une conception patriote de la notion de constitution. Les constituants s'arrogent le pouvoir de dire ce que veulent dire les mots³³⁵¹, et en particulier celui de constitution. La définition finalement retenue consacre la mort de la société d'Ordres et des fonctions politiques des parlements.

752. Le schisme constitutionnel, qui consacre le divorce définitif des patriotes et des conservateurs, apparaît non pas comme la constitution d'un parti révolutionnaire face à une tradition établie, mais comme l'invention de deux projets révolutionnaires.

Le premier est un projet de révolution conservatrice porté par la noblesse qui souhaite opérer une révolution libérale et inégalitaire³³⁵² et prétend pour ce faire rétablir et restaurer un ordre ancien. Cette révolution se rapprocherait de la Révolution anglaise de 1688-1689 et permettrait d'établir un nouveau régime politique en prétendant régénérer une constitution antique. Néanmoins, cette constitution à rétablir et à codifier qu'imaginent les conservateurs correspond au concept jusnaturaliste et contractualiste de la notion de constitution. Leur constitution n'est pas le résultat d'un ensemble de traditions et de coutumes qu'il conviendrait de respecter, mais celui d'un accord, d'un contrat entre le Roi et les Ordres de l'État. S'il existe des principes traditionnels, ils n'ont valeur contraignante que parce qu'ils ont été ratifiés, implicitement mais nécessairement, par la nation. Cette constitution peut donc faire l'objet de modification, de correction et d'amendement en respectant un parallélisme des formes. Cette constitution doit également assurer la garantie des droits de ses membres, les trois Ordres de l'État, et respecter un principe de séparation et d'équilibre du pouvoir : la séparation des Ordres. À la suite de la révolution patriote, les conservateurs

3351« Les membres de l'Assemblée réunissent pour la première fois dans leur organisme politique le pouvoir d'État, le pouvoir d'écriture, et la représentation des populations de la nation. » Renée BALIBAR, *L'institution du français. Essai sur le colingisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985.

3352Jean ÉGRET, *La Prérévolution...*, éd. cit., p. 349.

parviennent à obtenir du Roi qu'il accepte, pour l'essentiel, leur projet ; il admet alors l'existence d'une monarchie constitutionnelle reposant sur le partage du pouvoir constituant entre le Roi et les Ordres séparés. Il reconnaît également des droits individuels et collectifs aux citoyens et aux Ordres. Cette révolution allait néanmoins échouer face aux patriotes.

Le second projet de révolution repose sur l'idée que la France doit se doter d'une constitution réglant l'exercice des fonctions étatiques d'élaboration et d'exécution des lois. Cette constitution doit être élaborée par la nation, conçue comme une association d'individus libres et égaux, et organiser la participation de la nation à la fonction législative. Cette distinction des fonctions législative et de gouvernement est un point cardinal qui distingue les constitutionnalismes patriotes des autres constitutionnalismes. Cette distinction a pour conséquence la subordination de la fonction d'exécution à la fonction de législation qui prend forme dans le principe de légalité. L'attachement à ce principe de légalité distingue le constitutionnalisme patriote des constitutionnalismes anglo-américains qui reposent sur une tripartition du pouvoir, et non une bipartition, et reconnaissent un rôle de protection et un pouvoir normatif aux tribunaux. Pour les patriotes, la constitution a pour objet d'organiser la garantie et l'exercice des droits des individus-citoyens qui composent la société-nation. Ce projet de révolution l'emporte finalement à la fin du mois de juin 1789 et les patriotes parviennent à imposer au Roi et aux conservateurs leur conception de la constitution.

753. La conception patriote de la constitution repose sur le refus des droits des Ordres et des corps et fonde l'ordre politique sur les droits de l'homme et la raison. Les patriotes consacrent donc juridiquement la double constitution qu'avaient théorisée les théoriciens jusnaturalistes et contractualistes au cours du XVIII^e siècle, et qui avait été revendiquée par l'ensemble des partis dans la seconde moitié du XVIII^e siècle³³⁵³.

La Déclaration représente la codification de la constitution naturelle qui permet théoriquement, par sa positivation, de contraindre tant le constituant que les pouvoirs constitués. La Déclaration contient alors aussi bien des principes valables pour toute société que des règles s'imposant à toutes les constitutions, indépendamment de la forme de gouvernement retenue. La constitution qu'ils doivent adopter représente la constitution positive qui est subordonnée à la constitution naturelle et organise l'exercice du pouvoir politique. Les patriotes reconnaissent donc à la nation le pouvoir constituant, dans les limites du droit naturel.

La Déclaration énonce les droits de l'homme et de l'homme en société, c'est-à-dire du citoyen, et précise les rapports de l'individu à la société et les droits de la société sur les individus.

³³⁵³Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2.

L'article 16, en imposant que la société se dote d'une constitution, reconnaît la préexistence de la société par rapport à la constitution. La Déclaration ne se réfère pas à la constitution de l'État dans l'article 16, car ce n'est pas l'État qui se dote d'une constitution, mais la société. L'expression de constitution de la société peut être ambiguë, car elle peut désigner soit l'établissement de la société, soit l'acte fait par la société pour régler l'exercice du pouvoir en son sein. Dans l'article 16, la notion de constitution de la société est à prendre dans ce second sens ; l'article 16 ne prévoit pas que la société « n'est pas constituée », ce qui correspondrait au premier sens, mais qu'elle n'a pas de constitution. L'article 16 n'implique donc pas que la constitution est envisagée « comme l'organisation de la société elle-même »³³⁵⁴, puisque celle-ci est antérieure à la constitution³³⁵⁵. Les patriotes rompent au contraire avec la tradition intellectuelle visant à faire émaner l'ordre politique de l'ordre social³³⁵⁶ ; la société fait la constitution, et non l'inverse.

Pour les patriotes, l'ordre politique a pour objet de garantir les droits naturels des individus et cette garantie exige l'existence d'une loi, d'une force publique et d'une constitution réglementant l'édition de cette loi et l'usage de cette force publique. Les individus ont donc un droit à la garantie de leurs droits par la société, ainsi qu'un droit à un ordre politique permettant d'assurer effectivement cette garantie. La Déclaration n'a pas pour objet de fixer les modalités précises de la garantie des droits, qui relèvent de la constitution, mais elle en pose l'exigence et les conditions minimales (une société, une force publique et une détermination de la séparation des pouvoirs). L'indépendance des juridictions ou le droit au juge ne font pas partie des éléments considérés comme nécessaires à l'existence d'une garantie des droits pour les patriotes. En cela, leur position diffère de celle exprimée dans les déclarations américaines, qu'ils ont lues et desquelles ils se sont inspirés. Ils sont également en rupture avec les représentations des autres constitutionnalismes qui n'accordent qu'une place subsidiaire à la garantie des droits des individus-citoyens. Ce droit à la garantie des droits est consacré dans la Déclaration.

3354 Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 217.

3355 *Contra* Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 217 : « Mais au XVIII^e siècle, on ne distingue pas l'État de la société et d'après l'article 16, c'est la société qui doit avoir une constitution. "constitution de la société" ; l'expression doit s'entendre à la lettre. On ne cherche pas seulement à organiser les pouvoirs publics et à leur prescrire un certain mode de fonctionnement ; on veut avant tout structurer le corps social lui-même. »

Contra Dominique ROUSSEAU, « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012/5 n° 780, p. 434 : « C'est le texte qui constitue la société en tant que société. Tant que la Constitution n'existe pas, il n'y a pas de société, il n'y a que des individus ; la Constitution fait advenir ce qu'elle énonce : la société politique. »

Dominique ROUSSEAU, « Constitution » in Dictionnaire constitutionnel sous la direction de Olivier DUHAMEL, Yves MÉNY, P.U.F., 1992, p. 211 : « La Constitution, acte qui informe la société – informe au sens de donner une forme, une structure, une signification à la société. Définition peut-être surprenante tant l'habitude impose de penser la Constitution comme acte seulement de l'État, comme l'acte organisateur des pouvoirs publics, de leur nombre, de leurs attributions et de leurs rapports. Et pourtant, dès 1789, l'article 16 de la Déclaration des droits énonçait bien que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution". »

3356 Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 217.

La formulation de l'exigence d'une détermination de la séparation des pouvoirs, commune à l'ensemble des patriotes et étrangère aux royalistes et aux conservateurs, est elle aussi limitée à l'énoncé d'un principe et de ses conditions minimales de réalisation. Ce principe n'est pour autant pas purement négatif³³⁵⁷. L'idée de séparation des pouvoirs n'est pas simplement l'inverse du despotisme³³⁵⁸, mais dispose d'un contenu substantiel. La séparation des pouvoirs, pour les patriotes, signifie la distinction des fonctions de législation et de gouvernement et la soumission du gouvernement à la loi, c'est-à-dire le principe de légalité. Le terme de pouvoir renvoie donc ici aux deux fonctions étatiques : faire la loi et exécuter la loi. La fonction judiciaire est incluse dans la fonction d'exécution et ne dispose d'aucune autonomie dans cette conception³³⁵⁹. Là encore les patriotes se distinguent des conceptions parlementaires et anglo-américaines.

Le concept de séparation des pouvoirs permet non seulement la rupture avec l'idée d'une monarchie absolue, mais également avec les autres constitutionnalismes. Les conservateurs et les parlementaires ne mettent pas en avant le concept de séparation des pouvoirs, dans leur constitutionnalisme : la limitation du pouvoir provient de l'existence de corps intermédiaires (États-généraux, parlements, provinces, etc.), et de l'exercice par ces derniers des droits dont ils disposent, d'après la constitution. L'idée d'une constitution fondée sur la séparation des pouvoirs s'oppose à celle d'une constitution monarchique reposant sur la séparation des Ordres ou le rôle des parlements inamovibles³³⁶⁰. Pour les patriotes, l'existence d'institutions inhérentes à la monarchie française, à

3357 *Contra*. Michel TROPER, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 » in *Droits*, n°8, 1988, p. 121 ; *Idem*, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 228-229.

3358 « C'est aussi la raison pour laquelle les constituants de 1789 ont pu adopter sans débat l'article 16 de la Déclaration des droits, bien avant de savoir quelle serait la forme de la constitution. Nul ne pouvait s'opposer à ce qui n'était qu'un rejet du despotisme ou, mieux, une simple définition de la constitution, de toute constitution, quelle qu'elle soit : une constitution, c'est en effet une répartition des compétences. On n'indiquait donc pas une préférence pour un principe fondateur. On ne soutenait pas qu'une constitution qui ne serait pas fondée sur ce principe ne serait pas une constitution satisfaisante, une constitution "digne de ce nom". On se bornait à énoncer cette vérité que, faute de répartition de compétences, il n'y avait, à la lettre, pas de constitution et que l'essence du despotisme, qu'il s'agissait précisément d'abolir, est qu'il n'a pas de constitution. » Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 228-229.

3359 « Une autre opposition se dessine. Face aux tenants d'une constitution faite des règles relatives à l'exercice du pouvoir, certains mettent en avant l'idée d'une constitution qui organise le pouvoir de telle façon qu'il ne puisse être concentré entre les seules mains du monarque. Si cette position vise le despotisme, elle concerne par extension — abusive — la monarchie. Ainsi la séparation des pouvoirs doit figurer expressément dans un texte : c'est l'article 16 de la *Déclaration des droits*. Sans cette séparation, il n'est pas de constitution au sens plein. Il va sans dire qu'il ne s'agit nullement de la prétendue séparation de l'exécutif, du législatif et du judiciaire — faussement attribuée à Montesquieu — mais d'une répartition en des organes différents de l'exécutif et du législatif, sans prescription particulière (d'où les différences entre les constitutions révolutionnaires). L'enjeu essentiel n'est autre que le changement de soumission qui transforme des sujets en citoyens : de l'autorité du monarque à celle de la loi. Et donc celle du peuple souverain. Autrement dit, la constitution est représentative, quel que soit l'organe qui exprime la volonté générale (par exemple un roi constitutionnel). Nous sommes dans l'État de droit. Toutes les formulations qui contestent l'autorité de la tradition aboutissent à cette fonction. » Gérard GENGEMBRE, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 62.

3360 Biauzat le 28 août à propos de la définition de la monarchie : « Il a fait sentir l'importance de s'expliquer sur le sens actuel de monarchie, en disant que l'on n'entendait pas rétablir une monarchie fondée sur la division des

l'exception du Roi, est refusée, les corps ne doivent être que des émanations des pouvoirs. Le concept de séparation des pouvoirs et son association à la notion de constitution permettent aux patriotes d'imposer une conception de la constitution basée sur les fonctions de l'État, en excluant une conception de la constitution centrée sur les institutions.

Ce consensus patriote sur le concept de séparation des pouvoirs existe bien, mais il n'est que partiel. Les uns interprètent la séparation des pouvoirs comme une garantie d'une souveraineté relative pour le Roi, en lui reconnaissant des prérogatives royales. Les autres y voient au contraire l'expression d'une stricte interdiction faite au Roi d'intervenir dans la législation, y compris par la voie d'un *veto*. Ces débats sur la séparation des pouvoirs cachent le plus souvent un débat sur le maintien ou la suppression d'une souveraineté royale relative. La consécration de la séparation des pouvoirs dans la Déclaration correspond donc à l'expression de ce consensus patriote contre les autres modèles de distribution du pouvoir qui avaient été proposés (le contre-pouvoir des parlements ou la séparation des Ordres).

En outre, les patriotes mettent l'accent sur l'exigence de détermination, c'est-à-dire de réglementation juridique. Une telle exigence de précision dans les modalités d'exercice du pouvoir n'est pas non plus compatible avec les autres constitutionnalismes du XVIII^e siècle, qui reposent, au moins en partie, sur une indétermination relative des compétences des différents organes de l'État. L'article 16 n'impose pas une séparation des pouvoirs, mais une détermination de cette séparation, c'est-à-dire une codification dans un écrit des compétences des organes étatiques. Il n'impose pas que les pouvoirs soient séparés, mais qu'ils soient réglementés. Cette exigence de réglementation du pouvoir, étrangère aux théories monarchistes et parlementaires, avait toutefois gagné le parti conservateur, qui réclamait une reconnaissance et une codification de la constitution. La plupart admettait en outre la réforme partielle de la constitution, par les États-généraux votant séparément.

L'article 16 et la Déclaration encadrent donc l'exercice du pouvoir constituant. Sous réserve du respect de la distribution des pouvoirs prédéterminée dans la Déclaration, qui repose sur la distinction des fonctions législative et gouvernementale et sur le principe de légalité, le constituant est libre d'arrêter juridiquement la répartition de ces deux fonctions en plusieurs organes comme il l'entend. Il doit cependant ce faisant respecter les impératifs fixés par la Déclaration et notamment assurer la garantie des droits et réserver à la nation une participation à la fonction législative.

754. L'adoption de l'article 16 représente donc la victoire du constitutionnalisme patriote sur les autres constitutionnalismes et permet de justifier la Révolution. Si les conditions fixées dans

ordres, une monarchie fondée sur la vénalité des charges, mais une monarchie fondée sur la séparation des trois pouvoirs. » Nous soulignons. *Le Hodey*, III, p. 160.

l'article 16 ne sont pas respectées, la nation est en droit d'entreprendre une révolution et de se doter d'une constitution, puisqu'elle en serait dépourvue. La définition retenue fait l'objet d'un consensus au sein des patriotes, qui ne souhaitent pas trancher dans la Déclaration les questions constitutionnelles relatives aux prérogatives royales, et notamment au droit de *veto*.

Une constitution, qui n'aurait pas été faite par la nation, qui n'organiserait pas le respect du droit naturel et qui ne déterminerait pas les modalités d'exercice de la fonction de législation et de soumission de l'exécutif à la législation, ne serait pas une constitution. Les critères du constitutionnalisme développés par les théoriciens jusnaturalistes et contractualistes se retrouvent donc consacrés juridiquement dans la Déclaration. De ces trois exigences (création de la nation, respectant l'ordre naturel et réglementant l'exercice du pouvoir politique), seule la dernière semble avoir survécu dans le sens général donné à la notion de constitution de nos jours³³⁶¹.

L'article 16 permet de justifier la Révolution et contraint pour l'avenir le constituant. Néanmoins, la sanction de cette disposition ne peut être intégrée au système juridique puisqu'elle vise à l'évaluer. L'article 16 autorise un jugement : la société a ou n'a pas de constitution. Si elle en a une, elle doit être respectée. Si elle n'en a pas, la nation a le droit d'en faire une. L'interprétation de l'article 16 est donc laissée au constituant qui fait la constitution et au citoyen qui l'évalue.

755. L'article 16 n'a finalement que peu à voir avec la représentation qui en est habituellement donnée³³⁶².

La thèse formulée par Paul Duclos d'après laquelle l'Assemblée aurait progressivement évolué d'une conception descriptive à une conception normative de la constitution ne convainc pas³³⁶³. Il s'agit d'une opposition entre plusieurs conceptions, bien plus que d'une évolution d'une conception à l'autre. La défense d'une constitution antique n'apparaît pas comme la continuité d'un ordre politique antérieur, mais au contraire comme une reconstruction politique visant à défendre les intérêts des groupes s'en prévalant. Ni les conservateurs, ni le Roi ne sont à proprement parler traditionalistes.

De même, l'expression de séparation des pouvoirs ne semble pas pouvoir trouver sa filiation directe dans l'idée développée par Montesquieu au chapitre VI du livre XI de *L'Esprit des lois*. Les

3361 « Loi fondamentale ou ensemble des principes et des lois fondamentales qui définissent les droits essentiels des citoyens d'un État, déterminent son mode de gouvernement et règlent les attributions et le fonctionnement des pouvoirs publics » Définition donnée par le centre national de ressources textuelles et lexicales.

« [La constitution], prise dans son acception usuelle (c'est-à-dire normative) "se caractérise par la prétention à régir de manière globale et unique, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice" (D. Grimm). » Olivier BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme » in *Dictionnaire de philosophie politique* sous la direction de Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, 3e éd., Quadrige / P.U.F., 2003, p. 133.

3362 Voir *infra* Partie 3.

3363 Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932.

conceptions patriotes de la constitution admettent plusieurs variations, mais se construisent néanmoins pour l'essentiel contre la constitution monarchique de Montesquieu. Ils ne veulent ni de corps intermédiaires, ni d'une noblesse héréditaire, ni d'un dépôt des lois, ni d'une indépendance des juridictions. Leur séparation des pouvoirs repose sur la distinction des fonctions législative et gouvernementale, qui n'est pas même désirée par Montesquieu³³⁶⁴. Leur seul point commun est le rejet du despotisme, mais pour le reste ils ont d'autres soubassements théoriques.

La Révolution ne se fait d'ailleurs pas contre le despotisme, ou pas uniquement contre lui. La monarchie est déjà très largement affaiblie dès la Prérévolution et les patriotes font campagne contre une révolution conservatrice et nobiliaire. Les formules de l'article 16 opposent donc à la garantie des droits des Ordres, celle des individus, et à la séparation des Ordres, celle des pouvoirs. Cette notion de distribution des pouvoirs ne doit donc pas être un simple principe d'absence de monopole de l'ensemble du pouvoir entre les mains d'un seul, qui serait compatible avec les constitutionnalismes parlementaire et conservateur ; la monarchie tempérée par une constitution reconnaissant des lois fondamentales et des corps intermédiaires, n'est pas le despotisme, mais elle n'est pas non plus un régime acceptable aux yeux des patriotes. Les formules de l'article 16 doivent permettre de réfuter ces théories en mettant l'accent sur la distinction et la détermination de l'exercice des fonctions étatiques, et le refus d'une séparation de la société entre plusieurs parties. La séparation des pouvoirs n'est donc pas « un lieu commun »³³⁶⁵, mais un outil idéologique efficace contre les prétentions du roi et des privilégiés. Ce principe ne fait l'objet d'un consensus qu'au sein des patriotes et non de l'ensemble des acteurs politiques de la Prérévolution et de la Révolution.

3364« Dans les monarchies que nous connaissons, le prince a la puissance exécutive et la législative, ou du moins une partie de la législative, mais il ne juge pas. » *EDL*, XI, XI.

« Dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme. » *EDL*, XI, VI.

3365« Il existe de bonnes raisons de penser que l'art. 16 a été adopté sans débat. Ce fait à lui seul suffirait à indiquer que le principe de la séparation des pouvoirs était compris au XVIIIe siècle comme un lieu commun, donc comme un principe profondément différent de celui qu'on désigne aujourd'hui par cette même expression. » Michel TROPER, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 » in *Droits*, n°8, 1988, p. 119.

Transition

756. L'adoption de l'article 16 correspond à la consécration de la conception patriote de la constitution, appuyée sur une nouvelle conception du pouvoir politique, où la nation-société établit un pouvoir politique en vue d'assurer la garantie des droits des individus-citoyens. Cette nouvelle conception du pouvoir repose sur une nouvelle hiérarchie normative, où la constitution positive, faite par la nation, doit obéir au droit naturel et organiser la participation de la nation à la fonction législative souveraine. L'ensemble des organes de l'État étant ensuite soumis à la loi suivant les conditions fixées par la constitution.

Cette idéal fixé dans l'article 16 trouve sa première concrétisation dans la constitution de 1791. La Déclaration et son article 16 ne disparaissent pourtant pas avec la première constitution française. Cet article a eu un succès et une postérité considérable, au point qu'il est possible de considérer qu'il a été érigé au rang de mythe. Ce processus de mythification de l'article 16, qui en fait l'étendard du constitutionnalisme, a lieu au cours du XX^e siècle.

Partie 3. La mythification de l'article 16 de la Déclaration de 1789

« The criticism is verbal: true – but what else can it be? Words – words without a meaning – or with a meaning too flatly false to be maintained by any body, are the stuff it's made of. Look to the letter, you find nonsense: – look beyond the letter, you find nothing. »

Jeremy BENTHAM, *Nonsense upon stilts or Pandora's box opened, or the French Declaration of Rights prefixed to the Constitution of 1791 laid open and exposed*³³⁶⁶

757. La mythification désigne le processus de création d'un mythe, c'est-à-dire d'une représentation idéalisée sans lien direct avec une réalité historique. S'agissant de l'article 16, l'interprétation qui en est donnée, tant par la doctrine juridique que par le contentieux constitutionnel se révèle très éloignée de la signification originelle de cet article. Les significations attribuées à l'article 16 relèvent ainsi bien plus du mythe, que du sens qu'il pouvait avoir lors de son adoption. En premier lieu, cela est dû à sa place dans la Déclaration, qui acquiert dès la Révolution une très forte valeur symbolique. Elle offre à celui qui s'en prévaut la force d'un argument d'autorité.

En second lieu, l'article 16 contient des syntagmes ayant été le support d'importantes théories développées aux XIX^e, XX^e et au XXI^e siècles : constitution, séparation des pouvoirs et garantie des droits. Ces expressions évoquent un certain idéal et ont une connotation positive³³⁶⁷.

³³⁶⁶in *Rights, representation, and reform : nonsense upon stilts and other writings on the French Revolution*, sous la direction de Philip SCHOFIELD, Catherine PEASE-WATKIN et Cyprian P. BLAMIREs, Clarendon Press, Oxford, 2002, p. 322.

L'absurdité sur échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration des Droits française placée en tête de la Constitution de 1791 dévoilée et exposée : « Cette critique est verbale, il est vrai, mais qu'est-ce qu'on peut faire d'autre ? Des mots, des mots dépourvus de sens, ou des mots au sens trop évasifs pour qu'on puisse s'y tenir, constituent la matière dont chaque article est fait. Regardez la lettre, vous n'y trouverez qu'absurdité ; regardez au-delà de la lettre, vous ne trouverez plus rien. » *Bentham contre les droits de l'homme*, sous la direction de Bertrand BINOCHE, Jean-Pierre CLÉRO, Quadrige, P.U.F., 2007, p. 24 .

³³⁶⁷Voir par exemple : « Dans nos esprits, constitution est un “mot bon.” Il a des propriétés émotionnelles favorables,

Elles sont habituellement associées au concept de démocratie libérale. En outre, la signification de ces termes a profondément évolué. Ces couches de significations successives se sédimentent sur l'article 16 transformant la lecture qui peut en être faite à travers les siècles. Chaque nouvelle génération de publiciste peut y projeter les considérations de son temps et imputer à l'article 16 des concepts dont le développement est largement postérieur.

En troisième lieu, les variations dans le statut juridique de la Déclaration entraînent des changements d'interprétation, ne serait-ce que parce qu'elle n'est lue ni dans le même contexte, ni par des individus ayant les mêmes références. Les différents lecteurs de l'article 16 apportent chacun leur propre éclairage : les députés de 1789 veulent des arguments pour obliger leurs collègues ; les contre-révolutionnaires cherchent à déconstruire un système qu'il considère dangereux ; les premiers constitutionnalistes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet souhaitent prendre une distance raisonnable avec les révolutionnaires, mais se revendiquent néanmoins leur héritage ; la doctrine dite « classique » se saisit de l'article 16 pour alimenter les débats de droit administratif et constitutionnel de la Troisième République. Au XXI^e siècle, l'article 16 se trouve dans les manuels de droit constitutionnel pour définir la notion de constitution ou de séparation des pouvoirs. Il est utilisé notamment pour déterminer ce qu'est une constitution ou pour trancher la question de l'existence d'une constitution européenne. Enfin, la Déclaration ayant à nouveau valeur constitutionnelle, l'article 16 est relu comme le fondement d'une certaine conception de l'État de droit, qui garantirait notamment le droit au procès équitable dans des conditions similaires à celles prévues par le droit européen.

Les interprétations de l'article 16 postérieures à son adoption n'ont finalement que peu à voir avec sa signification historique. Ce processus de mythification se réalise sur deux plans différents. L'article 16 est à la fois analysé comme élément de théorie politique (Chapitre 5) et comme norme constitutionnelle (Chapitre 6).

comme liberté, justice ou démocratie » [T.d.A.] « *In our minds, constitution is a "good word." It has favorable emotive properties, like freedom, justice or democracy.* » Giovanni SARTORI, « Constitutionalism: A Preliminary Discussion » in *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), American Political Science Association, pp. 853-864.

Chapitre 5. L'article 16 comme élément de théorie politique

758. Les interprétations de l'article 16 en tant qu'élément de théorie politique reposent sur l'idée qu'il présenterait la consécration d'une conception libérale et révolutionnaire de la notion de constitution, qui serait née en opposition à une conception neutre et descriptive de cette même notion. Pourtant, une telle conception organique, neutre et descriptive de la constitution se révèle introuvable au XVIII^e siècle, comme cela a été montré. Ce mythe de la constitution antique neutre s'est imposé dans la doctrine constitutionnelle française après la Révolution et a ensuite été projeté rétrospectivement sur la Révolution. Cette reconstruction de la notion de constitution est le résultat de l'assimilation des thèses contre-révolutionnaires par les premiers théoriciens français du droit constitutionnel sous la Restauration, puis sous la Monarchie de Juillet. Cette vision s'est ensuite perpétuée jusqu'aux constitutionnalistes contemporains.

L'article 16 est interprété comme représentant le constitutionnalisme révolutionnaire qui se serait construit en opposition à une conception matérielle et traditionnelle de constitution et contre l'absolutisme (Section 1). Cette lecture de l'article 16 et son association à un constitutionnalisme libéral unitaire sont une construction postérieure à la Révolution (Section 2).

Section 1. L'interprétation de l'article 16 comme définition de la constitution idéale et libérale

En relevant les différentes invocations de l'article 16 et les sens qui lui sont attribués dans la doctrine contemporaine, il apparaît qu'il est présenté, en premier lieu, comme une définition de la constitution idéale, face à un constitutionnalisme coutumier préexistant (§ 1) et, en second lieu, comme une définition du constitutionnalisme contre l'absolutisme (§ 2).

§ 1. L'article 16 une définition de la constitution idéale contre un constitutionnalisme coutumier

759. Dans la doctrine contemporaine, l'article 16 est interprété dans un rapport d'opposition entre constitution matérielle et constitution idéale. La notion matérielle de constitution correspondrait à l'idée que tout État a une constitution, qu'il serait possible de décrire. En revanche, la notion idéale de constitution permettrait de considérer, d'après la définition de Carl Schmitt, que « tout État n'a pas de lui-même une constitution, mais on trouve des États avec constitution et d'autres sans constitution, des États “constitutionnels” (*konstitutionnell*) et d'autres “sans constitution” »³³⁶⁸.

L'article 16 est présenté par la doctrine juridique comme *la* définition, ou *une* définition de

³³⁶⁸Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1993 (1928), p. 167.

la constitution idéale qui se serait construite contre une conception neutre, traditionnelle, matérielle et descriptive préexistante (A). Cette présentation de l'article 16 conduit à l'invoquer dans le cadre du débat sur l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime (B). Chez les constitutionnalistes, l'article 16 est utilisé pour définir ou débattre du « véritable » sens de la notion de constitution, toujours dans ce rapport d'opposition entre une définition neutre et une définition idéologique de cette notion (C).

A. La présentation de l'article 16 par la doctrine juridique comme définition d'une constitution idéale face à une conception coutumière et matérielle de la constitution

760. La doctrine juridique place en opposition la notion de constitution matérielle et celle de constitution idéale (1). Elle offre également pour soutenir cette thèse une définition de cette constitution matérielle naturelle, reposant pourtant sur des auteurs postérieurs à la Révolution (2).

1. L'opposition entre constitution matérielle et constitution idéale dans la doctrine juridique

761. Dans la doctrine juridique, l'article 16 est le plus souvent présenté comme la représentation d'un nouveau concept de constitution qui s'opposerait à une conception antérieure de cette notion. Cette notion antérieure de constitution présenterait diverses caractéristiques : elle serait coutumière, traditionnelle, neutre et descriptive.

D'après cette présentation, la notion de constitution, avant la Révolution, désignerait simplement, de manière descriptive, la manière d'être de l'État, son mode de fonctionnement. Cet emploi descriptif de la notion de constitution serait courant et expliquerait « pourquoi était répandue l'opinion selon laquelle tous les pays du monde avaient une constitution, c'est-à-dire une organisation politique, une forme de régime politique issue de leur "génie" naturel et de leur histoire »³³⁶⁹. Cette constitution est parfois appelée constitution organique³³⁷⁰, coutumière, ou encore politique. Cette constitution coutumière serait l'équivalent d'une constitution matérielle³³⁷¹. Elle

³³⁶⁹Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jean-Louis MESTRE, *Droit constitutionnel*, 19e éd., Dalloz, coll. « Précis », Septembre 2016, p. 4.

³³⁷⁰« Dans certains de ces pays, cette constitution organique n'avait pas de valeur juridique. Elle ne consistait qu'en des pratiques, qu'en des usages laissés à l'arbitraire des détenteurs du pouvoir. Dans d'autres, elle était censée imposer des limites à la volonté des gouvernants. Il arrivait même que soient élaborés des textes qui confirmaient expressément ces coutumes ou qui posaient de nouvelles règles visant à aménager de façon plus libérale l'exercice du pouvoir politique. Ces textes, diversement intitulés – Charte, Statut, Lois fondamentales, Forme de gouvernement – peuvent être considérés comme des constitutions au sens juridique et moderne du terme, même s'ils étaient rédigés de façon désordonnée et entrecoupaient leur dispositions de motivation. » *Ibid.*, p. 4.

³³⁷¹« 1. Tout État a une constitution

« L'État se définit par l'institutionnalisation d'un pouvoir souverain, et, par suite, il "procède de la distinction entre le pouvoir et ses agents en exercice" ; autrement dit, dès lors qu'on est en présence d'un État, il existe nécessairement des règles, qui vont régir la distribution des compétences, la désignation des gouvernants, leur mode de remplacement, etc. Ainsi la notion d'État implique-t-elle logiquement celle de constitution (au sens matériel). » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, 6^e éd., Flammarion, coll. « Champs université », 2017, p. 109.

serait également neutre puisqu'elle serait avant tout une « manière d'être » naturelle, régissant les rapports entre gouvernants et gouvernés³³⁷². Dans ce contexte, la notion de constitution serait purement descriptive³³⁷³. L'article 16 aurait été adopté contre cette conception neutre, descriptive, traditionnelle et matérielle de la constitution.

L a Révolution française reposerait donc sur « la contestation de la Constitution traditionnelle (ou coutumière) de la monarchie »³³⁷⁴. Cette notion « révolutionnaire » de constitution représenterait le passage d'un constitutionnalisme coutumier à un constitutionnalisme écrit³³⁷⁵. L'article 16 donnerait une « définition normative de la constitution » qui se serait « imposée en négation du constitutionnalisme coutumier de l'Ancien régime »³³⁷⁶. Il serait le témoin d'une « évolution historique du droit » où une notion « juridique » et « formelle » de constitution vient s'opposer et succède à une notion de constitution antérieure « naturelle » et « organique »³³⁷⁷. Il y aurait eu une « transition d'une idée classique de constitution, relevant du simple mode de vie d'un régime, de l'ordre même de disposition des différentes parties du corps politique – conçu comme encore plus fondamental que les lois, en tant que source naturelle – à une idée moderne de constitution variante artificielle qui fonde les pouvoirs d'un état, révocable en principe par la libre volonté du législateur selon des procédures établies. »³³⁷⁸

Dans cette présentation, l'antique s'oppose au révolutionnaire. L'article 16 est alors conçu comme l'étendard du constitutionnalisme libéral, qui se serait lui-même construit contre la monarchie traditionnelle. La définition de la notion de constitution donnée par l'article 16 peut alors être qualifiée d'« idéologique » et de « polémique » et il est possible de la contester comme une mauvaise définition de la constitution, une définition qui faudrait « récuser » et qui serait « fausse et

3372« En fait, la notion de Constitution peut présenter aussi ce caractère *naturel* ; c'est une manière d'être ; on pourrait alors y voir l'ensemble des règles généralement suivies dans les rapports de gouvernants et des gouvernés, inspirées soit de la force, soit, par une rare fortune, de règles morales ; tout complexe, peu stable, peu sûr, qui ne fait jouir la collectivité que d'un ordre précaire qu'elle subit sans l'avoir choisi. » Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932, p. 7.

3373« L'ancienne Constitution était avant tout une certaine organisation du royaume. Son caractère était tout traditionnel, c'est-à-dire qu'elle constatait l'ordre politique existant plutôt qu'elle ne prévoyait les règles à suivre dans l'exercice de pouvoir, et les solutions des conflits possibles. » *Ibid.*, p. 31.

3374Dominique CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *Droit constitutionnel contemporain*, 9e éd., Dalloz, coll. « Cours », Septembre 2017, p. 27.

3375« Le primat révolutionnaire de la Constitution écrite. "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution" Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

« La Révolution française va consacrer l'abandon de la Constitution traditionnelle ou coutumière de la monarchie – les lois fondamentales – au profit d'une Constitution énonçant des principes juridiques écrits, clairs et stables auxquels le monarque doit se conformer (Constitution de 1791). » *Ibid.*, p. 27.

3376Frédéric BLUCHE, Stéphane RIALS, Jean TULARD, *La Révolution française*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2003, p. 26.

3377Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 6.

3378Marina VALENSISE, « La constitution française » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 441.

inacceptable »³³⁷⁹. Cette définition serait également la preuve de l'excès de confiance des révolutionnaires dans le droit écrit³³⁸⁰.

762. Une telle présentation repose sur trois présupposés. En premier lieu, elle présume l'existence d'un concept de constitution, comme objet naturel produit par les traditions et les coutumes d'un pays et déterminant son « mode d'existence »³³⁸¹. La constitution est donc conçue comme « la manière d'être traditionnelle de l'État »³³⁸² et en ce sens tout État aurait une constitution. En second lieu, cette présentation postule l'existence, en France, d'un constitutionnalisme coutumier, c'est-à-dire d'un discours unifié et relativement consensuel présentant cette constitution coutumière, résultat des traditions et manière d'être de l'État. En troisième lieu, elle implique que l'article 16 et la définition de la constitution qu'il contient se soient construits contre ce concept naturel et descriptif et contre le constitutionnalisme coutumier.

2. La définition de la constitution naturelle, en s'appuyant sur des auteurs postérieurs à la Révolution

763. Ce concept de constitution matérielle, contre lequel la théorie patriote aurait développé un « nouveau » concept, est présenté, d'une part, comme un objet naturel produit par les traditions et, d'autre part, comme le mode d'existence d'un pays. Cette définition repose sur la fusion de trois

3379« C'est la raison pour laquelle il faut récuser la définition idéologique du "constitutionnalisme" libéral, pour qui il n'y aurait de constitution que lorsque celle-ci présente un contenu précis : lorsqu'elle assure par ses dispositions la protection des droits individuels et la souveraineté du peuple. Cette définition – dont on trouve l'écho le plus célèbre dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 27 août 1789 qui dispose que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution" – présente un caractère évidemment polémique. À l'époque, elle permet aux révolutionnaires de distinguer d'une manière radicale les États sans constitution – ce qui était, suivant cette définition, le cas de l'Ancien Régime – des États constitutionnels, parmi lesquels la France d'après 1789. L'existence d'une constitution manifeste symboliquement le passage des ténèbres de la tyrannie aux Lumières de la Raison éclairée. » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, éd. cit., p. -109-110.

« Le "constitutionnalisme" est donc lui-même l'outil privilégié d'une *idéologie démocratique et libérale*. Les expressions "monarchie constitutionnelle" ou "démocratie constitutionnelle" n'expriment pas autre chose que cette fonction de limitation du pouvoir assignée à la constitution. Les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'hésitaient pas à écrire, en son article 16, que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution", ce qui sous-entend qu'il déniaient tout caractère constitutionnel à l'Ancien Régime qu'ils abattaient. Cette affirmation est bien entendu, *fausse et inacceptable*. » Nous soulignons. Anne-Marie LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, 9e éd., Economica, 2018, p. 34.

3380« [L'affirmation contenue dans l'article 16] accorde une confiance naïve et aveugle dans la proclamation écrite de principes démocratiques et libéraux (qui les révolutionnaires eux-mêmes s'empresseront de piétiner) » Anne-Marie LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, éd. cit., p. 34.

« Pourtant, cette affirmation [de l'article 16] s'avère politique inconsistante, révélant une confiance démesurée dans les dispositions du droit écrit. » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, éd. cit., p. 110.

3381« Nous avons insisté sur cette conception originale de la Constitution *naturelle*, que nous retrouverons bientôt. A la réflexion même, nous la qualifierons plutôt de notion *traditionnelle* de Constitution, pour marquer à quel point celle-ci est subordonnée à l'histoire politique et à l'évolution de la collectivité qu'elle régit. » Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 8.

3382*Ibid.*, p. 30.

conceptions de la constitution : la constitution comme ordre de valeurs, la constitution comme ensemble de rapports de forces et la constitution comme ensemble de règles issues de la tradition : la constitution serait donc tout à la fois le résultat de « l'esprit d'un peuple », d'un ensemble de rapports de forces entre groupes sociaux au sein de la société et un ensemble de normes qui se déduiraient de la tradition. Ces deux premières conceptions de la constitution sont appelées par Paolo Comanducci, « modèle *axiologique* de la constitution conçue comme ordre » et « modèle *descriptif* de la constitution conçue comme *ordre* artificiel »³³⁸³. La troisième conception correspond davantage à la notion de « lois fondamentales » fréquemment évoquée pour décrire ce que serait la constitution coutumière de la France.

Dans les discours doctrinaux sur la notion traditionnelle de constitution, ces trois modèles, ou deux de ces trois modèles sont fréquemment mêlés. Par exemple, la référence à la « constitution matérielle » renvoie souvent à la fois à la description de l'ensemble des rapports de forces, et à celle de l'ensemble des lois fondamentales, c'est-à-dire aux deuxième et troisième conceptions sans que les deux soient toujours clairement distinguées.

L'analyse de ces modèles et des références mobilisées pour les présenter laisse apparaître que leur construction est postérieure à la Révolution, ou du moins qu'ils ne furent pas l'objet d'un discours dominant ou hégémonique avant la Révolution. L'idée que la notion patriote de constitution s'est construite contre ces modèles semble donc largement affaiblie.

764. Le premier modèle, la constitution comme « ordre de valeurs », est généralement présenté comme la plus ancienne définition de la notion de constitution³³⁸⁴. Néanmoins, les exemples utilisés pour exposer ce modèle sont habituellement tirés d'auteurs de la Contre-révolution tels que Burke, Maistre et Hegel³³⁸⁵. Paolo Comanducci présente d'ailleurs ce modèle comme résultant des « idées de constitution élaborées, à la fin du XVIII^e siècle, par certains philosophes traditionalistes et contre-révolutionnaires, dont les plus célèbres sont sans doute Burke et Maistre »³³⁸⁶. Il semble donc que cette conception de la constitution comme ordre de valeurs soit une construction postérieure à la Révolution, ou du moins que le rattachement de cette « théorie » à la notion de constitution soit

3383 Paolo COMANDUCCI, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 25.

3384 Voir par exemple Pierre BRUNET, « Constitution », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]

3385 Pierre BRUNET, « Constitution », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]

3386 Paolo COMANDUCCI, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 28.

l'oeuvre des contre-révolutionnaires³³⁸⁷. Il n'est donc pas possible d'analyser l'article 16 et la pensée patriote comme une réaction à une pensée qui n'était ni développée ni majoritaire à la veille de la Révolution.

Le deuxième modèle présenté par Paolo Comanducci est le modèle descriptif de constitution comme ordre artificiel ; il est quant à lui postérieur à la Révolution. Paolo Comanducci souligne qu'il « n'est pas non plus présent à l'état pur au XVIII^e siècle »³³⁸⁸. Cette conception de la constitution comme description neutre des rapports de force semble être dégagée partiellement du modèle hégélien³³⁸⁹ et elle est liée à une lecture marxiste des rapports sociaux. Une première expression synthétique de ce modèle peut être attribuée à Ferdinand Lassalle qui, au cours d'une conférence donnée en 1862, définit la constitution comme « les *rappports de force réels* existant dans un pays »³³⁹⁰. Là encore, il ne paraît pas possible de considérer que la notion de constitution à la Révolution se soit construite contre ce modèle qui lui est largement postérieur.

La doctrine juridique ne distingue d'ailleurs pas toujours ces deux conceptions de la constitution comme ordre (ordre de valeurs ou ordre artificiel). Par exemple, Joseph-Barthélemy présente ensemble, dans son *Précis de droit constitutionnel*, les conceptions de Bonald et Lassalle, car tous deux sont opposés au constitutionnalisme écrit ou du moins mettent en évidence ses limites³³⁹¹.

765. Ces deux modèles de constitution sont également mêlés à un troisième élément : l'idée que la constitution serait un ensemble de règles produites par la tradition. Là encore les auteurs de référence qui sont cités sont postérieurs à la Révolution Pierre Duclos présente Joseph de Maistre comme un représentant de la conception traditionnelle de la constitution : « Joseph de Maistre se représente encore la Constitution, comme essentiellement et nécessairement traditionnelle et non-écrite »³³⁹². L'emploi de l'adverbe « encore » dénote bien l'idée que la définition de Maistre est

3387 Voir *infra*, ce Chapitre, Section 2, § 2, A.

3388 Paolo COMANDUCCI, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle », *loc. cit.*, p. 34.

3389 Noberto BOBBIO, « Sur la notion de constitution chez Hegel » in *Revue européenne des sciences sociales*, cahiers Vilfredo Pareto, XVIII, 1980, n° 52, *Annales de philosophie politique*, n° 12, 1980, Droz, 1980, p. 133.

3390 Ferdinand LASSALLE, « Qu'est-ce qu'une Constitution ? » in *Quatrième Internationale*, n° 4, novembre 1958.

3391 « On ne peut parler des constitutions écrites sans nommer l'adversaire déterminé du système, M. de Bonald. Ce philosophe catholique et royaliste criblait de sarcasmes cette prétention des hommes d'écrire, noir sur blanc, la constitution d'un pays. Les institutions, d'après lui, sont créées par la tradition et doivent sortir du fond de l'histoire. Qu'il y ait quelque âme de vérité dans cette doctrine conservatrice, ce n'est pas douteux. La continuité est une des grandes règles de la vie politique, et le constituant doit tenir compte de l'histoire et de la tradition. Mais ce qui a été créé par la tradition peut être changé, même dans le sens du bien, par la volonté réfléchie des hommes.

« Le socialiste Lassalle, disciple de Karl Marx, dans son discours sur "l'essence de la constitution" (1862), exprimait une idée voisine de celle de Bonald en disant que les constitutions ne font qu'exprimer les rapports des forces réelles existant dans un pays. » JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, 4^e éd., Dalloz, 1938, p. 107-108.

3392 Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 7.

conçue, par les lecteurs des XX^e et XXI^e siècles, comme « archaïque » et moins moderne que la définition « révolutionnaire ». Elle donne aussi à la définition de Maistre l'apparence d'une neutralité puisque la constitution ne serait pas liée à un idéal spécifique, mais simplement à un ensemble de traditions. Cette présentation tend à enlever tout caractère polémique aux affirmations de Maistre, qui est simplement présenté comme un auteur aux représentations dépassées. Elle conduit également à projeter les conceptions des contre-révolutionnaires sur l'ancienne France. Là encore, la définition de la constitution comme ensemble de traditions n'était pas une représentation dominante avant la Révolution. Il n'est pas possible de considérer que la notion « révolutionnaire » de constitution se construise contre cette conception de la constitution comme ensemble de traditions.

766. Le dernier argument pour justifier ce modèle de constitution est la présentation des lois fondamentales. L'existence d'un discours sur les lois fondamentales et leur possible description par le juriste contemporain apporterait la preuve de l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime. Pierre Duclos écrit ainsi :

« Il paraît donc certain que le mot “Constitution” n'avait pas, en France, aux approches des Etats Généraux, le sens technique qu'il revêt de nos jours. Il ne signifiait pas autre chose que la manière d'être traditionnelle de l'Etat. Les lois fondamentales du royaume constituaient le dépôt de l'expérience monarchique ; à la plupart d'entre elles, à celles au moins qui avaient trait au régime proprement dit, on pouvait appliquer l'épithète de “naturelles” »³³⁹³

Dans cette présentation se mêlent la question de l'existence d'un ensemble de règles qu'il serait possible de qualifier aujourd'hui de constitution matérielle et la question de la signification de la notion de constitution à la Révolution. Cette confusion est très fréquente dans la doctrine juridique. Pourtant, l'existence d'une théorie des lois fondamentales qui correspondrait à un certain concept de constitution, défini en 2019, ne préjuge en rien de la signification de la notion de constitution en 1789. L'existence des « lois fondamentales » ne permet pas à elle seule d'invalider l'affirmation d'après laquelle l'Ancien Régime n'avait pas de constitution, ou plutôt il n'est pas possible d'en inférer que les patriotes avaient tort d'affirmer que « la France n'a pas de constitution ». Cette affirmation ne peut être évaluée que dans son contexte d'énonciation. Si la constitution ne désignait pas un ensemble de règles issues de la tradition, mais, par exemple, un acte émané de la nation en vue de réglementer l'exercice du pouvoir politique, alors la proposition « la France n'a pas de constitution » peut être considérée comme vraie dans son contexte d'énonciation. Il est anachronique d'utiliser une définition de constitution construite postérieurement à la

³³⁹³*Ibid.*, p. 30.

Révolution pour évaluer un énoncé de la Révolution. Réciproquement, l'usage idéologique ou polémique de la notion de constitution à la Révolution ne dit rien de l'existence d'une constitution d'après les standards contemporains. En conséquence, l'analyse de l'ordre politique de l'Ancien Régime et la détermination de l'existence d'une constitution, d'après ces critères, ne peuvent permettre de déterminer qu'en 1789 un groupe de personnes avait tort ou raison d'affirmer que la France n'avait pas de constitution, car l'identité du mot ne dit rien de l'identité des concepts dont il est le support.

Cette approche de la définition de la constitution de la monarchie par la présentation des lois fondamentales occulte aussi le plus souvent la crise que connaît la notion de lois fondamentales elle-même au XVIII^e siècle³³⁹⁴. Cette notion est profondément redéfinie et conceptualisée par les théoriciens politiques, de telle sorte qu'elle ne correspond plus à la présentation traditionnelle des lois fondamentales, et les parlements d'Ancien Régime tentent d'en étendre largement la définition. La constitution patriote ne s'est donc pas construite contre ce modèle de constitution traditionnelle composée des lois fondamentales, qui était déjà largement dépassé à la Révolution. Le démantèlement de l'ordre traditionnel est l'oeuvre des institutions de l'Ancien Régime, du Roi, de ses ministres et des parlements³³⁹⁵.

767. La doctrine juridique est le plus souvent conduite à s'appuyer sur des auteurs postérieurs à la Révolution pour expliquer la construction de la notion de constitution à la Révolution. Cette analyse est rétrospective puisque les auteurs et acteurs de la Révolution ne pouvaient construire leur idéologie contre des discours qui leur sont postérieurs. Cette lecture rétrospective de l'histoire des idées peut s'expliquer pour au moins deux raisons.

En premier lieu, les conceptions présentées par les contre-révolutionnaires³³⁹⁶, souvent mobilisées pour faire une lecture des conceptions des révolutionnaires, peuvent sembler vieilles, traditionalistes et, dans une certaine mesure, dépassées. Il semble alors plus « logique » que leurs conceptions soient antérieures à celle des révolutionnaires. De plus, l'idée d'une conception révolutionnaire construite contre une conception neutre et traditionnelle et lui succédant dans le temps offre également l'image d'un récit plus satisfaisant, donnant à voir une certaine idée du progrès.

3394« La monarchie a bien une constitution, étant réglée en particulier par les “Lois fondamentales du Royaume” qui déterminent strictement l'organisation du pouvoir souverain (son caractère monarchique, l'indisponibilité et la continuité de la Couronne, la nationalité de son titulaire), son mode de dévolution (la “loi salique”, l'hérédité de mâle en mâle par ordre de primogéniture), son principe (la catholicité du roi) et ses limites (l'inaliénabilité du domaine de la Couronne). » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, éd. cit., p. 111.

3395Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1.

3396Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

En second lieu, cette présentation permet de poser à la Révolution des questions actuelles. Elle conduit par exemple à considérer que le débat prérévolutionnaire sur la notion de constitution semble « circonscrire un problème essentiel de la moderne doctrine de la constitution : le rapport entre la constitution matérielle et la constitution idéale d'une communauté politique. »³³⁹⁷ Cette opposition entre constitution matérielle et constitution idéale est utilisée comme grille de lecture pour lire les écrits de la Prérévolution, mais elle ne correspond pas aux lignes de partage et d'opposition de cette période. Il s'agit davantage d'une « tentation téléologique »³³⁹⁸. L'opposition entre une notion neutre et descriptive de constitution et une notion idéologique est en réalité une construction postérieure à la Révolution. En France, elle est clairement formulée par les premiers théoriciens du droit constitutionnel que sont Pellegrino Rossi et Berriat-Saint-Prix³³⁹⁹.

La représentation de la notion de constitution à la Révolution, et la lecture de l'article 16 qui en est faite en conséquence, sont le résultat d'une construction doctrinale des contre-révolutionnaires, reprise et dépolitisée par les premiers constitutionnalistes³⁴⁰⁰. Par la suite, cet ensemble de représentations paraît s'être transmis, ce qui explique la lecture actuelle de l'article 16. Cette représentation est alors utilisée dans le débat sur l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime.

B. L'invocation de l'article 16 dans le débat historiographique sur l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime

768. L'idée que l'article 16 imposerait une définition normative de la constitution face à une définition descriptive de cette notion est aujourd'hui généralement admise. L'article 16 est alors utilisé comme un argument dans le débat sur la notion de constitution : la Révolution aurait imposé une notion révolutionnaire contre une notion traditionnelle préexistante. Deux questions sont alors souvent mêlées : d'une part, celle de savoir si la France avait ou non une constitution avant 1789 et, d'autre part, celle de savoir s'il existait un concept de constitution neutre et descriptif avant la Révolution. Les historiens de l'Ancien Régime s'opposent alors souvent aux historiens de la Révolution³⁴⁰¹.

Les premiers considèrent que la France avait une constitution reposant sur l'absolutisme monarchique, tempéré par les lois fondamentales. Si la notion de constitution n'est pas employée, cela n'empêcherait pas une recherche sur les normes encadrant le pouvoir royal dans l'ancienne

3397 Marina VALENSISE, « La constitution française », loc. cit., p. 460.

3398 *Ibid.*

3399 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, B.

3400 Voir *infra, ibid.*

3401 Sur cette question voir notamment François SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » in *Droits*, n° 32, 2000, p. 7.

France. La notion de constitution telle que la comprendraient les révolutionnaires correspondrait à la définition suivante : elle serait, d'après Roland Mousnier, « contenue dans une loi écrite, fondamentale et systématique »³⁴⁰² et imposerait « certaines conditions précises aux relations entre les pouvoirs et à celles qui se forment entre les gouvernement et les citoyens »³⁴⁰³. Le contre-argument le plus opposé face au caractère insatisfaisant de cette définition est que l'Angleterre n'aurait alors pas de constitution : « Le malheur pour cette théorie, c'est que, d'après elle, le pays le plus constitutionnel du monde, l'Angleterre, n'aurait jamais eu de constitution. »³⁴⁰⁴ Ici se mêlent donc les arguments tirés de la définition de la notion de constitution à la Révolution et ceux liés à l'existence d'un objet correspondant à un concept prédéterminé de constitution. Le raisonnement est le suivant : si l'Angleterre, qui n'a pas de constitution écrite, peut avoir une constitution, alors la France, avant qu'elle n'ait une constitution écrite, pouvait aussi en avoir une. La constitution est alors employée dans le sens d'ensemble de règles qui régissent l'exercice du pouvoir politique.

Les seconds estiment que la notion de constitution ne peut être employée que pour décrire un acte qui organise une réglementation exhaustive du pouvoir. En conséquence, la constitution défendue par les historiens de l'Ancien Régime serait tout aussi inexistante que celle dont se prévalaient les opposants à la Révolution³⁴⁰⁵. L'historien devrait donc éviter de se laisser séduire par les discours de l'ancienne monarchie : « il faut bien entendu éviter de lui donner une allure de système et de la reprendre aujourd'hui en se persuadant que l'ancienne France avait bien une constitution qui tenait “à sa manière d'être” »³⁴⁰⁶. Une telle entreprise remplirait « une évidente fonction idéologique : celle de relativiser l'apport de la modernité et de l'œuvre de la Révolution »³⁴⁰⁷. Ce serait dépouiller le concept de constitution de son caractère juridique et le dissocier de l'idée d'une réglementation du pouvoir³⁴⁰⁸. La notion de constitution resterait donc un outil pour déterminer si un régime est légitime comme l'illustre l'exemple choisi par Michel Pertué : « La France de Vichy, qui avait aussi sa *manière d'être*, son ordre et sa cohésion, avait-elle

3402 Roland MOUSNIER, « Comment les Français du XVII^e siècle voyaient la constitution » in « Comment les Français voyaient la France au XVII^e siècle », *XVII^e siècle*, n°25-26, Bulletin de la Société d'étude du XVII^e siècle, Paris, 1955, p. 9-10.

3403 *Ibid.*

3404 *Ibid.*

3405 « Mably comme Turgot, Mounier comme Sieyès, considéraient la “constitution” que leurs adversaires cherchaient à défendre comme une chimère et les constituants prononcèrent un jugement définitif : “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.” (art. 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). » Michel PERTUÉ, « La notion de constitution à la fin du 18^e siècle » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle. Journée d'études du 23 novembre 2002* sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 39.

3406 *Ibid.*, p. 43.

3407 *Ibid.*

3408 « Notre vieille monarchie militaire, essentiellement occupée à tenir son empire et à faire la guerre aux autres, obéissait avant tout à la raison d'État (et non du droit), n'exigeait par conséquent aucune interprétation juridique et la rendait même impossible puisque son action était dirigée par le principe d'opportunité » *Ibid.*

pour autant une constitution ? »³⁴⁰⁹. La constitution est ici comprise comme un ensemble de règles régissant le pouvoir, mais il ne s'agit pas de n'importe quelle réglementation, mais d'une réglementation exhaustive du pouvoir, où ce dernier ne peut agir que dans les conditions juridiquement prédéterminées : « un État est véritablement “constitué” quand on procède à la mise à distance d'une organisation de pouvoir objectivement déterminés par des normes spécifiques. »³⁴¹⁰ L'existence d'une constitution n'est pas simplement caractérisée par celle d'un pouvoir limité, mais par un pouvoir défini et réglementé. D'après cette définition, l'ancienne France serait « une société foncièrement non-constitutionnelle »³⁴¹¹. Là encore, la définition de la notion de constitution est mêlée à celle de l'existence d'un concept de constitution sous l'Ancien Régime. Comme l'Ancien Régime serait dépourvu d'une constitution, la notion de constitution ne pourrait être définie que d'après la perspective des révolutionnaires.

Le débat se résout inévitablement dans cette alternative : soit l'Ancien Régime avait une constitution, et il existait un concept coutumier de constitution, soit l'Ancien Régime n'avait pas de constitution, et il n'existe qu'un concept de constitution : celui produit par la Révolution. L'article 16 sert alors d'argument dans le débat. Pour les deux courants, il permet de déterminer une ligne de partage : soit on adhère à la définition de l'article 16 qui aurait fixé la véritable signification de la constitution, soit on considère que cette définition n'est qu'une innovation, qu'une des conceptions de la constitution³⁴¹². L'article 16 s'impose comme incontournable pour définir cette conception révolutionnaire et normative de la constitution.

3409 *Ibid.*, en note.

3410 *Ibid.*, p. 42.

3411 *Ibid.*, p. 43.

3412 « Le débat des contemporains a été prolongé par les historiens jusqu'à maintenant : l'ancienne France avait-elle ou n'avait-elle pas de constitution ? [...] les constituants prononcèrent un jugement définitif : [...] Largement partagée par les historiens de la Révolution qui la défendirent et par les publicistes, cette opinion fut évidemment combattue par l'historiographie contre-révolutionnaire mais aussi contredite par les spécialistes de l'ancienne France qui ne pourraient se résoudre à étudier un pays soumis à un gouvernement de fait pendant des siècles. L'argumentation classique sur les lois fondamentales du royaume et sur la distinction à opérer entre absolutisme et despotisme a été renouvelée ces dernières années par plusieurs historiens anglo-saxons qui, en recherchant très en amont les fondements du libéralisme politique, ont élaboré la notion nouvelle de constitutionnalisme médiéval (*medieval constitutional government*). » Michel PERTUÉ, « La notion de constitution à la fin du 18^e siècle », loc. cit., p. 39-40.

« Pour eux, une constitution n'existe que si elle répond aux deux conditions suivantes : être contenue dans une loi écrite, fondamentale et systématique ; imposer certaines conditions précises aux relations entre les pouvoirs et à celles qui se forment entre les gouvernement et les citoyens. C'est cette dernière exigence que précise la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (art. 16) : « Toute société, dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution ». Les premières constitutions auraient donc été celles que se sont données plusieurs colonies anglaises d'Amérique en 1776, puis la Constitution des États-Unis en 1787, puis la Constitution française en 1791. dans le dernier quart du XVIII^e siècle, le monde de civilisation européenne serait entré dans un “âge constitutionnel” » Roland MOUSNIER, « Comment les Français du XVII^e siècle voyaient la constitution », loc. cit., p. 9-10.

C. L'invocation de l'article 16 pour déterminer la « véritable » signification de la notion de constitution

769. Ce débat de l'historiographie révolutionnaire s'est étendu aux constitutionnalistes³⁴¹³. L'accusation de l'utilisation idéologique de la notion de constitution se trouve ainsi tant chez les opposants à la définition de la constitution donnée par l'article 16 que chez leurs partisans, ces deux partis tentant de définir le sens véritable de cette notion. Cette question de la véritable signification de la notion de constitution s'étend au droit constitutionnel moderne (1). Ce problème soulève, d'une manière plus générale, la question de la distinction entre les concepts idéologiques et scientifiques (2). Cette tension entre un concept neutre et scientifique de constitution et un concept idéal de constitution se résout généralement, dans la doctrine constitutionnaliste, par la juxtaposition de ces deux conceptions, sans que l'une ou l'autre ne soit clairement retenue (3). D'une manière similaire, l'article 16 est utilisé dans le débat sur l'existence ou l'inexistence de la constitution européenne (4).

1. L'utilisation de l'article 16 pour déterminer la « véritable » signification de la notion de constitution

770. Certains constitutionnalistes considèrent que tout État a une constitution et que telle est le véritable sens de la notion de constitution : comme tout État a donc une constitution, l'article 16 contient une proposition fautive³⁴¹⁴.

D'autres plaident au contraire en faveur du respect de la conception révolutionnaire de la notion de constitution. Selon Giovanni Sartori, elle serait la véritable notion de constitution. Il refuse ainsi l'idée d'un dualisme de la notion de constitution qui signifierait à la fois l'ordre politique de tout État et un certain ordre politique idéal :

« "constitution" n'est en aucune façon né comme un concept à double visage. Le terme fut re-conçu, adopté et chéri non parce qu'il signifiait simplement "ordre politique", mais parce qu'il signifiait bien

3413« Paradoxalement, une partie des historiens du droit constitutionnel reste convaincue qu'il ne saurait y avoir de recherche pertinente tant que le mot constitution – débarrassé de son sens romain – est absent du lexique du droit politique. On ne pourrait étudier les questions constitutionnelles en France qu'à partir des années 1750, lorsque le vocable apparaît dans une acception qui préfigure le constitutionnalisme révolutionnaire. Avant cette époque, la limitation du pouvoir pourrait être appréhendée de façon juridique, mais sans que l'on ait affaire à du droit constitutionnel. Il est vrai qu'est largement reçue la conviction des Constituants pour qui "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution" (art. 16 de la Déclaration de 1789). Cependant, le Moyen Âge a attiré depuis plusieurs décennies l'attention des chercheurs qui étudient ce que l'on a baptisé prudemment le constitutionnalisme médiéval. » François SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » in *Droits*, n° 32, 2000, p. 7.

3414« Quoi qu'on dise, tout État, même archaïque ou autoritaire, est organisé suivant certaines règles qui le "constituent" comme tel. » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, éd. cit., p. 110.

« [L'affirmation contenue dans l'article 16] méconnaît que tout État, fût-il despotique, archaïque ou totalitaire, est doté d'un statut, implicite ou explicite, qui le "constitue" tel quel et mérite donc le nom de constitution même s'il ne correspond pas aux canons du constitutionnalisme libéral. [...] Un État national-socialiste, communiste, islamique ou même une république bananière a évidemment une constitution au même titre qu'une démocratie libérale. » Anne-Marie LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, éd. cit., p. 34.

plus, parce qu'il signifiait "liberté politique". [...] Parce qu'il dénotait un ordre politique particulier qui protégerait leurs libertés ; ou – pour paraphrase l'heureuse terminologie de Friedrich – parce que non seulement il "donnait une forme", mais aussi "limitait" l'action gouvernementale.

« L'idée que cette signification spécifique, *garantiste*, dérive d'une signification préexistante large et indéterminée est une illusion d'optique, qui a été suggérée – je crois – par les commentateurs et traducteurs d'Aristote. »³⁴¹⁵

Il refuse donc le concept de constitution matérielle au profit d'un concept de constitution idéale. Là encore l'article 16 lui sert de témoin :

« Maintenant, il est indéniable que l'ensemble de la tradition américaine a compris "constitution" comme un moyen d'avoir un "gouvernement limité". C'est également vrai, dès l'origine, pour le constitutionnalisme français faut-il rappeler l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 ? Ou, pour la période suivante, Benjamin Constant ? »³⁴¹⁶

Il y aurait une relative unité du constitutionnalisme libéral qui aurait conféré sa véritable signification à la notion de constitution. La conception de constitution matérielle ne serait qu'une extension de la signification originelle de la notion de constitution.

2. Le problème de la distinction des concepts idéologiques et scientifiques

771. L'utilisation de l'article 16 dans un débat sur la « véritable » notion de constitution procède souvent d'un problème méthodologique plus large de définition des concepts. Régine Robin a clairement présenté ce problème s'agissant de l'histoire, mais il semble que ces considérations sont transposables au champ du droit constitutionnel :

« Un problème de définition sur lequel j'ai quelque peu insisté dans mon travail est celui de la séparation rigoureuse à opérer entre l'utilisation que les hommes d'une époque font d'un terme dans la langue courante ou dans la langue savante, utilisation qui se fait en fonction d'une idéologie bien précise, et un concept opératoire utilisable dans une discipline qui se constitue en tant que science, c'est-à-dire qui fonde et définit son objet, sa méthode et son langage propre autorisant la connaissance de cet objet.

« La malédiction des sciences de l'homme, a-t-on dit, est d'avoir affaire à un objet qui parle. C'est vrai de l'histoire comme de la sociologie. C'est que non seulement les hommes parlent, mais se définissent, se classent, réfléchissent sur leur propre histoire dans le cadre d'une histoire non scientifique. [...] C'est le

3415[T.d.A.] « *And "constitution" was in no way born as a Janus-faced concept. The term was re-conceived, adopted and cherished not because it merely meant "political order," but because it meant much more, because it meant "political freedom." We may put it thus: because it denoted the distinctive political order which would protect their liberties; or- to paraphrase Friedrich's felicitous wording - because it not only "gave form" but also be - cause it "limited" governmental action.*

« *The idea that this specific, *garantiste*, meaning derives from a preexisting wide, unspecified meaning, is an optical illusion, which has been suggested - I believe - by the commentators and translators of Aristotle.* » Giovanni SARTORI, « Constitutionalism: A Preliminary Discussion » in *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), American Political Science Association, p. 860.

3416[T.d.A.] « *Now, it is undeniable that the whole of the American tradition has understood "constitution" as a means for "limited government." The same is true, from the outset, for French constitutionalism (should one be reminded of article 16 of the Declaration of Rights of 1789? Or, for the following period, of Benjamin Constant? » Ibid.*

propre d'une histoire installée dans l'idéologie que d'identifier l'utilisation qu'une époque donnée fait d'un terme à un concept scientifique. »³⁴¹⁷

La démarche suggérée par Régine Robin repose ainsi sur la dissociation stricte, d'une part, des notions idéologiques et, de l'autre, des notions scientifiques. Il serait donc souhaitable de distinguer la notion idéologique de constitution, telle qu'elle est pensée à la Révolution, et la notion scientifique de constitution, telle que l'utilisent les constitutionnalistes.

Cette démarche n'est toutefois pas admise par certains constitutionnalistes. Giovanni Sartori la réfute explicitement. Pour lui, les définitions, lorsqu'elles ont un référent historique, sont les « dépôts de l'expérience passée forgée par une pratique ancienne »³⁴¹⁸. La signification de « constitution » aurait donc « été décidée par l'expérience historique, et [devrait] être déterminée par une recherche suffisante et un raisonnement avisé ». D'après cette théorie, un terme ne peut donc changer de signification, puisque cette signification a été historiquement déterminée et si le sens originel de ce terme n'est plus en usage, il est « correct et même nécessaire de dire : voilà ce que le terme constitution *doit* vouloir dire (car sinon il ne veut plus rien dire, ou il est superflu, ou trompeur, ou peu importe) »³⁴¹⁹. Il conviendrait donc de lier le concept scientifique de constitution au concept historique et idéologique de constitution. Cette attaque est dirigée contre la perspective kelsenienne de la constitution et contre un emploi idéologique à mauvais escient : « l'équivalence "constitution = toute forme d'état" n'est donc pas un concept plus ancien, mais en fait un récent relâchement du concept, qui reflète soit l'illusion juridique d'atteindre un droit "purifié", universel et dépolitisé, soit le but d'exploiter le mot constitution comme mot-piège. »³⁴²⁰ Selon cette logique, les constitutionnalistes seraient liés par la signification historique de la notion de constitution. Une position si radicale n'est pas pleinement admise par la plupart des constitutionnalistes, mais elle n'est pas non plus, le plus souvent, ouvertement rejetée.

772. Le débat sur le véritable sens de la notion de constitution et sa signification initiale surdétermine la question de la signification de la notion de constitution dans le cadre du droit constitutionnel. L'article 16 joue alors, ici aussi, le rôle de témoin. Il est considéré soit comme

3417 Régine ROBIN, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970, p. 17-18.

3418 [T.d.A.] « *In my view definitions are not private conventions of each speaker, but (whenever they have a historical referent) storehouses of past experience shaped by former practice.* » Giovanni SARTORI, « Constitutionalism: A Preliminary Discussion », loc. cit., p. 858.

3419 « *The meaning of "constitution" has been decided by historical testing, and has to be ascertained by adequate information and sound thinking. And if these criteria bring us to a definition which no longer receives common acceptance, then it is not only right but necessary to say: This is what the term constitution ought to mean (for otherwise it is meaningless, or superfluous, or deceiving, or whatever).* » Ibid., p. 859.

3420 « *The equivalence "constitution = any state form" is therefore not the older but indeed a recent loosening up of the concept, reflecting either the juridic illusion of attaining a "purified," universal depoliticized right, or reflecting the purpose of exploiting the word constitution as a trap word.* » Ibid., p. 863.

l'article dépositaire d'un vrai sens initial, soit la preuve de l'idéologie révolutionnaire. Ce débat est en outre saisi tant par les juristes que par les spécialistes de la science politique qui souvent discutent mutuellement leurs concepts comme s'ils étaient interchangeables d'une discipline à l'autre.

3. La juxtaposition des conceptions matérielle et idéale de la constitution dans la doctrine constitutionnaliste

773. La réconciliation de ces deux conceptions de constitution se résout le plus souvent dans la présentation d'une notion de constitution relativement neutre, d'une part, et du constitutionnalisme, de l'autre³⁴²¹.

Toutefois, la notion de constitution est habituellement présentée à la fois comme correspondant à un certain idéal et comme s'appliquant à toute forme d'État. Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel définissent ainsi la notion de constitution comme étant, d'une part, un « mot magique et caractéristique de l'État de droit »³⁴²² et « le bien le plus précieux »³⁴²³ et, d'autre part, « l'ensemble des règles les plus importantes de l'État, ou si l'on préfère, l'ensemble des règles juridiques qui ressortissent logiquement au droit constitutionnel. »³⁴²⁴ Lorsqu'il s'agit de présenter la constitution comme « l'achèvement du processus de *rationalisation* et plus encore de *nationalisation* du pouvoir »³⁴²⁵, ils citent l'article 16. Néanmoins, ils considèrent également que « tout État, du fait qu'il existe, possède nécessairement une constitution. »³⁴²⁶ Les juristes procèdent donc souvent à la juxtaposition de ces deux concepts de constitution sans pour autant les discuter à proprement parler ou sans choisir clairement l'un ou l'autre.

774. Un autre exemple peut être donné par la préface d'Adhémar Esmein à la deuxième édition de ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, dans laquelle il précise :

« j'ai voulu étudier les constitutions, et celles-là seulement, qui "ont la liberté politique pour objet direct", selon le mot de Montesquieu. Elles me paraissent faciles à distinguer : ce sont celles qui ont proclamé et pris pour base le principe de la souveraineté nationale (quelle que soit d'ailleurs la forme de gouvernement qu'elles organisent), et celles des monarchies, qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet. »³⁴²⁷

Une telle définition vise à exclure la « Constitution de l'Empire d'Allemagne et celles de la

3421 Voir par exemple, Olivier BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme » in *Dictionnaire de philosophie politique* sous la direction de Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, 3e éd., Quadrige / P.U.F., 2003, p. 133.

3422 Jean GICQUEL, Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32e éd., L.G.D.J., 2018, p. 223.

3423 *Ibid.*, p. 224.

3424 *Ibid.*, p. 225.

3425 *Ibid.*, p. 223.

3426 *Ibid.*, p. 225.

3427 Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 1909, p. XX.

plupart des États particuliers qui le composent »³⁴²⁸ de son champ d'étude. Ainsi, les constitutions allemandes sont bien qualifiées de « constitution », mais elle n'entrent pas pour autant dans le champ de l'étude du droit constitutionnel.

775. Ultérieurement, des raisonnements similaires visèrent à exclure ce champ d'étude les constitutions soviétiques ou, d'une manière générale, les constitutions considérées comme « non-démocratiques ». Jacques Cadart établit ainsi une hiérarchie entre les constitutions qui méritent une étude approfondie, car elles garantissent la liberté, et les autres. Il reconnaît alors un sens originel à la notion de constitution qui aurait été fixé par Montesquieu et l'article 16 :

« Tout État est donc régi par une constitution, dont l'étude est toujours éclairante. Pourtant les constitutions démocratiques sont de beaucoup les plus intéressantes, car elles garantissent la liberté, et elles sont à la pointe du progrès dans l'organisation des sociétés. D'ailleurs le mot "constitution" qui, dans nos disciplines, n'est guère utilisé avant le XVIII^e siècle, avant Montesquieu approximativement, avait originellement, à cette époque précisément, un autre sens que le sens actuel : il désignait les règles des régimes politiques protégeant, proclamant, garantissant et organisant la liberté.

« C'est dans ce sens que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 emploie ce mot, notamment dans son article 16, très remarquable et très significatif de cet esprit : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Dans ce texte, la "constitution" est entendue dans un sens très restrictif : c'est l'ensemble des règles régissant les organes supérieurs de l'État libéral, de l'État garantissant et organisant la protection de la liberté, par la séparation des pouvoirs.

« Si cette définition n'est plus conforme au sens actuel, les constitutions qui sont surtout examinées dans cet ouvrage, sont pour la plupart des textes poursuivant ces buts en organisant la liberté et la démocratie. »³⁴²⁹

Le raisonnement suivi est ici similaire à celui d'Adhémar Esmein : il reconnaît l'extension de la signification de la notion de constitution et l'idée que tout État est doté d'une constitution. Néanmoins, la notion idéale de constitution, fixée par le constitutionnalisme libéral, permettrait de délimiter le corpus pertinent de l'étude du droit constitutionnel. Cette présentation conduit en premier lieu à considérer le constitutionnalisme libéral comme unitaire : le libéralisme de Montesquieu serait le même que celui des rédacteurs de l'article 16. En second lieu, l'équipollence du libéralisme et de la démocratie semble ici présumée³⁴³⁰.

3428 *Ibid.*, p. XXI.

3429 Nous soulignons. Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 113.

3430 « Notre ouvrage recouvre l'ensemble des institutions politiques, mais il étudie de manière privilégiée les institutions et le droit constitutionnel de la liberté, les institutions entièrement soumises à la suprématie du droit des systèmes politiques garantissant la liberté effective, autrement dit les institutions de la démocratie, les institutions les plus perfectionnées et les plus complexes de l'univers et de l'histoire, celles qui sont aussi pleinement que possible au service de toute personne : montrer leur réussites, leurs faiblesses et les voies de leurs progrès est notre but

776. Dans la préface à la première édition du précis de *Droit constitutionnel*, rédigé collectivement, Louis Favoreu fait état de cet embarras des constitutionnalistes qui souhaitent tout à la fois donner une présentation scientifique des systèmes constitutionnels existants et répugnent à qualifier de constitutionnels certains régimes politiques :

« Sans doute aussi sera-t-il regretté qu'une place insuffisante ait été faite à certaines théories et conceptions politiques ainsi qu'à certains systèmes étrangers. Le reproche sera sans doute fondé : ainsi n'est-il pas question des régimes marxistes ; mais, pour avoir été, pendant des années, contraint d'exposer sans conviction aux étudiants le "droit constitutionnel" des pays de l'Est, je me suis félicité d'avoir tardé à rédiger ce manuel, car la chute du mur de Berlin nous a ainsi évité d'avoir à en parler : cela me paraît plus relever encore aujourd'hui de la science politique que du droit constitutionnel. »³⁴³¹

La doctrine juridique reste donc souvent ambivalente entre une notion de constitution neutre et descriptive et un idéal du constitutionnalisme. Cette ambivalence semble donc refléter les préoccupations de la doctrine constitutionnelle contemporaine, bien plus qu'elle ne repose sur l'existence d'un rapport d'opposition au XVIII^e siècle, comme l'illustre l'affirmation de Jean Gicquel et de Jean-Éric Gicquel d'après laquelle la constitution aurait « pris sa revanche sur le parti unique (européen et africain) qui l'avait mutilée »³⁴³².

4. L'utilisation de l'article 16 dans le cadre du débat sur l'existence de la constitution européenne

777. Cette idée d'une « vérité » de la notion de constitution se retrouve à l'occasion du débat sur l'existence d'une constitution européenne. Les opposants à l'emploi du terme de constitution pour qualifier l'organisation politique de l'Union font à nouveau valoir l'historicité de la notion de constitution, qui serait liée à celle d'État³⁴³³.

Cette historicité est utilisée pour refuser de qualifier l'Union d'ordre constitutionnel. Le débat reste donc toujours situé sur la question de la « véritable » signification historique de la notion de constitution. L'article 16 ne manque pas alors d'être mobilisé. Il apporterait la preuve que la notion de constitution est indépendante de celle de l'État et qu'elle est en réalité liée à celle de société³⁴³⁴ : « Le texte parle bien de "société" et non pas d'État, ce qui justifie une conception

essentiel. » *Ibid.*, p. 7.

3431 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jean-Louis MESTRE, *Droit constitutionnel*, éd. cit., p. IX.

3432 Jean GICQUEL, Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. cit., p. 223.

3433 « L'Union européenne n'est pas un État puisqu'elle n'a pas, selon l'expression de Jellinek, la *compétence de sa compétence*. Le transfert d'attribution relevant exclusivement des États membres maîtres exclusifs des traités, l'Union n'est donc pas en capacité d'*étendre sa compétence de sa propre volonté et par ses propres organes* (Carré de Malberg). Elle ne peut être dotée d'une constitution au sens juridique du terme. Affirmer le contraire revient donc soit à conférer un nouveau sens au terme de constitution, soit à admettre l'idée qu'un État puisse en être dépourvu. On mesure l'ampleur des enjeux théoriques suscités par la construction européenne. » *Ibid.*, p. 224.

3434 Sur cette interprétation de l'article 16, voir *supra*, conclusion partie 2.

extensive de la notion de constitution »³⁴³⁵. La référence à la notion de société dans l'article 16 est ainsi utilisée pour avancer que « le constitutionnalisme paraît pouvoir se passer de l'État »³⁴³⁶.

Là encore, la volonté d'établir une véritable signification de la notion de constitution et de l'inscrire dans une certaine historicité, tout en défendant une vision politique contemporaine, surdétermine l'interprétation qui est donnée de l'article 16.

En parallèle de cette idée que la notion de constitution contenue dans l'article 16 ne se construit que contre une monarchie traditionnelle, se développe également l'idée que la Révolution n'est qu'une opposition au despotisme, et donc que l'article 16 se lit dans le cadre d'une opposition entre le despotisme et le libéralisme. L'expression de séparation des pouvoirs qui y figure ne serait alors que la consécration du « principe » découvert par Locke et Montesquieu et duquel les révolutionnaires auraient, plus ou moins heureusement fait application. D'une manière générale, l'article 16 est donc conçu comme une définition du constitutionnalisme.

§ 2. L'article 16, une définition du constitutionnalisme contre l'absolutisme

778. Dans la doctrine juridique, l'article 16 est lié à la définition du constitutionnalisme. Cette interprétation de l'article 16 comme définition du constitutionnalisme recouvre trois aspects. En premier lieu, l'article 16 est associé à une vision unitaire du constitutionnalisme libéral et est analysé dans le cadre d'un continuum du libéralisme politique allant de Montesquieu à la Révolution et trouvant son expression générique dans la notion de « séparation des pouvoirs » (A). En deuxième lieu, l'article 16 est plus particulièrement associé à l'individualisme libéral reposant sur la tradition visant à reconnaître des droits subjectifs aux individus et considérant l'organisation politique, et la séparation des pouvoirs, comme le moyen permettant d'atteindre cette finalité (B). En dernier lieu, l'article 16 est conçu comme une définition de ce que doit être, ou de ce que doit contenir, une « bonne » constitution (C).

3435Jean-Louis QUERMONNE, « L'Union européenne : objet ou acteur de sa constitution ? Essai sur la portée d'une politique institutionnelle à long terme », *Revue française de science politique*, 2004/2, Vol. 54, p. 235.

3436Yannick LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », Juin 2009, p. 455.

A. L'association de l'article 16 à une vision unitaire du constitutionnalisme libéral

779. L'article 16 est doublement compris comme une rupture radicale avec l'ancienne France et comme la consécration de la doctrine de Montesquieu. Le constitutionnalisme coutumier de l'Ancien Régime est présenté comme consensuel et largement admis : il existerait une constitution coutumière traditionnelle reconnaissant au Roi un pouvoir absolu. En parallèle, le constitutionnalisme libéral est présenté également comme un mouvement unitaire et linéaire.

L'article 16 est donc souvent conçu comme la simple formulation de l'anti-absolutisme des constituants de 1789 (1). En ce sens, le constitutionnalisme de la Révolution serait une simple évolution ; il s'inscrirait dans la continuité du libéralisme de Montesquieu. Ce dernier est souvent présenté comme ayant « découvert » le principe de séparation des pouvoirs et l'article 16 offrirait ainsi sa consécration (2). Enfin, l'article 16 est parfois considéré comme une mauvaise interprétation du principe de séparation des pouvoirs, illustrant le dogmatisme des constituants de 1789 (3).

1. L'association de l'article 16 à l'anti-absolutisme

780. Le constitutionnalisme libéral est généralement conçu comme une construction unitaire développée contre un constitutionnalisme coutumier. L'article 16 serait ainsi l'illustration du rejet du despotisme, et s'analyserait dans un rapport d'opposition entre le libéralisme et l'absolutisme. Dans ce contexte, despotisme et absolutisme sont souvent considérés comme synonymes et l'article 16 est compris comme une « réaction contre l'absolutisme monarchique »³⁴³⁷.

L'idée que l'article 16, et la séparation des pouvoirs, ne sont qu'un refus de l'absolutisme semble s'être largement imposée à la suite de la thèse de Michel Troper. Dans cet ouvrage, et dans

3437 Par exemple : « Au fond, les théoriciens de la séparation des pouvoirs associent cette dernière au gouvernement modéré – nous dirions aujourd'hui libéral – de même qu'ils identifient concentration des pouvoirs et despotisme, au moins virtuel. C'est là une réaction contre l'absolutisme monarchique. Ceci explique que la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 aille jusqu'à déclarer que toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée "n'a point de Constitution" (art. 16). » Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2019, p. 108.

« Cet article vise évidemment la monarchie absolue. » Claire LOVISI, *Introduction historique au droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. « Cours », Août 2016, p. 301.

« Cette phrase, dont ils font l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qu'ils adoptent le 26 août 1789, exprime leur condamnation catégorique de l'Ancien Régime, dont l'évolution n'a conduit, pensent-ils, qu'au despotisme du roi et de ses ministres. » Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jean-Louis MESTRE, *Droit constitutionnel*, éd. cit., p. 11.

« L'un des traits principaux de la Constitution française des derniers siècles avant 1789, c'était, en effet, la concentration de tous les attributs de la puissance étatique en la personne du roi, qui incarnait en lui tous les pouvoirs ou, du moins, de qui émanaient tous les pouvoirs. Par réaction contre cet absolutisme, la séparation des pouvoirs était appelée à devenir l'un des dogmes politiques fondamentaux des hommes qui ont préparé et dirigé la Révolution : dès le début de celle-ci, elle est consacrée, en la forme solennelle d'un principe absolu, par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, II, p. 11-12.

de nombreux autres³⁴³⁸, il affirme que la séparation des pouvoirs n'est qu'un « principe purement négatif »³⁴³⁹ impliquant le rejet du despotisme :

« Par contre, si on accepte l'idée que la règle de la séparation des pouvoirs signifiait seulement qu'une même autorité ne doit pas exercer toutes les fonctions étatiques, et que cette règle n'impliquait, dans l'esprit des rédacteurs de la Déclaration, aucune distribution particulière des fonctions, on s'explique alors et l'unanimité de l'Assemblée et la rédaction particulière de l'article.

« L'une des questions débattues à la veille et dans les premiers temps de la Révolution était la suivante : *La France sous la Monarchie absolue avait-elle une Constitution ?* Cette question pouvait avoir deux sens : existait-il en France une organisation politique ? ou existait-il en France une organisation telle que les prérogatives de chacune des autorités y fussent déterminées de manière permanente et non au gré des caprices d'un despote ? Les partisans de l'Ancien Régime l'entendaient dans le premier sens et répondaient par l'affirmative. Pour leurs adversaires, au contraire, *le mot "constitution" était simplement antinomique de "despotisme"*, régime où "un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices". Si le despotisme était défini par la confusion des pouvoirs, une constitution était une organisation dans laquelle les pouvoirs n'étaient pas confondus. [...]

« L'Assemblée constituante n'a entendu, en aucune manière, proposer un critère, un signe permettant de distinguer les bonnes constitutions des mauvaises, mais simplement *énoncer une définition du mot constitution*. L'article 16 doit être pris à la lettre : une société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, c'est-à-dire dans laquelle tous les pouvoirs sont concentrés dans les mains d'un seul, est une société despotique, elle n'a donc point de constitution. »³⁴⁴⁰

Dans ce passage se trouvent les traits saillants de l'interprétation de l'article 16 par la doctrine majoritaire. D'abord, l'article 16 est conçu comme un discours s'opposant à des partisans de l'Ancien Régime qui représenteraient un groupe uniforme pour lequel la notion de constitution désignerait simplement une organisation politique. Ces partisans seraient les partisans de la Monarchie absolue. Ensuite, l'article 16 est compris comme un discours d'opposition face au despotisme, c'est-à-dire qu'il s'analyse comme l'expression assez vague d'une adhésion au constitutionnalisme libéral. Enfin, il offrirait une définition de la notion de constitution. Michel Troper s'est attaché à déconstruire l'idée que la notion de « séparation des pouvoirs » figurant dans l'article 16 serait « la manifestation la plus éclatante du dogmatisme de l'Assemblée »³⁴⁴¹. Toutefois, il a reconstruit une grille de lecture appuyée uniquement sur l'opposition entre le despotisme et la séparation des pouvoirs, qui a conduit à interpréter l'article 16 comme le refus de la

3438 Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 223-236 ; Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., L.G.D.J., 2018, p. 109 et s. ; Michel TROPER, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 » in *Droits*, n°8, 1988, p. 121 ; TROPER Michel, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs » in *L'héritage politique de la Révolution française*, sous la direction de Francis HAMON, Jacques LELIÈVRE, Presses universitaires de Lille, Centre culturel international de Cerisy, 1993, p. 102.

3439 Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 228.

3440 Nous soulignons. Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973, p. 158-160.

3441 Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, éd. cit., p. 158.

monarchie absolue. Cette équivalence peut être résumée par « l'équation : *constitution = absence de despotisme = séparation des pouvoirs* »³⁴⁴², formulée par Michel Troper lui-même.

781. L'idée que l'article 16 est une définition du constitutionnalisme libéral a été reprise par une partie de la doctrine. Ces interprétations de l'article 16 sont particulièrement concentrées sur les notions de « séparation des pouvoirs » et de « constitution ».

En premier lieu, la notion de séparation des pouvoirs se réduirait au libéralisme politique. Jacques Chevallier estime ainsi que la référence à la séparation des pouvoirs « n'est, dans un pays qui se réclame du libéralisme, qu'un *simple truisme* »³⁴⁴³. Jean-Claude Zarka estime à cet égard que l'article 16 exprime l'idée que la séparation est « consubstantielle à la démocratie »³⁴⁴⁴.

En second lieu, les notions de constitution et de séparation des pouvoirs seraient équivalentes. Jacques Chevallier interprète l'article 16 en ce sens et relève : « la Constitution a pour objet de séparer, c'est-à-dire de répartir les pouvoirs ; il n'y a donc pas de séparation des pouvoirs sans Constitution, mais aussi, et à l'inverse, pas de Constitution sans séparation des pouvoirs, les deux notions étant liées substantiellement l'une à l'autre. »³⁴⁴⁵ Dominique Chagnollaud de Sabouret estime également que l'article 16 « exprime d'abord l'idée que l'autorité – c'est-à-dire le prince – ne doit pas cumuler tous les pouvoirs » et en déduit que « c'est donc dans un régime despotique dont le prince modifie les règles à sa guise qu'il n'y a pas de Constitution »³⁴⁴⁶.

2. La lecture de l'article 16 comme consécration de la doctrine de Montesquieu

782. L'article 16 est le plus souvent analysé comme la consécration du principe de séparation des pouvoirs « découvert » par Montesquieu. À l'exception notable d'Émile Boutmy³⁴⁴⁷, la doctrine interprète l'article 16 comme une référence à Montesquieu. L'article 16 serait donc une application

3442 Michel TROPER, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 » in *Droits*, n°8, 1988, p. 121, en note.

3443 Jacques CHEVALLIER, « La séparation des pouvoirs » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journées d'études des 16-17 mars 1989, Association française des Constitutionnalistes*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1990, p. 115.

3444 Jean-Claude ZARKA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ellipses, 2018, p. 102.

3445 Jacques CHEVALLIER, « La séparation des pouvoirs », loc. cit., p. 115.

3446 Dominique CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *Droit constitutionnel contemporain*, éd. cit., Septembre 2017.

3447 « Le seizième article seul a une signification et une portée. C'est dans cet article qui survient à la fin de la Déclaration, à l'heure apparemment où l'on n'a plus grand'chose à dire, qu'est contenu l'axiome le plus important de la science politique, celui de la séparation des pouvoirs. *Jamais texte n'a mieux laissé voir que les Français ne tenaient guère à affirmer, encore moins pratiquer la maxime de Montesquieu.* Cette maxime avait au contraire laissé une marque profonde sur les esprits en Amérique et il n'y a pas lieu de s'étonner que les Constitutions des États particuliers aient tenu à l'honneur de clairement exprimer et de développer avec complaisance cette vérité profonde qui devait servir de base, quelques années plus tard, à la Constitution fédérale. Encore un saisissant exemple, que je donne en finissant, de l'opposition, de la contradiction presque constante qui séparent le document français des documents américains. » Nous soulignons. Émile BOUTMY, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek » in *Annales des sciences politiques*, Tome XVII, Juillet 1902, p. 433.

des thèses de ce dernier³⁴⁴⁸. Il illustrerait « la fidélité aux enseignements de Montesquieu » du « constituant de 1789 »³⁴⁴⁹. Léon Duguit estime ainsi que :

« Il n'est pas douteux que l'illustre auteur de l'*Esprit des Lois* ait inspiré les meilleurs esprits de l'Assemblée nationale, et qu'en élaborant cette célèbre et dangereuse théorie de la séparation des pouvoirs, la Constituante ait cru, avec la plus entière bonne foi, reproduire fidèlement les doctrines du grand penseur. [...] Il suffit de faire observer encore que l'article 16 de la *Déclaration* est visiblement inspiré par ce passage célèbre de Montesquieu : "Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté". »³⁴⁵⁰

L'article est très fréquemment lu à la lumière de *L'esprit des lois*, et en particulier du chapitre VI du livre XI dédié à la Constitution d'Angleterre. Par exemple, l'absence de référence à un pouvoir judiciaire dans la déclaration s'expliquerait, pour René Chapus, par la conception que Montesquieu lui-même aurait de ce pouvoir³⁴⁵¹. Lorsqu'il s'agit de déterminer la signification de l'expression de « séparation des pouvoirs » contenue dans l'article 16, de nombreux auteurs s'en remettent aux développements de Montesquieu consacrés à la Constitution d'Angleterre³⁴⁵².

La lecture de la constitution de 1791 et de la Déclaration à la lumière de Montesquieu ne semble avoir jamais été sérieusement remise en cause. La réflexion la plus importante menée sur cette question, celle de Michel Troper, reste elle-même enfermée dans le présupposé que la Révolution s'inscrit dans un rapport d'opposition entre le despotisme et le libéralisme. La définition qu'il donne de la séparation des pouvoirs comme l'inverse du despotisme est celle la plus traditionnellement déduite de la lecture de Montesquieu, pour lequel la séparation des pouvoirs est

3448« Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, les thèses de Montesquieu – auxquelles on appliquera aussitôt l'étiquette, source potentielle de contresens, de séparation des pouvoirs – agiront sur la rédaction des constitutions américaines et françaises, ainsi que sur l'interprétation de la constitution anglaise elle-même. Pour ne citer que l'application la plus célèbre, on rappellera l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. » Mauro BARBERIS, « La séparation des pouvoirs » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 716.

3449Armel LE DIVELLE, Michel de VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., SIREY, coll. « Dictionnaires Sirey », Août 2017, p. 80-81.

3450Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 99, 336 et 567.

3451« D'abord, la question de savoir ce que doivent être les modalités de cette séparation des pouvoirs. [...] L'autre question est celle du nombre des pouvoirs dont la séparation doit, d'une façon ou d'une autre, être déterminée. Sont-ils deux seulement, comme pourrait incliner à le penser la référence du Préambule de la Déclaration aux seuls "actes du pouvoir législatif" et à "ceux du pouvoir exécutif" ? Le silence observé sur le pouvoir judiciaire est certes surprenant, eu égard à l'enseignement de *L'Esprit des lois*. Mais il ne saurait être significatif. Il s'explique par la place à part de ce pouvoir, conçu, selon la formule de Montesquieu, comme devant être une puissance, "pour ainsi dire, invisible et nulle" (*De l'esprit des lois*, 1. XI, chap. 6) » René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, P.U.F., 1989, p. 192-193.

3452Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1, A.

synonyme de liberté politique³⁴⁵³, et la liberté politique l'inverse du despotisme³⁴⁵⁴.

L'article 16 est aussi parfois conçu comme une mauvaise interprétation du principe de séparation des pouvoirs.

3. L'article 16 comme mauvaise interprétation du principe de séparation des pouvoirs

783. La tradition d'une lecture de l'article 16 comme l'expression d'une vision dogmatique du principe de séparation des pouvoirs est initiée avec Duguit, dans son article consacré à « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 »³⁴⁵⁵. D'après son analyse, les constituants de 1789 aurait consacré dans la Déclaration un « dogme » qu'ils n'auraient ensuite pas su ou pu respecter. Il estime par exemple qu'« il est certain que c'était la conséquence logique et nécessaire de la division des pouvoirs, que toute solution, qui tendait à donner au roi une part quelconque dans la formation de la loi, était une violation flagrante du dogme solennellement inscrit dans la Déclaration des droits (article 16). »³⁴⁵⁶ Cette vision de la séparation des pouvoirs à la Révolution et cette lecture de l'article 16 a été critiquée à de nombreuses reprises, notamment par Pierre Duclos³⁴⁵⁷ et Michel Troper³⁴⁵⁸. Pourtant, cette lecture de l'article 16 comme expression d'un dogme persiste.

Elle se conjugue le plus souvent avec l'idée que les constituants auraient mal compris Montesquieu ou en donneraient une interprétation radicale ou dogmatique. L'idée généralement admise est donc qu'« avec la Révolution, le principe théorique de Montesquieu a pris la dignité d'un dogme constitutionnel directement promulgué dans des textes », en particulier à l'article 16 de la Déclaration³⁴⁵⁹. La liaison entre Montesquieu et l'article 16 n'est pour autant par remise en cause. Jacques Cadart estime ainsi :

« L'affermissement du principe de la séparation des pouvoirs a donc été *continue depuis deux siècles*. Pourtant sa plus célèbre et sa plus remarquable *formulation a été présentée par Montesquieu*. La Révolution française *le déforma abusivement*, mais sa signification postérieure et toujours actuelle l'a

3453« Ce n'est pas assez d'avoir traité de la *liberté politique dans son rapport avec la constitution* ; il faut la faire voir dans le rapport qu'elle a avec le citoyen.

« J'ai dit que, dans le premier cas, *elle est formée par une certaine distribution des trois pouvoirs* ; mais, dans le second, il faut la considérer sous une autre idée. Elle consiste dans la sûreté, ou dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. » Nous soulignons. *EDL*, XII, I.

3454« Les trois pouvoirs n'y sont point distribués et fondus sur le modèle de la constitution dont nous avons parlé. Ils ont chacun une *distribution particulière, selon laquelle ils approchent plus ou moins de la liberté politique* ; et, s'ils n'en approchaient pas, la monarchie dégènerait en despotisme. » Nous soulignons. *EDL*, XI, VII.

3455*Revue d'économie politique*, 1887, p. 99, 336 et 567.

3456Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 338.

3457Pierre DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, éd. cit., p. 100 et s. et Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, éd. cit.

3458Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, éd. cit.

3459JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, 4e éd., Dalloz, 1938, p. 84.

rétabli dans la plénitude de sa force. »³⁴⁶⁰

Ici s'illustrent à la fois l'idée d'un progrès linéaire du constitutionnalisme et celle d'une mauvaise interprétation du principe de Montesquieu par la Révolution. L'article 16 serait alors la preuve que « la Révolution française a immédiatement affirmé le principe de manière très rigoureuse »³⁴⁶¹. L'hypothèse formulée pour expliquer l'écart entre le « principe » de Montesquieu et son « interprétation » par les constituants de 1789 est qu'« il y a dans cette construction une incompréhension profonde de la pensée de Montesquieu »³⁴⁶². Cette interprétation repose sur la présupposition d'une forme d'incompétence des constituants de 1789, mais parfois l'accusation est plus vive. Michel Clapié estime ainsi que « les révolutionnaires » ont fait de la séparation des pouvoirs « un véritable dogme qui dénature la pensée de Montesquieu »³⁴⁶³. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu adoptent un point de vue similaire. Ils considèrent que Montesquieu « a découvert la séparation des pouvoirs » et en a simplement « fait un principe général d'organisation du pouvoir étatique », alors que « à sa suite, la séparation des pouvoirs devient une sorte de dogme politique auquel, sous la Révolution, la Déclaration des droits de l'homme devait donner une consécration éclatante en proclamant » l'article 16³⁴⁶⁴.

La lecture de l'article 16 au prisme de Montesquieu, et en particulier du chapitre VI du livre XI de l'*Esprit des lois*, semble inévitable et, plutôt que de formuler l'hypothèse que les constituants auraient disposé d'un autre concept de séparation des pouvoirs, l'analyse des constitutionnalistes conduit fréquemment à considérer qu'ils avaient mal compris Montesquieu, comme si ce dernier était le dépositaire ultime de cette notion. Jacques Cadart affirme d'ailleurs que « la Révolution n'a finalement jamais compris le principe de la séparation des pouvoirs », mais que « dès 1814, [...] le sens véritable de la pensée de Montesquieu était enfin compris. »³⁴⁶⁵

L'ensemble de ces analyses se concentre essentiellement sur l'expression de « séparation des pouvoirs » contenue dans l'article 16, mais d'autres analyses considèrent cette idée comme n'étant que le moyen d'obtenir la « garantie des droits ». L'article 16 serait donc avant tout l'expression de l'individualisme libéral.

B. L'article 16 comme expression de l'individualisme libéral

784. L'article 16 est parfois conçu comme la consécration de l'individualisme libéral. Il

3460 Nous soulignons. Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 280.

3461 *Ibid.*, p. 286.

3462 *Ibid.*, p. 287.

3463 Michel CLAPIÉ, *Droit constitutionnel*, Théorie générale, 2e éd., Ellipses, 2018, p. 142.

3464 Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30e éd., 2018-2019, L.G.D.J., 2018, p. 53.

3465 Jacques Cadart CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, éd. cit., I, p. 288.

exprimerait l'idée que la séparation des pouvoirs n'est qu'une modalité de la réalisation de la liberté individuelle³⁴⁶⁶. La garantie des droits serait donc la finalité, et la séparation des pouvoirs le moyen d'atteindre cette finalité³⁴⁶⁷.

L'article 16 est alors interprété comme n'exigeant pas « un système particulier de répartition des compétences entre les différents organes de l'État [...] mais simplement [demandant] qu'il existe entre les pouvoirs un système de relation stable et transparent dont l'objet sera de garantir les droits de l'homme et du citoyen »³⁴⁶⁸. D'après Jean-Marie Denquin, il serait possible de déduire de l'article 16 que les « institutions doivent être séparées mais rien de plus »³⁴⁶⁹ ; la réelle innovation de l'article 16 résiderait dans la reconnaissance de droits subjectifs³⁴⁷⁰. Olivier Beaud donne une interprétation similaire de l'article 16 puisqu'il requiert de la constitution qu'elle « protéger les droits de l'individu contre les abus potentiels du pouvoir » en « limit[ant] l'exercice du pouvoir et

3466« Ce souci d'organiser la limitation du pouvoir des gouvernants est à l'origine de ce que l'on appellera le *constitutionnalisme* qui, au fond, n'est que la traduction de la philosophie libérale dans sa dimension politique ; le capitalisme en schématisant, étant sa traduction dans le domaine économique. Ce souci de limiter le pouvoir des gouvernants, procède aussi de cette idée que le pouvoir doit assurer simplement la coexistence des libertés individuelles. Il a trouvé sa meilleure expression dans l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789* : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

« C'est dire que pour les libéraux, théoriciens ou praticiens, l'objet essentiel d'une Constitution n'est pas tant de se préoccuper de la source du pouvoir politique, de savoir qui est le titulaire du pouvoir et qui l'exerce, mais bien plus de prévoir les moyens de l'encadrer afin de le limiter dans l'action qui doit être la sienne. Pour eux, la Constitution ne remplira sa fonction de protéger la liberté des gouvernés contre l'arbitraire possible des gouvernants, quels qu'ils soient et quel que soit leur mode de désignation, que dans la seule mesure où la séparation des pouvoirs sera déterminée, et la garantie des droits assurée. » Michel CLAPIÉ, *Droit constitutionnel, Théorie générale*, éd. cit., p. 135-136.

3467« Le constitutionnalisme suppose pour la Constitution un contenu précis. Le texte constitutionnel doit affirmer les principales "recettes institutionnelles libérales" destinées à limiter le pouvoir politique pour préserver la liberté individuelle. Il convient de citer en ce sens l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* : "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution". » Jean-Claude ZARKA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ellipses, 2018, p. 52.

« Lorsque l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* évoque la séparation des pouvoirs, c'est en lien avec la "garantie des droits", en l'envisageant moins comme une *finalité* distincte que comme un *moyen* institutionnel indispensable à la réalisation de cette garantie. » Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, éd. cit., p. 180.

« C'est justement pour garantir le respect de ces principes que s'est développé ce que l'on appelé le "constitutionnalisme". Ce mouvement d'idées prône l'adoption de constitutions pour garantir la reconnaissance des droits de l'homme et la nécessité d'une limitation des pouvoirs par leur division afin de respecter ces droits. L'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (ci-après DDHC) synthétise ces objectifs » Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2017, p. 2.

3468Philippe RAYNAUD, « Constitutionnalisme » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, coll. « Quadrige », Lamy-P.U.F., 2003, p. 266.

3469Jean-Marie DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2012, p. 55.

3470« La garantie des droits constitue la véritable innovation qu'apporte le XVIII^e siècle. Encore faut-il préciser la nature de cette innovation. Elle n'existe, évidemment, qu'à la condition d'entendre "droits" comme signifiant "droits subjectifs". Que le droit soit censé être respecté n'a rien d'une idée neuve : elle est inhérente au concept, même si en pratique on se contente le plus souvent d'une présomption d'effectivité. L'idée de droit subjectif n'était pas non plus inconnue. Mais l'idée de droits subjectifs appartenant à tous et opposable à la puissance publique ouvre une nouvelle ère dans l'histoire du monde et donne un nouveau sens à l'idée de Constitution. » *Ibid.*, p. 55.

garanti[ssant] cette limitation en organisant une séparation des pouvoirs, c'est-à-dire une division des fonctions exercées par les pouvoirs actifs de l'État »³⁴⁷¹.

Certains auteurs estiment également que, pour les constituants de 1789, la garantie des droits était simplement réalisée par la séparation des pouvoirs, et l'article 16 aurait été la preuve de la réduction de la première à la seconde³⁴⁷². Stéphane Rials distingue ainsi entre la constitution-agencement et la constitution-limite³⁴⁷³, mais il estime que « pour les principaux intervenants, il allait de soi que la garantie des droits devait résulter, en quelque sorte mécaniquement, d'un bon agencement constitutionnel. Il n'y avait pas, à leurs yeux, deux questions mais une seule. »³⁴⁷⁴

L'article 16 serait donc spécifique en ce qu'il mettrait en évidence l'accent mis sur les droits des individus dans le cadre du constitutionnalisme, mais cette garantie des droits serait simplement conçue comme l'existence d'une séparation des pouvoirs. La réduction de l'article 16 au constitutionnalisme libéral ou à l'individualisme libéral n'est toutefois pas la seule interprétation du contenu de l'article 16. Ce dernier est parfois conçu comme offrant la définition d'une bonne constitution ou du contenu d'une bonne constitution.

C. L'article 16 comme définition d'une « bonne » constitution

785. L'article 16 est interprété par la doctrine contemporaine comme offrant la définition d'une bonne constitution³⁴⁷⁵ ou de ce que devrait contenir le texte constitutionnel.

Dieter Grimm affirme ainsi : « Les droits fondamentaux et le principe de séparation des pouvoirs représentent, en France comme en Amérique, le plus puissant moyen de limitation du pouvoir constitué. Les constitutions qui n'intègrent pas ces deux éléments ne méritent pas d'être nommées ainsi, conformément à ce qu'affirme l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme

3471Olivier BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », loc. cit., p. 134.

3472« Matériellement, ainsi que le précise l'art. 16 de la déclaration des droits, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » Comme on le verra, l'exaltation de la loi par la Déclaration ne pouvait conduire les Constituants à discerner ici deux questions : pour eux, la bonne « séparation des pouvoirs », c'est-à-dire, en dernière analyse, la suprématie de la loi – acte où s'exprime presque nécessairement la raison –, portera en elle la garantie des droits naturels et rationnels (c'est la même chose), laquelle garantie n'appelle pas de précautions particulières, sauf le cas limite et logiquement improbable de la résistance à l'oppression. » Frédéric BLUCHE, Stéphane RIALS, Jean TULARD, *La Révolution française*, éd. cit., p. 26.

3473Stéphane RIALS, « Ouverture : généalogie des droits de l'homme » in *Droits*, n°2, 1989, p. 8-9.

3474Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", 1988, p. 375.

3475« Les nations libres ont seules une constitution.

« On appelle ainsi la loi fondamentale qui règle les conditions dans lesquelles les citoyens prennent part au gouvernement de leur pays.

« L'article 16 établit que pour qu'une constitution véritable existe dans un pays, deux conditions sont nécessaire :

« 1° Il faut que l'exercice des *droits naturels*, définis par les articles précédents, soit assuré à tous les citoyens ;

« 2° Il faut que les différents *pouvoirs* de l'État soient séparés. » *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 expliquée et accompagnée de Lectures* par Léon Bourgeois et Albert Métin, Edouard Cornely, 11 r. Vaugirard, Paris, 1902, BN Le29-2192, p. 70.

et du citoyen»³⁴⁷⁶. L'article 16 définirait donc les éléments qui doivent être fixés dans la constitution pour que cette dernière soit considérée comme une « bonne » ou « véritable » constitution³⁴⁷⁷.

Cette idée que l'article 16 présente ce que doit contenir une bonne constitution permet à nouveau de le mobiliser pour analyser l'ordre européen comme étant un ordre constitutionnel. Francesco Martucci affirme ainsi :

« L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens exprime ainsi la vision du constitutionnalisme en vertu de laquelle la constitution fonde et limite l'exercice du pouvoir. Dépassant une conception strictement normative, la constitution désigne un ensemble de règles qui se caractérisent par leur double objet : organiser les pouvoirs publics et protéger les droits des individus. En ce sens, le droit primaire de l'Union présente un contenu matériellement constitutionnel puisqu'il fixe le cadre constitutionnel et consacre des droits fondamentaux. »³⁴⁷⁸

Certains auteurs considèrent qu'étant donné que l'Union européenne garantit des droits individuels et organise une forme de séparation, elle a une Constitution ; l'article 16 leur sert alors à justifier cette interprétation³⁴⁷⁹.

Selon cette interprétation, l'article 16 offrirait un outil d'analyse des ordres constitutionnels étatiques et supra-étatiques. Il imposerait que dans une constitution écrite soit fixée une garantie des droits, le plus souvent conçue comme une liste de droits fondamentaux, et une séparation des

3476Dieter GRIMM, « La souveraineté » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 569.

3477« Dans son acception actuelle, une Constitution est l'acte qui organise les pouvoirs publics et détermine les droits fondamentaux des citoyens. Cette conception se trouve dès 1789 inscrite à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. » Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. cit., p. 65.

« De cette disposition [l'article 16], peut se déduire une première définition de la Constitution : il s'agit de la règle qui énonce les droits des citoyens, qui les garantit, et les organise les pouvoirs de l'État de manière conforme à la séparation des pouvoirs. » Vlad CONSTANTINESCO, Stéphane PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, 7e éd., P.U.F., coll. « Thémis droit », 2016, p. 185.

« La Déclaration proclame ainsi la nécessité d'une Constitution reposant sur la séparation des pouvoirs et la garantie des droits (DDHC, art. 16 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution") » Hugues PORTELLI, *Droit constitutionnel*, 12e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », Septembre 2017.p. 78.

« En proclamant que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution", l'article 16 de la Déclaration de 1789 établit le lien entre l'organisation du pouvoir dans l'État (le régime politique) et la garantie des droits individuels (la liberté). Il rejette d'emblée, toute Constitution d'apparence qui concentrerait le pouvoir et méconnaîtrait les libertés. » Roland DEBBASCH, *Droit constitutionnel*, 11e éd., Lexis Nexis, 2017, p. 37.

3478Francesco MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 1e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », Septembre 2017, p. 59.

3479« Au crédit des communautaristes, on doit admettre que mettre l'accent doublement sur la notion de constitution entendue dans son sens matériel et sur une lecture en tendance — pour ne pas dire téléologique — de la construction communautaire permet de décrire un phénomène à l'oeuvre, un *work in progress*, qui tend vers une forme juridico-politique sophistiquée, sinon aboutie, qui offre, pour faire référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789, une garantie des droits autant qu'elle organise la distribution du pouvoir de manière originale, bref qui constitue une Union de droit. » Sébastien ROLAND, « La souveraineté » in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* sous la direction de Jean-Bernard AUBY, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » Septembre 2010, p. 128-129.

pouvoirs, un ensemble de dispositions organisant l'exercice des fonctions étatiques en les répartissant entre plusieurs organes.

786. Les interprétations de l'article 16 couramment données par la doctrine juridique reposent donc sur trois idées. En premier lieu, elles présupposent l'existence d'un constitutionnalisme coutumier sous l'Ancien Régime. Dans le cadre de ce constitutionnalisme coutumier, il y aurait eu un consensus sur l'existence d'une constitution de la monarchie française : cette constitution résulterait de l'encadrement traditionnel de la monarchie absolue par les lois fondamentales du royaume. En second lieu, la Révolution aurait marqué une rupture radicale en livrant une nouvelle définition de la constitution, qui serait définie en opposition au constitutionnalisme coutumier d'Ancien Régime. L'article 16 serait la preuve de cette rupture radicale, mais il s'inscrirait également dans le mouvement plus large du constitutionnalisme libéral, lui aussi perçu comme un mouvement unitaire. En troisième lieu, la référence à la séparation des pouvoirs serait en conséquence un simple rejet de l'absolutisme, conçu comme synonyme du despotisme ; les constituants de 1789 seraient en ce sens les héritiers de Montesquieu et refuseraient simplement la monopolisation du pouvoir par le Roi. Ils seraient en outre attachés au respect des droits des individus, mais ce respect ne serait réalisé à leur yeux que par la séparation des pouvoirs. Enfin, l'article 16 offrirait l'image du constitutionnalisme en déterminant le contenu des constitutions libérales écrites, qui devraient contenir à la fois une liste de droits et une organisation des pouvoirs.

Cette présentation de l'article 16 ne peut pas réellement se déduire de sa signification initiale, mais elle est en réalité le résultat d'une longue construction historique. Il semble pertinent pour comprendre l'article 16 et son interprétation actuelle à la fois d'établir le caractère mythique de ces présuppositions et de voir comment ces mythes se sont construits historiquement.

Section 2. La construction historique de l'association de l'article 16 à un constitutionnalisme libéral unitaire

787. Quel que soit le parti qu'ils retiennent, celui de la constitution matérielle, de la constitution idéale ou de la fusion des deux, les constitutionnalistes sont pris dans ce paradigme et ce rapport d'opposition pour comprendre et analyser la notion de constitution, et pour interpréter l'article 16.

Cette opposition entre constitution coutumière, descriptive et neutre, d'une part, et constitution écrite, normative et idéale, de l'autre, construit une modalité de connaissance qui conduit dans un double mouvement, d'une part, à résumer le constitutionnalisme à un seul mouvement unitaire et, de l'autre, à reconnaître l'existence d'une constitution coutumière sous la monarchie, même lorsque cette qualification lui est refusée. En conséquence, d'une part, le caractère multiforme et les tensions du constitutionnalisme sont effacés au profit d'un récit du progrès de la liberté qui réunit Montesquieu et Constant, et où l'article 16 n'est qu'une étape de ce chemin tout tracé. D'autre part, les tensions internes à la monarchie de l'Ancien Régime, l'émergence d'un constitutionnalisme contestataire dans ces mêmes institutions et la crise de la monarchie face à la notion de constitution sont effacées pour être refondues et s'insérer dans le récit de l'ancienne France, où il est possible de représenter la monarchie, qui serait à la fois absolue et traditionnelle, dans tout son appareil. Ce serait face à elle que naîtrait la Révolution et le constitutionnalisme qui ne seraient que la négation du despotisme.

Un tel dualisme de la constitution se révèle pourtant inexistant sous l'Ancien Régime (§ 1). La redéfinition de la notion de constitution par la Contre-révolution et par les premiers constitutionnalistes conduit à la construction de la dualité de la notion de constitution et d'un constitutionnalisme libéral unitaire. L'opposition entre constitution neutre et traditionnelle et constitution révolutionnaire et normative ne date pas de la Révolution, mais est au contraire le produit de la Contre-révolution, de la Restauration et de la Monarchie de Juillet. Ces deux reconstructions sont donc postérieures à la Révolution (§ 2).

§ 1. L'inexistence d'un dualisme de la notion de constitution sous l'Ancien Régime et au début de la Révolution

788. La présentation binaire de la notion de constitution au XVIII^e siècle et l'opposition entre, d'une part, une constitution neutre et traditionnelle et, de l'autre, une constitution révolutionnaire et normative, ne correspond pas à la réalité des idées politiques du XVIII^e siècle, comme cela a été montré³⁴⁸⁰. En premier lieu, la défense de la constitution monarchique n'est pas une doctrine unitaire

3480Ce paragraphe reprend pour l'essentiel les conclusions des deux premières parties. Voir *supra* Partie 1 et 2.

dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Il n'existe donc pas à proprement parler de consensus sur l'existence d'une constitution monarchique à cette période ; ces différentes définitions de la constitution monarchique n'ont d'ailleurs ni l'ambition d'être neutres, ni celle de reposer sur la tradition (A). En second lieu, le constitutionnalisme libéral d'Ancien Régime est traversé de plusieurs courants qui s'affrontent et ne donne pas l'image d'une progression linéaire de Montesquieu à l'article 16 (B). Pour cette raison, il est impossible d'interpréter l'article 16 à la lumière de Montesquieu (C).

A. L'absence de consensus sur la notion de constitution monarchique dans la seconde moitié du XVIII^e siècle

789. La notion de constitution monarchique ne fait pas l'objet d'un consensus dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Il existe de nombreuses conceptions de la constitution monarchique, qui ne sont pas compatibles les unes avec les autres (1), et aucune de ces conceptions ne repose sur l'idée d'une simple description du fonctionnement des institutions. Elles ne sont ni neutres, ni descriptives (2).

1. La diversité des conceptions de la constitution monarchique

790. La défense de la constitution monarchique, souvent invoquée pour attester de l'existence d'un concept neutre et traditionnel de constitution, ne correspond pas à une idéologie unitaire. La constitution monarchique défendue par Nicolas-Jacob Moreau³⁴⁸¹, propagandiste du Roi, n'est identique ni à celle que défendent les parlementaires à compter des années 1750 et au cours de la Prérévolution³⁴⁸², ni à celle que défend l'Ordre de la Noblesse aux États-généraux. Les partis royaliste, parlementaire et conservateur se réclament tous de la constitution monarchique, mais ils ne s'accordent pas sur ce qu'elle est. Il est donc artificiel de les réunir sous une seule et même bannière.

En outre, ces défenses de la constitution monarchique ne correspondent pas, pour l'essentiel, à la description du régime politique de l'ancienne France, mais sont l'outil de revendication utilisé pour modifier le fonctionnement même de ce régime politique. La notion de constitution est construite en vue d'organiser une résistance au pouvoir royal de donner un soutien théorique à sa limitation³⁴⁸³. Ce n'est que dans un second temps que les royalistes se saisissent de la notion de constitution pour la redéfinir et la façonner à l'image d'une conception absolutiste du pouvoir royal. Aucun des partis définissant la constitution monarchique ne décrit le régime tel qu'il fonctionne,

3481 Voir *supra*, Chapitre, 2, Section 1, § 2, B.

3482 Voir *supra*, Chapitre 2.

3483 Voir *supra*, *ibid.*

mais chacun de ces partis tente d'utiliser la notion de constitution pour imposer aux autres leur vision du fonctionnement du régime politique.

791. La conception absolutiste de la monarchie était en outre largement affaiblie avant même la réunion des États-généraux. Le constitutionnalisme libéral, notamment porté par les parlementaires, avait employé la notion de constitution pour affaiblir les théories absolutistes dès 1750 et ces thèses avaient pris une vigueur particulière à compter de la réforme Maupeou de 1771³⁴⁸⁴. Le Roi lui-même avait, en 1788, accepté que la constitution garantissait l'existence de certaines institutions indépendamment de sa volonté avant la Révolution. La théorie de la monarchie absolue est donc menacée dans ses fondements dès le printemps 1788³⁴⁸⁵.

Il n'existe donc pas à la veille de la Révolution de théorie unitaire de la constitution de la monarchie qui serait susceptible de constituer un corps de doctrines auquel s'opposeraient les révolutionnaires. Il est certes possible de trouver quelques définitions absolutistes de la constitution de la monarchie, mais ces définitions ne représentent ni un point de vue consensuel, ni un point de vue majoritaire à la fin de l'Ancien Régime. Elles ne recouvrent pas non plus une réalité. Ces définitions doctrinales de la constitution monarchique, comme de la monarchie absolue, sont d'ailleurs plus le symbole de la crise de l'absolutisme que de sa réalité. L'ensemble de ces définitions ne repose en outre pas sur l'idée d'une simple description du fonctionnement des institutions, qui serait désignée par le terme de constitution.

2. L'inexistence d'un concept descriptif de constitution au XVIII^e siècle

792. Le caractère artificiel et idéal de la notion de constitution n'est pas l'apanage du constitutionnalisme patriote. Cette conception est largement partagée par l'ensemble des constitutionnalismes. La notion de constitution elle-même est construite aux XVII^e et XVIII^e siècles comme une arme politique. Elle est prise au cœur de diverses idéologies : l'idéologie parlementaire, l'idéologie royaliste, l'idéologie nobiliaire, l'idéologie patriote. Il n'existe pas de notion de constitution détachée de l'idéologie au XVIII^e siècle. L'idée d'une constitution neutre et coutumière sous l'Ancien Régime est donc un mythe.

Ceux qui défendent que la France a une constitution ne font d'ailleurs pas valoir l'idée d'une constitution coutumière. D'une part, les royalistes défendent l'idée de la plénitude du pouvoir du roi, qu'il tient directement de Dieu. Il ne s'agit donc pas de l'invocation du respect d'une coutume. D'autre part, les parlementaires, puis les conservateurs, défendent l'idée d'une constitution de la monarchie qui encadre le pouvoir royal, et limite son exercice. Cette constitution n'est toutefois ni

3484 Voir *supra*, Chapitre 2.

3485 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, D.

traditionnelle, ni coutumière : qu'il s'agisse de la théorie du partage de la fonction législative entre le Roi et les parlements, ou de celle d'un partage du pouvoir de changer les lois fondamentales entre le Roi et les trois Ordres délibérant séparément, aucune réelle tradition ou coutume ne peut être invoquée à leur soutien. Il s'agit au contraire de reconstructions de l'histoire visant à réclamer une révolution par la restauration d'une constitution antique essentiellement mythique. Même lorsque ces groupes invoquent le respect de la tradition, cette réclamation ne correspond pas à la réclamation du respect d'une coutume, mais à celle du respect de droits constitutionnels dont disposerait certains corps. La tradition, lorsqu'elle est invoquée, n'est que la preuve du droit dont disposent les Ordres ou les autres corps. Elle est aussi la preuve de l'expression de la volonté implicite de la nation. Elle n'a pas de valeur en soi, en ce qu'elle serait la coutume à respecter.

793. La lecture unitaire du constitutionnalisme libéral conduit soit à dénier le terme de constitutionnalisme aux constitutionnalismes parlementaire et conservateur, qui ne seraient que des constitutionnalismes imparfaits, soit à les considérer comme de simples expressions d'un constitutionnalisme coutumier. Ils sont donc irrémédiablement réduits au rôle de « défenseur de l'Ancien Régime », que ce rôle soit vu favorablement ou défavorablement. Cela est paradoxal car ils ne défendent pas la monarchie absolue, ni réellement une version existante de l'Ancien Régime. Ils défendent un idéal auquel ils confèrent un caractère historique relativement légendaire. Ils sont « favorables à l'Ancien Régime » comme les révolutionnaires anglais de 1688-1789 étaient « favorables à l'ancienne constitution ». Ils sont favorables à leur version de l'Ancien Régime, à leur reconstruction de la constitution monarchique. Ils ne défendent donc pas le régime tel qu'il existe et qu'il fonctionne, mais réclament que le gouvernement fonctionne comme il devrait fonctionner d'après des règles prédéterminées par la nation et qui ne peuvent être modifiées qu'avec son consentement. Si ces constitutionnalismes devaient être classés d'après la dichotomie distinguant la constitution descriptive de la constitution normative, ils relèveraient indubitablement de la seconde catégorie.

La constitution correspond à un idéal pour l'ensemble des partis défendant ou réclamant une constitution. La constitution ne doit pas simplement être respectée parce qu'elle serait un ensemble de règles héritées de la tradition, mais parce qu'elle est intrinsèquement juste et bonne. Aucun auteur ne donne une simple description de la constitution indépendamment de toute évaluation. Toute description de la constitution de la monarchie française est la description d'une forme idéale de la monarchie. La crise de la monarchie est d'ailleurs la crise d'un certain idéal du Roi justicier et de la monarchie de droit divin. La prétention des parlements d'Ancien Régime à rendre la justice, indépendamment de la volonté du roi, et leur remise en cause du fondement divin du pouvoir

monarchique par la promotion de l'idée d'une souveraineté de la nation, illustre la promotion d'un nouvel idéal. L'émergence de la notion de constitution est d'ailleurs intimement liée à la promotion de ce nouvel idéal. La constitution représente l'expression de la volonté de la nation qui doit s'imposer face à la volonté du Roi. La redéfinition de la constitution par les royalistes est donc une réaction face à ce mouvement et non l'expression d'un concept antérieur de constitution. Cette redéfinition elle-même correspond à l'expression d'un idéal qui s'adapte au nouvel appareil idéologique des Lumières. La constitution monarchique, avec la plénitude du pouvoir reconnu au Roi, est présentée par Moreau comme le moyen de défendre les droits naturels des individus et comme le résultat de la volonté de Dieu³⁴⁸⁶. La recherche du respect de la volonté divine et des droits des individus sont deux idéaux promus par les royalistes.

Le recours au modèle de la constitution monarchique et les débats sur le contenu de ce modèle prouvent également que la constitution de la monarchie française n'existe pas isolément comme ensemble de règles propres à la France et tenant à son histoire, mais au contraire comme réalisation d'un modèle plus large et théoriquement identique dans toutes les monarchies. Un des débats qui anime les dernières décennies de l'Ancien Régime est de savoir quel est le contenu idéal d'une constitution monarchique ; la France sert d'exemple pour construire ce modèle, mais elle doit également s'y conformer.

794. Les « traditionalistes » sont loin de former un groupe uniforme et ne se revendiquent jamais uniquement de la tradition. Les monarchistes, tels que Moreau, invoquent la volonté divine et le droit naturel. Les défenseurs du despotisme éclairé, tels que les physiocrates, réclament la monopolisation du pouvoir par le Roi au nom de la raison. La noblesse elle-même est relativement divisée entre le courant parlementaire, représentant la noblesse de robe, et un courant conservateur, ignorant souvent les revendications des parlements. Ces deux courants se revendiquent souvent de la volonté de la nation et des droits constitutionnels de leur corporations, et parfois invoquent également le droit naturel et la raison. Pour l'ensemble de ces partis, la constitution est juridique et idéale ; elle n'est pas descriptive.

Projeter ainsi nos catégories contemporaines sur le débat de la fin du XVIII^e siècle ne permet pas de comprendre quelles étaient les constitutions idéales mises en concurrence, puisqu'elles ne s'analysent pas comme une concurrence d'idéaux, mais comme un processus chronologique où un concept en aurait remplacé un autre et non comme une bataille idéologique entre plusieurs concepts concurrents. Cette méthode ne permet pas non plus de comprendre d'où vient cette opposition entre une constitution « matérielle » et une constitution « idéale », qui n'a pas toujours été là, mais qui est

³⁴⁸⁶Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

le résultat d'une construction du XIX^e siècle³⁴⁸⁷.

Si la notion de constitution monarchique ne fait pas l'objet d'une définition consensuelle dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, la promotion d'un constitutionnalisme libéral n'est pas non plus l'expression d'un mouvement unitaire.

B. La pluralité du constitutionnalisme libéral d'Ancien Régime

795. La présentation habituelle du constitutionnalisme conduit dans un double mouvement, d'un côté, à faire du constitutionnalisme un mouvement unitaire allant de Montesquieu à l'article 16 et, de l'autre, à ignorer l'existence d'un constitutionnalisme libéral avec une expression institutionnelle sous l'Ancien Régime. En réalité, la conception de la constitution comme ordre idéal réglementant l'exercice du pouvoir politique trouve à s'exprimer dans les institutions de l'Ancien Régime bien avant la Révolution (1). Ce constitutionnalisme libéral, défendu par les parlements, n'est pour autant pas identique à celui dont se revendiquent par la suite les patriotes ou même les conservateurs (2). Il n'est pas non plus possible de l'assimiler à la perspective des contre-révolutionnaires (3).

1. L'existence d'un constitutionnalisme libéral avant la Révolution

796. L'approche consistant à considérer que « la constitution comme phénomène légal » serait une invention de la Révolution qui « instaure donc un ordre idéal de la vie politique, impliquant l'existence de normes fixes et constantes dans la manière de gouverner »³⁴⁸⁸ est erronée.

Cette conception de la constitution est en réalité bien antérieure à la Révolution, elle trouve ses racines dans les théories contractualistes et jusnaturalistes des XVII^e et XVIII^e siècle³⁴⁸⁹ et fut reprise par les théoriciens parlementaires, puis les théoriciens conservateurs³⁴⁹⁰. Ces théoriciens adoptent le concept de constitution, comme fondement de l'ordre politique et réglementation de cet ordre, et l'adaptent à leurs revendications respectives. Le constitutionnalisme libéral ne naît donc pas à la Révolution.

Le constitutionnalisme parlementaire se développe largement avant la Révolution et repose sur des présupposés libéraux, comme l'a montré Élina Lemaire³⁴⁹¹. Il se rapproche d'ailleurs dans

3487 Voir *infra*, ce chapitre, Section 1, § 2.

3488 Marina VALENSISE, « La constitution française », loc. cit., p. 441.

3489 Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2.

3490 Voir *supra*, Chapitre 2.

3491 « Parce que leur propos était avant tout institutionnel, c'est une doctrine des institutions libérales qu'ils ont formalisée dans leurs textes de protestations. En grande partie étrangères aux constructions de la Modernité, qui fondaient l'existence de la société et de l'État sur l'individu, sujet autonome, et ses droits, les revendications libérales des magistrats de l'ancienne France s'attachaient principalement à défendre les droits acquis des corps et des institutions, sans se préoccuper de l'individu, très largement ignoré dans l'immense majorité des remontrances

les dernières années de l'Ancien Régime de certaines conceptions patriotes³⁴⁹². À la veille de la Révolution toutefois, le constitutionnalisme conservateur se redéfinit pour se recentrer sur la défense des droits des Ordres et, dans une moindre mesure, des parlements³⁴⁹³.

Dans la présentation qui est faite de cette doctrine, ce constitutionnalisme, anti-égalitaire, mais également profondément anti-absolutiste, se trouve dilué entre l'idée qu'il serait une forme d'ancêtre du « vrai » constitutionnalisme de la Révolution, ou une branche dissidente du constitutionnalisme monarchique. Cette présentation ne permet alors pas pleinement de comprendre le phénomène du début de la Révolution, qui n'est pas une révolution contre le despote que serait le Roi, mais un rejet de la reconstruction conservatrice du constitutionnalisme libéral. Cette lecture conduit ainsi à considérer que la Révolution se fait contre l'absolutisme et donc avec Montesquieu. Le rapport fondamental d'opposition serait donc celui entre le despotisme et le constitutionnalisme. Une telle présentation ignore l'opposition entre le constitutionnalisme conservateur et le constitutionnalisme patriote, qui structure les débuts de la Révolution et permet de comprendre le mouvement patriote, non comme un mouvement anti-royaliste, ce qu'il n'est pas en 1789, mais contre un mouvement contre ce constitutionnalisme conservateur.

Ces interprétations sont également appuyées sur le mythe de l'absolutisme et l'idée que la Révolution se déroule entre un peuple et son roi, effaçant ainsi les rapports de forces qui, de la Prérévolution au 27 juin 1789, impliquent intimement les privilégiés, d'abord dans les parlements et l'Assemblée des Notables, puis dans les Ordres séparés. Cette analyse et souvent renforcée par l'utilisation des *Archives Parlementaires*, comme source, car ces archives ignorent pour l'essentiel les débats se déroulant dans la chambre de la Noblesse et du Clergé, occultant ainsi une des forces déterminantes, bien que perdante des affrontements du printemps 1789. Le modèle de constitution conservatrice proposé par les privilégiés au début de la Révolution est complètement ignoré. L'Ancien Régime est ainsi décrit comme un régime purement monarchique où le Roi règne seul.

Ces constitutionnalismes parlementaire et conservateur, ayant perdu face aux patriotes, ont, par la suite, été souvent effacés. Le manuel d'*Histoire des idées politiques*, d'Oliver Nay, contient

du XVIII^e siècle. Dans la conception parlementaire de l'État modéré, la liberté ne devait donc pas résulter d'un agencement institutionnel permettant, par l'expression d'une volonté autonome ou le choix libre de représentants, d'assurer l'émancipation individuelle. Dans un imaginaire de représentations très largement marqué par l'hétéronomie, ce n'était pas la participation de chacun au pouvoir de faire la loi qui devait permettre le déploiement et la préservation de la liberté dans l'État. Plus modestement, cette liberté dépendait, aux yeux des grands robins de l'ancienne France, de l'existence d'institutions adéquatement ordonnées de façon à prévenir la domination exclusive et durable de l'une d'entre elles. Alimentée par la diversité sociale de l'ancienne France, la mécanique institutionnelle de l'antique constitution de la monarchie devait favoriser, grâce à la balance à la fois politique et sociale d'institutions physiquement enracinées – et animées, de ce fait, par des intérêts particuliers et divergents –, la formation d'un équilibre peu propice à l'émergence du despotisme, et donc favorable au déploiement de la liberté. »
Elina LEMAIRE, *Grande robe et liberté, La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2010, p. 314-315.

3492 Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2, § 2.

3493 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 1.

par exemple un tableau intitulé « la société politique dans les théories de la fin du XVIII^e siècle », divisé en trois colonnes présentant les conceptions « des partisans de la monarchie absolue », « des députés bourgeois » et « des révolutionnaires radicaux »³⁴⁹⁴. Cette interprétation des idées politiques du XVIII^e siècle conduit également à voir dans l'article 16 la formulation d'un simple rejet du despotisme. L'ignorance de ce mouvement constitutionnaliste, libéral, anti-égalitaire et réclamant la restauration d'une constitution antique, conduit également à une forme de méconnaissance du constitutionnalisme anglais du XVII^e et XVIII^e siècles reposant sur une conception similaire de la constitution.

797. Le constitutionnalisme libéral des défenseurs des parlements sous l'Ancien Régime n'est identique ni au constitutionnalisme des patriotes, ni à celui des contre-révolutionnaires. Il en va de même du constitutionnalisme conservateur, défendu notamment par l'Ordre de la Noblesse dans les États-généraux. Il semble donc tout aussi artificiel de tracer une filiation entre Montesquieu et les révolutionnaires, qu'entre les théoriciens parlementaires et les contre-révolutionnaires, tels que Maistre ou Bonald. Le constitutionnalisme de ces derniers est par exemple profondément illibéral³⁴⁹⁵. Les divers courants du constitutionnalisme libéral présentent donc chacun leur spécificité.

2. Les spécificités des divers courants du constitutionnalisme libéral

798. Le fait d'ignorer ainsi les constitutionnalismes libéraux d'Ancien Régime et leurs spécificité pour les réduire soit à un discours contre-révolutionnaire avant la Révolution, soit à un discours imparfaitement révolutionnaire conduit à ne pas cerner les spécificités du constitutionnalisme patriote.

La lecture de la définition de la constitution contenue dans la Déclaration comme une suite de Montesquieu amène à l'analyser dans un rapport d'opposition entre le despotisme et la liberté, qui est celui de la théorie de Montesquieu. Néanmoins, ce rapport n'est plus le seul structurant à la Révolution. Cette lecture de l'article 16 comme l'énoncé d'un principe purement négatif ignore à la fois l'exigence de détermination et de réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir contenue dans le discours des patriotes, et l'exigence d'une constitution centrée sur les fonctions étatiques et non sur les institutions-corporations de l'État. La conception patriote de la séparation des pouvoirs exige qu'un même organe ne soit pas en mesure d'exécuter la loi qu'il aurait faite ou de modifier la loi qu'il doit exécuter. Ce procédé est conçu comme une garantie contre l'arbitraire. La notion de séparation des pouvoirs permet alors de condamner la conception traditionnelle de la monarchie où

³⁴⁹⁴Olivier NAY, *Histoire des idées politiques*, Armand Colin, coll. « U », 2013, p. 294.

³⁴⁹⁵Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

le Roi dispose des pouvoirs législatif et exécutif, mais également l'institution des parlements qui cumulent les fonctions d'exécution de la loi et de participation à la législation. Si la séparation était une simple interdiction de cumul de toutes les fonctions, alors la monarchie traditionnelle, telle que définie par Montesquieu, la monarchie parlementaire ou encore la monarchie décrite par le parti conservateur pourraient être considérées comme des constitutions valables quant au principe de séparation des pouvoirs ainsi formulé. La monarchie traditionnelle définie par Montesquieu répartit l'exercice du pouvoir entre plusieurs organes : le Roi fait les lois et les exécute mais les juges sont indépendants. La monarchie parlementaire correspond aussi à cette définition : le Roi partage la fonction législative avec les parlements qui, pour leur part, sont également chargés du pouvoir judiciaire. Dans la monarchie décrite par les conservateurs la fonction législative est partagée entre plusieurs organes. Cette définition de la séparation des pouvoirs est ainsi trop lâche car elle englobe l'ensemble du constitutionnalisme moderne, qui est en réalité composés de plusieurs constitutionnalismes.

799. Les différents aspects du constitutionnalisme du XVIII^e siècle (raison, droits naturels de l'individu, ordre naturel, volonté de la nation, réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir, équilibre entre les différentes parties de la société, gouvernement représentatif) ne prennent pas la même place dans les différentes conceptions de la constitution. Certains aspects sont par exemple rejetés par les patriotes, alors qu'ils sont centraux pour des auteurs tels que Montesquieu, et réciproquement. Par exemple, les parlementaires et les conservateurs, à la suite de Montesquieu, sont très attachés à l'idée de distinctions sociales et à la recherche d'un équilibre entre les différentes parties de la société, les différents groupes sociaux. À l'inverse, les patriotes et les physiocrates rejettent l'idée d'une société hiérarchisée en fonction des groupes sociaux se reproduisant héréditairement ; ils sont attachés aux droits des individus et rejettent les privilèges de naissance liés à l'appartenance à la noblesse. Les patriotes souhaitent obtenir une réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir politique, alors que les parlementaires et les conservateurs ne veulent qu'une réglementation partielle qui garantisse les droits des institutions-corporations. La place reconnue à la volonté de la nation ou à la raison diffère également en fonction des constitutionnalismes. Les physiocrates sont très attachés à l'idée d'une organisation rationnelle de la société, mais la volonté de la nation ne trouve pas de place réelle dans leurs théories. La raison est considérée comme importante pour les parlementaires et les patriotes, mais cette considération ne les conduit pas pour autant à marginaliser la place de la volonté de la nation. Pour eux, comme pour les conservateurs, la volonté de la nation joue un rôle central dans l'élaboration et la modification de la constitution, bien qu'ils ne s'accordent ni sur la composition, ni sur les modalités de

représentation de la nation. La place de la nation dans l'exercice de la fonction législative est également conçue différemment par ces différents groupes politiques. Seuls les patriotes réclament clairement une représentation de la nation par des élections périodiques, conférant à cette représentation le droit d'exercer ou de participer à la fonction législative.

Il n'y a donc pas un mais des constitutionnalismes libéraux et le parti patriote ne représente qu'un courant parmi d'autres. Il ne représente pas le « vrai » constitutionnalisme libéral ou une version « achevée » de ce constitutionnalisme, mais simplement le parti qui est parvenu à s'imposer à la Révolution. Cette victoire du parti patriote implique en retour une recomposition des autres idéologies libérales, ainsi que le développement d'un constitutionnalisme illibéral. À titre d'exemple, le débat anglais entre Burke et Paine est le résultat de la Révolution, et non l'expression de positions antagonistes préexistantes. Le rapport d'opposition qui naît entre eux est donc le produit de la Révolution et non sa cause³⁴⁹⁶.

3. L'absence de continuité entre les constitutionnalismes libéraux d'Ancien Régime et la Contre-révolution

800. Il n'existe pas non plus de continuité ou d'identité entre les constitutionnalismes libéraux d'Ancien Régime et les théories contre-révolutionnaires. Ces auteurs et ces groupes politiques ne sont pas placés dans la même position, puisque les contextes politiques dans lesquels ils s'expriment diffèrent profondément. Montesquieu et les parlementaires s'attaquent aux théories absolutistes et au réformisme centralisateur. Les théoriciens conservateurs de la Prérévolution tentent de défendre la position des Ordres privilégiés tant contre le pouvoir royal que contre les revendications du Tiers. Maistre et Bonald réclament eux le (r)établissement d'une monarchie relativement absolue, face à une Révolution qui a détrôné et exécuté un Roi avant que ne s'impose d'abord un Empereur puis le retour négocié à la monarchie. Tous ces groupes n'occupent pas le même espace politique, il ne peuvent donc avoir le même discours.

Il n'y a pas de continuité conceptuelle ou individuelle entre ces groupes. Les mêmes individus ont même changé d'opinion, de position politique et de théorie en fonction des périodes. Dale Van Kley souligne cette évolution et l'impossibilité d'établir une continuité entre ces mouvements intellectuels à propos du parti parlementaire³⁴⁹⁷. Dans une moindre mesure, cela est

3496 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A.

3497 « Bien sûr, on pourrait supposer que les vrais révolutionnaires, c'est-à-dire les vrais porteurs du langage et des concepts révolutionnaires, se sont systématiquement tus et tenus à l'écart du débat jusqu'après septembre 1788, moment où ils ont fait leur entrée massive par la brèche créée en réaction contre le trop fameux règlement du Parlement de Paris de cette même date. On pourrait aussi supposer – on l'a effectivement fait – que toute cette tradition janséniste-patriotique de contestation politique est entrée intégralement dans ce qu'on appelle la contre-révolution, ou bien qu'elle constitue cette contre-révolution avant même qu'il y ait eu une révolution. Et c'est vrai qu'un certain nombre de jansénistes et patriotes – Augéard, Malesherbes, Mey et Maulrot, par exemple – se sont plus tard opposés à la Révolution ou à quelques-uns de ses aspects. Mais ces hypothèses-là ne me semblent pas très sérieuses. En premier lieu parce qu'on assiste souvent à des changements de langage radicaux après septembre 1788

vrai également du parti conservateur. Son appareil idéologique est fait pour s'opposer tant au Roi qu'aux patriotes. Leur conception de la constitution reste appuyée sur son caractère artificiel et volontariste ; ils reconnaissent par exemple la possibilité de la changer par la volonté réunie du Roi et des trois Ordres. En ce sens, la Contre-révolution opère une rupture conceptuelle radicale dans la conception de la notion de constitution qui n'a pas de réel précédent, ou en tous cas qui ne trouve pas sa source dans les discours politiques d'un des partis prenant part à la Prérévolution et à la Révolution.

La pluralité des constitutionnalismes libéraux d'Ancien Régime et leur évolution dans la seconde moitié du XVIII^e siècle explique également l'impossibilité d'interpréter l'article 16 à la lumière de Montesquieu.

C. L'impossibilité d'interpréter l'article 16 à la lumière de Montesquieu

801. Faire du constitutionnalisme un mouvement uniforme au XVIII^e siècle conduit également à des contre-sens. Les décennies qui précèdent la Révolution voient émerger de nombreuses définitions de la constitution et de ce qu'elle doit contenir. Il en va de même du concept de séparation des pouvoirs. Le concept de séparation des pouvoirs développé par les patriotes est l'illustration du rejet de la conception de la monarchie de Montesquieu (1). Il n'y a donc pas de lien entre la référence à la « séparation des pouvoirs » et Montesquieu (2).

1. La séparation des pouvoirs comme rejet de la conception de la constitution monarchique de Montesquieu

802. En 1789, la séparation des pouvoirs est avant tout conçue contre les réclamations des Ordres et des corps, comme l'illustre l'intervention de Biauzat le 28 août à propos de la définition de la monarchie : « Il a fait sentir l'importance de s'expliquer sur le sens actuel de *monarchie*, en disant que l'on n'entendait pas rétablir une monarchie fondée sur la division des ordres, une monarchie fondée sur la vénalité des charges, mais une monarchie fondée sur la séparation des trois pouvoirs. »³⁴⁹⁸ Cette affirmation résume la place de la notion de séparation des pouvoirs dans la Déclaration. La séparation des pouvoirs n'est pas simplement l'inverse du despotisme, mais également l'expression du rejet des constitutionnalismes parlementaire et conservateur. Elle est conçue dans un rapport d'opposition entre la séparation des pouvoirs et la séparation des Ordres,

de la part de ceux-là mêmes – Barnave et Duport par exemple – qui ont tenu le plus pur langage du “patriotisme” auparavant. En deuxième lieu, parce que pour chaque patriote ou janséniste opposé à la Révolution, un autre – Agier, Le Paige, ou Target, par exemple – l'accepte. On serait tout aussi fondé à s'appuyer sur le nombre des “défections” philosophiques – Raynal, Morellet, Marmontel, et Suard en tête – pour qualifier tout le mouvement dit des Lumières de “contre-révolutionnaire”. » Dale VAN KLEY, « Du parti janséniste au parti patriote » in *Jansénisme et Révolution, Actes du colloque de Versailles tenu au Palais des congrès les 13 et 14 octobre 1989*, sous la direction de Catherine MAIRE, Paris, Chronique de Port-Royal, n° 39, 1990, p.126-127.

3498 *Le Hodey*, III, p. 160.

entre une constitution reposant sur la répartition des fonctions étatiques ou sur l'existence d'institutions-corporations.

La constitution de la monarchie, telle qu'elle est théorisée et défendue par Montesquieu, qui la définit notamment comme « le gouvernement fondé sur un corps de noblesse »³⁴⁹⁹, est donc opposée aux théories patriotes. Les écrits de Montesquieu sont d'ailleurs largement rejetés par les patriotes, comme le souligne Roger Barny³⁵⁰⁰. Le seul contexte dans lequel les théories de Montesquieu semble être invoquées par les patriotes est celui du débat sur le « pouvoir » judiciaire³⁵⁰¹.

803. Une fois la déconstitution de l'Ancien Régime entamée, la notion de séparation des pouvoirs remplit une autre fonction. Elle continue d'être employée dans les débats sur la prérogative royale. De plus, la dissolution des parlements conduit à la revalorisation du pouvoir judiciaire, qui avait été conçue comme subordonné à la loi et au Roi, afin de mettre fin aux pouvoirs politiques des parlements. Une fois que la fonction judiciaire est soustraite aux mains des corps nobiliaires que la Révolution détruit, il est possible de revaloriser cette fonction et particulièrement de formuler la nécessité de garantir son indépendance par rapport à un pouvoir royal trop puissant. La tripartition du pouvoir politique devient un argument des patriotes radicaux qui citent Montesquieu pour obliger les conservateurs à se ranger à l'idée de l'impossibilité pour le Roi d'intervenir dans la fonction judiciaire : « Je vais plus loin, et je dis aux partisans de la prérogative royale, en me servant de leur autorité favorite, de Montesquieu, qu'il est faux, souverainement faux, que le pouvoir judiciaire soit une partie du pouvoir exécutif. »³⁵⁰². Les conservateurs, tels que l'abbé Maury, ne manquent pas de souligner ce qu'il considère être l'hypocrisie des patriotes :

« Le président de Montesquieu est le premier publiciste qui ait fait du pouvoir judiciaire un troisième pouvoir politique séparé du pouvoir exécutif. J'appelle de l'autorité de ce grand homme à l'autorité de la raison qui le dément ; mais j'observe qu'il serait assez bizarre, sans doute, que l'Assemblée nationale ayant rejeté presque toutes les opinions de ce grand écrivain que j'admire comme le premier ministre du

3499EDL, XI, VIII.

3500« À partir de 1789 et surtout 1790, la relation à l'héritage culturel est l'objet d'un débat passionné. Les hommes de la Révolution se réfèrent massivement aux grands écrivains du siècle. En général, ce sont les patriotes qui sont à l'initiative : ils utilisent l'œuvre des philosophes dans leurs argumentations et dans leur effort pour prospecter l'avenir. Mais les aristocrates ne tardent guère à revendiquer la même caution, s'efforçant de démontrer l'erreur ou la mauvaise foi de leurs ennemis. Dans ce concert, le premier rôle est incontestablement tenu par J.-J. Rousseau. Montesquieu ne vient qu'ensuite, avec Raynal, Voltaire, Mably. Mais il présente une originalité : il semble utilisé presque exclusivement par les contre-révolutionnaires, qui puisent d'abondance dans *l'Esprit des lois*, et ce sont les patriotes qui ripostent, non pour le disputer à l'adversaire mais, sauf exception, pour le condamner en qualité de premier auteur aristocrate. » Roger BARNY, *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire. Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution (débat politiques et sociaux)* suivi de *Montesquieu dans la Révolution*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1995, p. 269

3501Sur le pouvoir judiciaire à la Révolution voir Michel VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction » in *Droits*, n° 9, 1989, p. 33.

3502*Réimp. Mon.*, 4, p. 299 ; voir aussi ROEDERER, *Ibid.*, p. 304.

peuple, elle voulût adopter aujourd'hui la plus grave de ses erreurs, une erreur qu'il n'accréditât que parce qu'elle favorisait ses systèmes parlementaires, une erreur que l'Assemblée nationale consacrerait au moment même où elle veut voter la destruction de tous les parlements. »³⁵⁰³

Montesquieu est la référence et l'idéal des conservateurs ; il n'est pas celui des patriotes. Ces derniers ont rejeté l'idée d'un rôle politique de la noblesse, caractéristique nécessaire à l'équilibre constitutionnel de la monarchie d'après Montesquieu. Ils ne veulent pas des cours de justice composées de juges inamovibles et indépendants par rapport au pouvoir politique. Leur emprunt à Montesquieu se limite à la réclamation d'une indépendance des juges, non pas par rapport à tout pouvoir politique, mais simplement vis-à-vis du Roi. Cet emploi stratégique de cette autorité conservatrice n'implique pas une adhésion à ses thèses, mais participe plutôt d'une tentative de forcer la main aux conservateurs et de les contraindre à accepter que le Roi n'ait aucun pouvoir s'agissant de la nomination des juges. Un tel principe était d'ailleurs assez éloigné des théories de Montesquieu qui estimait que, bien que le Roi ne doivent pas juger lui-même, son vrai rôle était d'instituer des juges³⁵⁰⁴.

Le concept patriote de séparation des pouvoirs connaît ainsi sa première inflexion en 1790 et voit apparaître une tripartition du pouvoir pour limiter le pouvoir royal. Le pouvoir judiciaire n'est néanmoins pas institué comme une institution centrale séparée, mais au contraire comme une fonction exercée localement par des juges directement élus par les citoyens. Le rejet d'un contrôle du Roi sur la nomination des juges élus n'est pas la consécration d'une indépendance du pouvoir judiciaire, spécialement vis-à-vis de la fonction législative³⁵⁰⁵. Un ensemble de dispositifs est d'ailleurs mis en place afin de s'assurer que ce pouvoir judiciaire, distinct du pouvoir exécutif royal, se soumette à la loi. La fonction de cassation est par exemple considérée par certains comme étrangère à l'organisation judiciaire et comme faisant pleinement partie de la fonction législative³⁵⁰⁶.

3503 MAURY, *Réplique sur le droit qui appartient au Roi de choisir et d'instituer les juges* (1790) in *Œuvres choisies du cardinal J. Sifrein Maury, contenant son Essai sur l'éloquence de la chaire, ses éloges, panégyriques, y compris celui de Saint Vincent de Paul, et ses discours prononcés à l'Assemblée constituante*, vol. 4, Paris, 1827, p. 43.

3504 « La vraie fonction du prince était d'établir des juges, et non pas de juger lui-même » EDL, XI, XI.

3505 « Elles sont faites, ces Lois ; mais souvent, avant que de les exécuter, il s'agit de savoir si elles s'appliquent, ou non, à un fait arrivé. Cette fonction ne peut évidemment être remplie par aucun des deux autres Pouvoirs, elle forme proprement l'objet de ce qu'on appelle improprement Pouvoir judiciaire.

« Je dis improprement, parce qu'il n'y a réellement de Pouvoir dans l'Ordre judiciaire que le Pouvoir exécutif ; lequel est obligé de consulter des hommes désignés par la Constitution, avant de faire exécuter les Lois civiles, lorsque leur application paraît douteuse. » DUPORT, *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport député de Paris*, Imprimé par ordre de l'Assemblée, Paris, Imprimerie nationale, 1790, annexé au PV AN n° 244.

« Nous avons vu, Messieurs, que les juges devaient être bornés à l'application de la Loi, qu'ils ne devaient participer à aucune des fonctions législatives ou exécutives : delà il résulte que toute interprétation, toute explication de la Loi purement théorique ou réglementaire doit leur être interdite, et qu'ils ne peuvent jamais s'expliquer qu'au sujet d'un fait déjà arrivé ; car la différence d'une Loi et d'un Jugement est que celle-là statue sur des questions générales, et celui-ci sur un fait déterminé. » *Ibid.*, p. 13-14.

« Si les Tribunaux, au contraire, sont trop indépendants du Peuple et du Monarque, alors, ainsi que j'ai déjà eu l'honneur de vous le dire, Messieurs, ils chercheront, par une usurpation successive et insensible des droits du Peuple et du Monarque, à former un troisième Pouvoir, indépendant des premiers. » *Ibid.*, p. 32.

3506 ROBESPIERRE et BARRÈRE, *Réimp. Mon.*, 4, p. 458-459.

D'autres estiment qu'ils s'agit d'une fonction plus générale de conservation de la constitution, qui est elle aussi considérée comme une fonction extérieure à la fonction judiciaire³⁵⁰⁷.

La tripartition du pouvoir des patriotes ne semble donc pas pouvoir être comparée à la tripartition du pouvoir théorisée par Montesquieu. D'ailleurs, les deux fonctions que les patriotes veulent à tous prix distinguer, les fonctions exécutive et législative, peuvent être confondues dans la théorie de Montesquieu³⁵⁰⁸. Pour lui, tel est le cas dans les monarchies qui n'ont pas pour objet direct la liberté, mais qui « ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince ». Ces gouvernements se caractérisent donc non par une liberté extrême³⁵⁰⁹, mais par une liberté modérée³⁵¹⁰. La confusion des pouvoirs législatif et exécutif n'implique donc pas pour Montesquieu l'absence de liberté, mais simplement une liberté modérée. Une telle analyse serait parfaitement incompatible avec la conception patriote de la séparation des pouvoirs.

2. L'absence de lien entre la référence à la « séparation des pouvoirs » et Montesquieu

804. Le concept de séparation des pouvoirs est théorisé par de nombreux auteurs à la suite de Montesquieu. Il n'est donc pas possible d'inférer de la référence à l'idée de séparation des pouvoirs une référence à Montesquieu.

Pour ne prendre que deux exemples, il est possible de présenter les conceptions de la séparation des pouvoirs de Delolme et Mably. Les patriotes radicaux adhèrent au modèle de la séparation des pouvoirs présentée par Mably : une réunion du pouvoir législatif et une division du

3507« Il suit de ce que je viens d'exposer qu'il ne peut pas être ici question de la Cour Nationale. Cette institution n'entre pas dans le Plan judiciaire proprement dit ; c'est une partie, une pièce, pour ainsi dire, de la Constitution générale, faite pour la maintenir et la consolider. Ce n'est pas un dernier terme de juridiction, mais un moyen de contenir tous les pouvoirs constitués, et de les ramener au but de leur institution. » DUPORT, *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport député de Paris*, Imprimé par ordre de l'Assemblée, Paris, Imprimerie nationale, 1790, annexé au PV AN n° 244.

3508« Les monarchies que nous connaissons n'ont pas, comme celle dont nous venons de parler, la liberté pour leur objet direct ; elles ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince. Mais de cette gloire il résulte un esprit de liberté qui, dans ces États, peut faire d'aussi grandes choses, et peut-être contribuer autant au bonheur que la liberté même.

« Les trois pouvoirs n'y sont point distribués et fondus sur le modèle de la constitution dont nous avons parlé. Ils ont chacun une distribution particulière, selon laquelle ils approchent plus ou moins de la liberté politique ; et, s'ils n'en approchaient pas, la monarchie dégénérerait en despotisme. » *EDL*, XI, VII.

3509« Comme toutes les choses humaines ont une fin, l'État dont nous parlons perdra sa liberté, il périra. Rome, Lacédémone et Carthage ont bien péri. Il périra lorsque la puissance législative sera plus corrompue que l'exécutrice.

« Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage.

« Je ne prétends point par là ravalier les autres gouvernements, ni dire que cette liberté politique extrême doive mortifier ceux qui n'en ont qu'une modérée. Comment dirais-je cela, moi qui crois que l'excès même de la raison n'est pas toujours désirable, et que les hommes s'accommodent presque toujours mieux des milieux que des extrémités ? » *EDL*, XI, VI.

3510« Dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme. » *EDL*, XI, VI.

pouvoir exécutif³⁵¹¹. Ce modèle est l'inverse du modèle de Delolme³⁵¹², dont se prévalent les monarchiens, et qui repose sur la réunion du pouvoir exécutif et la division du pouvoir législatif.

805. La théorie de Delolme est utilisée comme le modèle des monarchiens. Elle est par exemple présentée par Lally-Tolendal dans son rapport sur l'organisation du Corps législatif : « La division du Pouvoir législatif, la réunion du Pouvoir exécutif sont deux axiomes politiques que la raison et l'expérience ont placé hors de toute atteinte. Partout où le Pouvoir législatif est en une seule main, partout où le Pouvoir exécutif est partagé entre plusieurs, la liberté ne peut exister »³⁵¹³. Delolme est également cité à plusieurs reprises par Mounier dans ses *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France*³⁵¹⁴.

806. La théorie de Mably sert de support aux théories des patriotes radicaux. Sieyes présente une conception qui semble s'en inspirer dans son projet de constitution pour Paris³⁵¹⁵ et dans son projet de déclaration il précise : « Le pouvoir actif se subdivise en plusieurs branches. C'est à la constitution à suivre cette analyse. »³⁵¹⁶ La division du pouvoir exécutif est invoquée à nouveau par certains à l'occasion de la discussion sur le pouvoir du Roi en matière de désignation des juges. Chabroud déclare à cette occasion :

« sur les idées d'un de nos maîtres en politique [il s'agit de Mably, qu'il cite dans son opinion publiée³⁵¹⁷], j'avais observé que rien n'est plus dangereux que de réunir toutes les branches du pouvoir exécutif dans la même main, et j'en avais conclu la nécessité de la division du pouvoir exécutif [...] l'effort du pouvoir

3511« Il y a des marques certaines pour juger de la justesse des proportions avec lesquelles doit se faire le partage de la puissance publique. Si vous lisez, monseigneur, avec l'attention l'histoire des peuples anciens et modernes qui ont eut un gouvernement mixte, vous verrez constamment que ceux qui en ont retiré le plus grand avantage, ce sont ceux qui ont abandonné la puissance législative au corps entier de la nation, et confié la puissance exécutrice à un plus grand nombre de magistrats. » MABLY, *De l'étude de l'histoire à Monseigneur le Prince de Parme*, 1778, in *Oeuvres complètes de l'abbé de Mably*, VI, vol. XII, 1818, p. 37.

3512« Règle générale, par conséquent. Pour qu'un État soit stable, il faut que le Pouvoir législatif y soit divisé : pour qu'il soit tranquille, il faut que le Pouvoir exécutif y soit réuni. » DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, éd. cit., p. 129-131.

3513LALLY-TOLLENDAL, Rapport sur l'organisation du Corps législatif, Lally-Tolendal au nom du comité de constitution, annexé au *PV AN n° 63*, p. 2.

3514 Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-126, p. 13, 23, 27.

3515« Le Gouvernement général, ou le pouvoir exécutif national peut se diviser en quatre grandes parties.

« La Justice, y compris la police générale.

« L'instruction publique.

« La surintendance des soins, travaux et secours publics.

« Les relations extérieures de la Nation. Les forces de mer et de terre sont comprises dans ce Département. » SIEYES, *Quelques idées de constitution, applicables à la ville de Paris*, 1789, BN Lb39-2107, p. 23-24.

Voir également *supra*.

3516SIEYES, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, éd. cit., p. 18.

3517Opinion de Charles Chabroud, membre de l'Assemblée nationale, sur quelques questions relatives à l'Ordre Judiciaire, prononcé le 30 mars 1790, Imprimée par ordre de l'Assemblée nationale, Paris, Imprimerie nationale, 1790, *PV AN n° 245*, p. 9.

exécutif doit être un ; mais il n'en est pas moins nécessaire de classer les différentes parties de ce pouvoir : il le faut pour assurer cette marque unique, et pour retenir dans ses bornes ce pouvoir exécutif redoutable. »³⁵¹⁸

La division de l'exécutif est alors présentée comme une condition nécessaire à la stabilité de la constitution et comme une garantie contre une dérive despotique³⁵¹⁹. Cette vision est évidemment combattue par les conservateurs, qui accusent les patriotes radicaux de vouloir instaurer une république³⁵²⁰.

807. Les constituants n'étaient donc pas d'accord sur la « bonne » séparation des pouvoirs. Ils n'étaient pas victimes de leur incompetence ou de leur mauvaise lecture de Montesquieu, mais avaient simplement d'autres références. Chez Delolme et Mably, le pouvoir judiciaire n'a d'ailleurs pas la place que Montesquieu lui reconnaît. Il est considéré comme subsidiaire et subordonné³⁵²¹, ce qui semble être plus proche des conceptions patriotes du pouvoir judiciaire.

Il semble donc plus pertinent d'analyser, par exemple, les débats au sein des patriotes sur la séparation des pouvoirs comme une opposition entre la conception de Delolme et celle de Mably, que d'y voir une référence à Montesquieu, auteur rejeté par les patriotes et référence des conservateurs. Interpréter les débats révolutionnaires comme une mauvaise lecture de Montesquieu ignore entièrement toute la production intellectuelle qu'avait pu connaître la France en quarante ans.

808. Cette lecture de l'article 16, influencée par l'idée d'un constitutionnalisme libéral unitaire, construit contre une conception neutre et descriptive de la constitution monarchique, ne rend donc

3518 *Réimp. Mon.*, 4, p. 294.

3519 « Il restera toujours une grande vérité ; c'est que, tant que les branches du pouvoir exécutif seront réunies en une seule main, le pouvoir législatif pourra être attaqué ; la liberté succombera et la liberté n'aura duré qu'un moment. » CHABROUD, *Réimp. Mon.*, 4, p. 294.

« Le grand principe auquel il faut s'attacher invariablement, c'est que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne doivent jamais être confondus ; or, pour garantir que cette confusion n'aura jamais lieu, il faut absolument séparer le pouvoir du jugement du pouvoir des armes. La réunion de ces pouvoirs donnerait le moyen de détruire et d'attirer sur la tête du prince le pouvoir législatif » ROEDERER, *Ibid.*, p. 304.

3520 « Vous avez décrété que le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du roi : le pouvoir exécutif existe dans les monarchies comme dans les républiques, et dans toutes les républiques il est divisé ; dans toutes les monarchies il est un et renfermé dans les mêmes mains. Les gouvernements ne sont républicains que par cette division, ils ne sont monarchiques que par cette réunion. J'ai eu raison de rendre hommage à la franchise du préopinant, qui nous a proposé très textuellement d'établir le gouvernement républicain en France... » MAURY, *Réimp. Mon.*, 4, p. 294.

3521 Delolme écrit par exemple : « Le Pouvoir Judiciel doit donc absolument résider dans un Corps subordonné et soumis ; non dans ses actes particuliers, à l'égard desquels il doit être comme un sanctuaire ; mais par rapport à ses principes et à ses formes, que c'est à la Puissance législative à lui prescrire. [...] dans une Monarchie véritablement limitée, c'est-à-dire, dans celle où le Prince, par le droit et par le fait, est soumis aux lois, ces grands Corps de Judicature se trouveraient contraires au principe de la Constitution, qui ne veut pas qu'il existe, nulle part, plus de puissance que ce qu'il en fait pour le but qu'on se propose, et, dans les vicissitudes de la fluctuation inévitable dans un tel État pourraient devenir très dangereux. [...] le Pouvoir judiciel ne doit jamais être placé dans un Corps indépendant ; beaucoup moins encore entre les mains de celui qui est déjà le dépositaire de la force publique. » DELOLME, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1774, p. 89-92.

pas compte de la réalité des idées politique de l’Ancien Régime. Elle est en réalité le résultat de constructions théoriques postérieures qui ont conduit à redéfinir la notion de constitution et celle de séparation des pouvoirs. Ces théories postérieures ont servi à une relecture de l’article 16 qui projette sur ce texte ces nouvelles catégories. Ces développements théoriques de la première moitié du XIX^e siècle ont donc considérablement influencé les conceptions contemporaines du constitutionnalisme, de la notion de constitution et de celle de séparation des pouvoirs.

§ 2. *La construction de la dualité de la notion de constitution et d’un constitutionnalisme libéral unitaire, postérieure à la Révolution*

809. La dualité de la notion de constitution et la vision unitaire du constitutionnalisme sont deux constructions postérieures à la Révolution. Le constitutionnalisme illibéral³⁵²², théorisé par les contre-révolutionnaires, a participé à la redéfinition de la notion de constitution. La tentative des théoriciens de la Restauration et de la Monarchie de Juillet de parvenir à une forme de voie médiane entre les théories développées par les révolutionnaires et les contre-révolutionnaires conduit à la construction de la notion de constitution comme une notion duale, qui désigne soit tout ordre politique, soit un ordre politique correspondant à un certain idéal. Elle est le résultat de la reconstruction de la notion de constitution par la Contre-révolution et de la neutralisation de cette reconstruction par les premiers constitutionnalistes, qui écrivent sous la Restauration puis la Monarchie de Juillet. Par ce processus de redéfinition de la notion de constitution, émerge, dès la première moitié du XIX^e siècle, une notion traditionnelle, neutre, matérielle et descriptive de constitution, qui permet d’affirmer que tout État a une constitution et que la constitution est un objet pseudo-naturel produit par l’histoire. De nouvelles idées sont donc associées à la notion de constitution : elle est le mode d’existence d’un pays, et donc un objet naturel ; elle est le produit de l’histoire et de la tradition.

810. Dans la période qui s’étend de 1795 à la fin des années 1830, la notion de constitution est entièrement redéfinie.

Sous la Restauration, les écrits de la Contre-révolution, produit de 1790 à 1799, sont étudiés, republiés et leurs auteurs en offrent des versions plus développées. La notion de constitution fait donc l’objet d’une profonde redéfinition sous un régime qui refuse radicalement la conception patriote de cette notion. Pour Louis XVIII et ses soutiens, la constitution n’est pas le résultat de la volonté de la nation, mais celui de la volonté divine ; elle n’a pas besoin d’être en conformité avec les droits de l’homme, qui pour eux ne sont qu’une chimère ; elle ne peut réglementer

³⁵²²Ce terme renvoie aux contre-révolutionnaires rejetant le libéralisme politique.

exhaustivement le pouvoir politique, puisque le Roi ne le tient que de Dieu ; ce pouvoir ne peut être que partiellement limité par des concessions du souverain, qui reste l'ultime détenteur de toutes les fonctions étatiques.

Ils rejettent l'individualisme, le volontarisme et l'artificialisme de la conception patriote de la notion de constitution. La constitution est ainsi définie comme un objet naturel produit par une volonté divine. Il n'est alors plus possible de faire une constitution, mais simplement de respecter celle qui existe déjà. Cette constitution déjà existante n'est pas non plus celle du parti conservateur puisqu'elle n'est le résultat d'un moment fondateur ou d'un contrat entre le Roi et les Ordres. Si l'histoire peut permettre de la connaître indirectement, elle reste une création divine et non le simple produit de l'histoire. Ils ne font pas non plus valoir les droits de la nation, des Ordres, ou ceux du trône. Ils créent, pour concurrencer la conception patriote de la constitution, une nouvelle définition. Comme l'écrit Maistre, « le rétablissement de la Monarchie, qu'on appelle *contre-révolution*, ne sera point une *révolution contraire*, mais le *contraire de la révolution*. »³⁵²³ Ils redéfinissent également les notions de nature et de raison si chères aux patriotes. Les contre-révolutionnaires valorisent la nature, non parce que les individus auraient des droits naturels, mais parce qu'il existe un ordre naturel auquel tout ordre politique doit se conformer. Ils valorisent la raison, non comme une raison spéculative, mais comme une raison expérimentale : l'histoire seule enseigne les véritables principes politiques. Ils refusent également l'idée d'un homme abstrait et de droit naturel, chaque peuple a son « esprit » qui le singularise et le distingue du peuple voisin.

Cette redéfinition influence ensuite les premiers théoriciens du droit constitutionnel, y compris ceux publiant leurs ouvrages sous la Monarchie de Juillet. Ils intègrent à leur définition de la constitution les théories contre-révolutionnaires, qu'ils synthétisent avec les théories révolutionnaires. La Contre-révolution et la Restauration ont donc profondément et durablement changé la signification de la notion de constitution par leur entreprise de reconceptualisation à la suite de la Révolution. Certains de ces premiers ouvrages de droit constitutionnel firent l'objet, sous la III^e République, d'une réédition et influencèrent ce qu'il est convenu d'appeler la doctrine classique du droit public.

La volonté de premiers constitutionnalistes d'opérer un compromis entre les thèses révolutionnaires et les thèses contre-révolutionnaires les conduit à juxtaposer les deux concepts de constitution. Ils font ainsi naître la dualité de cette notion. Il existe pour eux, d'une part, une notion de constitution purement descriptive et, de l'autre, un concept restreint de constitution liée au libéralisme politique. D'après le sens large du mot, hérité des conceptions contre-révolutionnaires, tous les États ont des constitutions, mais, d'après la conception plus restreinte, seuls certains ont des

3523 MAISTRE, *Considérations sur la France*, seconde édition, revue par l'Auteur, Londres, mars 1797, p. 216.

constitutions libérales. Les autres États ont aussi une constitution, mais elles sont illibérales. Ces théoriciens marquent une rupture avec les théories antérieures puisqu'il ne conçoivent plus la constitution comme un idéal à établir, rétablir ou restaurer. Ils tentent de livrer une définition « neutre » de la notion de constitution qui se présente comme dégagée d'une idéologie spécifique, attachée à une pure et simple description de la réalité, visant à présenter les régimes tels qu'ils sont et non à prescrire le régime qu'il conviendrait d'instaurer ou de restaurer. L'association de la constitution et de la liberté définit la bonne constitution, mais une constitution illibérale n'est pas considérée pour autant comme inexistante. L'association du libéralisme et du constitutionnalisme est particulièrement développée par Benjamin Constant et est reprise par les constitutionnalistes de la III^e République. Le libéralisme anti-absolutiste est également redéfini comme un mouvement unitaire par ces auteurs.

La Contre-révolution invente ainsi une notion de constitution naturelle, organique et traditionnelle, reposant sur l'esprit du peuple et forgée par le temps (A). Les premiers constitutionnalistes procèdent ensuite à la neutralisation de la notion de constitution et à l'unification du constitutionnalisme libéral (B).

A. L'invention d'une constitution organique et traditionnelle par les contre-révolutionnaires

811. À la Révolution, la notion de constitution ne repose pas simplement sur l'idée d'une réglementation ; cette réglementation doit être exhaustive, conforme au droit naturel et émaner de la nation.

Un tel impératif se trouve d'ailleurs exprimé dans les interprétations de l'article 16 contemporaines de son adoption. Une représentation de cette définition et de cette conception de la constitution patriote se trouve par exemple dans un *Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français* qui paraît en 1791. La constitution y est d'abord définie comme un « Corps de lois fondamentales qui constituent le gouvernement d'un peuple »³⁵²⁴. La constitution ne constitue donc pas le peuple, mais son gouvernement. Il est ensuite précisé : « La *constitution* d'un état est l'organisation de chacune des parties de son gouvernement, ou l'ensemble des lois d'après lesquelles chacune d'elle doit être administrée. »³⁵²⁵ Ici est illustrée l'ambition d'une réglementation exhaustive du pouvoir par la constitution. En outre, la constitution ne se réduit pas à son objet, une réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir, mais doit également respecter un ensemble de conditions formelles et matérielles. D'un point de vue formel, elle doit être faite par le peuple ou la nation³⁵²⁶ et, d'un point de vue matérielle, elle doit être en conformité avec les droits de l'homme.

³⁵²⁴*Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français*, Guillaume Junior, Paris, 1791, BN Le3-234, p. 100.

³⁵²⁵*Ibid.*

³⁵²⁶En 1791, ces notions ne sont pas distinctes.

L'exigence de garantie des droits, figurant à l'article 16, est donc considérée comme un critère permettant de déterminer l'existence d'une constitution : « Ainsi, l'état dans lequel les droits naturels de l'homme sont méconnus par les lois, est mal constitué, ou plutôt n'a point de *constitution* ; il en est de même de toute société politique dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée. (*Déclaration des droits*). »³⁵²⁷

L'auteur du dictionnaire souligne ainsi que ces critères de la notion de constitution justifiaient l'entreprise des constituants :

« D'après ces principes, la France n'avait point de *constitution* ; le peuple obéissait à des lois qu'il n'avait pas faites ; la souveraineté était partagée entre le roi et quelques corps aristocratiques, tous les pouvoirs étaient confondus, les droits des citoyens sans cesse violés parce qu'ils étaient méconnus et ceux de la nation oubliés. Les représentants du peuple, appelés en 1789 pour réparer le désordre des finances, reçurent de la nation l'ordre et le pouvoir de donner, avant tout, une *constitution* à la France. »³⁵²⁸

La réception immédiate de l'article 16 atteste de la pleine compréhension du concept patriote de constitution qui exige une constitution faite par la nation, en conformité avec le droit naturel et les droits de l'homme, et présentant une réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir politique, par une répartition des fonctions étatiques entre différents organes.

Immédiatement après la Révolution, l'article 16 est donc bien conçu comme une définition de la constitution, de ses conditions de validité. Olympe de Gouges l'analyse en ce sens lorsque, dans sa déclaration des droits de la femme à la Reine elle complète l'article 16 en ajoutant : « la constitution est nulle, si la majorité des individus qui composent la Nation, n'a pas coopéré à sa rédaction. »³⁵²⁹

« C'est au peuple, et ce n'est qu'au peuple, qu'appartient le droit d'établir sa *constitution*. Celle qu'il n'a pas faite lui-même ou à laquelle il n'a pas donné son adhésion, libre et volontaire, est une mauvaise *constitution*. Il conserve toujours le droit de changer la *constitution* qu'il s'est donnée ; car il ne peut s'imposer à lui-même des lois qu'il ne puisse abolir ou changer quand son intérêt le commande ; de même que l'on ne peut être tenu d'observer les engagements pris avec soi-même, ainsi, aucune puissance n'a le droit de contraindre une nation à suivre les lois qu'elle s'est faites, lorsque ces lois ne conviennent plus à son bonheur. Celle qui s'interdirait la faculté de les détruire, se rendrait esclave de sa première volonté, et poserait elle-même des bornes à l'étendue du pouvoir souverain qu'elle exerce.

« ... *Chaque peuple a ses lois, Qu'il tient de sa nature, ou qu'il change à son choix.* (*Brutus*)

« Mais la nation seule peut-être juge des changements qu'il convient d'apporter dans sa *constitution* est d'assurer à tous les citoyens, sans distinction, le libre et entier exercice de leurs droits naturels, (*Voyez Droits*), il faut donc qu'une *constitution* soit l'expression du vœu général d'une nation parfaitement instruite de ses droits : ce serait en vain, si elle en ignorait toute l'étendue, qu'elle même réglerait la forme de son gouvernement ; ce gouvernement serait toujours vicieux, et les magistrats que le peuple instituerait pour faire exécuter ses volontés, profitant de son ignorance, finiraient par l'asservir. C'est l'histoire de presque tous les gouvernements ; chaque peuple déterminait d'abord la forme du sien, mais bientôt ses agents, abusant de l'autorité qu'il leur avait confiée pour le maintien des lois, le dépouillèrent de la souveraineté, et de ministres soumis devinrent maîtres impérieux : c'est cet abus du pouvoir qui fit succéder partout la monarchie et l'aristocratie au pouvoir démocratique, le premier et le plus ancien de tous les gouvernements, parce qu'il est le seul qui soit dans la nature. » *Ibid.*, p. 100-101.

3527 *Ibid.*, p. 101.

3528 *Ibid.*, p. 101-102.

3529 Olympe de GOUGES, *Les droits de la femme : à la Reine*, 1791.

Au cours de la Révolution, l'article 16 sert d'argument dans le débat sur l'existence ou l'absence de constitution dans la France de l'Ancien Régime. Ce débat survit à la Révolution elle-même ; il est en suite porté tant par ses défenseurs que par les contre-révolutionnaires. Germaine de Staël consacre, dans ses *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*³⁵³⁰, un chapitre à la question suivante : « Y avait-il une constitution en France avant la révolution ? »³⁵³¹. Comme les patriotes, elle y défend l'idée que la France était dépourvue de constitution³⁵³². Comme eux, elle dénonce l'absence de fixité dans l'organisation du pouvoir politique ainsi que l'absence de respect des « principes »³⁵³³.

Face à ce constitutionnalisme libéral et révolutionnaire, se construisent deux constitutionnalismes contre-révolutionnaires³⁵³⁴, l'un libéral, l'autre illibéral. Le constitutionnalisme contre-révolutionnaire libéral est défendu par certains théoriciens anglais comme Burke et par d'anciens magistrats qui tentent d'imposer leur conception de la monarchie française au futur Louis XVIII³⁵³⁵. Le constitutionnalisme illibéral est quant à lui défendu par des partisans du retour de la monarchie absolue : les frères de Louis XVI, Monsieur et le comte d'Artois, les futurs Louis XVIII et Charles X, et des théoriciens tels que Bonald et Maistre. Ces deux constitutionnalismes ne parviennent pas à s'accorder sur la définition de la constitution de l'ancienne France. Ils s'accordent néanmoins pour continuer à défendre l'idée que la France avait une constitution et participent tous deux à la redéfinition de la notion de constitution. Ils tentent ainsi, chacun pour leur part, de livrer leur définition de la constitution antique et leur conceptualisation de la notion de constitution.

Les contre-révolutionnaires adoptent deux attitudes différentes à l'égard de la notion de constitution : le rejet ou la redéfinition. Pour le rejet, il est possible de prendre l'exemple de Rivarol, qui n'emploie le terme de constitution que pour l'exclure et le discréditer et qui lui préfère celui de

3530 Paris, 1818.

3531 Chapitre XI, I, éd. cit., p. 129-154.

3532 « En quoi donc consistait la constitution de l'état ? Dans l'hérédité du pouvoir royal uniquement. C'est une très bonne loi, sans doute, puisqu'elle est favorable au repos des empires, mais ce n'est pas une constitution. » *Ibid.*, p. 141.

« La France a été gouvernée par des coutumes, souvent par des caprices, et jamais par des lois » *Ibid.*, p. 142.

3533 « L'histoire de France nous fournirait une foule d'autres exemples de ce *manque de fixité*, dans les moindres choses aussi bien que dans les plus grandes ; mais il suffit des *résultats déplorables de cette absence de principes*. Les individus prévenus de crimes d'état ont été presque tous soustraits à leurs juges naturels ; plusieurs d'entre eux, sans que leur procès même ait été fait, ont passé leur vie entière dans les prisons où le gouvernement les avait envoyés de sa propre autorité. Le code de terreur contre les protestants, les supplices cruels et la torture ont subsisté jusqu'à la révolution. » *Ibid.*, p. 131.

3534 Sur la Contre-révolution voir notamment Gérard GENGEMBRE, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution » in 1791 *La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 55 ; *Id.*, *La Contre-Révolution ou l'histoire désespérante, Histoire des idées politiques*, Imago, 1989 ; Stéphane RIALS, *Révolution et Contre-révolution au XIX^e siècle*, Diffusion Université culture, Albatros, 1987 ; Jacques GODECHOT, *La contre-révolution, Doctrine et Action, 1789-1804*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1961.

3535 *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, 1795.

corps politique³⁵³⁶. Avec des thèses relativement proches, Bonald décide au contraire de se saisir du terme de constitution, et spécialement du concept de constitution de la société, pour le redéfinir conformément à ses conceptions de l'ordre politique³⁵³⁷. Hegel adopte ces deux positions à la fois puisqu'il met en opposition le concept de *Konstitution* et celui de *Verfassung*, comme le fera après lui Carl Schmitt³⁵³⁸. Il rejette la « constitution juridique » (*Konstitution*), mais décide d'entreprendre la définition de la « constitution politique » (*Verfassung*). Cette redéfinition de la constitution en fait un concept central de sa théorie d'après Noberto Bobbio qui estime que « le concept de constitution comme “organisation d'un tout” » occupe une « importance capitale [...] dans le système éthico-politique de Hegel »³⁵³⁹.

Les contre-révolutionnaires, pour la plupart, ne se défont pas de la notion de constitution, mais ils la redéfinissent profondément pour en faire une création de la nature et de Dieu, échappant à l'artificialisme et au volontarisme des révolutionnaires. La création de la constitution serait le résultat des circonstances, de la nécessité ou de la providence, elle échapperait en tout cas à toute volonté humaine qui serait toujours soumise à l'ordre naturel, à l'esprit du peuple et à la volonté divine.

Ces constitutionnalismes procèdent à la déconstruction du concept patriote de constitution. Ils rejettent la possibilité d'écrire une constitution (1). Ils relativisent le caractère libéral de la notion de constitution (2) et remettent en cause la capacité de la nation à faire une constitution (3). Pareillement, ils rejettent la nécessité de conformer la constitution au droit naturel pour mettre l'accent sur sa soumission à l'ordre naturel (4). En dernier lieu, ils excluent la nécessité d'une réglementation exhaustive en valorisant le flou et l'indétermination de la répartition du pouvoir politique (5).

1. Le rejet des constitutions écrites

812. Le débat constitutionnel anglais, qui se développe à la suite de la Révolution française, se concentre sur le caractère écrit ou non de la constitution. Paine soutient ainsi :

« Une *constitution* n'est donc pas un simple mot, mais une chose. Elle n'a pas une existence imaginaire, mais une existence réelle ; et là où on ne peut la produire sous une forme visible, il n'y en a pas. Une constitution est une chose antérieure à un gouvernement, et un gouvernement n'est que la créature d'une

3536 RIVAROL, *Pensées inédites de Rivarol, suivies de deux Discours sur la philosophie moderne et sur la souveraineté du peuple*, Paris, 1836.

3537 BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*, par M. de B***, 1796 ; *Pensées sur divers sujets, et discours politiques*, I, Paris, 1817 ; *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : “Considérations sur les principaux événements de la Révolution française”*, Paris, 1818 ; *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société ; Méditations politiques tirées de l'Évangile*, Paris, 1830.

3538 Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1993 (1928).

3539 Noberto BOBBIO, « Sur la notion de constitution chez Hegel », loc. cit., p. 143.

constitution. La constitution d'un pays n'est point l'acte de son gouvernement, mais celui de la Nation qui constitue un gouvernement. C'est *le corps des éléments, auquel on peut s'en rapporter et que l'on peut citer* [citer] *article par article ; qui contient les principes selon lesquels le gouvernement doit être établi, la manière dont il sera organisé, les pouvoirs qu'il aura, le mode des élections, la durée des parlements, ou des autres assemblées de cette nature, quelques noms qu'on puisse leur donner ; les pouvoirs que la partie exécutive du gouvernement doit avoir ; en un mot tout ce qui a rapport à l'organisation parfaite d'un gouvernement civil, et aux principes suivant lesquels il doit agir et par lesquels il doit être restreint.* Une constitution est donc, par rapport à un gouvernement, ce que des lois faites ensuite par ce gouvernement sont par rapport à une cour de judicature. La cour de judicature ne fait point les lois et ne peut les altérer ; elle agit seulement d'une manière conforme aux lois établies, et le gouvernement est de même soumis à la constitution. »³⁵⁴⁰

Ici se retrouvent les traits saillants du constitutionnalisme patriote : l'antériorité de la constitution par rapport au gouvernement, la création de la constitution par la nation, l'exigence d'une réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir, la suprématie de la constitution. Cette définition est associée à l'exigence d'un écrit. Le caractère écrit de la constitution n'est pas directement abordé par les patriotes, mais il est lié de l'exigence de détermination figurant à l'article 16, en particulier s'agissant de la France.

813. Cette définition patriote, que défend Paine en réponse à Burke, est la cible de ce dernier, qui soutient à l'inverse que les règles du régime anglais sont suffisamment déterminées et flexibles. Pour Burke, la constitution n'est pas un texte écrit, mais elle est un héritage reçu des ancêtres. La constitution ne doit donc pas être établie, car elle existe déjà, mais défendue. Il présente ainsi la Révolution anglaise comme une entreprise de préservation de la constitution antique et rejette tout pouvoir constituant de la nation : « La simple idée de la formation d'un nouveau gouvernement suffit pour nous inspirer le dégoût et l'horreur. Nous souhaitons à l'époque de la Révolution, et nous souhaitons encore aujourd'hui, ne devoir tout ce que nous possédons qu'à *l'héritage de nos ancêtres.* »³⁵⁴¹ D'après cette logique, la constitution ne peut être modifiée qu'en référence à

3540 Nous soulignons. Thomas PAINE, *Droits de l'homme ; en réponse à l'attaque de m. Burke sur la Révolution française*, par Thomas Paine, Secrétaire du Congrès pour le département des Affaires étrangères, pendant la guerre de l'Amérique, et Auteur de l'Ouvrage intitulé : *Le sens commun*, traduit de l'Anglais, par François SOULÈS, avec des Notes et une nouvelle Préface de l'Auteur, Paris, mai 1791, p. 45-46.

3541 Edmund BURKE, *Réflexions sur la Révolution de France et sur les procédés de certaines sociétés à Londres relatifs à cet événement, en forme d'une lettre qui avait dû être envoyée d'abord à un jeune homme à Paris*, par le right honourable Edmund Burke. Traduit de l'anglais sur la troisième édition en 364 pages, 1810-1820, p. 58.

« *The very idea of the fabrication of a new government, is enough to fill us with disgust and horror. We wished at the period of the Revolution, and do now wish, to derive all we possess as an inheritance from our forefathers.* » Edmund BURKE, *Reflections on the revolution in France, and on the proceedings in certain societies in London, relative to that event in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris*, by the right honourable Edmund Burke, Londres, 1790, p. 44.

l'ancienne constitution et uniquement pour la réaffirmer³⁵⁴². Pour Burke, la France avait donc une constitution, qu'elle aurait sans doute dû corriger, mais qu'elle n'aurait surtout pas dû abandonner et détruire³⁵⁴³. Il considère que la France aurait dû procéder comme l'Angleterre, par la restauration d'une constitution antique³⁵⁴⁴.

La défense de la constitution antique, face au constitutionnalisme écrit, est également développée à la fois par les frères du Roi en exil et par d'anciens magistrats qui tentent, à la suite la destitution et l'exécution de Louis XVI, de redéfinir la constitution antique en synthétisant les constitutionnalismes parlementaire et conservateur.

814. Dès 1791, Monsieur et le comte d'Artois, les futurs Louis XVIII et Charles X, adressent une lettre à Louis XVI dans laquelle ils prennent leurs distances avec la monarchie constitutionnelle instaurée par la constitution écrite de 1791. Ils considèrent nulle l'ensemble de la procédure

3542« Nous avons eu grand soin de ne greffer sur ce corps et sur cette souche d'héritage aucun rejet qui ne fût point de la nature de la plante originaire. Toutes les réformes que nous avons faites jusqu'à ce jour ont été fondées sur le rapport qu'elles avaient avec l'antiquité ; et j'espère, je suis même persuadé, que tout ce qui pourra être fait par la suite sera soigneusement dirigé d'après les mêmes analogies, les mêmes autorités et les mêmes exemples. » *Ibid.*, p. 58-59.

« *Upon that body and stock of inheritance we have taken care not to inoculate any cyon[scion] alien to the nature of the original plant. All the reformations we have hitherto made, have proceeded upon the principle of reference to antiquity; and I hope, nay I am persuaded, that all those which possibly may be made hereafter, will be carefully formed upon analogical precedent, authority, and example.* » *Ibid.*, p. 45.

3543« Je ne peux concevoir comment aucun homme peut parvenir à un degré si élevé de présomption, que son pays ne lui semble plus qu'une *carte blanche*, sur laquelle il peut griffonner à plaisir. Un homme qu'une bienveillance toute spéculative inspire chaudement, peut désirer que la Société dans laquelle il est né, soit autrement constituée, qu'il ne l'a trouvée. Mais un bon patriote et un vrai politique considérera toujours quel est le meilleur parti que l'on puisse tirer des matériaux existants dans sa Patrie. Penchant à conserver ; talent d'améliorer ; voilà les deux qualités réunies qui me feraient juger de la bonté d'un homme d'État. Tout autre chose est vulgaire dans l'invention et périlleuse dans l'exécution. » *Ibid.*, p. 335-336.

« *I cannot conceive how any man can have brought himself to that pitch of presumption, to consider his country as nothing but carte blanche, upon which he may scribble whatever he pleases. A man full of warm speculative benevolence may wish his society otherwise constituted than he finds it; but a good patriot and a true politician always considers how he shall make the most of the existing materials of his country. A disposition to preserve and an ability to improve, taken together, would be my standard of a statesman. Everything else is vulgar in the conception, perilous in the execution.* » *Ibid.*, p. 231.

3544« Votre Constitution, il est vrai, pendant que vous aviez cessé d'en jouir, avait été bien endommagée et bien dilapidée ; mais il vous restait encore des pans de ses vieilles murailles, et vous possédiez en entier les fondations de ce château antique et vénérable. Vous auriez pu réparer ces murs et bâtir sur les vieilles fondations. Votre Constitution avait été interrompue avant d'avoir été achevée ; mais vous aviez les éléments d'une Constitution aussi bonne qu'on pouvait la désirer. Vous possédiez dans vos vieux États cette variété de parties correspondantes aux différentes classes dont votre ensemble était heureusement composé. Vous aviez cette combinaison et cette opposition d'intérêts, vous aviez cette action et cette réaction qui, dans le monde politique comme dans le monde naturel, fait sortir l'harmonie des débats réciproques de ces puissances opposées. » *Ibid.*, p. 66

« *Your constitution, it is true, whilst you were out of possession, suffered waste and dilapidation; but you possessed in some parts the walls, and in all the foundations of a noble and venerable castle. You might have repaired those walls; you might have built on those old foundations. Your constitution was suspended before it was perfected, but you had the elements of a constitution very nearly as good as could be wished. In your old states you possessed that variety of parts corresponding with the various descriptions of which your community was happily composed; you had all that combination and all that opposition of interests; you had that action and counteraction which, in the natural and in the political world, from the reciprocal struggle of discordant powers, draws out the harmony of the universe.* » *Ibid.*, p. 50-51.

d'adoption de la constitution³⁵⁴⁵. La constitution de 1791 est qualifiée de « fantôme de constitution nouvelle »³⁵⁴⁶ et de « prétendue constitution »³⁵⁴⁷. Ils réclament en faveur des « maximes fondamentales de la monarchie dont il ne vous est pas permis, SIRE, de vous départir » et estiment qu'elles seraient « totalement renversées par les décrets qu'on vous présente ; spécialement par ceux qui en excluant le Roi de tout exercice du pouvoir législatif abolissent la royauté même ; par ceux qui enlèvent au Monarque les fonctions les plus essentielles du gouvernement monarchique, ou qui le rendent subordonné dans celles qu'ils lui laissent ; par ceux enfin, qui ont armé le peuple, qui ont annulé la force publique, et qui, en confondant tous les pouvoirs, ont introduit en France la tyrannie populaire. »³⁵⁴⁸ La nouvelle constitution est donc présentée comme une violation de l'ancienne constitution de la monarchie. En particulier, la marginalisation du roi dans l'exercice de la fonction législative et dans le commandement du pouvoir militaire est considérée comme un renversement du gouvernement monarchique et sa transformation en tyrannie du peuple. Ils réclament également en faveur de « tous les Ordres de l'État [...] tout à la fois les droits du Clergé [...] les droits de la Noblesse [...] les droits de la Magistrature [...] les droits des possesseurs quelconques »³⁵⁴⁹, faisant ainsi valoir les droits des corps que la Révolution refuse de reconnaître.

À la suite de l'exécution de Louis XVI, Monsieur, frère de Louis XVI et futur Louis XVIII, déclare que le Dauphin Louis XVII est maintenant le Roi et se proclame Régent. Il adopte une déclaration, le 28 janvier 1793, pour fixer les principes de son programme politique. Il invoque les lois immuables de la monarchie française, et les dispositions des lois fondamentales de ce royaume. Il réclame le rétablissement de la monarchie sur les bases inébranlables de sa constitution. Il promet le rétablissement de la religion et la suppression de la constitution civile du clergé ; la réintégration de la magistrature pour le maintien de l'ordre public et la bonne dispensation de la justice ; la réintégration des Français de tous les Ordres dans l'exercice de leurs droits légitimes et dans la jouissance de leurs propriétés envahies et usurpées³⁵⁵⁰. Il réclame le respect de la constitution antique non écrite, face à son renversement par la Révolution.

Après le décès de Louis XVII, en juin 1795, Louis XVIII édicte sa première déclaration en tant que Roi. Il annonce son programme : « Il faut rétablir ce Gouvernement qui fut, pendant quatorze siècles, la gloire de la *France* et les délices des *Français* ». Le projet est donc celui du rétablissement de la monarchie dans son état et ses droits antérieurs, bien que cet état soit

3545 *Lettre de Monsieur, et de M. le comte d'Artois, au Roi leur frère, avec la déclaration signée à Pilnitz le 27 août 1791, par l'Empereur et le Roi de Prusse, Lettre au Roi par M. le Prince de Condé, M. le Duc de Bourbon, M. le Duc d'Enghien*, 10 septembre 1791, p. 14.

3546 *Ibid.*, p. 16.

3547 *Ibid.*, p. 18.

3548 *Ibid.*, p. 16.

3549 *Ibid.*, p. 17-18.

3550 *Déclaration du régent de France, 28 janvier 1793*, BN Lb41-508.

relativement indéterminé. Il reprend la théorie de la constitution antique, mais reste assez flou sur son origine puisqu'il estime qu'elle serait « le fruit du génie, le chef d'œuvre de la sagesse, et le résultat de l'expérience. »³⁵⁵¹

Il semble reprendre certains éléments des discours des constitutionnalismes parlementaire et conservateur. Il reconnaît l'égalité des Ordres et leurs droits politiques³⁵⁵². Il affirme que la constitution « soumet les lois à des formes qu'elle a consacrées, et le Souverain lui-même à l'observation des lois » et « prescrit les conditions d'établissement des impôts ». Il estime qu'elle « confie aux premiers Corps de Magistrature le dépôt des lois » et « met les lois fondamentales sous la sauve-garde du Roi et des trois Ordres »³⁵⁵³. Néanmoins, tous ces principes sont formulés de manière extrêmement vague. Ni le contenu des droits des Ordres ni les modalités du consentement à l'impôt ne sont précisés. De même, les formes nécessaires pour adopter des lois ordinaires ou des lois fondamentales ne sont pas déterminées. Le rôle de dépôt des lois du corps de magistrature est restreint à la fonction de veiller à leur exécution et d'éclairer « la Religion du Monarque, si elle était trompée »³⁵⁵⁴. Cette même terminologie avait été utilisée pour justifier une forme de droit de *veto* des parlements, mais Louis XVIII est étranger à de telles considérations puisqu'il enjoint par ailleurs les magistrats à l'obéissance³⁵⁵⁵. Le vocabulaire choisi reste néanmoins ambigu. Il en va de même de la fonction de gardien des lois fondamentales confiée au Roi et aux Ordres, permet-elle à chaque Ordre de disposer d'un droit de *veto* comme le prétendait le constitutionnalisme conservateur et comme semble le penser Maistre³⁵⁵⁶ ? La monarchie absolue exclut pourtant un tel principe.

Louis XVIII semble donc faire des concessions aux groupes susceptibles de le soutenir, sans vouloir accepter une monarchie constitutionnelle, ou même une monarchie limitée. Il ajoute même au nombre de lois fondamentales, de manière assez audacieuse, l'égal accès à l'emploi public et l'égalité devant la justice³⁵⁵⁷. Cette constitution, qu'il qualifie d'« antique et sage » et qu'il veut « rétablir intacte »³⁵⁵⁸, doit permettre « d'opposer une digue insurmontable à la fureur

3551 *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955, p. 4.

3552 *Ibid.*, p. 3.

3553 *Ibid.*, p. 3.

3554 *Ibid.*

3555 « Nos Cours de Magistratures, qui se sont toujours distinguées par leur intégrité dans l'administration de la Justice, donneront l'exemple de la soumission aux lois dont elles sont les Ministres » *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955, p. 7.

3556 « Il y a donc une constitution, puisque la constitution n'est que le recueil des lois fondamentales ; et le Roi ne peut toucher à ces lois. S'il l'entreprenait, les trois ordres auraient sur lui le *veto*, comme chacun d'eux l'a sur les deux autres. » MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 139.

3557 « [La constitution] laisse l'entrée de tous les emplois ouverte aux Français de toutes les classes ; elle accorde également la protection publique à toutes les personnes et à tous les biens. C'est ainsi qu'elle fait disparaître, aux yeux des lois et dans le temple de la justice, toutes les inégalités que l'ordre civil introduit nécessairement dans le rang et dans la fortune des Habitants du même Empire. » *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955, p. 3.

3558 *Ibid.*, p. 3.

révolutionnaire que tout projet de changement dans la constitution de notre Royaume déchaînerait encore »³⁵⁵⁹. La théorie développée ici est donc celle du rétablissement de la monarchie et de sa constitution antique, mais sur des bases relativement indéterminées. Il renoue également avec la théorie de la monarchie de droit divin³⁵⁶⁰ et veut « replacer sur ses bases antiques la constitution du Royaume » tout en n'excluant pas d'entreprendre des réformes, une fois la paix rétablie³⁵⁶¹.

La condamnation de la conception patriote est donc sans appel de la part de Louis XVIII : « Ne croyez pas ces hommes avides et ambitieux ; qui, pour envahir à la fois, et vos fortunes et la toute puissance, vous ont dit que la *France* n'avait point de constitution, ou que sa constitution vous livrait au despotisme. Elle existe aussi ancienne que la Monarchie des *Francs* »³⁵⁶². Le programme politique d'un rétablissement de la constitution antique est clairement affirmé, mais les modalités de sa réalisation concrète restent floues.

815. La défense de la constitution antique est également prise en charge par des magistrats en exil, qui formulent une théorie de la constitution antique qui tente de réconcilier les thèses parlementaires et les thèses conservatrices défendant la séparation des Ordres. Cette défense de la constitution antique est appuyée sur une conception libérale de la constitution.

À la demande de Monsieur, frère de Louis XVI et futur Louis XVIII, des magistrats en exil rédigent une synthèse des théories parlementaires et conservatrices, publiée en 1795 et intitulée *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*. Dans cet ouvrage, ils réclament le retour à la constitution antique, après avoir déclaré nuls les actes de l'Assemblée nationale³⁵⁶³. Ces auteurs offrent une très bonne synthèse et conciliation des deux constitutionnalismes libéraux et anti-égalitaires de l'Ancien Régime : ils défendent tant les prérogatives des États-généraux que celles des parlements. Leurs revendications sont formulées de manière plus floue que dans les années et décennies qui précèdent la Révolution. Néanmoins, les théories qu'ils présentent conduisent à considérer que les lois fondamentales sont faites par le Roi et les Ordres séparés, et les lois ordinaires sont l'oeuvre conjointe du Roi et des parlements. Les États généraux ont un rôle de consultation et de réclamation, mais partagent le pouvoir constituant avec le Roi, car la constitution est considérée comme un contrat synallagmatique³⁵⁶⁴. Ils consentent les

3559 *Ibid.*, p. 4.

3560 *Ibid.*, p. 4.

3561 *Ibid.*, p. 5.

3562 *Ibid.*, p. 2-3.

3563 *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, 1795, p. xix.

3564 « Leur influence a été plus directe dans la formation des lois fondamentales, que dans celle des lois ordinaires d'administration. Les premières, on l'a déjà dit, sont la base de l'engagement qui lie la Nation envers son Souverain, par tous les nœuds de l'obéissance et de la fidélité ; et le Souverain envers la Nation, par l'obligation de se conformer à toutes les lois établies pour gouverner avec sagesse et équité. C'est donc au moment où le Prince confère librement avec ses Sujets et les Sujets avec le Prince, que les lois peuvent prendre naissance et devenir partie

impôts et doivent autoriser le démembrement du royaume³⁵⁶⁵. Les parlements, pour leur part, se voient reconnaître le devoir d'exercer un contrôle de constitutionnalité, mais également une forme de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant de l'opportunité des lois envisagées : « l'effet de la vérification libre, est le pouvoir de *suspendre, modifier et refuser* les édits. »³⁵⁶⁶ Ces magistrats en exil reprennent donc, de manière à peine voilée, les thèses des constitutionnalismes libéraux de l'Ancien Régime³⁵⁶⁷.

Si le Roi est théoriquement présenté comme souverain et le régime qualifié de monarchique, cette monarchie est, d'après leur terminologie, une « monarchie tempérée par la loi ». Le Roi participe à la fonction législative et constituante : rien ne peut être fait sans lui, mais il ne peut rien faire seul. S'ils reconnaissent au Roi son pouvoir de créer les lois et soulignent que le priver de la puissance législative serait dénaturer l'essence de la monarchie³⁵⁶⁸, ils ne reconnaissent néanmoins pas au Roi une réelle souveraineté. Il est à la tête de l'administration et participe aux fonctions législative et constituante, mais il n'est pas le souverain plénipotentiaire d'une monarchie absolue³⁵⁶⁹. Il ne peut faire seul ni les lois fondamentales, ni les lois ordinaires d'administration. Leur conception de la constitution et de la hiérarchie des normes est donc très proches de celle des patriotes. Le titulaire du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués n'est pas le même puisque,

intégrante de la Constitution. [...] Aussi est-ce toujours dans les assemblées de la Nation, qu'on été discutées, proposées, acceptées et revêtues du sceau de l'autorité Royale, ces lois qui sont plus particulièrement connues sous le nom de lois du Royaume : c'est là qu'elle ont acquis ce caractère de permanence et de stabilité [...] qui leur assure une durée égale à celle de l'Empire.

« Il résulte du mode de leur formation, qu'elles ne peuvent être abrogées ou même altérées, que de la manière dont elles ont été créées. » *Ibid.*, p. 38.

3565« Nos Roi n'ont jamais paru si grands, que lorsqu'ils se sont entourés des représentants de la Nation : ils les appelaient près d'eux pour les consulter dans les affaires épineuses ; pour réclamer leur secours dans les temps difficiles et orageux ; pour recevoir leur vœux ; pour entendre de leur bouche l'exposé des abus qui s'étaient glissés dans le gouvernement, et que les Ministres et les courtisans ont tant d'intérêt de leur dissimuler ; pour perfectionner la constitution par l'addition ou la reconnaissance de quelque loi fondamentale ; pour en proposer d'autres que la situation du Royaume et le bien général paraissaient solliciter ; quelquefois même pour s'appuyer de leur concours, lorsque le démembrement du Royaume semblait inévitable à la suite de guerres malheureuses. » *Ibid.*, p. 35.

3566*Ibid.*, p. 65.

3567Voir *supra*, Chapitre 2.

3568*Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, 1795, p. 23.

3569« Il demeure prouvé que l'antique constitution française attribue au Roi la puissance législative ; que de lui émane toute juridiction ; qu'il a le droit de rendre et de faire rendre la justice par ses Officiers ; de faire grâce, d'accorder des privilèges et des récompenses ; de disposer des Offices ; de conférer la Noblesse ; de convoquer, de dissoudre les assemblées de la Nation, quand sa sagesse le lui indique ; de faire la paix et la guerre, et de commander ses armées. Tant et de si grandes prérogatives démontrent que la constitution a remis entre les mains du Roi l'exercice suprême de tous les pouvoirs qui appartiennent à un véritable Monarque.

« Il ne faut pas néanmoins conclure de ce développement, qu'une autorité si étendue n'est autre chose que le despotisme. Ce n'est pas à des Magistrats, qui ont eu sans cesse à lutter contre celui que quelques Ministres ont voulu exercer, et qui en ont été si souvent les victimes, qu'on fera, avec quelque apparence de raison, le reproche fondé d'en être les fauteurs.

« La France est une Monarchie : ainsi l'a voulu l'ancienne constitution française ; mais une Monarchie tempérée par la loi. Que l'autorité, entraînée par l'ambition de ses agents, au lieu de se contenir dans de justes bornes, se livre à l'arbitraire et tende au despotisme, la loi l'arrête dans sa marche et lui prescrit le terme qu'elle ne doit pas franchir. Qu'une innovation mette la constitution en danger, une loi fondamentale réprime aussitôt cette entreprise et repousse la nouveauté. Que la liberté des personnes soit compromise, que la sûreté des propriétés soit attaquée ; le citoyen lésé a recours à la loi, et bientôt l'autorité est forcée de la reconnaître et de plier devant elle. », *Ibid.*, p. 28-29.

dans ce modèle, le pouvoir constituant appartient au Roi et aux Ordres séparés et les pouvoirs constitués sont théoriquement monopolisés par le Roi. Néanmoins, ils sont effectivement exercés par les corps intermédiaires et des officiers du roi, sous le contrôle des parlements.

Ces magistrats tentent ainsi d'offrir un synthèse des théories de la constitution antique, susceptible de concurrencer les constitutions écrites françaises et de prouver que la France avait une constitution antique et coutumière, à l'image de la constitution anglaise, qu'il suffirait de rétablir. Ils reconstruisent ainsi la notion de constitution comme le résultat d'un contrat entre le roi et le peuple, dont les différentes clauses se révéleraient par l'étude de l'histoire et des monuments. La vraie constitution ne serait donc pas celle écrite en un jour, mais celle forgée par les siècles de la main conjointe de la nation et du temps et qui ne pourrait être modifiée que par touches successives et prudentes, des mains d'une nation délibérant par Ordres séparés.

La publication de ce manifeste ne peut se faire que contre la volonté de Louis XVIII. Maistre, défenseur de la monarchie absolue, précise d'ailleurs dans la réédition de ses *Considérations*, qu'il prend ses distances avec cet ouvrage³⁵⁷⁰. La possibilité de parvenir à une conception consensuelle de la constitution antique semble donc tout aussi illusoire au cours de la Contre-révolution qu'au moment de la Prérévolution. Ils s'accordent néanmoins sur le rejet des constitutions écrites des révolutionnaires.

816. L'impossibilité d'une constitution écrite et sa vacuité sont théorisées par Maistre. Ce dernier oppose la « constitution *naturelle* » à la « constitution *écrite* » qui « n'est que du papier »³⁵⁷¹. Cette idée et cette image eurent d'ailleurs un important succès. Elle sont par exemple reprises par Ferdinand Lassalle³⁵⁷².

Pour Maistre, le rejet de l'écrit prend une tout autre dimension que pour Burke ou les magistrats français. Il ne se justifie plus uniquement par le respect de l'héritage et l'existence d'une

3570« La nouvelle édition de cet ouvrage touchait à sa fin, lorsque des Français, dignes d'une entière confiance, m'ont assuré que le livre *du Développement des vrais principes*, etc. que j'ai cité dans le chapitre 8^e contient des maximes que le Roi n'approuve point.

« “Les Magistrats, me disent-ils, auteurs du livre en question, réduisent nos États-Généraux à la faculté de faire des doléances, et attribuent aux Parlements le droit exécutif de vérifier les lois ; celles-même qui ont été rendues sur la demande des États ; c'est-à-dire, qu'ils élèvent la magistrature au-dessus de la nation.” [...]

« Si, comme on me l'assure, les auteurs se sont écartés des vrais principes, sur les droits légitimes de la nation Française, je ne m'étonnerais point que leur travail, plein d'ailleurs d'excellentes choses, eût alarmé le Roi ; car les personnes mêmes qui n'ont point l'honneur de le connaître, savent, par une foule de témoignages irrécusables, que ces droits sacrés n'ont pas de partisans plus loyal que lui, et qu'on ne pourrait l'offenser plus sensiblement qu'en lui prêtant des systèmes contraires. » MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 251-252.

3571 *Ibid.*, p. 164, en note.

3572« Nous avons vu jusqu'à présent, Messieurs, de quoi il retourne au sujet des deux constitutions d'un pays, la constitution *réelle*, les réels rapports de force qui existent dans une société, et la constitution *écrite* qu'à la différence de l'autre nous pourrions appeler la *feuille de papier*. » Ferdinand LASSALLE, « Qu'est-ce qu'une Constitution ? » in *Quatrième Internationale*, n° 4, novembre 1958.

constitution. Il a une raison métaphysique : l'écrit est une impossibilité à ses yeux. Non seulement, l'écrit ne peut être que déclaratoire, et donc la constitution écrite ne peut que dire ce qui existe et non modifier l'ordre politique, mais plus grave encore l'écrit affaiblit nécessairement les normes qu'il consigne :

« Toute la vérité se trouve réunie dans ces deux autorités [Chrisostome et Platon]. Elles montrent la profonde imbécillité (il est bien permis de parler comme Platon qui ne se fâche jamais) la profonde imbécillité, dis-je, de ces pauvres gens qui s'imaginent que les Législateurs sont des hommes, que les Lois sont du papier ; et que l'on peut constituer les Nations *avec de l'encre*. Elles montrent au contraire que l'écriture est constamment un signe de faiblesse, d'ignorance ou de danger ; qu'à mesure qu'une institution est parfaite, elle écrit moins ; de manière que celle qui est certainement divine, n'a rien écrit du tout en s'établissant, pour ne faire sentir que toute loi écrite n'est qu'un mal nécessaire, produit par l'infirmité ou par la malice humaine ; et qu'elle n'est rien du tout, si elle n'a reçu une sanction antérieure et non écrite. »³⁵⁷³

« Tout nous ramène donc à la règle générale : *L'homme ne peut faire une Constitution ; et nulle Constitution légitime, ne saurait être écrite*. Jamais on n'a écrit ; jamais on n'écrira *a priori*, le recueil des Lois fondamentales qui doivent constituer une Société civile ou religieuse. Seulement, lorsque la Société se trouve déjà constituée, sans qu'on puisse dire comment, il est possible de faire déclarer ou expliquer par écrit certains articles particuliers ; mais presque toujours ces déclarations sont l'effet ou la cause de très-grands maux ; et toujours elles coûtent aux Peuples plus qu'elles ne valent. »³⁵⁷⁴

Pour Maistre, la constitution ne peut jamais être faite par l'homme, elle est toujours faite par Dieu et la providence. Cette constitution une fois faite peut être constatée, mais il n'est pas souhaitable qu'elle soit écrite. Pour Maistre, comme pour Bonald, le mystère et l'indétermination jouent un rôle central dans le bon fonctionnement du régime politique³⁵⁷⁵. L'écrit, par sa détermination, dévoile ce qui ne devrait pas l'être et menace le mystère nécessaire au fonctionnement mystique du pouvoir.

Pour Bonald, l'écriture d'une constitution est également inutile et impossible puisque la constitution est le résultat de la nécessité : « L'établissement du pouvoir public ne fut ni volontaire, ni forcé, il fut *nécessaire*, c'est-à-dire, conforme à la nature des êtres en société ; et les causes et l'origine en furent toutes naturelles. »³⁵⁷⁶ Pour Bonald, la constitution est le résultat d'un ordre naturel déduit de la création divine. Elle peut être respectée ou non, mais ne peut être modifiée. L'écrit n'offre d'ailleurs aux yeux de Bonald aucune garantie puisque « tout ce que les hommes ont

3573 MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Saint-Petersbourg, 1814, p. 33-34.

3574 *Ibid.*, p. 44.

3575 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, A, 5.

3576 BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société ; Méditations politiques tirées de l'Évangile*, Paris, 1830, p. 108.

écrit, ils peuvent l'effacer. »³⁵⁷⁷

817. L'ensemble de ces auteurs rejettent ainsi la possibilité de l'écriture d'une constitution, autant qu'ils contestent la légitimité de l'entreprise des révolutionnaires. Pour eux, non seulement les révolutionnaires ont conçu un projet criminel, mais il ont surtout imaginé une entreprise impossible. L'attaque du projet des révolutionnaires ne se limite donc pas simplement à la déclaration de la violation d'une constitution antique, mais s'en prend de manière plus générale à l'idée qu'il serait possible de faire une constitution écrite. Les contre-révolutionnaires s'attachent à redéfinir la notion de constitution afin que l'affirmation d'après laquelle un État n'a pas de constitution soit considérée comme vide de sens. Ils dissocient donc le constitutionnalisme et le libéralisme, pour considérer qu'un État, même illibéral a une constitution, voir que le libéralisme empêche l'existence d'une vraie constitution.

2. La dissociation de la constitution et de la liberté

818. Deux mouvements de la Contre-révolution conduisent à dissocier le constitutionnalisme et le libéralisme. D'une part, les contre-révolutionnaires libéraux procèdent à la désacralisation de la notion de constitution, en dissociant la notion de sa valeur idéale, et en formulant ce qui pouvait être considéré comme un oxymore : même les régimes despotiques ont des constitutions (a). D'autre part, les contre-révolutionnaires illibéraux construisent une notion de constitution idéale, qui repose justement sur le rejet de la division du pouvoir (b).

a. La désidérialisation de la notion de constitution

819. La Contre-révolution libérale procède à la désidérialisation de la notion de constitution. La constitution n'est plus un ordre idéal ; elle est n'importe quelle réglementation de l'exercice du pouvoir, peu importe son caractère juste.

Cette idée est d'abord développée par Burke, qui considère que la France d'Ancien Régime avait une constitution, même si cette constitution n'était pas une constitution libre. Burke peut être critique à l'égard de la constitution française, et la considérer comme imparfaite, mais il n'en conclut pas que la France n'avait pas de constitution. Il participe ainsi à la désidérialisation de la notion constitution : la constitution de la France peut être mauvaise, car elle n'est pas libre ; elle reste une constitution³⁵⁷⁸. La constitution n'est donc plus l'instrument de la liberté. Elle est

³⁵⁷⁷BONALD, *Pensées sur divers sujets, et discours politiques*, I, Paris, 1817, p. 340.

³⁵⁷⁸« Parmi beaucoup de mal, il y a quelque chose de bon dans la monarchie en elle-même, et la monarchie française doit avoir trouvé bien des correctifs à ce mal dans la religion, dans les lois, dans les mœurs, et dans les opinions.

D'où il résultait, (quoiqu'elle ne fût aucunement libre, et, par conséquent quoiqu'elle ne fut pas une bonne constitution) qu'elle avait plutôt les apparences que la réalité du despotisme. » *Op. cit.*, p. 269.

« *Along with much evil there is some good in monarchy itself, and some corrective to its evil from religion, from laws,*

n'importe quel mode de fonctionnement de l'ordre politique, qu'il est ensuite possible d'évaluer comme bon ou mauvais, libre ou despotique.

820. La dissociation de la constitution et de la liberté se trouve également dans le *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, écrit par des magistrats en exil. Ils estiment que le despotisme n'exclut pas une constitution :

« Il est impossible qu'un État quelconque subsiste s'il n'a une constitution

« Le despotisme même ne paraît point exclusif d'une constitution quelconque ; parce qu'il n'est point de despotisme tellement arbitraire, qu'il exclue toute espèce de lois et de principes politiques. L'autorité la plus absolue a ses limites. Celle du Grand Seigneur est balancée par les Ministres de la religion. L'Alcoran est un code de lois auxquelles il est forcé de se soumettre. Les affaires sont délibérées dans le Divan, et les propriétés sont plus respectées en Turquie qu'on ne le croit communément. Il en est à peu près de même dans les Empires Asiatiques, où il y a toujours une sorte de contre-poids, quand ce ne serait que la crainte d'exciter à la révolte par l'excès de l'injustice. Il n'est qu'un despotisme sans bornes et sans mesure : c'est celui d'une populace furieuse, agitée par des démagogues. »³⁵⁷⁹

L'opposition entre la constitution et le despotisme est remise en cause. Seul le despotisme de ce qu'ils appellent la populace, qui équivaut à l'anarchie, implique l'inexistence de la constitution. Ils détachent ainsi la notion de constitution de sa valeur d'idéal. La constitution correspond à n'importe quelle réglementation et organisation du pouvoir la plus minimale soit-elle. Ce processus de désidérialisation conduit donc à considérer que tout État a une constitution et que la constitution n'a pas besoin d'être juste ou d'instituer un régime libéral pour exister.

Les constitutionnalismes illibéraux redéfinissent la notion de constitution pour l'associer à celle de concentration du pouvoir, retournant entièrement la signification que cette notion avait dans les constitutionnalismes parlementaire, conservateur et patriote.

b. L'association de la notion de constitution à la concentration du pouvoir

821. Le constitutionnalisme contre-révolutionnaire illibéral se caractérise par son refus de toute division du pouvoir.

Pour appuyer cette théorie, Bonald inaugure une distinction qui eut une grande postérité entre le légal et légitime. La légalité résulte de la volonté des hommes, alors que la légitimité résulte de la volonté de Dieu³⁵⁸⁰. Il se sert de cette distinction pour rejeter la division du pouvoir : « L'unité

from manners, from opinions the French monarchy must have received, which rendered it (though by no means a free, and therefore by no means a good, constitution) a despotism rather in appearance than in reality. » Op. cit., p. 189.

³⁵⁷⁹*Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, 1795, p. 88.

³⁵⁸⁰« État légal, état légitime de société. Différence importante, et qu'on n'a pas assez méditée.

« L'état légitime est conforme à la volonté de la nature ou plutôt de son Auteur ; et la première loi légitime et naturelle de l'état politique, est la légitimité de la succession.

du pouvoir est l'état légitime de la société politique ; la pluralité des pouvoirs en est l'état légal. »³⁵⁸¹ Pour Bonald, toute division ou équilibre des pouvoirs, ainsi que l'existence d'un gouvernement représentatif, aboutissent à l'anarchie³⁵⁸². Bonald situe ainsi la notion de constitution dans le rapport d'opposition entre l'ordre et l'anarchie. Plus une société est constituée, plus elle obéit à l'ordre naturel, plus elle s'éloigne de l'anarchie. Pour Bonald, cet ordre naturel réside dans la concentration des pouvoirs : « dans la société politique constituée, le *pouvoir* général est entre les mains d'un seul homme »³⁵⁸³. Pour lui, la seule organisation politique possible est celle organisant la monopolisation du pouvoir : « La première condition du pouvoir est d'être *un* ; et le pouvoir n'est entre les hommes un si grand sujet de division, que parce qu'il ne peut pas être un objet de partage. »³⁵⁸⁴ L'idée d'une division du pouvoir est simplement contre nature pour Bonald³⁵⁸⁵. En conséquence, s'éloigner du principe de l'unité du pouvoir ne peut conduire qu'à une sanction, car ce principe est une loi fondamentale de toutes les sociétés³⁵⁸⁶.

Le pouvoir ne peut donc être divisé et doit toujours rester concentré entre les mains d'un seul. Le roi dispose donc du pouvoir législatif et les autres fonctions, qualifiées d'administratives, ne sont que délégués par lui. Bonald identifie donc trois fonctions : d'une part, la fonction législative et, de l'autre, deux fonctions administratives, juger et combattre. Toutes ces fonctions appartiennent naturellement au roi, qui délègue les deux dernières à des autorités³⁵⁸⁷. Ces agents

« L'état simplement légal est établi par la seule volonté de l'homme ; ainsi, l'indissolubilité du mariage est l'état légitime de la société domestique. Le mariage dissoluble par la loi est un état légal. » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 170-171.

3581 BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 171.

3582 « La division et l'équilibre des pouvoirs, ou le gouvernement représentatif, aboutit nécessairement à l'anarchie » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 33.

3583 *Ibid.*, p. 37.

3584 BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit., p. 121.

3585 « Avancer, avec les modernes législateurs, qu'un peuple peut attenter à la loi fondamentale du pouvoir unique ou à la loi non moins fondamentale de la succession héréditaire du *pouvoir*, c'est avancer que la volonté particulière de quelques hommes a le droit de s'opposer à la volonté générale de la société, et que la société peut vouloir se détruire elle-même, lorsque la nature veut qu'elle existe ; et qu'on n'oublie pas de remarquer que ce suicide social a pour défenseur les partisans du suicide naturel. » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 75.

« Les fonctions du pouvoir peuvent être multiples, suivant que son action s'applique à divers objets ; mais son essence est d'être un ; car deux pouvoirs répondraient à deux sociétés, et de là vient que, partout où le pouvoir est divisé, il se forme des partis qui sont plusieurs sociétés dans le même État » BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit., p. 121.

3586 « S'il entrait dans mon plan de parcourir l'histoire des autres monarchies de l'Europe, on verrait que, toutes les fois que les sociétés se sont écartées de leurs lois fondamentales et surtout du principe conservateur de l'unité du pouvoir, elles ont été punies par la fureur des conquêtes, par les troubles intérieurs, et quelques fois par l'oppression étrangère. » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 298.

3587 « Le pouvoir, par conséquent, doit être continuellement et réellement présent à la société, pour en régler le mouvement et en diriger l'action ; car, comme la société ne peut exister sans pouvoir, l'absence du pouvoir législateur et régulateur livre une société au désordre, et finit par l'usurpation, qui ramène une société, mais négative ; c'est-à-dire, qu'au lieu de *pouvoir*, de *ministre*, de *sujets*, il y a un *despote*, des *satellites* et des *esclaves*.

« Des publicistes ont, dans ce siècle distingué deux autres pouvoirs, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire. L'essence du pouvoir est d'être législateur, et celui-là ne se délègue pas ; mais son action administrative, son action judiciaire, sont des fonctions qu'il délègue en s'en réservant la suprême direction ; ceux à qui il les délègue ne sont pas des *pouvoirs*, mais des *autorités*, puisqu'ils ont besoin d'être *autorisés* à les remplir. » BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit., p. 125-126.

doivent obéir à la volonté du roi, et sont simplement chargés de l'exécution de cette volonté³⁵⁸⁸.

Pour Bonald, l'absence de concentration du pouvoir conduit à l'anarchie et à l'absence de constitution. Sa redéfinition de la notion de constitution procède à un renversement total de cette notion : la constitution n'existe que lorsqu'il n'y a pas de séparation des pouvoirs.

L'a Contre-révolution dissocie la notion de constitution de celle de liberté, en estimant qu'une société sans liberté peut avoir une constitution, voire conditionne l'existence d'une constitution à la concentration du pouvoir. Un autre élément remis en cause par les contre-révolutionnaires est l'idée que la constitution émane de la nation.

3. L'autonomisation de la constitution vis-à-vis à la volonté de la nation

822. Pour les contre-révolutionnaires, la nation ne peut créer volontairement une constitution (a). Le rapport de la nation à sa constitution est redéfini et la constitution est présentée comme le mode d'existence de la nation, qui s'impose à elle et qu'elle ne peut choisir (b).

a. L'impossibilité pour la nation de faire une constitution

823. À l'exception notable des théories des anciens magistrats, les théories contre-révolutionnaires rejettent l'idée que la nation pourrait prendre une part active dans la formation de sa constitution, et en particulier l'idée qu'elle pourrait faire une constitution de toute pièce.

824. Les magistrats, défendant leur conception de la constitution antique, ne renoncent ni à son artificialisme, ni à son origine : la volonté de la nation. Ils conservent l'idée que la nation doit être consultée pour l'élaboration des lois et que son consentement est nécessaire pour modifier les lois fondamentales, c'est-à-dire la constitution³⁵⁸⁹. La constitution est donc faite par la nation et modifiable par cette dernière si elle ne lui convient pas. Elle reste considérée comme un contrat

3588« Comme nous avons dit que le pouvoir était volonté et action, vouloir et faire, *velle et facere*, ces deux attributs du pouvoir répondent aux deux parties, *intelligence et organes*, dont l'homme est composé. À l'intelligence appartient la volonté, aux organes appartient l'exécution ou l'action.

« Le pouvoir a donc deux fonctions éminentes : celle de *juger* tout ce qui peut éclairer sa volonté, celle de *combattre* tout ce qui peut faire obstacle à son action.

« Dans les sociétés primitives, ces deux fonctions du pouvoir de *juger* et de *combattre* étaient remplies par les rois eux-mêmes plus littéralement que dans nos sociétés peuplées, où les rois ont été obligés de les déléguer.

« Les premiers rois jugeaient eux-mêmes les différends qui s'élevaient entre leurs sujets, et combattaient toujours à la tête de leurs armées ; et, plus d'une fois, le combat singulier de deux rois a décidé du sort de deux nations.

« Aujourd'hui, les rois *jugent* en donnant des lois, en instituant des juges, et *combattent* par leurs généraux et les armées.

« Ces deux fonctions, de *juger* et de *combattre*, se retrouvent partout où il y a un commencement de société, et jusque dans les peuplades sauvages, où les vieillards rendent la justice et les jeunes prennent les armes ; et déjà, chez les Germains, ces derniers étaient distingués en chefs, *duces*, ou compagnons du principe, *comites*, d'où nous sont venus les titres modernes de ducs et de comtes. » *Ibid.*, p. 126-127.

3589Développement des principes fondamentaux de la monarchie française, 1795, p. 21.

entre le Roi et la nation, la cérémonie du sacre marquant la soumission à ce contrat³⁵⁹⁰. Ils adhèrent encore à des théories proches du constitutionnalisme libéral d'Ancien Régime, quant au rôle de la nation et de sa volonté. Cette conception est néanmoins très minoritaire dans le constitutionnalisme contre-révolutionnaire.

825. Burke reconnaît par exemple l'existence d'un contrat, mais il le redéfinit de telle façon que la volonté de la nation ne peut s'exprimer à n'importe quel moment pour modifier la constitution.

S'il ne remet pas en cause l'artificialisme de la constitution, cette dernière est conçue par lui comme un ouvrage du temps. Pour lui, la société n'est plus un contrat fait à un moment donné, mais un contrat intergénérationnel qui lie chaque génération à ses ancêtres et à ses descendants. Au-delà de ce caractère intergénérationnel, le contrat social est également redéfini comme une clause du contrat de la société éternelle qui implique donc la nécessité pour chaque société de se conformer à l'ordre naturel³⁵⁹¹. Le caractère artificiel de l'ordre politique dépasse ainsi largement ce qu'un groupe d'hommes peut vouloir à un moment donné ; il n'est donc pas possible de changer librement de constitution. Cela ne peut résulter d'un choix, mais simplement d'une nécessité absolue³⁵⁹². Le

3590 *Ibid.*, p. 31.

3591 « Oui sans doute la société est un contrat, mais un contrat d'un ordre bien supérieur. Tous ceux que l'on passe dans le cours de la vie pour des intérêts particuliers, ou pour des objets momentanés et que l'occasion fait naître, on peut les dissoudre à plaisir. [...] C'est avec un autre sentiment de respect que l'on doit envisager l'état ; parce que ce genre d'association n'a pas pour objet des choses qui ne servent qu'à l'existence animale ou grossière d'une nature périssable et fugitive. C'est la société de toutes les sciences, la société de tous les arts, la société de toutes les vertus et de toutes les perfections ; et comme les gains d'une telle société ne peuvent pas s'obtenir dans le cours de plusieurs générations, cette société devient celle non seulement de ceux qui existent, mais elle est un contrat entre ceux qui vivent, entre ceux qui sont à naître et entre ceux qui sont morts. Je vais plus loin : chaque contrat, dans chaque état particulier, n'est qu'une clause dans le grand contrat primitif d'une société éternelle qui compose une seule chaîne de tous les anneaux des différentes natures ; qui met en connexion le monde visible avec le monde invisible, conformément à un pacte préfixé, sanctionné par le serment inviolable qui maintient toutes les natures physiques et morales, chacune dans les places qui leur ont été assignées ; une loi si sublime ne peut pas être soumise à la volonté de ceux qui sont par une obligation qui est au-dessus d'eux et qui leur est infiniment supérieure, forcés eux-mêmes à y soumettre leur volonté. » *Op. cit.*, p. 202-203.

« *Society is indeed a contract. Subordinate contracts for objects of mere occasional interest may be dissolved at pleasure [...] It is to be looked on with other reverence; because it is not a partnership in things subservient only to the gross animal existence of a temporary and perishable nature. It is a partnership in all science; a partnership in all art; a partnership in every virtue, and in all perfection. As the ends of such a partnership cannot be obtained in many generations, it becomes a partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born. Each contract of each particular state is but a clause in the great primeval contract of eternal society, linking the lower with the higher natures, connecting the visible and invisible world, according to a fixed compact sanctioned by the inviolable oath which holds all physical and all moral natures, each in their appointed place. This law is not subject to the will of those who by an obligation above them, and infinitely superior, are bound to submit their will to that law.* » *Op. cit.*, p. 143-144.

3592 « Les corporations municipales de ce royaume universel n'ont ni la liberté ni le loisir, en se livrant aux aperçus d'une amélioration fortuite, de séparer et de déchirer les liens de subordination de chaque communauté qui leur est subordonnée, et de la réduire au chaos anti-social, anti-civil et confus de tous les principes élémentaires. Il n'y a que la nécessité par essence, une nécessité qui n'est pas choisie, mais qui commande ; une nécessité suzeraine de toute délibération, une nécessité qui n'admet ni discussion ni preuve, il n'y a qu'une telle nécessité, dis-je qui puisse justifier le recours à l'anarchie ; une nécessité de cet ordre n'est pas une exception à la règle, parce qu'elle est elle-même aussi une partie de cette disposition morale et physique des choses, à laquelle l'homme doit obéir de gré ou de force. Mais si ce qui ne peut être l'effet de la soumission à une telle nécessité, devenait un objet de choix, la loi

processus d'élaboration des constitutions est bien conçu par Burke comme un processus artificiel, mais ce processus ne doit pas être soudain, il doit imiter au plus près l'œuvre de la nature³⁵⁹³. Si la constitution reste artificielle pour Burke, elle n'est plus la création libre et volontaire de la nation.

Cette idée qu'il est impossible de faire une constitution est également défendue par Bentham dans sa critique de la Déclaration et de l'article 16 :

« Et si la France, loin d'être le seul pays qui ait une constitution, était le seul pays qui n'en ait pas ? [...] Et au lieu de dire que vous ne pouvez pas avoir de constitution si vous ne la faites pas, il serait plus proche de la vérité, ou plutôt ce ne serait que la pleine et entière vérité, de dire que vous ne pouvez avoir de constitution si vous essayez d'en faire une »³⁵⁹⁴.

Une partie du constitutionnalisme anglais redéfinit ainsi la notion de constitution pour en faire un objet réel préexistant qu'il n'est pas possible de faire et de créer *ex nihilo*.

826. Les contre-révolutionnaires illibéraux renoncent entièrement à l'artificialisme et au volontarisme de la constitution. Pour eux, la constitution ne peut jamais être le résultat de la volonté des hommes, et encore moins le résultat d'une volonté collective.

Ils se saisissent de la métaphore anthropomorphique largement utilisée aux XVII^e et XVIII^e siècles pour la retourner contre les théories contractualistes. Dans les théories contractualistes, la métaphore anthropomorphique sert à dénoter l'idée que, comme Dieu a fait l'homme, l'homme peut

générale serait rompue, la nature désobéie, et les rebelles seraient aussitôt proscrits, dispersés ; ils seraient exilés de ce monde de raison, d'ordre et de vertu, de paix et d'indulgence, dans le monde opposé de folie, de discorde, de vice, de confusion et de désespoir. » *Op. cit.*, p. 204.

« *The municipal corporations of that universal kingdom are not morally at liberty at their pleasure, and on their speculations of a contingent improvement, wholly to separate and tear asunder the bands of their subordinate community, and to dissolve it into an unsocial, uncivil, unconnected chaos of elementary principles. It is the first and supreme necessity only, a necessity that is not chosen but chooses, a necessity paramount to deliberation; that admits no discussion, and demands no evidence, which alone can justify a resort to anarchy. This necessity is no exception to the rule; because this necessity itself is a part too of that moral and physical disposition of things to which man must be obedient by consent or force; but if that which is only submission to necessity should be made the object of choice, the law is broken, nature is disobeyed, and the rebellious are outlawed, cast forth, and exiled from this world of reason, and order, and peace, and virtue, and fruitful penitence, into the antagonist world of madness, discord, vice, confusion, and unavailing sorrow.* » *Op. cit.*, p. 144-145.

3593« Cette politique me paraît l'effet d'une profonde réflexion, ou plutôt l'heureux effet de cette imitation de la nature, qui, bien au-dessus de la réflexion, est la sagesse par essence. [...] Par cette politique constitutionnelle qui agit d'après le modèle de la nature, de la même manière dont nous recevons, dont nous possédons et dont nous transmettons nos propriétés et la vie. » *Op. cit.*, p. 62-64.

« *This policy appears appears to me to be the result of profound reflection; or rather the happy effect of following nature, which is wisdom without reflection, and above it. [...] By a constitutional policy, working after the pattern of nature, we receive, we hold, we transmit our government and our privileges in the same manner in which we enjoy and transmit our property and our lives.* » *Op. cit.*, p. 48.

3594Bentham contre les droits de l'homme, sous la direction de Bertrand BINOCHE, Jean-Pierre CLÉRO, Quadrige, P.U.F., 2007, p. 88.

« *And if, instead of France's being the only country that has a constitution, France should be the only country that has non! [...] And if, instead of saying you can't have a constitution unless you make it, it would be much nearer the truth, or rather it would be the plain truth and the only truth, that you can't have a constitution, if you attempt to make one* » Jeremy BENTHAM, *Nonsense upon stilts in Rights, representation, and reform : nonsense upon stilts and other writings on the French Revolution*, sous la direction de Philip SCHOFIELD, Catherine PEASE-WATKIN et Cyprian P. BLAMIREs, Clarendon Press, Oxford, 2002, p. 374.

faire des être artificiels, des sociétés. Un des exemples le plus frappant de cet emploi se trouve dans l'introduction du *Léviathan* de Hobbes, où il écrit : « les pactes et conventions, par lesquels les parties de ce corps politique furent initialement faites, mises ensembles et unies, ressemble à ce *fiat*, ou Faisons l'homme, prononcé par Dieu au moment de la création. »³⁵⁹⁵ Dans cette métaphore, le corps politique n'est donc pas un objet naturel fait par Dieu, mais un objet artificiel fait par l'homme, comme Dieu lui-même avait fait l'homme.

Le retournement de cette métaphore par les contre-révolutionnaires conduit à l'inverse à présenter le corps politique, et la notion de constitution, comme des objets naturels, résultat de la volonté divine et soumise à cette dernière. Maistre défend par exemple que la vie d'un gouvernement est comme la vie d'un homme³⁵⁹⁶ et estime qu'« une constitution écrite telle que celle qui régit aujourd'hui les Français, n'est qu'un automate, qui ne possède que les formes extérieures de la vie. »³⁵⁹⁷ Bonald emploie également à de nombreuses reprises cette métaphore³⁵⁹⁸. Elle lui sert à justifier l'idée que l'homme doit s'abstenir de modifier la constitution par sa volonté : les changements ne peuvent être que le résultat de nécessités naturelles³⁵⁹⁹.

L'idée d'une évolution lente et progressive de l'ordre politique est également défendue à l'aide de l'image de l'arbre : comme la constitution est l'oeuvre du temps, elle ne peut être l'ouvrage des hommes. La métaphore de l'arbre permet de dénoter à la fois le caractère naturel et traditionnel de la constitution. L'idée est qu'il est tout aussi impossible de faire en un jour une constitution, qu'il est impossible de faire en un jour pousser un arbre. Cette idée est développée par

3595[T.d.A.] « *the pacts and covenants, by which the parts of this body politic were at first made, set together, and united, resemble that fiat, or the Let us make man, pronounced by God in the Creation.* » HOBBS, *Leviathan*, introduction.

3596MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 112.

3597*Ibid.*, p. 111.

3598Il écrit par exemple : « Une nation qui demande une constitution à des législateurs, ressemble tout-à-fait à un malade qui prierait son médecin de lui faire un tempérament. Tout au plus, ils lui traceraient un plan d'administration comme un médecin prescrit un régime. » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 336-337.

« Demander si un peuple qui a vécu quatorze siècles, un peuple qui existe, a une constitution ; c'est demander, quand il existe, s'il a ce qu'il faut pour exister ; c'est demander si un homme qui vit, âgé de quatre-vingts ans, est constitué pour vivre. » BONALD, *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : "Considérations sur les principaux événements de la Révolution française"*, Paris, 1818, p. 35.

3599« Mais si la nature a établi un *pouvoir* conservateur et deux professions conservatrices de la société, pourquoi voit-on des révolutions qui la détruisent ? 1°. les révolutions sont les maladies du corps politique et dans le corps politique comme dans le corps humain, la nature lasse de parler à qui ne veut pas entendre, se débarrasse, par des crises violentes des lois défectueuses qui s'opposent au développement de la constitution, ou des mauvaises humeurs qui, dans le corps humain, dérangent l'équilibre nécessaire à la perfection de la santé ; 2°. la révolution de France a une cause *qui n'a jamais existé* dans aucune société, et qui seule en explique la promptitude et la violence : elle est venue du *pouvoir conservateur* lui-même, qui égaré par des suggestions perfides, et séduit par la bonté de son cœur a cru des changements nécessaires ; or des changements faits par des hommes dans une société constituée, sans que la nature en ait indiqué la nécessité, sont des *révolutions*. Dès que, par un changement que la nature n'avait pas demandé, les trois ordres de l'état ont été réunis en une seule assemblée, la révolution a été consommée. » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 239-240.

« La nature amène, par des voies insensibles et progressives, les changements nécessaires, comme l'homme gâte tout par des innovations précipitées ; le temps est tout pour l'homme, il n'est rien pour la société » *Ibid.*, p. 244.

Bonald, qui l'utilise pour souligner que seule la nature peut œuvrer pour la perfection de l'ordre politique. Cette métaphore permet également de conférer à l'ordre politique une part de mystère : non seulement les règles qui le régissent ne peuvent être déterminées par l'homme, mais les lois qui régissent l'ordre naturel et politique lui échappent également. Il n'est pas possible d'en avoir une pleine connaissance³⁶⁰⁰. Pour Bonald, la société, et sa constitution, sont donc forgées par un processus naturel sur lequel l'homme ne peut et ne doit pas intervenir. Il ne s'agit donc plus simplement d'imiter la nature, comme leur suggérer Burke ou certains partisans du rétablissement de la monarchie³⁶⁰¹ : la société et la constitution sont naturelles.

Maistre utilise aussi la métaphore de l'arbre pour discréditer les institutions révolutionnaires : « ne voyez-vous pas que vos institutions républicaines n'ont point de racines, et qu'elles ne sont que posées sur votre sol, au lieu que les précédentes y étaient plantées. Il a fallu la hache pour renverser celle-ci ; les autres céderont à un souffle et ne laisseront point de traces. »³⁶⁰² Il utilise également la métaphore de la formation des êtres naturels pour disqualifier les prétentions constituantes des révolutionnaires : « Il a cru, lui qui n'a pas seulement le pouvoir de produire un insecte ou un brin de mousse, qu'il était l'auteur immédiat de la Souveraineté, la chose la plus importante, la plus sacrée, la plus fondamentale du monde moral et politique. »³⁶⁰³ Le processus de formation des constitutions échapperait donc inévitablement aux hommes. Ils seraient tout aussi impuissant à faire une constitution qu'à créer un être naturel, puisque la constitution est elle-même un objet naturel.

827. Pour Maistre et Bonald, la constitution est une création divine et naturelle, comme les hommes et comme les arbres.

3600« Si le développement insensible des institutions monarchiques, tel que je l'ai présenté, ne s'accorde pas avec les systèmes de quelques écrivains célèbres sur les premiers temps de notre histoire et de l'origine de nos établissements politiques, c'est que leurs auteurs ont voulu trouver un législateur là où ils ne devaient chercher que la nature, et assigner des époques fixes à la législation, lorsqu'il ne fallait qu'en étudier la marche et en observer les progrès. L'art met à découvert ses procédés ; la nature dérober ses opérations à nos regards, et ne nous laisse apercevoir que des résultats. Si un peintre veut représenter un arbre, je vois les pinceaux, la toile et les couleurs : je vois le tronc se dessiner, les branches s'étendre, le feuillage naître ; c'est l'ouvrage de l'homme, copie imparfaite et périssable des productions de la nature. La terre reçoit le fruit qui doit produire le chêne ; elle referme son sein et travaille en secret. L'arbre se développe de son germe ; mais qui racontera les merveilles de cette génération ? Il croît, il s'élève ; mais qui le voit s'élever et croître ? Battu par les orages, il n'en est que plus robuste ; retranché par le fer, il en devient plus vigoureux : il verra passer les générations et les siècles, et le vieillard qui dans son enfance se courbait pour redresser sa tige, en contemple la hauteur, et assis à son ombre réfléchit avec douleur à la rapidité du temps. Voilà l'ouvrage de la nature, voilà la société. » *Ibid.*, p. 254-255.

3601« Ainsi en amalgamant les établissements religieux et les établissements politiques, en employant comme une sorte de puissance un mécanisme, dans lequel il trouve une direction publique, il consolidera la religion par l'État et l'État par la religion. Ainsi tous les liens étant resserrés, le pouvoir spirituel étant respecté, le pouvoir civil étant obéi, il fera sans crainte l'examen approfondi de toutes les parties de l'État. Il ne les prendra pas toutes ensemble, parce que l'esprit humain ne pourrait y suffire ; il les examinera successivement, toujours avec le désir de conserver et de talent d'améliorer ; toujours en imitant la nature, qui ne produit qu'avec le temps, et qui ne donne qu'avec les années les fruits de l'arbre qu'elle fait naître. » *Le rétablissement de la monarchie*, 1793, p. 117-118.

3602MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 174.

3603MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 75-76.

Bonald considère que la constitution est le résultat de la nature des choses, d'une nécessité : « L'établissement du pouvoir public ne fut ni volontaire, ni forcé, il fut *nécessaire*, c'est-à-dire, conforme à la nature des êtres en société ; et les causes et l'origine en furent toutes naturelles. »³⁶⁰⁴ La constitution est donc purement naturelle et ne peut être le résultat d'une volonté humaine. Ni la volonté de la nation, ni celle du Roi n'ont déterminé la constitution, celle-ci résulte directement de la nature : « Rien dans les parties fondamentales de notre ancienne constitution n'était de main d'homme, et c'est ce qui a fait dire aux uns et croire aux autres que la France n'avait pas de constitution. »³⁶⁰⁵

Pour Maistre, la constitution n'est pas la même partout. Néanmoins, le rôle de l'homme dans son élaboration reste tout autant exclu :

« Plus on examinera le jeu de l'action humaine dans la formation des Constitutions politiques, et plus on se convaincra qu'elle n'y entre que d'une manière infiniment subordonnée ; ou comme simple instrument ; et je ne crois pas qu'il reste le moindre doute sur l'incontestable vérité des propositions suivantes :

« 1°. Que les racines des Constitutions politiques existent avant toute loi écrite.

« 2°. Qu'une Loi constitutionnelle n'est, et ne peut être que le développement, ou la sanction d'un droit préexistant et non écrit.

« 3°. Que ce qu'il y a de plus essentiel, de plus intrinsèquement constitutionnel, et de véritablement fondamental, n'est jamais écrit, et même, ne saurait l'être, sans exposer l'État.

« 4°. Que la faiblesse et la fragilité d'une Constitution sont précisément en raison directe de la multiplicité des articles constitutionnels écrits. »³⁶⁰⁶

La constitution est donc l'œuvre de Dieu, et l'homme ne peut être qu'un outil dans la réalisation de son dessein³⁶⁰⁷. Ici se retrouve la méfiance de Maistre à l'égard de l'écrit. Comme pour Bonald, les règles du fonctionnement de l'ordre politique restent ultimement mystérieuses et inconnaisables. Pour Maistre, l'homme ne peut que défendre la constitution, jamais l'établir³⁶⁰⁸. Les lois fondamentales ne peuvent donc jamais être écrites *a priori*, mais simplement constatées³⁶⁰⁹. Maistre s'insurgent ainsi contre « un siècle infatué de l'écriture et brouillé avec la parole, au point de croire que les hommes peuvent créer des Constitutions, des langues et même des

3604BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit., p. 108.

3605BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 64.

3606MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 13.

3607« Mais puisque toute Constitution est divine dans son principe, il s'ensuit que l'homme ne peut rien dans ce genre à moins qu'il ne s'appuie sur Dieu, dont il devient alors l'instrument. » *Ibid.*, p. 46.

3608« « Nulle nation ne peut se donner un gouvernement : seulement, lorsque tel ou tel droit existe dans sa constitution [naturelle], et que ce droit est méconnu ou comprimé, quelques hommes aidés de quelques circonstances, peuvent écarter les obstacles, et faire reconnaître les droits du peuple : le pouvoir humain ne s'étend pas au-delà. » MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 164.

3609« La plus grande folie, peut-être, du siècle des folies fut de croire que les lois fondamentales pouvaient être écrites *a priori* ; tandis qu'elles sont évidemment l'ouvrage d'une force supérieure à l'homme ; et que l'écriture, même très-postérieure, est pour elles le plus grand signe de nullité. » MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 18-19.

Souverainetés »³⁶¹⁰ Une constitution ne peut donc être faite par l'homme puisqu'elle est une œuvre divine³⁶¹¹. Cette œuvre est réalisée par des circonstances et non par la délibération humaine³⁶¹².

828. Une telle conception de la constitution se trouve également chez Hegel. Pour lui, la constitution, produit du temps, n'est pas faite de main humaine³⁶¹³. Comme l'écrit Noberto Bobbio, « Les constitutions sont, pour ainsi dire, déjà toutes faites : elles ne sont aucunement l'objet d'un libre choix. »³⁶¹⁴

829. Les contre-révolutionnaires refusent donc de reconnaître la possibilité pour les nations de faire des constitutions. La polysémie de la notion de constitution permet également de la rédéfinir comme le mode d'existence de la nation, qui s'impose à elle comme la constitution d'un homme s'impose à lui.

b. La constitution comme mode d'existence de la nation

830. Les contre-révolutionnaires développent l'idée que la constitution est la manière d'être de la nation, et qu'elle ne peut donc en disposer librement. Pour Bonald, « la constitution d'un peuple est le mode de son existence »³⁶¹⁵. Maistre souligne que les hommes ne peuvent constituer une nation, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas le pouvoir de créer une unité politique distincte des autres³⁶¹⁶. Cette idée

3610 *Ibid.*, p. 38.

3611 « Une des grandes erreurs d'un siècle qui les professa toutes, fut de croire qu'une constitution politique pouvait être écrite et créée *a priori*, tandis que la raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une œuvre divine, et que ce qu'il y a précisément de plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel dans les lois d'une nation, ne saurait être écrit. » *Ibid.*, p. 1.

3612 « Il n'y a rien en vérité de si plausible pour l'œil du véritable philosophe ; rien de plus conforme aux grandes analogies et à cette loi incontestable qui veut que les institutions les plus importantes ne soient jamais le résultat d'une délibération, mais celui des circonstances. » *Ibid.*, p. 71.

3613 « Une autre question se présente facilement : "Qui doit faire la constitution ?" Cette question paraît distincte, or elle se montre dépourvue de sens aussitôt qu'on l'examine plus précisément. Car elle présuppose qu'aucune constitution n'est présente-là, que de ce fait un pur et simple amas atomistique d'individus se trouve ensemble. Comment un amas parviendrait-il à une constitution, par soi-même ou par d'autres, par la bonté, la pensée ou la violence ? Il faudrait lui confier [le soin de le trouver], car le concept n'a rien à faire avec un amas. – Mais si cette question présuppose déjà une constitution présente-là, le faire ne signifie qu'une modification, et la présupposition d'une constitution contient elle-même immédiatement le fait que la modification ne peut avoir lieu que par une voie conforme à la constitution. – Mais, de manière générale, il est tout simplement essentiel que la constitution, bien que surgie dans le temps, ne soit pas regardée comme quelque chose de fabriqué ; car elle est plutôt ce qui est tout simplement en et pour soi, voilà pourquoi elle est à considérer comme ce qui est divin et persistant et comme située au dessus de la sphère de ce qui est fabriqué. » HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), édition critique établie par Jean-François KERVÉGAN, P.U.F., coll. « Quadrige », 2013, § 273, p. 465-466.

3614 Noberto BOBBIO, « Sur la notion de constitution chez Hegel », loc. cit., p. 141.

3615 BONALD, *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : "Considérations sur les principaux événements de la Révolution française"*, Paris, 1818, p. 35.

3616 « Il a cru qu'il pouvait constituer les Nations ; c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'il pouvait créer cette unité nationale en vertu de laquelle une nation n'est pas une autre. » MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 76-77.

est reprise par Hegel³⁶¹⁷. Pour Maistre, l'esprit de la nation est la véritable constitution³⁶¹⁸. La constitution dépend donc toujours pour lui des circonstances et des spécificités du caractère national :

« La constitution de 1795, tout comme ses aînées, est faite pour l'homme. Or, il n'y a point d'homme, dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu, *qu'on peut être Persan* : mais quand à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu. [...]

« Mais une constitution qui est faite pour toutes les nations, n'est faite pour aucune : c'est une pure abstraction ; une œuvre scolastique faite pour exercer l'esprit d'après une hypothèse idéale ; et qu'il faut adresser à l'homme, dans les espaces imaginaires où il habite.

« Qu'est-ce qu'une constitution ? N'est-ce pas la solution du problème suivant ?

« Étant données *la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation, trouver les lois qui lui conviennent.* »³⁶¹⁹

Les institutions politiques ne peuvent s'établir indépendamment de l'esprit du peuple ; elles en sont le produit. La constitution est différente pour chaque peuple, car chaque peuple a une histoire et un caractère différents. Cette notion d'esprit du peuple prend une place centrale dans le discours contre-révolutionnaire. Chaque constitution doit être adéquate à la nation et à son esprit. Ce point est particulièrement développé par les contre-révolutionnaires allemands, tels que Herder³⁶²⁰, Möser³⁶²¹ et Rehberg³⁶²², ou encore Hegel³⁶²³. Les métaphores naturelles servent ainsi à justifier l'immutabilité de l'esprit du peuple et de la constitution qui lui convient.

Pour les contre-révolutionnaires, l'ordre politique est donc déterminé par la nature et par Dieu. Le pouvoir constituant est, en conséquence, une compétence indisponible. En outre, ils ne défendent pas la nécessité de conformer la constitution au droit naturel, et notamment aux droits de

3617« Le constitutionnalisme est une théorie de la constitution comme garantie des libertés individuelles ; le "constitutionnalisme" de Hegel est une théorie de la constitution comme fondement de l'unité de l'État. » Noberto BOBBIO, « Sur la notion de constitution chez Hegel », loc. cit., p. 144.

3618« La véritable *Constitution anglaise* est cet esprit public, admirable, unique, infaillible, au-dessus de tout éloge ; qui mène tout, qui conserve tout, qui sauve tout. – Ce qui est écrit n'est rien. » MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 10.

3619MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 102-103.

3620Jacques GODECHOT, *La contre-révolution*, éd. cit., p. 114-115.

3621*Ibid.*, p. 117.

3622*Ibid.*, p. 125.

3623« Puisque l'esprit n'est effectif qu'en tant que ce qu'il se sait être, et puisque l'État, en tant qu'esprit d'un peuple, est en même temps la loi qui pénètre tous ses rapports, la coutume-éthique et la conscience de ses individus, la constitution d'un peuple déterminé dépend, de manière générale, de la manière d'être et de la culture de sa conscience de soi ; en celle-ci réside sa liberté et, en cela, l'effectivité de la constitution.

« Vouloir donner *a priori* à un peuple une constitution, fût-elle plus ou moins rationnelle quant à son contenu [:] cette fantaisie négligerait précisément le moment par lequel elle est plus qu'un être de raison. C'est pourquoi chaque peuple possède la constitution qui lui est appropriée et qui lui revient » HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), § 274, éd. cit., p. 466-467.

Voir sur ce point, Noberto BOBBIO, « Sur la notion de constitution chez Hegel », loc. cit., p. 133.

l'homme ; ils mettent au contraire en avant la nécessité de conformer la constitution à l'ordre naturel.

4. La nécessité de conformer à la constitution à l'ordre naturel

831. Pour les contre-révolutionnaires, la constitution n'a pas besoin d'être conforme au droit naturel. Elle doit néanmoins, pour être pérenne, se conformer à l'ordre naturel.

832. Burke met l'accent sur la nécessité de conformer l'ordre politique à l'ordre du monde. Il loue ainsi la constitution anglaise en soulignant : « notre système politique est dans une symétrie et dans un accord parfait avec l'ordre du monde, et avec cette manière d'exister qui convient à un Corps permanent, composé de parties qui ne le sont cependant pas elles-mêmes »³⁶²⁴. Il reproche en parallèle aux révolutionnaires français de s'être « égarés de la grande route de la nature »³⁶²⁵.

La nature est ainsi redéfinie par la Contre-révolution pour être associée à un ordre conservateur et traditionnel.

833. Pour les contre-révolutionnaires illibéraux, l'organisation politique ne peut survivre que si elle est en conformité avec cet ordre naturel.

Pour Bonald, la constitution est une création naturelle, résultat de la volonté divine : « la constitution politique des sociétés, est le résultat *nécessaire* de la nature de l'homme et non le fruit de son génie ou du hasard des événements »³⁶²⁶. La constitution des sociétés est donc la même partout ; elle est formée par la volonté générale, c'est-à-dire la volonté divine³⁶²⁷. Cette constitution de toute société peut faire penser à celle de physiocrates³⁶²⁸. Néanmoins, pour Bonald elle se découvre par l'expérience historique et non par la raison spéculative. L'histoire enseigne ainsi le véritable ordre naturel du monde, résultat de la nature des choses et de la volonté divine³⁶²⁹. Une

³⁶²⁴*Op. cit.*, p. 63-64.

« *Our political system is placed in a just correspondence and symmetry with the order of the world and with the mode of existence decreed to a permanent body composed of transitory parts* » *Op. cit.*, p. 48.

³⁶²⁵*Op. cit.*, p. 104.

« *At present, you seem in everything to have strayed out of the high road of nature.* » *Op. cit.*, p. 77.

³⁶²⁶BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 132.

³⁶²⁷« Ainsi volonté générale de la société, du corps social, de l'homme social, nature des êtres sociaux ou de la société, volonté sociale, volonté de Dieu même, sont des expressions synonymes dans cet ouvrage. » *Ibid.*, p. 23.

³⁶²⁸Voir *supra*, Chapitre 2, Section 1, § 3.

³⁶²⁹« Je ne dis pas : voilà mon système ; car je ne fais pas de système ; mais j'ose dire : voilà le système de la nature dans l'organisation des sociétés politiques, tel qu'il résulte de l'histoire de ces sociétés. En effet, c'est l'histoire de l'homme et des sociétés qu'il faut interroger sur la perfection ou l'imperfection des institutions politiques qui ont pour objet le bonheur de l'un et la durée des autres.

« Il ne s'agit donc pas de savoir si les principes que je viens d'exposer sont nouveaux, mais s'ils sont vrais ; s'ils sont conformes à des opinions accréditées, mais s'ils s'accordent avec des faits incontestables ; si quelques hommes célèbres en ont avancé de différents ; mais s'ils en ont soutenu de meilleurs, je veux dire, de plus propres à assurer la perfection de l'homme moral, et la conservation de l'homme physique, unique fin de la société civile. » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 130.

société peut ainsi soit se conformer à cet ordre naturel, et être constituée, soit ne pas s’y conformer, et être non constituée³⁶³⁰. Bonald reprend et redéfinit le thème classique du constitutionnalisme patriote : toutes les sociétés ont un gouvernement, mais toutes n’ont pas une constitution³⁶³¹. Ce retournement de la rhétorique patriote se fait au profit de l’idéologie réactionnaire de la Contre-Révolution : avoir une constitution ne signifie plus disposer d’une réglementation exhaustive de l’ordre politique, établie par la nation en vue de garantir les droits des individus ; avoir une constitution signifie obéir aux rapports « *nécessaires* et dérivés de la nature des êtres »³⁶³². Cette idée d’une nécessité des rapports politiques est également adoptée par Rivarol³⁶³³. Ne sont constituées que les sociétés qui obéissent aux principes définis par Bonald. Il s’agit en l’occurrence de l’exigence de concentration du pouvoir entre les mains d’un seul. Pour Bonald, la volonté de Dieu, exprimée dans l’ordre naturel, érode naturellement la législation humaine et les sociétés tendent naturellement à se constituer³⁶³⁴. Réciproquement, une société qui n’obéit pas aux lois de la nature ne peut que dégénérer³⁶³⁵.

Pour Bonald, cette constitution de la société, déduite de la nature, a la même structure pour les trois types de société qu’il identifie : la société domestique, la société politique et la société religieuse³⁶³⁶. La société se compose de trois parties : le pouvoir, qui doit être concentré entre les mains d’un seul : le mari, le monarque et Dieu³⁶³⁷ ; les ministres qui exécutent ses volontés : la

3630 Chapitre III. Sociétés constituées et non constituées. BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 30.

« Si les rapports *nécessaires* ou lois fixes, immuables et fondamentales, sont produits par la *volonté* générale de la société, les rapports non *nécessaires* ou les lois variables et défectueuses, seront produits par la volonté dépravée et particulière de l’homme ; car les hommes ne peuvent pas exister ensemble sans être les uns à l’égard des autres dans des rapports quelconques, *nécessaires* ou défectueux, conformes ou contraires à leur nature. » *Ibid.*, p. 32.

3631 « Mais toutes les sociétés présentent à l’extérieur des caractères d’identité : je vois dans toutes des *pouvoirs*, une *force* publique, des agents de l’un et de l’autre : c’est-à-dire que toutes les sociétés ont une forme de gouvernement, mais toutes n’ont pas une constitution. » *Ibid.*, p. 33.

3632 BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 30.

3633 « Il ne peut y avoir de contrat entre le roi et le corps politique, entre le corps politique et le peuple ; puisque tout y est nécessaire. Si on obéit à sa nature éternelle, tout prospère ; sinon, tout est forcé, et tout souffre ; le corps politique pâtit également des oppressions royales et des révoltes populaires. » RIVAROL, *Pensées inédites*, éd. cit., p. 145.

3634 « Les sociétés non constituées tendent donc inévitablement et invinciblement à se constituer ; et les sociétés constituées à devenir plus constituées ; c’est-à-dire que la législation de la nature tend à détruire celle de l’homme, et à substituer ses lois ou rapports nécessaires à des rapports qui ne le sont pas. » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 41.

3635 « Là où la société sera constituée sur des principes peu naturels, il y aura beaucoup d’esprits faux, de caractères bizarres, d’esprits singuliers, d’imagination déréglées ; il y aura beaucoup d’originaux et même de fous. La nature nous fait intelligents, mais la société donne à nos esprits telle ou telle direction. Après les changements religieux et politiques arrivés en Angleterre sous Henri VIII, on remarqua dans cette île une prodigieuse quantité de fous, et il y a encore plus d’hommes singuliers que partout ailleurs. » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 20.

3636 Cette théorie est particulièrement développée dans, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit. : « Tous les caractères que nous avons assignés au pouvoir domestique conviennent donc aussi au pouvoir public. Ils sont les mêmes pour le pouvoir divin, en qui résident, mais dans un degré infini, l’unité, l’indépendance, la force, l’activité, la perpétuité, etc. » p. 127.

3637 « La première loi fondamentale de la société politique était l’unité de pouvoir social, ou le pouvoir général de la société dont un homme appelé monarque était revêtu.

« Cet homme-*pouvoir* ou ce monarque devait être immortel ou perpétuel, car s’il cessait d’être, l’exercice du *pouvoir* générale de la société cessait : je veux dire que la *volonté* générale conservatrice de la société se trouvait sans

femme, les nobles et les prêtres ; les sujets qui obéissent : les enfants, les sujets et les fidèles. S'agissant des sociétés politiques, l'ensemble de ces fonctions doivent être permanentes et donc héréditaires. La monarchie et la noblesse héréditaires sont alors présentées comme des objets naturels³⁶³⁸. Bonald propose une pyramide socio-politique : au sommet le souverain, qui veut seul ; en dessous, les ministres (la noblesse), qui jugent et combattent en obéissant au souverain ; à la base de la pyramide l'ensemble des sujets, qui obéissent et sont protégés par le corps politique. Cette hiérarchie sociale est pour lui une nécessité naturelle et donc inévitable pour tout ordre politique qui veut être pérenne.

La conformité à l'ordre naturel justifie d'ailleurs pour beaucoup d'auteurs la nécessité d'instaurer une inégalité sociale³⁶³⁹. Cette gradation de l'ordre social est présentée comme nécessaire à l'existence et à la stabilité de l'ordre social et politique³⁶⁴⁰. Cette idée est notamment défendue par Louis XVIII dans sa déclaration de juillet 1795³⁶⁴¹.

834. Maistre estime aussi que l'ordre politique doit être conforme à l'ordre naturel. Néanmoins, il ne considère pas que les constitutions soient les mêmes partout. Pour lui, les constitutions sont le résultat d'une création divine et naturelle et sont propres à chaque nation. Lorsque l'homme tente

pouvoir général qui pût l'accomplir, et la *force* générale sans *pouvoir* n'est pas une *force* dirigée. La société sans *volonté* et sans *pouvoir* se trouve livrée à une *force* aveugle et sans frein. L'état actuel de la France est une application frappante de cette vérité. » BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, éd. cit., p. 73.

3638« Nécessité de la succession héréditaire du *pouvoir*, première loi politique conséquence *nécessaire* de la loi fondamentale du *pouvoir* social, et fondamentale elle-même, loi sacrée qu'aucune nation n'a impunément méconnue, et la Pologne en est depuis longtemps un triste exemple. » *Ibid.*, p. 74.

« Dans la monarchie royale, le plus parfait des gouvernements, parce qu'il est le plus naturel, et qu'il ressemble le plus à la famille, son élément, les trois personnes sont parfaitement distinctes, et le pouvoir et le ministre sont héréditaires, propriétaires, inamovibles, et par conséquent homogène avec le pouvoir. » BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, éd. cit., p. 180.

« Le système universel des êtres exprimé par *cause*, *moyen*, *effet*, se trouve donc, dans le système particulier de la famille, sous les noms de père, mère, enfants ; et dans le système plus général de la société civile ou publique, sous le nom de *roi*, de *noblesse*, de *peuple*, ou sous tous autres noms, et dans le système de la société religieuse, comme nous le verrons tout à l'heure, sous les noms de *Dieu*, de *prêtres*, de *fidèles*, etc. Il se retrouve ce système universel jusque dans l'homme lui-même, *intelligence servie*, par les *organes*, dont l'intelligence est *pouvoir* et *cause* de ses actions libres, dont les organes sont les *moyens* et comme les *ministres*, et dont tous les être subordonnés qui servent à ses besoins, produits de son travail et de son industrie, sont les *sujets* ou les *effets*.

« Ainsi, l'homme est constitué comme la famille, la famille comme l'État, l'État comme la religion ; l'homme, la famille, l'État, la religion, comme l'univers ; et, si je voulais parler à l'imagination, je me représenterais des cercles concentriques qui, commençant par l'homme, et finissant par l'univers, s'embrassent mutuellement, et sont tous embrassés sur le cercle sur lequel serait écrit *cause*, *moyen*, *effet*. » *Ibid.*, p. 187-188.

3639« L'inégalité est donc l'âme des corps politiques, la cause efficiente des mouvements réguliers et de l'ordre. » RIVAROL, *Pensées inédites*, éd. cit., p. 186.

3640« Cette société reconnaîtra que les inégalités de la nature subsisteront toujours, malgré les idées fausses ou les fictions monstrueuses que l'on voudrait y substituer ; que si on les détruit sous une forme, elles se reproduisent sous une autre ; et qu'à l'instant où on les anéantirait toutes, il n'y aurait plus de corps social. » *Le rétablissement de la monarchie*, 1793, p. 99.

3641« En composant des trois Ordres distincts, le Corps du Peuple *Français*, [la constitution] a gradué sur une exacte mesure l'échelle de la subordination, sans laquelle l'État social ne peut se maintenir. » *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955, p. 3.

d'aller à l'encontre de cette création il ne peut que perdre. Le retour à la constitution monarchique est par exemple présenté par Maistre comme inévitable et le résultat de la volonté divine. Le mysticisme de Maistre s'illustre dans sa conviction que la Monarchie, étant le régime naturel de la France, finit toujours par s'imposer : « tout annonce que l'ordre des choses établi en France ne peut durer, et que l'invincible nature doit ramener la Monarchie »³⁶⁴². Le retour à l'ordre monarchique est donc naturel et divin, ou plutôt naturel donc divin³⁶⁴³.

Les seules institutions et constitutions qui sont pérennes pour lui sont celles qui s'appuient sur la religion³⁶⁴⁴. Il va même plus loin en estimant que toute intervention humaine est néfaste pour la pérennité d'une institution ou d'une constitution : « Si la base est purement humaine, l'édifice ne peut tenir ; et plus il y aura d'hommes qui s'en seront mêlés, plus ils y auront mis de délibération, de science, d'*écriture surtout* : enfin, de moyens humains de tous les genres, et plus l'institution sera fragile. »³⁶⁴⁵

835. La formation des constitutions échappe donc à la volonté des hommes, mais elle doit obéir à l'ordre du monde qui, pour les contre-révolutionnaires illibéraux, exige le maintien d'une monarchie relativement absolue.

La réglementation volontaire de l'exercice du pouvoir est donc dangereuse et contre nature. Cette conception conduit à promouvoir le flou et l'indétermination dans les règles régissant l'exercice du pouvoir politique.

5. L'attachement au flou et à l'indétermination de la constitution

836. L'incapacité des contre-révolutionnaires à s'accorder sur une définition de la constitution antique (a) les conduit à adopter deux stratégies de compensation : d'une part, l'idéalisation du fonctionnement de l'Ancien Régime (b) et, d'autre part, la défense de l'indétermination (c).

a. L'impossible définition de la constitution antique

837. Dans la théorie contractualiste anglaise, la constitution est fixée une fois pour toutes dans le moment fondateur et instituant qui règle la manière dont va s'exercer le pouvoir dans la

³⁶⁴²MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 152-153.

³⁶⁴³« C'est au nom du Dieu TRÈS GRAND ET TRÈS BON, à la suite des hommes qu'il aime et qu'il inspire, et sous l'influence de son pouvoir créateur, que vous reviendrez à votre ancienne constitution [...] Toute les pièces de la machine politique ayant une tendance naturelle vers la place qui leur est assignée, cette tendance, qui est divine, favorisera tous les efforts du Roi ; et l'ordre étant l'élément naturel de l'homme, vous y trouverez le bonheur que vous cherchez vainement dans le désordre. » *Ibid.*, p. 169-170.

³⁶⁴⁴« En moi, je *crois*, et même je *sais* que nulle institution humaine n'est durable si elle n'a une base religieuse ; *et de plus*, (je prie qu'on fasse attention à ceci) *si elle ne porte un nom pris dans la langue nationale, et né de lui-même sans aucune délibération antérieure et connue.* » MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 79-80.

³⁶⁴⁵*Ibid.*, p. 94.

société et établit le gouvernement. Il faut donc toujours revenir ou rétablir l'ordre ancien perverti³⁶⁴⁶. Une telle rhétorique ne parvient pas à s'imposer en France, car la thèse du moment fondateur ne permet pas d'établir une liste d'institutions établies dès l'origine. Particulièrement, l'articulation des droits et des compétences des parlements et des États-généraux se révèle délicate. Les tentatives de reconstructions historiques oscillent d'ailleurs entre l'un et l'autre. L'opposition entre la noblesse de robe et d'épée, qui se poursuit jusqu'à la veille de la Révolution, entrave également l'émergence en France d'un récit des origines unitaire, contrairement au processus qu'a pu connaître l'Angleterre. L'ancienne constitution se révèle ainsi introuvable en France, y compris pour ses défenseurs.

L'hésitation des théories parlementaires en atteste. Cette théorie du récit des origines, développée par Hotman et reprise par des auteurs anglais tels que Locke et Sydney, peine à être de nouveau reprise dans une France qui n'a pas réuni ses États-généraux depuis plus d'un siècle et sur laquelle Louis XIV a régné, notamment en supprimant les pouvoirs politiques des parlements. Les théories des parlementaires et celles des défenseurs de la noblesse d'épée peinent à s'harmoniser. Leur réconciliation à la veille de la Révolution est délicate et les défenseurs de la noblesse ne parviennent pas à déterminer clairement les rôles respectifs des parlements et des États-généraux.

Ce problème continue d'encombrer les contre-révolutionnaires. Ils adoptent des stratégies différentes. Une première stratégie est développée par des magistrats en exil qui tentent d'offrir une synthèse des théories parlementaire et conservatrice. Une seconde stratégie est celle menée par les frères du Roi, Monsieur et comte d'Artois, les futurs Louis XVIII et Charles X. Elle vise à revenir sur les concessions libérales de Louis XVI, et en particulier celles du 27 juin 1789³⁶⁴⁷, pour retourner à une théorie de la monarchie de droit divin justifiant un pouvoir souverain du Roi. Une troisième stratégie, proche de la stratégie royale, est développée par des auteurs tels que Maistre et Bonald, en vue de donner un soubassement théorique à l'existence d'une monarchie absolue, qui ne repose pas simplement sur le droit divin, mais également sur une forme d'analyse anthropologique et sociologique.

Les contre-révolutionnaires essaient de relier et de synthétiser deux conceptions mutuellement incompatibles : d'une part, la conception parlementaire et nobiliaire, appuyée sur l'idée d'une limitation du pouvoir royal par les lois fondamentales et les corps intermédiaires ; de l'autre, la conception royaliste, appuyée sur l'idée d'une plénitude du pouvoir du Roi. Ces deux partis, apparemment opposés tentent également un rapprochement mutuel face à l'adversité et tentent d'élaborer une théorie commune de la constitution antique. Ce rapprochement échoue, mais les tensions entre ces deux partis et la nécessité de les réconcilier pour développer une théorie

3646 Voir par exemple les théories de Burke ou de Locke.

3647 Voir *supra*, Chapitre 3, Section 3, Section 3, § 2.

contre-révolutionnaire de la constitution, explique certains éléments de cette théorie, et notamment son attachement au flou et à l'indétermination et sa tendance à offrir une vision idéalisée et non conflictuelle du fonctionnement de l'Ancien Régime.

b. L'idéalisation de l'Ancien Régime

838. Bonald et Maistre présentent tous deux une vision idéalisée de l'Ancien Régime et restent silencieux ou atténuent grandement les tensions existant entre, d'une part, le Roi et, de l'autre, les parlements ou les Ordres privilégiés³⁶⁴⁸. La résistance des parlements est occultée pour mettre en avant leur rôle de conseil du roi. De même, les revendications des ordres privilégiés sont passées sous silence. Cette idéalisation conduit à l'effacement du rôle des institutions de l'Ancien Régime dans le démantèlement de l'ordre traditionnel³⁶⁴⁹. L'Ancien Régime est présenté comme un paradis

3648« La magistrature donnait à ses remontrances le poids d'un corps dont tous les individus jouissaient de la noblesse, et d'une institution qui, dans son ensemble, appartenait au troisième ordre, puisqu'elle en était presque entière sortie plus tôt ou plus tard, et qu'encore elle servait de passage du troisième ordre au second ; elle réunissait ainsi dans son sein une aristocratie sans participation au pouvoir, et une démocratie sans turbulence ; elle défendait les intérêts de celle-ci avec la force et les avantages de celle-là : le roi surmontait tout cet édifice, et il avait à la fois l'initiative et le définitif. Cette institution, qui avait ses racines dans les temps les plus anciens, et dont les formes et les noms avaient changé avec les circonstances, plutôt que le fonds et l'essence, a traversé avec gloire de malheureuses époques ; et malgré les imperfections des corps et des vices des hommes, elle a empêché ou prévenu de grands désordres, et donné à l'État une grande stabilité. Entre ces deux combinaisons ou au dessus il y en avait peut-être une autre qui donnerait au pouvoir royal plus de force, à une classe plus de devoirs, à toutes plus de bonheur, à l'État plus de solidité ; et qui sait si les agitations de l'Europe ne sont pas le travail de la société, pour enfanter un meilleur système, ou plutôt pour perfectionner l'ancien et le nouveau ? » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 354-355.

« La royauté en France était constituée, et si bien constituée que le *roi même ne mourrait pas*. Elle était masculine, héréditaire par ordre de primogéniture, indépendante ; et c'était à cette constitution si forte de la royauté que la France avait dû sa force de résistance et sa force d'expansion.

« La nation était constituée, et si bien constituée qu'elle n'a jamais demandé à aucune nation voisine la garantie de sa constitution. Elle était constituée en trois ordres, formant chacun une *personne* indépendante, quel que fût le nombre de ses membres, et représentant tout ce qu'il y a à représenter dans une nation, et ce qui seul forme une nation, la religion, l'État et la famille.

« La religion était constituée, et si bien constituée qu'elle a résisté, qu'elle résiste, qu'elle résistera à toutes les attaques ; que le clergé de France a tenu le premier rang de l'Europe chrétienne, par ses docteurs et ses orateurs, et que le Roi lui-même avait mérité le titre de Roi très-chrétien.

« La justice était constituée, et si bien constituée que la constitution de la magistrature de France était, de l'aveu de tous les politiques, ce qu'il y a jamais eu dans ce genre de plus parfait au monde. Dans tout pays il y a des juges ou des juges ; il n'y avait de magistrats qu'en France, parce que c'était seulement en France qu'ils avaient le devoir politique de conseil.

« La limite au pouvoir indépendant du Roi était constituée, et si bien constituée qu'on ne citerait pas une loi nécessaire (je ne parle pas des lois fiscales, qui ne méritent pas le nom de lois), pas une loi nécessaire qui ait été rejetée, ni une loi fautive qui se soit affermie. Le droit de remontrance dans les tribunaux suprêmes était une institution admirable, et peut-être la source de tout ce qu'il y avait d'élevé dans le caractère français, et de noble dans l'obéissance : c'était la justice du Roi qui remontrait à sa force ; et quel autre conseil, quel autre modérateur peut avoir la force, que la justice ?

« La religion, la royauté, la justice, étaient indépendantes, chacune dans la sphère de leur activité, et indépendantes comme propriétaires de leurs biens ou de leurs offices. Aussi la nation était-elle indépendante et la plus indépendante des nations.

« La France avait donc une constitution ; car ce n'est pas le commerce, ce ne sont pas les académies, ce ne sont pas les arts, ce n'est pas l'administration, ce n'est pas même l'armée, qui constituent un État, mais la royauté, la religion et la justice. » BONALD, *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : "Considérations sur les principaux événements de la Révolution française"*, Paris, 1818, p. 36-37.

3649Voir *supra*, Chapitre 2, Section 2.

perdu au fonctionnement simple et juste que des révolutionnaires sont venus renverser et bouleverser.

Ce sont donc les contre-révolutionnaires qui construisent le récit d'une opposition entre une monarchie traditionnelle et des révolutionnaires voulant renverser cette constitution organique. Cette rhétorique efface ainsi simultanément le constitutionnalisme libéral et son opposition au roi, et le réformisme des ministres du Roi. La Révolution apparaît alors comme la subversion d'un ordre traditionnel. Cette rhétorique contre-révolutionnaire eut un très grand succès puisqu'elle se retrouve aujourd'hui et est restée la grille d'analyse considérée comme pertinente pour comprendre la notion de constitution.

L'idéalisation de l'Ancien Régime connaît néanmoins une limite : l'absence de consensus sur la constitution antique. Les contre-révolutionnaires contournent cette difficulté en faisant de l'indétermination une qualité de l'ordre politique.

c. La remise en cause de l'exigence de détermination : une constitution mystérieuse et mystique

839. Avec l'idée que la constitution résulte d'une manière d'être, d'un mode d'existence, et avec la lecture providentialiste, la Contre-révolution procède à une dérèglementation du pouvoir. Dans le reflux contre-révolutionnaire, la notion de constitution perd sa fonction de réglementation exhaustive, ou même partielle, pour n'être qu'une sorte de flou naturel. L'indétermination est alors présentée comme nécessaire au bon fonctionnement du régime politique. Ces théories renouent avec l'idée du mystère de l'État, mais pour justifier, non plus le secret d'État, mais le flou dans les compétences des différents organes.

Pour Bonald, poser les limites du pouvoir est une mauvaise idée. L'indétermination offrirait seule une vraie garantie car elle protégerait de conflits entre les organes de l'État. Il prend d'ailleurs au soutien de cet argument les rapports en le Roi et les parlements dans l'ancienne France³⁶⁵⁰. L'absence de limites connues à la résistance des parlements serait la réelle garantie contre l'excès de leur opposition³⁶⁵¹. Le caractère discrétionnaire du pouvoir est également présenté par lui comme

3650« C'est, je crois, une grande erreur de vouloir tracer des lignes précises de démarcation entre le pouvoir et l'obéissance, et poser à l'avance dans la constitution des sociétés, des limites fixes au pouvoir du chef, à la coopération de ses agents, aux devoirs des sujets. Si les limites sont marquées, chacun en temps de guerre se porte à son extrême frontière, les partis sont en présence et le combat s'engage ; et au lieu de disputer pour déterminer les limites, chacun s'efforce de les reculer. S'il reste un nuage sur ces questions délicates, on passe à côté les uns des autres sans se rencontrer, on va quelquefois de part et d'autre un peu trop loin ; mais après quelques excursions, chacun rentre sur son terrain. C'est là l'histoire des démêlés de nos anciennes cours de magistrature avec l'autorité royale ou plutôt avec les ministres. » BONALD, *Pensées...*, éd. cit., p. 54-55.

3651« Autrefois, en France, il y avait aussi une combinaison des trois corps ou *personnes* intégrantes de tout État, le roi, la noblesse, le peuple ; mais elle était différente la noblesse *combattait* dans les armées l'ennemi extérieur ; elle *jugeait* dans les tribunaux l'ennemi intérieur, qu'elle combattait aussi par le glaive de la loi. La *force* du roi, comme pouvoir législatif, était *conseillée* ou *remontree* par la *justice*. Quelque fois les cours de magistrature allaient plus loin, et leurs opiniâtres remontrances ressemblaient à de la résistance ; mais cette opposition avait un terme, précisément parce qu'elle n'avait pas de limites connues. Ainsi, de part et d'autre on n'était pas arrêté par un mur

une nécessité³⁶⁵². Là encore l'éloge de l'ancienne France nécessite une certaine amnésie quand aux réalités de son fonctionnement, notamment dans les dernières années de l'Ancien Régime.

840. Pour Maistre aussi le vague du discours royal est à valoriser :

« Et l'on se tromperait assurément, si l'on accusait le Roi d'avoir parlé trop vaguement, car ce vague est précisément la preuve d'une haute sagesse. Le Roi aurait fait très imprudemment, s'il avait posé des bornes qui l'auraient empêché d'avancer ou de reculer : en se réservant une certaine latitude d'exécution, il était inspiré. Les Français en conviendront un jour : ils avoueront que le Roi a promis tout ce qu'il pouvait promettre. »³⁶⁵³

Le Roi doit donc bénéficier d'une latitude suffisante pour gouverner, qui ne serait se laisser enfermer dans le carcan d'une réglementation constitutionnelle. La détermination des différentes compétences des organes de l'État est inutile et il suffirait de s'en remettre à au Roi et à sa bonté³⁶⁵⁴. Elle représenterait d'ailleurs un danger pour l'État et la constitution³⁶⁵⁵. L'attachement au flou explique le rejet de l'écrit par Maistre.

L'évolution progressive et providentielle de la constitution justifie également le refus d'un retour aux origines : « Toute constitution libre est de sa nature variable, et variable en proportion qu'elle est libre ; vouloir la ramener à ses rudiments, sans en rien rabattre c'est une entreprise folle. »³⁶⁵⁶ Pour Maistre, il n'y a, contrairement aux magistrats en exil, pas de retour à l'ordre ancien. L'ancienne constitution n'existe pas puisque la constitution est toujours mouvante, ce qui explique l'absence de consensus sur la définition de cette notion.

qui fit obstacle, mais par la crainte de dépasser la borne qu'on ne pouvait apercevoir, et au-delà de laquelle se trouvait le précipice. » *Ibid.*, p. 353-344.

3652« On a beau faire, il faut dans un État comme dans une famille, un pouvoir *discrétionnaire*, ou bientôt la société tout entière, chefs et subalternes, ne sera qu'un troupeau d'automates. » *Ibid.*, p. 56.

3653MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 140.

3654« Si je voulais, au reste examiner la nature des différents pouvoirs dont se composait l'ancienne constitution française ; si je voulais remonter à la source des équivoques, et présenter des idées claires sur l'essence, les fonctions, les droits, les griefs et les torts des Parlements, je sortirais des bornes d'un *post-scriptum*, même de celles de mon ouvrage ; et je ferai d'ailleurs une chose parfaitement inutile. Si la nation Française revient à son Roi, comme tout ami de l'ordre doit le désirer ; et si elle a a des assemblées nationales régulières, les pouvoirs quelconques viendront naturellement se ranger à leur place, sans contradiction et sans secousse. Dans toutes les suppositions, les prétentions exagérées des Parlements ; les discussions et les querelles qu'elles ont fait naître, me paraissent appartenir entièrement à l'histoire ancienne. » *Ibid.*, p. 253-254.

3655« On se sent quelquefois tentés de croire que les choses seraient allées beaucoup mieux s'il y avait eu des lois précises pour circonscrire les pouvoirs ; mais ce serait une grande erreur : De pareilles lois, toujours compromises par des cas inattendus et des exceptions forcées, n'auraient pas duré six mois, ou elles auraient renversé la République.

« La Constitution anglaise est un exemple plus près de nous, et, par conséquent, plus frappant. Qu'on l'examine avec attention : On verra *qu'elle ne va qu'en allant pas* (si ce jeu de mots est permis). Elle ne se soutient que par les exceptions. L'*habeas corpus*, par exemple, a été si souvent et si longtemps suspendu qu'on a pu douter si l'exception n'était devenue règle. Supposons un instant que les auteurs de ce fameux acte eussent eu la prétention de fixer les cas où il pourrait être suspendu, ils l'auraient anéanti par le fait. » MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, éd. cit., p. 7-8.

3656MAISTRE, *Considérations sur la France*, éd. cit., p. 133-134.

841. L'incapacité à déterminer le contenu de la constitution antique est présentée par les contre-révolutionnaires illibéraux comme une force. Ils font du flou, de l'indétermination et du mystère une valeur du régime politique : s'il n'est pas possible de connaître les compétences des différents organes de l'État, c'est parce qu'il doit en être ainsi. Ils renoncent également à tout récit des origines et valorisent au contraire l'élaboration de la constitution, non à un moment fondateur, mais par touches successives de la main de Dieu. Ils proposent donc un modèle de constitution distinct du récit des origines (modèle de la révolution anglaise) et de la fondation (modèle des révolutions américaine et française). Contrairement à ces deux modèles, ils conçoivent la constitution comme une création divine et non humaine. La constitution devient la manière d'être du peuple, indépendante de sa volonté. La constitution, qui servait à désigner l'établissement d'un ordre, n'est plus que le constat de l'existence d'un ordre. En conséquence, la question de la conformité de la constitution au droit naturel disparaît puisque la constitution est naturelle. De même, la question de l'origine volontaire de la constitution est écartée puisque la constitution est d'origine divine. L'ordre politique n'est qu'une émanation de l'ordre social, et non une création de la société. La distance entre société et gouvernement, qui résulte du fait que le gouvernement est établi par la société, disparaît : la constitution de la société est celle du gouvernement et réciproquement puisque les deux se rapportent au corps politique.

De 1789 à 1830, deux modèles de constitution s'affrontent : d'une part, la constitution des révolutionnaires, dont les traits principaux sont d'être artificielle et créée volontairement par la nation, consignée dans un texte écrit qui régleme de manière exhaustive l'exercice du pouvoir politique ; d'autre part, la constitution antique, redéfinie pour les besoins de la Contre-révolution. Pour les contre-révolutionnaires libéraux, la constitution antique se découvre dans le passé et doit être respectée et restaurée car elle est garante de la liberté. Pour les contre-révolutionnaires illibéraux, la constitution n'est pas pleinement connaissable. Elle est mystique et mystérieuse, œuvre du temps, créée par Dieu. Elle est naturelle et organique. Il n'y a ni retour possible à un ordre originel, ni possibilité de faire de toute pièce une constitution.

La reconstruction de la notion de constitution opérée par les contre-révolutionnaires conduit à analyser la Révolution comme le moment de rupture imposant un « nouveau » concept de constitution, qui s'opposerait à cette constitution « naturelle » antérieure. Elle conduit également à penser que cette constitution naturelle de l'Ancien Régime existait et faisait l'objet d'un consensus. En ce sens, les contre-révolutionnaires sont parvenus en partie à imposer leur conception de la constitution. Les théories qu'ils développent sont d'ailleurs partiellement reprises par les constitutionnalistes écrivant sous la Restauration et la Monarchie de Juillet.

B. La neutralisation de la notion de constitution et l'unification du constitutionnalisme libéral par les premiers constitutionnalistes

842. Les premiers ouvrages consacrés à l'enseignement du droit constitutionnel paraissent en France à compter des années 1830³⁶⁵⁷, sous la Monarchie de Juillet³⁶⁵⁸. Sous la Restauration, plusieurs écrits portant sur le droit public voient le jour et forment les futurs enseignements du droit constitutionnel, notamment ceux de Benjamin Constant³⁶⁵⁹ et d'Henrion de Pansey³⁶⁶⁰. Néanmoins, un réel enseignement du droit constitutionnel n'apparaît que sous la Monarchie de Juillet³⁶⁶¹.

Les premiers constitutionnalistes s'attachent ainsi à définir les contours de cette nouvelle discipline, ainsi que la notion de constitution. À l'image de la Monarchie de Juillet elle-même, ces théories offrent une synthèse des idées de la Révolution et de celles de la Restauration. Ces auteurs tentent ainsi de concilier deux théories de la constitution qui se sont construites successivement en opposition l'une par rapport à l'autre : la constitution des révolutionnaires et celle des contre-révolutionnaires. Ce double héritage produit la dualité de la notion de constitution.

La spécificité du discours des premiers constitutionnalistes est qu'il se présente comme un discours scientifique et neutre visant à livrer une description du droit constitutionnel exempte de partis pris³⁶⁶². Cette présentation ne recouvre pas exactement la réalité. Ces constitutionnalistes sont autorisés par le nouveau pouvoir royal à enseigner le droit constitutionnel en vue de légitimer le nouveau régime. Leur discours et leur rhétorique sont ainsi fortement marqués par ce contexte politique. La création de la première chaire de droit constitutionnel, en 1836, confiée à Pellegrino

3657 Un premier ouvrage paraît même peu avant cette période : Albert FRITOT, *Cours de droit naturel, public, politique et constitutionnel*, Paris, 1827, 2 vol.

3658 J.-L.-E. ORTOLAN, *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle : cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, 1831 ; Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel : année scolaire 1835-1836*, semestre d'été, 1836 ; Jacques BERRIAT-SAINTE-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, 1836.

3659 Benjamin CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle* par Benjamin de Constant, Paris, 1814 ; *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* ; par M. Benjamin Constant, Conseiller d'État, Paris, mai 1815 ; *De la doctrine politique, qui peut réunir les partis en France*, par M. Benjamin de Constant, Paris, décembre 1816.

3660 HENRION DE PANSEY, *Des pairs de France et de l'ancienne Constitution française*, par M. le président H. d. P., Paris, 1816.

3661 Sur l'enseignement du droit constitutionnel voir notamment : Olivier JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2012, p. 69 ; Louis FAVOREU, et alii, *Droit constitutionnel*, éd. cit.

3662 « Ici, au contraire, nous sommes dans un cabinet de science ; recueillis avec nos méditations comme le mathématicien avec ses formules, comme le chimiste avec ses alambics ; il s'agit d'étudier. Déposant sur le seuil de la porte toute la vivacité, toute la partialité qui s'attache inévitablement à la politique mise en action, nous méditerons avec cette tolérance scientifique, qui confronte toutes les opinions, afin de les comparer, de les mesurer, de les peser, seul moyen qui existe pour les juger sagement ; et quelles que soient les idées que je pourrai émettre devant vous, qu'elles paraissent aller en avant ou rester en arrière de vos sentiments particuliers, veuillez n'y voir qu'une théorie, erronée peut-être, mais toujours de bonne foi. » J.-L.-E. ORTOLAN, *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle : cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, 1831, p. 15-16.

Rossi, à l'initiative de Guizot, a précisément pour objet de valoriser le droit constitutionnel de la Charte de 1830³⁶⁶³. Les ouvrages de ces premiers constitutionnalistes, et notamment ceux de Rossi et de Constant, sont réédités sous la III^e République et influencent durablement les constructions théoriques du droit constitutionnel. Certains mythes relatifs à la notion de constitution et à son interprétation révolutionnaire se cristallisent à ce moment et s'installent durablement dans l'imaginaire constitutionnaliste.

Ces premiers constitutionnalistes concilient le volontarisme avec l'idée d'une formation naturelle du droit. Pour eux, les constitutions sont à la fois le produit du temps et celui de la volonté des hommes. Cette synthèse des théories révolutionnaires et contre-révolutionnaires produit deux effets : d'une part, cela fait naître la dualité de la notion de constitution (1) et, de l'autre, cela conduit à considérer le constitutionnalisme libéral comme mouvement unitaire (2).

1. La naissance de la dualité de la notion de constitution

843. La dualité de la notion de constitution apparaît car les premiers constitutionnalistes adhèrent à l'idée contre-révolutionnaire que tout État a une constitution. La notion de constitution est alors restreinte à l'idée d'une réglementation. Toute réglementation de l'ordre politique, quelles que soient son origine, son exhaustivité ou sa conformité à un certain idéal, est une constitution (a). La définition patriote de la notion de constitution, contenue dans l'article 16, constitue alors une définition d'une bonne constitution, mais pas de la notion de constitution elle-même (b).

a. La restriction de la notion de constitution à l'idée d'une réglementation

844. La notion de constitution est redéfinie par les premiers théoriciens du droit constitutionnel qui tentent de donner de cette notion une définition la plus neutre possible, susceptible d'être compatible avec la Révolution, avec la Restauration et avec la Monarchie de Juillet. Les années 1830 voient paraître plusieurs ouvrages consacrés au droit constitutionnel et qui définissent la constitution comme n'étant ni celle des révolutionnaires de 1789, ni celle des contre-révolutionnaires, mais les deux à la fois. La constitution est alors conçue comme à la fois naturelle

³⁶⁶³« C'est Guizot, l'une des personnalités les plus fortes du nouveau régime, qui fait créer, par une ordonnance du 22 août 1834, une chaire de "droit constitutionnel" à la Faculté de droit de Paris. Cette création doit permettre, pense-t-il, de renforcer le nouveau régime, souvent contesté, en présentant favorablement la Charte de 1830 aux étudiants de la capitale. Le cours portera sur les garanties individuelles qu'a consacrées la Charte et sur les institutions politiques qu'elle a établies. Ce doit être, précise Guizot, non un enseignement de "philosophie politique", mais celui du "droit constitutionnel positif français, une explication détaillée de la Charte, comme étant notre Code constitutionnel". Il est confié à un éminent juriste d'origine italienne, Pellegrino Rossi, qui avait dû se réfugier en Suisse, à cause de ses idées libérales et nationalistes. Il s'y était fait remarquer par ses enseignements, ses écrits juridiques et son action politique. Bien qu'hostile au conservatisme, Rossi se méfiait des opinions les plus avancées et pensait qu'un "bon" cours de droit constitutionnel serait le "contrepoison" de celles-ci. » Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jean-Louis MESTRE, *Droit constitutionnel*, éd. cit., p. 15.

Voir également en ce sens Olivier JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel » ; loc. cit., p. 78 et s.

et volontaire.

Le but de leur entreprise de définition de la notion de constitution est de parvenir à sa neutralisation en supprimant son caractère polémique. Ils refusent donc l'idée qu'un État puisse ne pas avoir de constitution. La constitution n'a pas besoin d'être conforme au droit naturel, d'organiser la garantie des droits de l'homme ou d'émaner de la nation pour être existante. Ils empruntent donc aux contre-révolutionnaires l'idée que tout État a une constitution ; l'absence de toute constitution ne peut être que l'anarchie. Le but de cette rhétorique est de légitimer la Charte de 1830. Elle a pour fonction d'empêcher de déclarer que la France n'a pas de constitution et qu'elle peut, voire doit, se doter d'une constitution.

Comme les contre-révolutionnaires, ils la définissent comme la manière d'être, le mode d'existence de l'État. Pellegrino Rossi se sert d'ailleurs de la métaphore anthropomorphique pour appuyer son propos :

« qu'est-ce donc que la constitution d'État ? À proprement parler, la constitution c'est un ensemble de lois qui forme l'organisation d'un État et en règle l'action et la vie, de même qu'on appelle constitution du corps physique l'ensemble des lois qui président à son organisation et en règlent le mouvement et la vie. Voilà le sens général de ce mot. D'où il résulterait qu'en prenant le mot *constitution* dans ce sens, il n'y a pas d'État qui n'ait une constitution, car tout ce qui existe a une manière d'exister, bonne ou mauvaise, conforme ou non à la raison, mais une manière quelconque d'exister, de même que le corps humain ; que tout ce qui vit a une constitution plus ou moins parfaite et produisant des effets plus ou moins durables. »³⁶⁶⁴

Pour Rossi, la mauvaise constitution, soit la constitution qui n'est pas en conformité avec la raison, reste une constitution. La rupture n'est donc pas simplement avec les révolutionnaires, mais également avec la pensée contre-révolutionnaire illibérale, car pour les théories contre-révolutionnaires la constitution naturelle et organique est juste et bonne car elle est voulue par Dieu. Au contraire, pour Rossi, qu'importe que la constitution soit bonne ou juste. Le constitutionnalisme de Rossi présente la constitution comme une simple réglementation et est complètement indifférent à son origine.

Berriat-Saint-Prix défend une idée similaire :

« Une constitution est l'ensemble des règles qui déterminent la manière dont un peuple doit être gouverné. Ces règles peuvent être non écrites ; elles ont même dû l'être dans le principe. Leur combinaison est d'ailleurs susceptible de varier à l'infini. »³⁶⁶⁵

Là encore, l'ambition de Berriat-Saint-Prix est de présenter la notion de constitution sous un visage neutre qui tend à la restreindre à la notion de réglementation. Une constitution pour exister n'a alors ni besoin d'être écrite, ni besoin d'émaner de la nation ou d'être conforme au droit naturel.

³⁶⁶⁴Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, 1877, p. 6.

³⁶⁶⁵Jacques BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, 1836, p. 1.

La constitution est dépouillée de sa valeur d'idéal et de son lien avec l'ordre naturel et la volonté de la nation. Elle n'est plus un ordre juste et légitime ; elle est n'importe quel ordre. Tous les constitutionnalismes du XVIII^e siècle s'appuient sur l'idée que la constitution est l'ordre juste et légitime, qu'il convient d'opposer aux agents qui veulent s'en écarter : la constitution justifie la résistance, la révolte et la révolution. Si un tel ordre juste et légitime n'existe pas, il faut l'établir. Pour l'ensemble des agents et des organes qui se revendiquent de la constitution ou en réclament une, la constitution est le bon ordre politique et non l'ordre politique qui est parvenu à s'imposer.

Avec les premiers constitutionnalistes, la notion de constitution est redéfinie non plus comme idéal, mais comme réalité. La constitution n'est plus l'ordre politique tel qu'il doit être, mais tel qu'il est. Ce concept de constitution comme description est nouveau. La notion de constitution, inventée pour faire des Révolutions et imposer un nouvel ordre politique, devient l'outil d'un ordre politique donné et existant. La notion de constitution perd son caractère polémique et révolutionnaire. La volonté de décrire les régimes politiques et de mettre fin à la Révolution justifie cette évolution. Si la constitution est l'ordre juste qui doit s'imposer, la Révolution est sans fin puisque chaque parti veut toujours imposer sa constitution. Si au contraire la constitution ne doit plus servir à faire des révolutions, mais à imposer un respect de l'ordre politique, il faut qu'elle existe indépendamment d'une évaluation de cet ordre.

845. L'idée que la constitution n'est qu'une norme ne date donc pas de la Révolution, mais est une construction postérieure des premiers constitutionnalistes. Leur volonté d'opérer une synthèse entre les théories de la Révolution et de la Restauration les conduit à abandonner les spécificités du constitutionnalisme patriote. L'origine de la constitution, sa conformité au droit naturel, sa capacité à garantir les droits et à offrir une réglementation exhaustive du pouvoir politique sont dissociées de la notion de constitution. La constitution désigne n'importe quelle réglementation. En revanche, la constitution qui correspond à l'idéal des révolutionnaires est une bonne constitution.

Une telle redéfinition de la constitution conduit ainsi à considérer l'article 16 non comme la définition de la constitution, mais comme la définition d'une bonne constitution.

b. La relecture de l'article 16 comme définition d'une bonne constitution

846. Définir la constitution comme toute réglementation conduit les premiers constitutionnalistes à considérer que les révolutionnaires se sont mal exprimés : ils n'auraient pas voulu, ou pu, dire que la France d'Ancien Régime n'avait pas de constitution, mais simplement qu'elle n'avait pas une bonne constitution. Berriat-Saint-Prix considère ainsi que :

« Il est difficile de nier que la France eût une constitution avant 1789, bien qu'elle fût non écrite, et que

les bases n'en fussent pas arrêtées avec précision. L'assemblée constituante décida, dans sa déclaration des droits de l'homme (art. 16), que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée *n'a point de constitution.*" Il eût été plus exact de dire qu'une société semblable *a une fort mauvaise constitution.* La concentration de l'autorité souveraine tout entière dans les mêmes mains, est une des formes possible de gouvernement, soit qu'elle émane de la volonté nationale, soit qu'on la croie l'effet d'une volonté surnaturelle. »³⁶⁶⁶

Une constitution non-écrite, une constitution imprécise, une constitution qui n'organise aucune distinction des pouvoirs reste donc une constitution pour lui. Toutes les caractéristiques considérées comme nécessaire pour qu'un ordre politique ait une constitution dans la doctrine patriote ne sont plus considérées comme des critères permettant d'établir l'existence d'une constitution. L'affrontement des contre-révolutionnaires et des révolutionnaires a eu pour effet de modifier le concept de constitution.

L'idéal patriote est néanmoins conservé par les premiers constitutionnalistes qui considèrent que la définition patriote, n'est pas la définition de toute constitution, mais la définition d'une bonne constitution. Cette interprétation rétrospective de l'article 16, qui s'appuie sur l'intégration de la conception contre-révolutionnaire de constitution dans le concept de constitution, a été largement conservée par les constitutionnalistes postérieurs.

847. La notion de constitution est ainsi devenue duale : dans un sens large, elle signifie toute règle organisant l'exercice du pouvoir. Dans un sens restreint, elle est une bonne réglementation de l'exercice du pouvoir et l'article 16 serait une définition de cette bonne réglementation. L'idée que ce sens plus restreint est postérieure au sens plus large s'impose dans les années 1830. Rossi écrit ainsi :

« Il est vrai maintenant que ce mot *constitution* est pris aujourd'hui dans un sens plus restreint, et nous-mêmes nous l'employons souvent dans ce sens moins général.

« Les libertés humaines avaient disparu ou à peu près de la surface de l'Europe. Comme nous le verrons plus tard, c'est le pouvoir absolu qui était devenu la règle générale dans la plus grande partie de l'Europe, ou du moins, là où il n'y avait pas la forme de gouvernement absolu, il y avait la forme d'une aristocratie fermée. Bref, c'était le privilège qui dominait dans l'organisation des États. Quand le moment d'une réaction contre cet ordre de choses est arrivé, on a demandé ou formé ce qu'on a appelé des constitutions, c'est-à-dire qu'on a rétabli les lois d'organisation sociale et politique qui ont paru les plus propres à garantir les droits de chacun, les libertés naturelles de l'homme. Et comme il s'agissait d'abolir les privilèges qui étaient devenus des lois et des coutumes, comme il s'agissait de ressusciter des droits qu'on regardait comme éteints, c'est ordinairement par la loi écrite qu'on a voulu atteindre ce résultat. De là ces pactes entre le pouvoir et le pays : de là ces chartes, de là ce sens spécial du mot *constitution*. C'est dans

³⁶⁶⁶*Ibid.*, p. 1.

ce sens qu'on dit aujourd'hui que tel pays a ou n'a pas de constitution. Cela veut dire : dans ce pays on a fait des conquêtes en fait de gouvernement libre, le règne du privilège a cessé. Dans ce sens plus étroit, la constitution est la loi des pays libres, des pays qui ont échappé au règne du privilège, et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses libertés. »³⁶⁶⁷

Ce sens restreint du mot constitution correspond sur certains points à la constitution patriote : le rejet de l'absolutisme et des privilèges, et l'attachement aux droits des individus. Il est toutefois notable que le rôle de la nation dans l'établissement de la constitution soit ici négligé : la constitution n'est plus considérée comme l'acte unilatéral de la nation, mais comme un contrat entre le pouvoir et le pays. L'idéal constitutionnel n'est donc plus tout à fait le même et la notion de constitution est devenue duale. Cette dualité a généré la nouvelle interprétation de l'article 16, comme définition de la bonne constitution. La notion de constitution est neutralisée puisqu'elle n'est plus attachée ni à son origine, ni à sa conformité au droit naturel, et notamment aux droits de l'homme. L'idéal que portait la notion de constitution est dissocié de cette notion même³⁶⁶⁸.

Le paradoxe est que la notion de constitution redéfinie par les contre-révolutionnaires s'impose comme une notion antérieure à la notion de constitution défendue par les patriotes alors qu'elle est postérieure et construite en réaction à la formulation patriote. Les contre-révolutionnaires sont parvenus à imposer leur conception en la présentant comme traditionnelle, ou plutôt ils sont parvenus à imposer l'idée que les constituants auraient construit leur concept de constitution contre une notion traditionnelle préexistante.

L'article 16 devient alors un argument dans le cadre d'un débat historiographique sur la notion de constitution, et l'existence d'une telle constitution dans l'Ancien Régime. La théorisation d'un constitutionnalisme coutumier d'Ancien Régime, produit de la Contre-révolution, parvient à s'imposer.

Le débat n'est plus « quelle est la constitution de la France ? » ni « qu'est-ce qu'une constitution ? » mais « qu'est-ce qu'une bonne constitution ? », « quelle constitution faut-il donner à la France ? ». Le terme de constitution a été neutralisé, il n'est plus connoté idéologiquement, ou, en tous cas, il ne désigne plus ce qu'il représentait pour les révolutionnaires, patriotes et conservateurs, la constitution n'a plus besoin d'être l'oeuvre de la nation, ni de garantir les droits de l'homme ou les droits des corps.

848. L'idée que tous les États ont une constitution, qui réside dans leur manière d'être, est une construction postérieure à la Révolution. Il n'est pas possible d'analyser l'article 16 comme

3667Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, 1877, p. 6-7.

3668Voir également sur ce point Olivier BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme » in *Dictionnaire de philosophie politique* sous la direction de Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, 3e éd., Quadrige / P.U.F., 2003, p. 133.

l'expression d'une construction intellectuelle s'opposant à cette notion neutre de constitution ou comme une définition de ce qu'est une « bonne » constitution. Cette analyse de l'article est livrée par les premiers constitutionnalistes et est le résultat de leur redéfinition de la constitution. Cette interprétation rétrospective s'est ensuite transmise à leurs successeurs et s'est imposée comme un mythe généralement admis par la doctrine actuelle. Il repose sur un effacement des constitutionnalismes conservateur et parlementaire et l'adhésion au mythe de la constitution antique, comme constitution traditionnelle existant sous l'Ancien Régime.

L'idée d'une formation historique des constitutions liées à l'esprit de la nation, et marginalement à la volonté de cette dernière, se développe également sous la Restauration et la Monarchie de Juillet.

2. Les constitutions, l'œuvre du temps, de l'esprit de la nation et de la volonté

849. Les premiers constitutionnalistes procèdent à la sécularisation de l'idée contre-révolutionnaire que les constitutions sont le résultat de la providence. Le rôle d'un pouvoir supérieur n'est pas clairement abordé, mais ils semblent avoir acquis la conviction que la constitution est, au moins partiellement, l'œuvre du temps.

Cette idée semblait déjà s'être imposée chez certains révolutionnaires après la Terreur. Boissy d'Anglas, dans le discours qu'il prononce au nom de la commission des onze, qui était chargée d'élaborer le projet de constitution du Directoire, estime que « c'est une grande entreprise que d'obtenir par la sagesse un ouvrage que souvent on n'obtient que du temps »³⁶⁶⁹. Louis XVIII estime également dans sa déclaration de juillet 1795 que « la main du temps imprime le sceau de la sagesse aux institutions humaines »³⁶⁷⁰.

Cette idée d'une formation de la constitution par le temps est également défendue par les partisans de la Restauration. Henrion de Pansey estime ainsi que comme la constitution est le résultat combiné de l'histoire et de l'esprit de la nation³⁶⁷¹, « Notre ancienne constitution est donc le meilleur commentaire de la nouvelle. »³⁶⁷² Il y aurait donc une continuité telle entre l'Ancien Régime et la Restauration que le régime serait resté le même. Cette idée est également défendue par Rondonneau qui commente la Déclaration de Saint-Ouen de Louis XVIII, en utilisant les déclarations de Louis XVI de la séance royale du 23 juin 1789 et de la fuite à Varennes. L'idée est

3669 *Réimp. Mon.*, 25, p. 81.

3670 *Déclaration du Roi*, juillet 1795, BN Lb41-1955, p. 4.

3671 « Il n'y a point de bonté absolue dans les gouvernements : le meilleur est celui qui convient le mieux à la nation pour laquelle il est établi, et il n'y en a qu'un seul qui convienne parfaitement à chaque nation : c'est celui qui est sorti comme de lui-même de son caractère, de ses mœurs, de ses habitudes, et de son esprit général ; en un mot, ce lui que le temps lui a donné ; car le temps seul fait les constitutions durables. » HENRION de PANSEY, *Des pairs de France et de l'ancienne Constitution française*, par M. le président H. d. P., Paris, 1816, p. 89.

3672 *Ibid.*, p. 90.

ainsi d'établir une parfaite continuité entre l'Ancien Régime de Louis XVI, qui avait déjà accepté une inflexion vers une monarchie limitée, et la Restauration de Louis XVIII, qui doit être conçue comme une monarchie limitée également. La Restauration n'est évidemment pas un rétablissement de l'ancienne monarchie, les parlements ne furent par exemple jamais ressuscités. Néanmoins, cet attachement à l'idée de respect des traditions est un trait saillant de la doctrine constitutionnaliste de la Restauration.

850. L'établissement de la Monarchie de Juillet rompt évidemment avec la tradition, mais le rôle reconnu au temps dans l'élaboration de la constitution n'est pas abandonné. La constitution est conçue comme un acte hybride, qui serait le résultat combiné de la coutume, de l'esprit de la nation et d'un contrat entre le roi et la nation, en vue de garantir les droits et libertés des Français. Ces deux premières caractéristiques sont héritées des contre-révolutionnaires, alors que la dernière est le produit du constitutionnalisme révolutionnaire. Cette synthèse permet de rendre compte de la Charte de 1830, qui est à la fois le résultat de la tradition monarchique, mais également d'un choix de la nation et d'un accord entre la nation et le Roi.

Ortolan estime ainsi que les sources du droit public sont à la fois la coutume et les constitutions écrites³⁶⁷³. Cette idée d'une coutume constitutionnelle qui permettrait de « compléter » la constitution écrite repose sur les développements des contre-révolutionnaires, d'après lesquels la constitution ne tient pas à un ensemble de règles écrites, mais à l'esprit du peuple. La coutume est donc conçue comme naturelle, produit du temps et des circonstances³⁶⁷⁴, alors que les constitutions écrites sont le résultat de la volonté humaine. Le droit public se compose donc du droit naturel, du droit coutumier et du droit écrit³⁶⁷⁵. Il y aurait ainsi une addition des sources du droit, qui s'inscriraient dans une certaine idée du progrès, d'abord le droit de la nature, ensuite le droit par l'histoire, enfin celui des constitutions³⁶⁷⁶. Si le droit naturel comme source de droit semble avoir

3673« Quant aux sources positives du droit public, nous devons en compter deux : l'une comprendre la coutume et les précédents ; l'autre, les lois écrites. » J.-L.-E. ORTOLAN, *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe*, éd. cit., p. 21.

3674« Je commence par la coutume, parce que tel est l'ordre du temps : la nature physique et morale de l'homme amène les habitudes, les usages, la coutume en un mot, qui varie d'une manière indéfinissable, selon les races, le sol, le climat, les accidents.

« Quant aux constitutions écrites, c'est la civilisation qui les produit. [...] »

« La coutume, telle que nous venons de la définir, est une manière générale d'être ou d'agir ; – un précédent n'est qu'un fait, qu'un accident antérieur.

« La coutume tient à la nation elle-même. » *Ibid.*, p. 21-22.

3675« En résumé : - L'organisation physique et morale de l'homme, / - les coutumes, / - Les lois, / Telles sont les sources du droit public dans leur ordre progressif. / La physiologie, / L'histoire, / Les Codes, / Tels sont les sujets d'études propres à nous révéler ces sources. » *Ibid.*, p. 24.

3676« L'époque d'une organisation sociale, primitive et uniforme, est un problème, une hypothèse probablement une chimère ; / Les siècles qui nous ont précédés nous offrent, pour les nations vivantes, le règne des coutumes et le commencement imparfait des lois politiques. / Le siècle actuel est celui des constitutions. » *Ibid.*, p. 24-25.

été, pour l'essentiel, abandonné dans les discours des constitutionnalistes contemporains, l'idée d'un droit constitutionnel coutumier a persisté chez de nombreux auteurs³⁶⁷⁷.

851. Cette idée du cumul des sources du droit se trouve également chez Benjamin Constant. Pour lui, l'idée d'une formation progressive de la constitution, œuvre du temps et de l'esprit de la nation sert notamment à justifier le rejet des discours liés au rétablissement de la constitution antique. Il reprend donc, en les sécularisant, des thèses proches de celles de Maistre. Puisque la constitution est forgée successivement par le temps, les institutions qui ont été abandonnées, par le temps et l'esprit de la nation, ne doivent pas être ressuscitées. Au contraire, leur disparition est la preuve de leur obsolescence : « Si ces institutions ont disparu, c'est qu'elles n'étaient plus conformes à l'esprit national. »³⁶⁷⁸ Qu'importe ainsi la constitution antique et originelle et son contenu, elle ne peut et ne doit pas être restaurée, et peut simplement être objet de l'érudition³⁶⁷⁹. Les débats sur le contenu de la constitution antique servent à nouveau à invalider toute réclamation liée à une constitution originelle³⁶⁸⁰. Constant rejette donc la thèse du retour aux origines.

Néanmoins, contrairement aux patriotes, il estime que « rien ne serait plus respectable, et plus nécessaire à ménager, qu'une vieille constitution dont on serait toujours souvenu, et que le temps aurait graduellement perfectionnée. »³⁶⁸¹ La tradition trouve donc une place dans la théorie de Constant qu'elle n'avait pas chez les patriotes et se conjugue au caractère volontaire des constitutions, qui sont également conçues comme des contrats entre le roi et le peuple :

« Une constitution n'est point un acte d'hostilité. C'est un acte d'union, qui fixe les relations réciproques du monarque et du peuple, et leur indique les moyens de se soutenir, de s'appuyer, de se seconder mutuellement. »³⁶⁸²

La constitution est donc conçue comme le produit de la volonté conjointe du roi et du peuple.

3677 Voir par exemple, Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2ème éd., Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 73 ; Jean GICQUEL, Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32e éd., L.G.D.J., 2018, p. 229.

3678 Benjamin CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, éd. cit., p. xi.

3679 « Mais une constitution, oubliée tellement qu'il faut des recherches pour découvrir, et des arguments pour prouver son existence, une constitution qui est le sujet du dissentiment des publicistes, et des disputes des antiquaires, n'est qu'un objet d'érudition, qui aurait dans l'application pratique, tous les inconvénients de la nouveauté. » *Ibid.*, p. xi.

3680 « Mais n'existait-il pas autrefois en France une constitution, maintenant oubliée, qui réunissait tous les avantages, et ne suffirait-il pas de la rétablir ?

« Ceux qui l'affirment tombent dans une singulière méprise. Ils partent d'un principe vrai, c'est que les souvenirs, les habitudes, les traditions des peuples, doivent servir de base à leurs institutions. Mais, de leur aveu, l'on a oublié l'ancienne constitution de la France, et non seulement ils en conviennent, mais ils en fournissent la preuve, car ils sont réduits à s'épuiser en raisonnements pour démontrer qu'elle a existé. N'est-il pas manifeste qu'une constitution oubliée n'a pas laissé de souvenirs, et n'a pas fondé d'habitudes ? » *Ibid.*, p. x-xi.

3681 *Ibid.*, p. xi.

3682 *Ibid.*, p. x.

Pour lui, les règles constitutionnelles ne se limitent néanmoins pas à la production du temps, de l'esprit de la nation et de la volonté des hommes. Benjamin Constant reconnaît également l'existence de principes, valables pour toutes les sociétés, et qui « ne peuvent jamais varier, quelle que soit l'étendue d'un pays, ses mœurs, sa croyance et ses usages. » Pour lui, la constitution doit être « la garantie de ces principes »³⁶⁸³. La constitution doit donc garantir les principes tirés du droit naturel, et fixer les limites respectives des différents pouvoirs, mais, prenant en compte les remarques de Burke, il estime que la formation de la constitution doit être lente et progressive et s'en remettre au temps et à l'expérience³⁶⁸⁴.

L'ambition de Benjamin Constant est d'offrir une synthèse entre les théories révolutionnaires et les théories contre-révolutionnaires : « Que la France jouisse de ce bonheur, qu'elle voie se combiner, par de nobles et inébranlables garanties, un pouvoir constitutionnel et une dynastie révérée, ce qui est antique et ce qui est juste, ce qui est imposant et ce qui est raisonnable, ce que le passé consacre, ce que le présent demande et qu'elle soit tout à-la-fois libre et loyale, énergique et fidèle. »³⁶⁸⁵ Il apparaît vouloir concilier tant l'idée d'une formation progressive de la constitution que la nécessité pour cette constitution de se conformer à un certain idéal. Cette tentative de conciliation des différents constitutionnalismes libéraux conduit à la construction d'une vision unitaire du constitutionnalisme libéral.

3. La création d'une vision unitaire du constitutionnalisme libéral

852. Benjamin Constant, dans sa promotion du libéralisme, se déclare favorable à la constitution anglaise et contribue à lier durablement constitutionnalisme et libéralisme³⁶⁸⁶. Ainsi, si tous les États ont une constitution, tous n'ont pas une bonne constitution. La bonne constitution se caractérise par son caractère libéral.

Les différences entre les différents courants et les différentes définitions de la constitution libérale sont atténuées par les premiers constitutionnalistes pour parvenir à un récit unitaire de la constitution libre. Les revendications liées aux droits des Ordres et des parlements ont disparu avec les institutions susceptibles de soutenir de telles revendications. Le constitutionnalisme libéral de la Restauration et de la Monarchie de Juillet peut se reconstruire, au moins provisoirement, comme un

3683 *Ibid.*, p. 160.

3684 « Les Constitutions se font rarement par la volonté des hommes : le temps les fait ; elles s'introduisent graduellement, et d'une manière insensible. Cependant, il y a des circonstances, et celle où nous nous trouvons est de ce nombre, qui rendent indispensable de faire une Constitution ; mais alors ne faites que ce qui est indispensable : laissez de l'espace au temps et à l'expérience, pour que ces deux puissances réformatrices dirigent vos pouvoirs, déjà constitués dans l'amélioration de ce qui est fait, et dans l'achèvement de ce qui reste à faire. » *Ibid.*, p. 165-166.

3685 *Ibid.*, p. xv.

3686 Voir en ce sens, Mauro BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 129-130.

constitutionnalisme relativement unitaire. Le libéralisme de Montesquieu, des Anglais et de Benjamin Constant peuvent être considérés comme faisant partie d'une même famille idéologique. La Révolution et la doctrine des patriotes peuvent être présentées comme une simple étape sur le chemin du progrès de l'idéologie du constitutionnalisme libéral, qui se situerait entre le despotisme d'un seul et l'anarchie. La construction de ces deux pôles, le despotisme de l'Ancien Régime et l'anarchie de la Convention, sont nécessaires à la théorisation d'un constitutionnalisme libéral unitaire et modéré.

853. En s'inspirant du constitutionnalisme anglais³⁶⁸⁷, Benjamin Constant définit la constitution comme « la garantie de la liberté d'un peuple »³⁶⁸⁸. Cette définition justifie pour lui la délimitation de ce qu'il convient de faire figurer dans une constitution. Pour lui, « Tout ce qui ne tient pas aux limites et aux attributions respectives des pouvoirs, aux droits politiques et aux droits individuels, ne fait pas partie de la constitution, mais peut être modifié par le concours du roi, et des deux chambres. »³⁶⁸⁹ Une telle définition de ce que doit ou ne doit pas contenir une constitution peut sembler très proche de l'article 16. Une telle continuité n'est pourtant qu'apparente puisque les théories qui justifient une telle affirmation pour Constant sont différentes des théories patriotes.

Pour Constant, il s'agit d'une recommandation de politique constitutionnelle : les révolutionnaires auraient péché par excès de zèle en voulant trop écrire dans leur constitution, ce qui aurait affaibli cette dernière³⁶⁹⁰. Ce qui ne tient pas à la liberté ne doit pas figurer dans la constitution, car cela accroît les risques de violation de la constitution³⁶⁹¹. Les réflexions de Constant sur le contenu des constitutions visent à s'opposer tant à la volonté des révolutionnaires de tout régler, qu'à celle des contre-révolutionnaires de ne rien régler. Il offre ainsi la définition ce que doit contenir une bonne constitution pour lui : elle doit être une réglementation minimale du pouvoir politique. Pour donner cette définition de la bonne constitution, il se réfère à

3687« Je n'ai point cherché l'originalité : je ne me suis, sur beaucoup de points, écarté en rien de la Constitution anglaise ; j'ai plutôt expliqué pourquoi ce qui existait en Angleterre était bon, que je n'ai proposé quelque chose de nouveau. » CONSTANT, *Des réactions politiques*, seconde édition, augmentée de l'examen des effets de la terreur, An V (1797), p. vii.

3688*Ibid.*, p. 96.

3689CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, éd. cit., p. 158.

3690« C'est que, tandis qu'en Angleterre il n'y a de constitutionnel que les garanties de l'ordre social et de la liberté publique, comme la Représentation, l'Habeas Corpus, le Bill of Rights, la grande Charte (encore cette dernière est-elle plutôt un souvenir imposant qu'une garantie applicable à l'état actuel de l'Angleterre), nous avons toujours voulu pourvoir, par la constitution, à toutes les occurrences, tant présentes que futures. C'était faire de chaque détail un danger pour elle. » *Ibid.*, p. 159.

3691« Une constitution qui contient une multitude de dispositions réglementaires, sera infailliblement violée. Elle le sera dans les petites choses, parce que les entraves que le gouvernement rencontrera dans son action nécessaire, retombant toujours sur les gouvernés, ils invoqueront eux-mêmes cette violation. Mais cette constitution sera aussi violée dans les grandes choses, parce que les dépositaires de l'autorité partiront de sa violation dans les petites, pour s'arroger la même liberté sur des objets plus importants. » *Ibid.*, p. 161-162.

l'Angleterre³⁶⁹². Il estime ainsi que « sous une monarchie, le Roi doit posséder toute la puissance qui est compatible avec la liberté »³⁶⁹³ et s'adresse aux révolutionnaires en leur enjoignant : « gardez-vous d'instituer une constitution tellement étroite, qu'elle entrave tous les mouvements que nécessitent les circonstances »³⁶⁹⁴.

La constitution, pour Constant, doit garantir un ensemble de libertés individuelles et collectives et assurer la stabilité de l'ordre politique. Ses discours, comme ceux des autres constitutionnalistes, renouent avec l'exigence de garantie des droits et de libertés individuels et collectifs, ainsi qu'avec la nécessité de ne pas concentrer le pouvoir entre les mains d'un seul, l'exigence d'une réglementation du pouvoir et le droit du peuple de participer par le biais de la représentation à l'exercice du pouvoir politique. La théorie patriote est donc diluée et réintégrée dans un mouvement libéral plus large.

L'idée qu'une constitution écrite devrait contenir une garantie des droits des individus et délimiter des compétences est bien plus imputable à Benjamin Constant qu'à l'article 16. L'article 16 visait à déterminer si une société a ou non une constitution, en vue de justifier une Révolution. La définition de la bonne constitution de Benjamin Constant vise à définir ce qu'il faut mettre dans une constitution.

La conception de la constitution de Benjamin Constant est distincte de celle des patriotes. La notion de constitution et sa définition ne sert plus à savoir si la France a ou non une constitution, mais plutôt quelle constitution la France devrait adopter. La notion de constitution a ainsi été dépossédée du caractère polémique qu'elle avait pour les patriotes. La définition de la bonne constitution de Constant, et la définition de la constitution des patriotes ne sont donc pas identiques, puisqu'elles ne renvoient pas au même concept. En outre, la constitution est redéfinie comme un pacte entre le Roi et la nation et non plus comme un acte unilatéral de la nation. Benjamin Constant prend d'ailleurs le parti d'« écart[er] ces discussions oiseuses sur l'origine de la souveraineté, discussions dangereuses quand elles sont inutiles, et que la force des événements ramène toujours quand malheureusement elles ne le sont pas. »³⁶⁹⁵

854. L'idée que le constitutionnalisme libéral est un mouvement unitaire visant à limiter le pouvoir royal, en vue de garantir des droits et libertés individuels et collectifs, s'impose sous

3692« Cet article m'a été suggéré par la comparaison que j'ai faite de notre histoire, pendant vingt-cinq ans, avec l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre. La constitution anglaise subsiste depuis près d'un siècle et demi » *Ibid.*, p. 159.

3693*Ibid.*, p. viii.

3694CONSTANT, *Des réactions politiques*, éd. cit., p. 97.

3695CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, éd. cit., p. x.

l'impulsion des constitutionnalistes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, qui conçoivent la constitution comme un pacte négocié entre le roi et le peuple.

L'opposition entre le libéralisme et le despotisme joue un rôle central au cours de la Restauration et de la Monarchie de Juillet et permet de justifier la volonté de limiter le pouvoir du Roi. La résistance à l'absolutisme défendu par les ultras explique la recomposition unitaire du constitutionnalisme libéral. L'opposition entre le libéralisme et le despotisme est une grille d'analyse pertinente pour expliquer soit les rapports de forces existant en France avant la Prérévolution, soit l'affrontement entre Louis XVIII puis Charles X et les libéraux. En revanche, il n'est pas le plus pertinent pour analyser la notion de constitution à la Révolution, et en particulier l'article 16 et sa signification. Le constitutionnalisme patriote se construit contre le constitutionnalisme conservateur, et non contre un monarque qui n'est plus absolu.

La redéfinition unitaire du constitutionnalisme libéral a pourtant imprégné durablement la conception de la constitution, et par ricochet, la lecture de l'article 16.

855. Avec la Restauration et la Monarchie de Juillet, Montesquieu est réhabilité comme « un homme qui tient le premier rang parmi les plus éminents publicistes »³⁶⁹⁶. Les premiers constitutionnalistes renouent avec Montesquieu et analysent ses descriptions de la Constitution d'Angleterre comme une présentation du libéralisme et du constitutionnalisme qui précède celle la Révolution. Dans ce contexte, Montesquieu est relu, non plus comme un auteur noble, conservateur et défenseurs des distinctions, mais comme l'admirateur de la Constitution anglaise. Une telle lecture de l'oeuvre de Montesquieu se trouve exprimée à l'occasion du débat sur l'adoption de la constitution de 1848 :

« Tout le monde sait que le chapitre *de la constitution d'Angleterre* est le point culminant de la politique de Montesquieu, et qu'il n'a écrit en quelque sorte *l'Esprit des lois* que pour ce chapitre. [...] L'Angleterre est ainsi l'absolu, le beau et le bon absolu, pour Montesquieu. [...] Mais on chercherait vainement un principe, une science, dans les travaux de la Constituante. On ne trouve pas d'autre science politique dans ses comités de constitution et de législation que les lueurs vagues et incertaines aperçues par Montesquieu un demi-siècle auparavant. Aussi que produisit, à la piste de Montesquieu, l'Assemblée Constituante ? Après s'être longtemps divisée en deux camps correspondant aux deux modèles, vantés par Montesquieu, la monarchie française et la monarchie anglaise, elle arriva, par compromis autant que par hasard, à une monarchie de nouvelle invention qui n'avait la vitalité ni de l'un ni de l'autre de ces modèles, ou plutôt qui n'était pas viable, et qui ne vécut pas. »³⁶⁹⁷

L'utilisation de Montesquieu pour interpréter les intentions des constituants semble donc

3696Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, 1877, p. 57.

3697Pierre Leroux, 5 septembre 1848, *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale*, III, Paris, 1850, p. 789.

s'être déjà imposée en 1848. La valorisation de ses thèses et leur étude, en particulier l'étude du chapitre consacré à la Constitution d'Angleterre, se poursuivent sous la Troisième République³⁶⁹⁸.

La reconstruction de la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est théorisée sous la Monarchie de Juillet, puis sous la III^e République est elle aussi projetée rétrospectivement sur la Révolution, ce qui explique l'affirmation d'après laquelle les révolutionnaires auraient une conception dogmatique ou erronée de la séparation des pouvoirs, comme l'a montré dans sa thèse Michel Troper³⁶⁹⁹. L'analyse de l'expression « séparation des pouvoirs » est alors irrémédiablement liée à la doctrine de Montesquieu et analysée par rapport à cette doctrine.

Le constitutionnalisme libéral de Constant et sa postérité ont fortement déterminé la manière dont est interprété le constitutionnalisme révolutionnaire. L'illusion d'une continuité de Montesquieu aux patriotes est l'héritage des premiers constitutionnalistes. Cette continuité idéologique est construite *a posteriori*.

3698 Voir *infra*, Chapitre 6, Section 1, § 2.

3699 Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, éd. cit.

Conclusion du Chapitre 5

856. La lecture contemporaine de l'article 16, comme élément de théorie politique, conduit à considérer que la conception de la constitution contenue dans cet article s'est construite contre un constitutionnalisme coutumier, qui concevait la constitution comme la manière d'être de l'État, produite par le temps, et qu'il serait possible de décrire de manière neutre et descriptive. L'article 16 se lirait donc comme une négation du constitutionnalisme coutumier d'Ancien Régime. L'article 16 exposerait une vision de constitution idéale, qui voudrait imposer une définition de la bonne constitution. Cette vision de la constitution idéale se serait construite progressivement au cours du XVIII^e siècle et consisterait à s'opposer à l'absolutisme. L'article 16 s'inscrirait dans un mouvement allant de Montesquieu à Benjamin Constant et définissant la bonne constitution comme celle qui assure la liberté. L'article 16 serait la consécration de la doctrine de Montesquieu. Néanmoins, pour certains auteurs, il serait également la preuve du dogmatisme des révolutionnaires qui auraient mal compris cette même doctrine. L'article 16 est également conçu comme l'expression d'un individualisme libéral, attaché à la garantie des droits des individus. Enfin, pour certains, il offre la définition d'une bonne constitution.

Cette présentation de l'article 16, à la fois comme opposition au constitutionnalisme coutumier de l'Ancien Régime, et comme définition du constitutionnalisme ne correspond pourtant pas à la signification historique de cet article. Il n'existait pas, sous l'Ancien Régime, de doctrine unitaire qu'il serait possible de qualifier de constitutionnalisme coutumier et qui se serait accordée sur une définition de la constitution monarchique. De plus, le constitutionnalisme libéral de l'Ancien Régime est loin de représenter un mouvement unitaire, de telle sorte qu'il n'est pas possible de lire l'article 16 comme une consécration de la doctrine de Montesquieu. Les concepts de constitution et séparation des pouvoirs de Montesquieu et ceux des patriotes ne sont pas identiques. L'article 16 ne s'analyse pas comme un rejet d'un constitutionnalisme coutumier qui n'existait pas, mais comme le refus de la constitution conservatrice reposant sur la distinction et la séparation des Ordres. Cette constitution n'avait d'ailleurs rien de neutre ni de descriptif puisqu'elle était l'outil

d'une révolution nobiliaire qui a échoué. Le parti conservateur n'était pas non plus un défenseur de l'absolutisme. La construction d'un groupe qui représenterait les « défenseurs de l'Ancien Régime » est le produit de la Contre-révolution et non le parti contre lequel se fait la Révolution.

857. La dualité de la notion de constitution, entre une notion neutre, traditionnelle et descriptive, et une notion idéale, est une construction postérieure à la Révolution.

L'article 16 n'est pas la consécration d'une définition idéale de la constitution contre une définition neutre ; il est simplement la définition de la constitution retenue par le constitutionnalisme patriote. L'idée d'une constitution naturelle et organique, produit de la nature et de la volonté de Dieu, est une création de la Contre-révolution, qui rejette les constitutions écrites et l'idée que les hommes puissent faire des constitutions ; celle d'une constitution neutre et coutumière est quant à elle l'invention des constitutionnalistes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet.

L'idée que tout État a une constitution qui tient à son mode d'existence et à l'esprit de la nation est d'abord élaborée par les contre-révolutionnaires. Il ne s'agit donc pas d'un sens antérieur et plus large de la notion de constitution, mais au contraire d'une construction postérieure. Cette définition de la notion de constitution est reprise et neutralisée par la suite par les premiers théoriciens du droit constitutionnel. Ils estiment ainsi que tout État a une constitution, qui se compose d'un ensemble de réglementation. Cette réglementation peut être le produit conjoint de la tradition et de la volonté des hommes, exprimée dans des contrats entre les peuples et les rois. Ils imposent l'idée que cette notion « neutre » de constitution, serait la constitution au sens large, alors que la définition, donnée notamment dans l'article 16, serait la constitution au sens restreint. Ce sont eux qui développent le mythe que ce sens plus large serait antérieur.

Les contre-révolutionnaires tentent de reconstituer une vision unitaire et consensuelle du fonctionnement de l'Ancien Régime, qui représenterait l'ancienne constitution de la France que les révolutionnaires auraient subvertie. Cette idée est reprise par les premiers constitutionnalistes. Le mythe d'un constitutionnalisme coutumier d'Ancien Régime s'impose ainsi.

Enfin, les premiers constitutionnalistes tentent de livrer une vision consensuelle du constitutionnalisme libéral. Ils se revendiquent aussi bien de l'héritage de Montesquieu que de la Révolution et offrent ainsi l'illusion d'une continuité au sein du constitutionnalisme libéral, qui se définirait par la limitation du pouvoir royal au moyen d'un contrat garantissant les droits et libertés individuels et collectifs. Dans le cadre de cette reconstruction unitaire, Montesquieu est rapidement étudié comme une présentation de la séparation des pouvoirs et conçu comme un des modèles des révolutionnaires, ce qu'il n'était pourtant pas.

L'idée que la constitution est un ensemble de règles qui se caractérisent par leur objet est

donc développée par les constitutionnalistes de la Restauration et de la Monarchie de Juillet. Elle n'est pas présente chez les patriotes qui s'intéressent bien davantage à l'origine de cette règle, à sa fonction et à son caractère juste et exhaustif. L'interprétation de l'article 16 comme définition de la « bonne » constitution est en conséquence également imputable à la reconstruction que connaît à la notion de constitution au début du XIX^e siècle.

Chapitre 6. L'article 16 comme norme constitutionnelle

858. La Déclaration et son article 16 ne servent pas simplement à alimenter les débats en théorie constitutionnelle. Ils ont été et sont de nouveau des textes de valeur constitutionnelle. Le statut juridique de la Déclaration ne pose pas de problème à la Révolution³⁷⁰⁰. En revanche, la question de savoir si elle était encore une norme du système juridique a occupé la doctrine publiciste sous les Troisième et Quatrième Républiques. En 1958, la question s'est à nouveau posée. En 1971, le Conseil estime que les textes auxquels font référence le préambule de la Constitution de 1958 ont valeur constitutionnelle, intégrant clairement la Déclaration à l'ordre constitutionnel.

L'article 16 n'a pour autant été réellement investi par la doctrine et la jurisprudence comme une norme constitutionnelle, et non plus simplement un principe de théorie politique ou un principe méta-constitutionnel, qu'à compter des années 1980. L'invocation de l'article 16 reste donc marginale avant cette période (Section 1) ; il est ainsi « redécouvert » dans le dernier quart du XX^e siècle (Section 2). Son invocation, dans le cadre du contentieux constitutionnel, donne lieu au développement d'une jurisprudence abondante, indépendante de la signification originelle de cet article (Section 3).

Section 1. L'invocation marginale de l'article 16 avant les années 1980

859. Pendant longtemps, l'article 16 n'est que peu invoqué comme norme constitutionnelle. Les membres de la Constituante et de la Législative ne s'y sont que rarement référés à la Révolution (§ 1). Il a également été relativement délaissé dans le droit constitutionnel et administratif (§ 2).

§ 1. L'invocation rare de l'article 16 à la Révolution

860. Sous la monarchie constitutionnelle, l'article 16 ne fut que rarement invoqué. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela.

En premier lieu, il est conçu comme posant simplement des principes dont la mise en œuvre

³⁷⁰⁰Voir *supra*, Chapitre 4, Section 1, § 3.

relève de la constitution. Les principes qu'il énonce offrent un cadre pour le constituant, mais ne déterminent précisément ni le contenu de la constitution, ni la manière dont le constituant doit mettre en œuvre ces principes. La constitution doit par exemple assurer la garantie des droits, mais la manière dont cette garantie peut être assurée n'est pas établie par avance. De même, la séparation des pouvoirs doit être déterminée, c'est-à-dire que le pouvoir législatif doit être distingué du pouvoir exécutif et que le second doit être soumis au premier ; néanmoins les institutions qui doivent être créées par la constitution, ainsi que la répartition précise de ces deux fonctions principales restent à la discrétion du constituant.

En second lieu, l'article 16 et sa rédaction ont été retenus en raison de la latitude qu'ils laissent au constituant. Il ne tranche ni la question du veto royal, ni celle de l'indépendance du Roi et de ses agents vis-à-vis de l'Assemblée. L'absence de précision s'agissant de la séparation des pouvoirs dans l'article 16 explique qu'il ne soit que rarement invoqué. Les principes qu'il contient sont extrêmement consensuels au sein des patriotes ; il n'est donc pas nécessaire de s'y référer pour les faire valoir. Les débats sur la séparation des pouvoirs et la nature des différents pouvoirs agitent l'Assemblée à de nombreuses reprises, mais l'article 16 ne peut soutenir aucun parti, ni ceux qui défendent les droits du Roi, ni ceux qui réclament un contrôle sur le Roi et ses agents. De même, la question des conditions d'une garantie des droits effective divise l'Assemblée, mais l'article 16 n'est d'aucun secours pour arrêter les modalités de la garantie des droits puisqu'il en fixe simplement le principe.

Les députés ne se prévalent donc que rarement de l'article 16. Ils le sollicitent essentiellement en vue de faire respecter la distinction des fonctions législative et exécutive. Il est invoqué à une occurrence pour rappeler l'obligation qu'a la société de garantir les droits des individus³⁷⁰¹. Les députés s'en prévalent parfois pour faire valoir la suprématie de la loi et le respect de la compétence législative (A). À la suite de la fuite à Varennes, la séparation des pouvoirs et l'article 16 sont réinterprétés pour désigner non seulement la nécessité de distinguer les fonctions législative et exécutive, mais également, par extension, la nécessité d'une indépendance réciproque entre le Roi et l'Assemblée (B). En dernier lieu, l'article 16 sert à défendre la Constitution de 1791 (C).

A. L'invocation de l'article 16 à la Révolution : le respect de la distinction des fonctions législative et exécutive

861. L'article 16 est invoqué dans l'Assemblée pour justifier le respect de la distinction des fonctions législative et exécutive, ainsi que le principe de légalité. Il est mobilisé pour imposer la

3701*A.P.*, 21, p. 434.

suprématie de la loi et le respect de la compétence législative (1), mais également interdire à l'Assemblée d'exercer des fonctions judiciaires (2).

1. L'invocation de l'article 16 pour faire valoir la suprématie de la loi et le respect de la compétence législative

862. L'article 16 est invoqué pour faire respecter la compétence législative à la fois contre les intrusions des corps judiciaires et administratifs (a) et contre celles des ministres du Roi (b).

a. L'invocation de l'article 16 contre les corps judiciaires et administratifs

À deux reprises, un député se prévaut de l'article 16 pour justifier la protection de la compétence législative contre les empiétements des corps administratifs ou judiciaires.

863. L'article 16 est invoqué une première fois à l'occasion de la discussion sur la fonction de cassation. Goupil estime que pour que la distinction des pouvoirs soit effective, il faut que les organes chargés d'exercer les fonctions exécutive ou judiciaire ne soient pas en mesure de se substituer au législateur. Il invoque alors l'article 16 :

« On vous a présenté hier deux nouvelles vues : restreindre la cassation à la violation des lois constitutionnelles et à l'inobservation des formes et des régies judiciaires. C'est contre ces propositions que je m'élève.

« La législation est inutile si l'exécution des lois n'est pas assurée. Vous avez dit dans votre célèbre déclaration des droits : "Partout où la garantie des lois n'est pas assurée et où la distinction des pouvoirs n'est pas marquée, il n'y a pas de Constitution." Au milieu de cette distinction des pouvoirs il faut qu'il y ait une suprématie, et, cela étant nécessaire, il s'agit de savoir où elle sera placée ; si on l'accordait au pouvoir exécutif, alors il n'aurait plus ni frein ni limite, et nous aurions le despotisme. Si elle était confiée au pouvoir judiciaire, il pourrait rendre la législation impuissante. [...] cette suprématie ne réside ni dans le pouvoir exécutif, ni dans le pouvoir judiciaire ; il faut la placer là, pour ainsi dire, où elle peut effacer [*sic*] la loi : je veux dire dans le Corps législatif. Quand je parle de l'intervention du Corps législatif pour la cassation, je ne l'applique pas aux cas ordinaires ; ce serait l'exposer à être assiégé par l'intrigue ; mais je demande que, dans les cas extraordinaires où l'intérêt public l'exige, le Corps législatif puisse admettre la demande en cassation. »³⁷⁰²

L'article 16 est donc conçu comme exigeant la distinction des fonctions étatiques, non comme dictant une certaine distribution de ces fonctions. En l'espèce, Goupil estime que pour que ces fonctions soient effectivement distinguées, il convient de laisser à l'Assemblée le pouvoir de cassation dans les cas extraordinaires, car cette fonction est considérée comme l'accessoire de la fonction législative.

³⁷⁰²GOUPIL, 10 novembre 1790, *Réimp. Mon.*, 6, p. 343.

864. L'article 16 est également invoqué afin de déclarer nuls certains actes pris par le directoire du département de Paris. Là encore l'argument est tiré de la préservation de la compétence législative de l'Assemblée : la distinction des fonctions étatiques implique qu'un directoire départemental, chargé de l'administration, ne puisse se substituer au législateur.

Goupil considère qu'« il est des règles dont la conservation est si importante, qu'il est impossible de les omettre sans ébranler les fondements de l'ordre public. Si les pouvoirs ne sont pas distingués, vous l'avez dit, il n'y a pas de constitution. C'est ce principe que le directoire du département de Paris vient de méconnaître »³⁷⁰³ La méconnaissance de la séparation des pouvoirs, et de l'article 16, réside alors dans le fait qu'un organe administratif s'est substitué au législateur.

Sieyes conteste, non pas l'interprétation de l'article 16, mais l'interprétation de l'acte du directoire, en défendant que ce dernier, dont il fait partie, est resté dans les limites de sa compétence³⁷⁰⁴.

L'invocation de l'article 16 pour protéger la compétence législative de l'Assemblée concerne non seulement les corps administratifs et judiciaires, mais également les ministres.

b. L'invocation de l'article 16 contre les ministres du Roi

865. L'article 16 est invoqué dans le cadre de poursuites contre le ministre du Roi Duport-Dutertre soupçonné d'avoir voulu faire les lois au lieu de les exécuter. Un premier rapport est rendu, au nom du comité de législation, le 4 avril 1792. Dans ce rapport, un des chefs d'accusation est la violation d'une loi par une proclamation royale³⁷⁰⁵ :

« Si une disposition contenue dans une proclamation du roi est contraire à la loi, loin de lui être conforme ; si, loin d'ordonner ou de rappeler l'exécution de la loi, il y substitue une loi différente, le roi fait alors ce que lui interdit la nature et l'essence du pouvoir dont il est investi ; il se met au niveau du pouvoir auquel il, est subordonné ; ou plutôt il s'élève au-dessus de ce pouvoir supérieur au sien : il fait tourner celui-ci à la destruction plus ou moins rapide du premier, il *blesse la plus importante de toutes les lois, celle sans laquelle il n'y aurait plus de Constitution, la loi de la séparation des pouvoirs.* »³⁷⁰⁶

La violation de la loi par un acte de l'exécutif est donc sanctionnée car elle représente une atteinte au principe de légalité contenu dans le principe de séparation des pouvoirs³⁷⁰⁷. Dans la Constitution de 1791, la violation de la loi n'entraîne pas simplement la nullité de l'acte exécutif,

3703GOUPIL, 18 avril 1791, *Réimp. Mon.*, 8, p. 164.

3704SIEYES, 18 avril 1791, *Réimp. Mon.*, 8, p. 165 et s.

3705Sur l'exercice du pouvoir réglementaire à la Révolution voir Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, P.U.F., coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991.

3706Nous soulignons. *Rapport fait au nom du comité de législation, sur les dénonciations faites contre M. Duport, Ministre de la Justice ; par M. Saladin, député du département de la somme, lu dans la séance du 4 avril 1792*, Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale, Paris, Imprimerie nationale, 1792, Le33-3-S-10, p. 13.

3707Voir *supra*, Chapitre 4, Section 2, § 3.

mais peut également être le fondement de poursuites engagées contre le ministre contresignataire de l'acte litigieux, lorsque ce ministre est accusé d'avoir voulu usurper la fonction législative. Le Code pénal adopté le 25 septembre 1791 consacre une section aux crimes et attentats contre la Constitution qui prévoit notamment la peine de mort pour les ministres contresignant un acte « publié comme loi, sans avoir été décrété par le Corps législatif »³⁷⁰⁸ ou « en cas de publication d'une loi extérieurement revêtue de la forme législative prescrite par la constitution, mais dont le texte aurait été altéré ou falsifié »³⁷⁰⁹. L'usurpation du pouvoir législatif, dont est accusé Duport-Dutertre, renvoie donc à ces crimes et attentats contre la Constitution.

L'idée développée dans le rapport est qu'une telle usurpation menace l'existence même de la constitution³⁷¹⁰, qui repose sur la distinction des fonctions exécutive et législative. Les actions du ministre sont donc considérées comme une violation de l'article 16. Cette idée est reprise lors de la proposition d'accusation présentée le 2 juin 1792³⁷¹¹ et à l'occasion de la discussion le 5 juin. Delaunay la développe dans son opinion, publiée sur ordre de l'Assemblée³⁷¹² :

« Toute société où la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, n'a point de constitution ; donc celui qui cumule ces pouvoirs attente à la constitution.

« Eh ! quel gouvernement, en effet, serait celui où le pouvoir qui fait exécuter les lois s'arrogerait le droit de les faire, et tout à la fois de les appliquer ! [...] la liberté serait sans protection, la justice sans appui, l'État sans force, et la constitution, toujours incertaine, périrait enfin sous la plus dangereuse, comme sous la plus cruelle des tyrannies, sous celle du despotisme ministériel.

« Voilà, Messieurs, pourquoi, dans un état libre, la violation de la loi est un délit ; voilà pourquoi le code pénal prononce des peines sévères contre ceux qui refusent d'obéir à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter. »³⁷¹³

L'article 16 et l'exigence de distinction des fonctions étatiques justifient donc partiellement

3708 Art. VIII et IX, Sect. III, Code pénal, *Baudouin*, 19, p. 589.

3709 Art. X, Sect. III, Code pénal, *Baudouin*, 19, p. 590.

3710 « Il serait facile de démontrer le danger d'une pareille usurpation ; mais chacun de vous, Messieurs, est trop pénétré des principes constitutionnels qu'il a juré de défendre, pour ne pas apercevoir le danger de cette entreprise, qui, tentée d'abord avec réserve, mais enhardie bientôt par un silence coupable, ne tarderait pas à ramener dans les mains d'un seul tous les pouvoirs, et ne laisserait à la Constitution qu'un vain nom. » *Rapport fait au nom du comité de législation, sur les dénonciations faites contre M. Duport*, éd. cit., p. 13.

3711 « Les quatre délits principaux que l'on peut reprocher à M. Duport, et qui ont paru à votre comité de nature à nécessiter sur toute sa conduite ministérielle, l'examen de la haute cour nationale, sont : 1° L'usurpation du pouvoir législatif ; 2° Les atteintes portées à la Constitution et aux lois, dont l'exécution lui était confiée ; [...] 4° L'avilissement du premier des pouvoirs constitués, du Corps législatif. Vous avez trouvé le caractère du premier de ces délits dans la proclamation du roi, du 5 janvier 1792, où le pouvoir exécutif a substitué sa volonté à la disposition d'un décret auquel la sanction royale avait imprimé le sceau de la loi. Et ce délit, il s'en faut bien qu'on puisse le regarder comme léger ou comme indifférent ; une première entreprise en amène bientôt d'autres, et l'esprit d'usurpation ne connaît plus de bornes, lorsqu'une fois il a franchi celles que la loi avait prescrites, d'ailleurs ne perdons pas de vue, Messieurs, que vous êtes les conservateurs de ce premier de tous les principes, de celui sans lequel un Etat n'a point de Constitution, la *division des pouvoirs*. » *Réimp. Mon.*, 12, p. 553-554.

3712 DELAUNAY, *Opinion de M. Delaunay d'Angers, député du Département de Maine-et-Loire, Sur les dénonciations faites contre M. Duport, ci-devant ministre de la justice ; prononcée le 5 juin 1792, l'an 4 de la Liberté*, Imprimée par ordre de l'Assemblée Nationale, Imprimerie nationale.

3713 *Ibid.*, p. 11-12.

les poursuites contre un ministre qui voudrait : « substituer, à la volonté nationale une jurisprudence ministérielle »³⁷¹⁴. Cet article vient au soutien d'autres dispositions pour exiger le respect de la compétence législative et de la Constitution.

L'article 16 est donc invoqué contre les ministres qui voudraient exercer une compétence législative, mais également contre l'Assemblée qui voudrait exercer une compétence exécutive, en particulier judiciaire.

2. L'invoication de l'article 16 pour interdire à l'Assemblée d'exercer des fonctions judiciaires

866. La séparation des pouvoirs et l'article 16 sont invoqués pour enjoindre à l'Assemblée de rester dans les limites de ses compétences constitutionnelles et de ne pas s'arroger l'exercice des fonctions exécutives, et en particulier de fonctions judiciaires.

867. Dans le rapport de Saladin, sur Duport-Dutertre, celui-là souligne la nécessité pour l'Assemblée de ne pas exercer la fonction judiciaire, sous peine de violer la séparation des pouvoirs :

« Jalouse de conserver dans toute sa pureté le grand principe de la séparation des pouvoirs, dont l'oubli entraînerait le despotisme ou l'anarchie ; soigneuse d'opposer une résistance continue à l'invasion des pouvoirs, [la nation] a borné celui dont elle vous a investis dans cette occasion, à la seule faculté d'accuser et de poursuivre. »³⁷¹⁵

Dans ce cas, l'article 16 est plus évoqué qu'invoqué, mais l'idée reste la même : il implique que les organes de l'État doivent respecter les fonctions constitutionnelles qui leur sont attribuées et ne pas s'en arroger d'autres. La situation n'est toutefois pas identique puisque les « ministres prévaricateurs »³⁷¹⁶ encourent la peine de mort alors qu'aucune réelle sanction n'est prévue si l'Assemblée excède ses compétences.

868. L'article 16 est invoqué à nouveau à l'occasion du procès de Louis XVI, par ceux chargés de le défendre. Il sert à justifier l'impossibilité pour l'Assemblée de décider du crime et de juger le criminel simultanément. Si Louis XVI doit être jugé comme un citoyen ordinaire, il a, comme n'importe quel citoyen, le droit au respect du principe de légalité des délits et des peines :

« Je parle de *condamnation* ; mais prenez donc garde que si vous ôtiez à Louis l'inviolabilité de roi, vous lui devriez au moins les droits de citoyen ; car vous ne pouvez pas faire que Louis cesse d'être roi, quand vous déclarez vouloir le juger, et qu'il le redevienne au moment de ce jugement que vous voulez rendre.

« Or, si vous voulez juger Louis comme citoyen, je vous demanderais où sont les formes conservatrices que tout citoyen a le droit imprescriptible de réclamer ?

³⁷¹⁴*Ibid.*, p. 12.

³⁷¹⁵*Ibid.*, p. 85.

³⁷¹⁶*Ibid.*, p. 85.

« Je vous demanderais où est cette séparation des pouvoirs, sans laquelle il ne peut pas exister de constitution ni de liberté ? [...] En un mot, je vous demanderais où sont toutes ces précautions religieuses que la loi a prises pour que le citoyen, même coupable, ne fût jamais frappé que par elle ? [...] Louis sera donc le seul Français pour lequel il n'existera aucune loi ni aucune forme ! »³⁷¹⁷

L'exercice d'une fonction juridictionnelle par l'Assemblée est contesté sur le fondement de l'article 16. Pour les défenseurs de Louis XVI, le procès mené contre lui par l'Assemblée serait, en lui-même, une violation de la Déclaration et de son article 16, puisque l'Assemblée serait à la fois législatrice, accusatrice et juge³⁷¹⁸.

869. L'article 16 sert ainsi à justifier le respect de la distinction des compétences législative et exécutive, à la fois pour censurer les actes des ministres et des corps administratifs ou judiciaires et pour enjoindre à l'Assemblée de ne pas exercer des fonctions judiciaires. Il est également réinterprété comme posant une exigence d'indépendance réciproque entre le Roi et l'Assemblée.

B. La réinterprétation de l'article 16 et de la séparation des pouvoirs comme exigence d'indépendance réciproque entre le Roi et l'Assemblée

870. À compter de la fuite à Varennes, l'article 16 et la notion de séparation des pouvoirs vont être réinterprétés et redéfinis. Ils ne désignent plus simplement l'exigence d'une distinction des fonctions législative et exécutive, et la soumission à la loi des agents du pouvoir exécutif. Ils sont maintenant employés pour justifier une indépendance réciproque du Roi (1) et de l'Assemblée (2).

1. L'invocation de l'article 16 pour défendre l'indépendance du Roi vis-à-vis de l'Assemblée

871. Le débat sur l'inviolabilité du roi, qui a lieu après la fuite à Varennes³⁷¹⁹, conduit à une nouvelle évolution dans le concept de séparation des pouvoirs puisqu'il est utilisé pour défendre l'idée d'un équilibre entre le Roi et l'Assemblée. L'inviolabilité du Roi est quant à elle considérée comme la garantie de son indépendance, et donc indirectement de l'équilibre des pouvoirs. Cette thèse est présentée par Muguet, Duport et Barnave ; l'article 16 est utilisé par Duport pour la soutenir.

La séparation des pouvoirs ne s'analyse plus pour eux simplement comme une distinction et une hiérarchisation des fonctions étatiques, mais comme la nécessité de contre-balancer

3717 *Défense de Louis XVI, par MM. Malesherbes, Tronchet, et Desèze, prononcée à la barre de la Convention*, BN Lb41-2523, p. 18-19.

3718 « Citoyens, je vous parlerai ici avec la franchise d'un homme libre : je cherche parmi vous des juges, et je n'y vois que des accusateurs.

« Vous voulez prononcer sur le sort de Louis ; et c'est vous-mêmes qui l'accusez !

« Vous voulez prononcer sur le sort de Louis ; et vous avez déjà émis votre vœu !

« Vous voulez prononcer sur le sort de Louis ; et vos opinions parcourent l'Europe ! » *Ibid.*, p. 19.

3719 Sur cet épisode voir Mona OZOUF, *Varennes, La mort de la royauté, 21 juin 1791*, N.R.F. Gallimard, 2005.

l'hégémonie d'une assemblée unique par un roi inamovible. L'idée qu'un « pouvoir » doit en contre-balancer un autre est donc théorisée dans ce contexte. La séparation des pouvoirs nécessite alors, pour qu'il existe un équilibre entre le Roi et l'Assemblée, l'indépendance réciproque de l'un et de l'autre.

872. Le rôle de « frein » du Roi et du *veto* suspensif est présenté, non plus simplement comme une possibilité d'organisation constitutionnelle, mais comme la seule compatible avec le principe de séparation des pouvoirs et la liberté publique :

« Ainsi que ceux auxquels je répons, je m'appuie sur la déclaration des Droits. Si elle établit clairement les droits des individus, elle établit aussi la manière dont ces droits doivent être exercés. Elle dit que quand les *pouvoirs ne sont pas séparés, ni sont pas déterminés, il n'y a pas de constitution*. En effet, du moment où l'on sort d'un gouvernement immédiat, où le peuple peu nombreux fait ses lois et les exécute, et qu'on entre dans le gouvernement représentatif, il faut établir *la division, même la balance des divers pouvoirs*. »³⁷²⁰

Duport réinterprète l'article 16 à la lumière du problème politique de l'inviolabilité du Roi. Pour défendre cette inviolabilité, il doit redéfinir la notion de séparation des pouvoirs pour qu'elle recouvre la nécessité de contre-balancer une assemblée unique par l'existence d'un Roi inamovible. La notion de « pouvoir » est utilisée, non plus dans le sens de fonctions étatiques, mais pour désigner les deux institutions principales : le Roi et l'Assemblée.

La séparation des pouvoirs et leur équilibre sont donc conçus comme les moyens de tempérer une assemblée unique par l'existence d'un *veto* royal ayant pour fonction de garantir que la loi est réellement conforme à l'opinion publique³⁷²¹. Il va plus loin en considérant que non seulement le Roi doit disposer de ce droit de *veto*, mais qu'il doit également être indépendant de l'Assemblée pour l'exercer librement. Intervient alors l'argument relatif à l'inviolabilité : seule l'inviolabilité garantirait l'indépendance.

Dans l'argumentaire de Duport et des soutiens du Roi, la séparation des pouvoirs n'est plus conçue comme la distinction des fonctions exécutive et législative, mais comme l'indépendance réciproque du Roi et de l'Assemblée. Cette réinterprétation, étrangère à la signification originelle de cet article 16, est justifiée par la nécessité de sauver le Roi. L'invocation de la Déclaration adoptée par l'Assemblée elle-même offre un ressort rhétorique plus puissant que les simples arguments que seraient susceptibles d'avancer les soutiens de la monarchie.

3720 Nous soulignons. DUPORT, *Réimp. Mon.*, 9, p. 126.

3721 « Quand la nation a nommé des représentants, ce n'est que sa volonté supposée qu'ils expriment. Il faut avoir un moyen de vérifier s'ils ont exprimé sa volonté réelle. Par quel moyen l'opinion publique peut-elle agir sur ses représentants ? Ces moyens sont de deux sortes, ou le monarque est chargé d'arrêter, de modérer, par la suspension, les actes du pouvoir législatif en appelant par deux législatures successives l'opinion publique, ou un conseil exécutif exerce le droit de suspendre pour provoquer également l'expression de l'opinion publique. » *Ibid.*, p. 126.

873. Pour Duport, comme pour Barnave³⁷²² et Muguet³⁷²³, l'indépendance des pouvoirs, et non plus seulement leur distinction ou division, est devenue une condition nécessaire de la liberté politique³⁷²⁴. Ils semblent avant tout avoir embrassé la doctrine de l'indépendance des pouvoirs pour éviter au Roi d'être suspendu. Avant la fuite à Varennes, la thèse de l'indépendance des pouvoirs était essentiellement défendue par des royalistes, tels que Maury³⁷²⁵. Une telle relecture de la séparation des pouvoirs est dictée par les circonstances et la nécessité de protéger le Roi d'un procès que certains sont déjà prêts à faire.

Cette réinterprétation ne fait néanmoins pas l'unanimité et plusieurs voix s'élèvent contre l'idée que l'inviolabilité serait la véritable garantie de la liberté du peuple et le seul moyen d'assurer une séparation effective des pouvoirs³⁷²⁶. En face, l'article 16 est alors invoqué pour défendre l'indépendance de l'Assemblée vis-à-vis du Roi.

2. L'invoication de l'article 16 pour défendre l'indépendance de l'Assemblée vis-à-vis du Roi

874. Robespierre, qui s'était opposé à l'adoption de l'article 16³⁷²⁷, n'hésite pas à l'invoquer contre les ministres du Roi.

Le 15 août 1791, l'Assemblée discute les dispositions concernant les relations du Corps législatif avec le Roi. Un des articles proposés par le Comité de constitution prévoit : « les ministres du roi auront entrée dans l'Assemblée législative ; ils y auront une place marquée ; ils seront entendus sur tous les objets sur lesquels ils demanderont à l'être, et toutes les fois qu'ils seront requis de donner des éclaircissements. » Robespierre justifie son opposition à cet article en s'appuyant notamment sur l'article 16 :

« Je regarde cet article comme dénaturant le principal article de votre Constitution. Dans les principes de

3722BARNAVE, 15 juillet 1791, *Réimp. Mon.*, 9, p. 143. Sur ce discours, voir Mona OZOUF, *Varennes*, éd. cit., p. 216 et s.

3723Rapport présenté par MUGUET au nom des comités diplomatique, militaire, de constitution, de révision, de jurisprudence criminelle, des rapports et des recherches, 13 juillet 1791, *Réimp. Mon.*, 9, p. 113 et s. ; 119 et s. Sur ce rapport, voir Mona OZOUF, *Varennes*, éd. cit., p. 207 et s.

3724« Il faut donc un monarque inviolable, ou bien il faut que le corps législatif puisse irrévocablement exprimer la volonté nationale. Dans ce cas, il réunirait les pouvoirs, votre gouvernement serait un despotisme ; et je demande si le despotisme de plusieurs ne serait pas plus détestable encore que celui d'un seul. Je dis que le corps législatif ne peut exprimer définitivement la volonté de la nation, ou bien il serait à la fois constituant et despote. Sa loi serait sa volonté ; sa volonté serait sa constitution ; sa constitution serait arbitraire. Si donc il faut un pouvoir qui appelle l'expression de la volonté du peuple, il doit être hors du corps législatif ; si ce frein était dépendant, il ne servirait qu'à irriter le corps législatif et à compromettre la liberté publique. » DUPORT, 14 juillet 1791, *Réimp. Mon.*, 9, p. 126.

3725« S'il est une vérité politique reconnue, c'est que la liberté des peuples est fondée sur l'indépendance des pouvoirs ; celle du roi n'est pas moins essentielle que celle du Corps législatif. Le roi sera-t-il indépendant s'il ne peut s'absenter sans être détrôné ? » MAURY, 25 février 1791, *A.P.*, 23, p. 513.

3726Voir par exemple PRIEUR, 14 juillet 1791, *Réimp. Mon.*, 9, p. 127 ; GRÉGOIRE, *Ibid.*, p. 134 ; BUZOT, 15 juillet 1791, *Ibid.*, p. 135-136.

3727Voir *supra*, Chapitre 4, Section 3.

la constitution est la séparation des pouvoirs ; or l'article qui vous est présenté tend à les confondre en quelque manière ; il donne aux ministres, non seulement le droit d'assister aux délibérations du corps législatif, mais le droit de parler sur tous les objets soumis à la discussion. [...] L'article tend évidemment à confondre le pouvoir exécutif, non pas avec le pouvoir législatif en ce qu'il donne le droit de pouvoir faire compter sa voix, mais avec le pouvoir législatif en ce qu'il confère aux membres qui en sont revêtus le droit de diriger les délibérations et d'exercer une influence directe sur la formation de la loi. »³⁷²⁸

Il estime ainsi que la séparation des pouvoirs, et donc l'article 16, impliquent que les ministres ne doivent pas avoir une trop grande influence dans l'Assemblée, car cela reviendrait à confondre les pouvoirs législatif et exécutif. L'exigence de distinction est ainsi mobilisée par Robespierre pour exclure que les ministres ne puissent librement prendre la parole dans l'Assemblée. Une telle interprétation est pour le moins créative, mais elle intervient après la fuite à Varennes et le débat sur l'inviolabilité du Roi au cours duquel la notion de séparation des pouvoirs a été grandement instrumentalisée pour défendre ce dernier. Robespierre ne procède finalement qu'au retournement de l'argument tiré de la nécessité d'une indépendance réciproque du Roi et de l'Assemblée : si le Roi doit être inviolable pour être indépendant de l'Assemblée, alors il convient en retour qu'il ne puisse influencer substantiellement ses délibérations. Barrère soutient l'argument de Robespierre et exprime la même méfiance à l'égard de l'influence néfaste que pourraient avoir des ministres de l'Assemblée. L'article finalement adopté tient compte de leurs remarques.

C. L'invocation de l'article 16 pour défendre la Constitution de 1791

875. Tant que la Constitution de 1791 est en vigueur, l'article 16 sert à défendre la répartition des pouvoirs qu'elle organise. Il est ainsi invoqué pour interdire à l'Assemblée de soustraire ses actes à la sanction royale. Une fois la Constitution suspendue par la Révolution du 10 août 1792, La Fayette l'invoque pour justifier sa résistance au gouvernement révolutionnaire, qu'il considère insurrectionnel.

876. Le 8 mars 1792 est proposée une loi sur le séquestre des biens des émigrés et plusieurs députés suggèrent de soustraire cette loi à la sanction royale³⁷²⁹. Becquet s'oppose à une telle conception de la constitution et du droit de *veto* et invoque au soutien de son argumentaire l'article 16 :

« Or, le corps législatif qui aurait la faculté de soustraire ses actes à la sanction du roi, serait tous les jours et à tous les moments un corps constituant, et par la même raison que le roi pourrait aussi accroître ses pouvoirs. (Il s'élève des murmures.) Je dis plus, il n'y a point de constitution d'après la déclaration même

3728 ROBESPIERRE, *Réimp. Mon.*, 9, p. 407.

3729 Voir l'argumentaire développé par LAMARQUE, *Réimp. Mon.*, 11, p. 583.

des droits, là où les pouvoirs ne sont pas exactement limités. »³⁷³⁰

L'article 16 sert ici encore à enjoindre à l'Assemblée de rester dans les limites déterminées par la Constitution. Il sert d'autorité justifiant le respect de la Constitution elle-même. L'Assemblée ne peut ainsi pas se dispenser de la sanction royale, non seulement parce que la constitution l'interdit, mais également parce que la violation des limites conférées aux « pouvoirs » par la constitution est une violation de la Déclaration.

877. L'article 16 est enfin mobilisé par La Fayette à la suite de la Révolution du 10 août 1792 qui suspend la monarchie et la constitution. Le 13 août, il écrit :

*« Convaincu que toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution, j'ai combattu de toutes mes forces le gouvernement arbitraire de la France, et après avoir le premier proclamé que le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ; que nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément, je me suis soumis à l'acte constitutionnel que l'Assemblée constituante nous a donné ; et j'ai pensé que le premier de mes devoirs, comme citoyen et comme soldat, était de lui être fidèle. Comme citoyen, j'obéirai toujours aux lois que les représentants du peuple auront faites dans les formes que la Constitution a prescrites ; et comme soldat, je dois reconnaître le roi pour chef suprême de l'armée, et obéir aux ordres conformes à la constitution que le ministre de la guerre a contre-signés. Mais dans les circonstances actuelles [...] je ne retrouve plus les formes constitutionnelles qui doivent faire distinguer l'autorité de l'usurpation. [...] La Déclaration des droits fut mon seul guide jusqu'à ce que la volonté nationale, eût adopté une constitution, et puisque j'ai juré de l'observer, je ne manquerai pas à mon serment. »*³⁷³¹

L'invocation de l'article 16 et de la Déclaration lui permet de justifier son respect de la Constitution qu'il a juré d'observer. Il réaffirme en outre sa double allégeance à la loi et au Roi. La Déclaration sert donc de soutien et de fondement à la Constitution et justifie le respect qui lui est dû.

878. Qu'il s'agisse de la défense du Roi face à l'Assemblée ou de l'Assemblée face aux ministres ou aux corps administratifs, l'article 16 n'est que rarement invoqué, car il ne pose que des exigences larges et consensuelles au sein des patriotes : la répartition des compétences doit être précisément déterminée, les fonctions de législation et d'exécution de la loi doivent être distinguées, les droits de l'homme doivent être garantis. Les acteurs de la Révolution dénoncent souvent la confusion des pouvoirs exécutif et législatif, ou le non respect des bornes déterminées pour l'exercice de ces pouvoirs. Néanmoins, ils n'ont pas besoin pour ce faire d'invoquer l'article 16. Les principes de

³⁷³⁰ Réimp. Mon., 11, p. 584.

³⁷³¹ Copie de la lettre de M. La Fayette au département des Ardennes. Réimp. Mon., 13, p. 479.

l'article 16 sont suffisamment connus et consensuels pour se dispenser d'un fondement textuel. Cette disposition est néanmoins parfois employée au soutien d'un argument tiré de la séparation des pouvoirs ou de dispositions constitutionnelles. Il sert à enjoindre aux respects des compétences organisées par la constitution.

Les acteurs de la Révolution ont parfois recours à l'article 16 lorsqu'ils sont à court d'argument et doivent faire face à une forte tension entre eux. Ils s'en remettent alors à la Déclaration, pour tenter de contraindre leurs adversaires. À l'occasion de crises, l'article 16 est invoqué car il représente une autorité à laquelle les autres acteurs ne peuvent se soustraire. Il ressurgit alors lorsque l'inviolabilité du Roi est mise en doute, lorsque l'Assemblée veut soustraire ses actes à la sanction royale, lorsqu'elle veut juger les ministres du Roi, lorsqu'elle décide de juger le Roi lui-même. Dès la Révolution, l'autorité de la Déclaration est forte et cette dernière représente un atout rhétorique puissant.

Cette force de la Déclaration explique également sa réinterprétation créative face à la crise de la fuite à Varennes. La notion de séparation des pouvoirs, comme indépendance réciproque du Roi, « pouvoir exécutif », et de l'Assemblée, « pouvoir législatif », est étrangère à la signification originelle de l'article 16, mais elle peut utilement lui être accolée. La conception de la séparation des pouvoirs comme d'un équilibre et d'une balance entre « l'exécutif » et « le législatif », thèse chère à la Restauration et à la Monarchie de Juillet, est donc inaugurée au cours de l'été 1791, et associée à l'article 16 dès cette période.

Le « principe » de séparation des pouvoirs et son invocation dépassent néanmoins largement l'invocation de l'article 16 en lui-même, ce « principe » devait d'ailleurs se développer et avoir une importante postérité hors de sa consécration dans la Déclaration.

§ 2. Le délaissement de l'article 16 dans le droit constitutionnel et administratif jusqu'aux années 1980

879. À la suite de la Révolution, la doctrine de la séparation des pouvoirs se développe, pour l'essentiel, indépendamment de l'article 16. Les conceptions de la séparation des pouvoirs sous la Troisième, la Quatrième République et la Cinquième République n'ont que peu à voir avec les conceptions des constituants de 1789.

La question de la garantie des droits fait également l'objet d'un important débat sous la Troisième République, notamment en raison de l'absence de déclaration des droits dans les lois constitutionnelles. Néanmoins, l'article 16 n'est que très rarement invoqué, tant l'idée d'une garantie des droits est un élément consensuel n'ayant pas besoin d'un fondement juridique ou

philosophique. Il est parfois cité pour rappeler l'exigence de garantie des droits³⁷³², mais ne prévoyant aucune modalité précise il ne peut être que d'une utilité marginale à l'occasion de la discussion des conditions d'une garantie effective des droits proclamés dans les Déclarations³⁷³³. En conséquence, à cette période, les références à l'article 16 se situent, pour l'essentiel, dans le cadre des débats sur la séparation des pouvoirs.

880. Sous la Troisième République, se construisent les « théories » de la séparation des pouvoirs, dont les principes restent largement structurants pour la doctrine et la jurisprudence des Quatrième et Cinquième Républiques. Elles s'articulent autour de trois sous-principes : la séparation des pouvoirs politiques et juridictionnels ; la séparation des pouvoirs politiques, exécutif et législatif ; et la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires, parfois aussi appelée séparation des autorités administratives et judiciaires.

Concernant la séparation des pouvoirs exécutif et législatif, la doctrine est abondante en théorie constitutionnelle où sont comparés, d'une part, les mérites d'une séparation stricte, souple, rigide ou absolue et, de l'autre, les régimes parlementaire, présidentiel ou encore semi-présidentiel. Dans ces discussions, l'accent est mis sur les compétences respectives de « l'exécutif », c'est-à-dire le Gouvernement et éventuellement le Chef de l'État, et du « législatif », c'est-à-dire du Parlement, composé d'une ou deux chambres. Cette organisation des pouvoirs dits « politiques » et leur réglementation occupent un pan de la « doctrine » de la séparation des pouvoirs, traité par le droit constitutionnel.

S'agissant du rapport entre les pouvoirs politiques et les pouvoirs « juridictionnels », la séparation des autorités administratives et judiciaires, ainsi que l'indépendance des juridictions, tant administratives que judiciaires, sont considérées comme liées à la conception française de la séparation des pouvoirs. Cet aspect de la « séparation des pouvoirs » est étudié par le droit administratif.

Cette présentation et cette conception sont développées et théorisées sous la Troisième République indépendamment de l'article 16 (A). La séparation des pouvoirs est alors conçue comme un principe général pouvant recevoir plusieurs applications (B). Sous la Troisième

3732« Il faut que l'individu ait des moyens légaux pour résister à l'injustice, et qu'il puisse, en face de tous ses concitoyens, se plaindre hautement et faire discuter son droit.

« “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a pas de constitution”, dit la Déclaration des droits. Avons-nous une constitution depuis 1789 ? Il est permis d'en douter. Nos lois sont éphémères, parce qu'elles sont trop philosophiques ; les droits sont bien formulés, les garanties sont oubliées : nous ne savons pas conclure. L'individu, qui a beaucoup de droits et pas de force légale, est placé en face de l'État, qui a quelques droits et beaucoup de force : c'est le despotisme tout-puissant en face du citoyen désarmé. » Antoine SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p. 137.

3733Sur ce point voir *infra*, ce chapitre, Section 2, § 2, B, 1.

République, la doctrine développe l'idée qu'elle est un principe général du droit constitutionnel (C), bien qu'une partie d'entre elle conteste son caractère juridique (D). L'indifférence relative de la doctrine vis-à-vis de l'article 16 se retrouve également dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle qui reconnaît un principe de séparation des pouvoirs, mais ne le rattache pas à cette disposition (E).

A. Le développement de la doctrine de la séparation des pouvoirs indépendamment de l'article 16 sous la Troisième République

881. Sous la Troisième République, la séparation des pouvoirs se présente sous deux aspects : la séparation des autorités administratives et judiciaires et la séparation des pouvoirs politiques, exécutif et législatif. Le développement du premier aspect s'explique par l'abandon de la justice déléguée et l'institution du Tribunal des conflits par la loi du 24 mai 1872. Le développement du second aspect est notamment dû à la situation politique de la Troisième République, où le rôle et les compétences du Président de la République sont contestés, spécialement à compter de la crise du 16 mai 1877.

882. La question de la séparation des pouvoirs est évoquée par le Tribunal des conflits dans l'arrêt *Le Pelletier* du 20 juillet 1873, rendu sur les conclusions du Commissaire du gouvernement David³⁷³⁴. Le « principe de la séparation des pouvoirs » y est présenté comme le résultat de la combinaison de la loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 13 et du décret du 16 fructidor an 3. Le Tribunal des conflits estime également que la loi du 24 mai 1872 « en instituant le Tribunal des conflits, [aurait] consacr[é] à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent »³⁷³⁵. Le principe de séparation des pouvoirs, ainsi conçu, repose sur la séparation des autorités administratives et judiciaires et garantit le privilège de juridiction de l'administration³⁷³⁶. Le Tribunal des conflits a donc suivi son Commissaire du gouvernement en reconnaissant une valeur, au moins législative, à la réserve de compétence du juge administratif³⁷³⁷

3734 DAVID, « Conclusions sur TC, 30 juillet 1873, *Le Pelletier* », *Recueil Dalloz*, III, p. 5.

3735 Tribunal des conflits, du 30 juillet 1873, n° 00035, *Le Pelletier*.

3736 « La prohibition faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, constituait une règle de compétence absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif, et qui trouvait sa sanction dans le droit conféré à l'autorité administrative de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution, lorsque, contrairement à cette prohibition, les tribunaux judiciaires étaient saisis de la connaissance d'un acte administratif » Tribunal des conflits, du 30 juillet 1873, n° 00035, *Le Pelletier*.

3737 « Le texte du décret laisse donc en dehors de ses termes cette autre garantie constitutionnelle instituée par les mêmes lois en faveur de l'administration considérée dans son ensemble, et qui se traduit : 1° par l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, et, par conséquent, de connaître de ses actes (lois de 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13, et du 16 fructidor an 3) ; 2° par la création, dans le sein de l'administration, d'une juridiction pour statuer sur les réclamations auxquelles pouvaient donner lieu ces actes (lois des 11 sept. 1790, et des 27 avril-25 mai 1791) ; 3° enfin, par le droit pour l'autorité administrative de revendiquer devant l'autorité judiciaire la connaissance et le contrôle de ses propres actes (lois des

et en fondant cette réserve de compétence sur le « principe de la séparation des pouvoirs ».

La référence à la séparation des pouvoirs est explicite, mais l'article 16 n'est pour autant évoqué ni dans l'arrêt, ni dans les conclusions du Commissaire du gouvernement. Ce premier aspect de la « théorie » de la séparation des pouvoirs se construit donc indépendamment de l'article 16.

883. Tant le développement de la jurisprudence administrative que la crise institutionnelle du 16 mai 1877 suscitent les premiers travaux de juristes exclusivement consacrés à la séparation des pouvoirs, dans lesquels l'article 16 ne trouve qu'une place marginale.

L'Académie propose au concours de l'année 1878 « le sujet de législation suivant : “De la séparation des pouvoirs dans le droit public français. Origine de cette règle politique, ses vicissitudes et ses développements ; application qu'elle reçoit dans les divers États de l'Europe.” »³⁷³⁸ Ce concours donne lieu à la publication d'un rapport par Aucoc³⁷³⁹, ainsi qu'à celle de deux ouvrages exclusivement consacrés à la séparation des pouvoirs : l'ouvrage de Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, qui a remporté le prix, et celui de Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*. Le lauréat aborde dans son étude les trois aspects de la séparation des pouvoirs : la séparation des pouvoirs politiques, l'indépendance des juridictions et la séparation des autorités administratives et judiciaires.

B. La séparation des pouvoirs : un principe et ses applications

884. Ces théorisations de la séparation des pouvoirs contribuent à la liaison intime de Montesquieu et de la « théorie de la séparation des pouvoirs ». Montesquieu est fréquemment cité par Aucoc dans son rapport sur le concours³⁷⁴⁰. Si ce dernier ne lie pas directement Montesquieu et l'article 16, Fuzier-Herman n'hésite pas à affirmer que l'article 16 n'est que la consécration de la doctrine de l'*Esprit des lois*³⁷⁴¹. Sur le plan des pouvoirs politiques, l'interprétation de la séparation

7-14 oct. 1790 et des 27 avril-25 mai 1791). » DAVID, « Conclusions sur TC, 30 juillet 1873, Le Pelletier », *Recueil Dalloz*, III, p. 6.

« Le décret rendu par le Gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an 8, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre [...] n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinaoire et d'élever le conflit d'attribution » Tribunal des conflits, du 30 juillet 1873, n° 00035, *Le Pelletier*.

3738Léon AUCOC, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879., p. 5.

3739Ibid.

3740Ibid., p. 16-22, 25-26.

Édouard FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, 1880.

3741« On ne peut donc s'étonner de voir, à l'article 16 de la première Déclaration des droits de l'homme, le principe de la séparation des pouvoirs formulé dans des termes dignes de l'*Esprit des lois*. » FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, 1880, p. 201.

des pouvoirs comme doctrine de Montesquieu trouvant son application dans l'histoire constitutionnelle française est reprise notamment par Carré de Malberg³⁷⁴².

Le discours doctrinal qui se développe autour de la notion de séparation des pouvoirs est alors dicté par l'idée qu'il y aurait un « vrai » principe de séparation des pouvoirs, susceptible de faire l'objet d'une bonne ou d'une mauvaise application. Aucoc écrit par exemple : « la manière dont le principe de la séparation des pouvoirs a pris sa place dans notre législation, le mélange de vérités et d'erreurs qui frappe si vivement quand on étudie la Constitution de 1791, mettent bien en relief toute la gravité et toutes les difficultés de la question »³⁷⁴³. L'idée s'impose à cette période dans le discours doctrinal que le principe séparation des pouvoirs a été découvert par Montesquieu et que la Constituante n'avait d'autre choix que de consacrer son existence dans la Déclaration. Néanmoins, elle aurait mal appliqué ce principe. Aucoc écrit :

« Lorsque l'Assemblée constituante [...] achevait la discussion des articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle rencontra la question de la séparation des pouvoirs. [...] Aussitôt plus de dix rédactions sont présentées pour formuler le principe que l'Assemblée consacre en ces termes : "Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution." / Quelques jours après, lorsqu'il s'agissait de faire la première application du principe, l'Assemblée était profondément divisée. »³⁷⁴⁴

Pour lui, l'Assemblée aurait succombé à la « séduction de systèmes philosophiques absolus qui la conduiraient à des solutions extrêmes »³⁷⁴⁵. Le principe de séparation des pouvoirs serait à sauvegarder, mais la mauvaise interprétation qu'en a fait l'Assemblée constituante devrait être laissée de côté³⁷⁴⁶. Le principe de séparation des pouvoirs, consacré dans l'article 16, est considéré comme susceptible de diverses « applications » qu'il est ensuite possible d'évaluer³⁷⁴⁷.

885. Ce principe est conçu à la fois comme un principe de théorie politique et comme un principe de droit positif. Cette dualité de l'idée de séparation des pouvoirs se trouve dans la présentation

3742 Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, II, §275, p. 11-12, 19.

3743 Léon AUCOC, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879, p. 6.

3744 *Ibid.*, 1879, p. 6-7.

3745 *Ibid.*, 1879, p. 7.

3746 *Ibid.*, Paris, 1879, p. 7-11.

3747 Léon AUCOC, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879, p. 12.

« "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution" Tel est le principe adopté sans discussion dans l'Assemblée constituante.

« Il ne suffit pas de poser un principe, il faut encore en déduire les conséquences légitimes et utiles à la nation. Cela n'a pas toujours été bien fait, dans les constitutions françaises, qui toutes ont maintenu théoriquement le principe de la séparation des pouvoirs. La suite de ce travail le montrera suffisamment. » Antoine SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p. 137.

« Onze Constitutions ou Chartes, tour à tour détruites, ont successivement organisé la France, depuis cette époque et jusqu'aux Lois constitutionnelles en vigueur qui forment la 12^e, le principe de séparation des pouvoirs législatif et exécutif, dans des conditions d'application bien différentes les unes des autres. » Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., I, Paris, 1881, p. 11.

qu'en donne Ducrocq dans son cours de droit administratif :

« Ce principe fondamental du droit public de la France [le principe de séparation des pouvoirs] peut, même sans sortir du domaine de notre droit national, être envisagé sous un triple aspect : au point de vue spéculatif et rationnel, en le considérant en lui-même pour en déterminer les conditions d'application et la portée ; au point de vue historique, dans l'exposé de ses applications successives ; au point de vue des textes constitutionnels en vigueur.

« Bien que ces trois points de vue soient distincts les uns des autres, ils se touchent cependant de si près qu'il n'est pas facile d'isoler l'étude rationnelle du principe de séparation des pouvoirs, de son étude historique, et réciproquement ; sauf à faire ensuite au droit positif existant la place due aux textes en vigueur, selon que le pays possède ou non, suivant les crises qu'il traverse, l'ensemble d'un droit constitutionnel, écrit ou traditionnel, qui organise la séparation des pouvoirs. »³⁷⁴⁸

La séparation des pouvoirs s'étudie ainsi sous la Troisième République du point de vue du droit spéculatif, historique ou positif ; l'article 16, n'en posant que le principe³⁷⁴⁹, ne peut jouer un rôle central. Le principe de séparation des pouvoirs est reconstruit comme un principe uniforme de Montesquieu à la Constitution de la Troisième République. Les références à la séparation des pouvoirs contenue dans la Déclaration de 1789, dans celle de l'an III et dans la Constitution de 1848 sont considérées comme équivalentes, reconnaissant toutes ce principe comme étant vrai³⁷⁵⁰.

886. Dans la présentation d'Aucoc, la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est interprétée par la Constitution de 1791, concerne les relations entre le Roi et l'Assemblée, mais également l'organisation de l'ordre administratif et judiciaire. Il estime, en premier lieu, que la séparation entre le Roi et les ministres, d'une part, et l'Assemblée, de l'autre, était trop absolue³⁷⁵¹ et, en second lieu, que l'organisation administrative était trop décentralisée, car il n'existait pas au niveau local de représentant de l'autorité centrale³⁷⁵². Il présente également l'organisation juridictionnelle³⁷⁵³ et juge favorablement l'interdiction faite aux juges de troubler les opérations des corps administratifs³⁷⁵⁴.

³⁷⁴⁸*Ibid.*, p. 7.

³⁷⁴⁹« C'est dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, dont le principe fut voté dans la nuit justement célèbre du 4 août, et qu'il faut bien se garder de confondre avec une autre déclaration de quatre ans postérieure, que l'Assemblée constituante a donné à la France son nouveau droit public, reposant sur le double principe de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs. » *Ibid.*, p. 10-11.

³⁷⁵⁰« Pour les mêmes motifs pratiques, *les hommes de la Révolution française* croient devoir traduire en articles constitutionnels le principe de sagesse politique dégagé par Montesquieu. L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 porte : "Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution." la Déclaration des Droits qui précède la constitution du 5 fructidor an III, contient un article 22 ainsi conçu : "la garantie sociale ne peut exister, si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées..." Et enfin la constitution de 1848, dans son article 19, proclame que "la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre". » JOSEPH-BARTHÉLEMY, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 141.

³⁷⁵¹Léon AUCOC, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879, p. 9.

³⁷⁵²*Ibid.*, p. 10.

³⁷⁵³*Ibid.*, p. 10-11.

³⁷⁵⁴*Ibid.*, p. 11-12.

La « séparation des pouvoirs » concernait ainsi les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'impartialité de ses juges ainsi que l'institution d'une juridiction administrative, distincte de l'autorité judiciaire. Ces aspects de la séparation des pouvoirs peuvent être étudiés tant du point de vue théorique et spéculatif, pour déterminer la bonne séparation des pouvoirs, que du point de vue positif pour voir quelle séparation des pouvoirs est organisée, sous un régime particulier.

887. Cette conception de la séparation et cette interprétation de l'article 16 est par exemple reprise dans un rapport parlementaire en 1878 :

« L'Assemblée constituante, en proclamant dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution." introduisant dans l'organisation politique, administrative et judiciaire de notre pays un principe dont elle devait elle-même faire l'application au fur et à mesure de l'organisation des pouvoirs publics. »³⁷⁵⁵

D'après cette interprétation, l'article 16 pose simplement un principe, large et indéterminé, susceptible de diverses applications. Les défenseurs de ce principe ne le considèrent pas comme d'applicabilité directe ; il est mis en œuvre par des textes. Ils ne font donc que rarement référence à l'article 16 puisqu'il ne permet pas de déterminer le contenu de la séparation des pouvoirs. Il en va de même s'agissant de l'exigence de garantie des droits.

C. L'interprétation de la séparation des pouvoirs comme principe général du droit constitutionnel sous la Troisième République

888. D'une manière générale, les publicistes de la Troisième République recherchent des principes qui seraient présumés par la Constitution³⁷⁵⁶, qui ne contient ni déclaration des droits, ni préambule, mais est simplement composée d'une série de lois constitutionnelles. Plusieurs auteurs estiment ainsi qu'un ensemble de principes, hérités de la tradition constitutionnelle française, pourraient servir de guide à l'analyse de la Constitution. Ducrocq les appelle principes fondamentaux de l'ordre politique³⁷⁵⁷ Joseph-Barthélemy et Duez se réfèrent aux « principes

³⁷⁵⁵Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Roger-Marvaise et plusieurs de ses collègues, relative à la procédure à suivre par les particuliers pour saisir le tribunal des conflits des questions de compétence administrative judiciaire, par M. Roger-Marvaise, député – Urgence déclarée, Annexe, n° 632, *Annales du Sénat et de la Chambre des députés*, session ordinaire de 1878, VI, Paris, 1878, annexes, p. 114.

³⁷⁵⁶« La constitution de 1875, fidèle à son allure générale, ne porte en ce qui concerne la séparation des pouvoirs, aucune disposition de principe. Mais, comme on le verra dans la suite, elle s'inspire du principe de la séparation des pouvoirs et le suppose. » JOSEPH-BARTHÉLEMY, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 141.

³⁷⁵⁷« Les principes fondamentaux de cet ordre [politique], avec le principe de la séparation des pouvoirs déjà expliqué, peuvent être ramenés à six : – le principe de la souveraineté nationale ; – celui du vote annuel des dépenses et de l'impôt par les représentants de la nation ; – celui de l'obligation nationale au service militaire ; – du droit de

fondamentaux de l'organisation constitutionnelle moderne »³⁷⁵⁸.

Hauriou développe l'idée qu'il existerait « *un droit commun constitutionnel* au nom duquel on peut juger les institutions d'un pays déterminé »³⁷⁵⁹ et qui reposerait sur des « principes constitutionnels », eux-mêmes observés grâce à « la méthode déductive ». Au nombre de ces principes, figurerait le « principe de séparation des pouvoirs »³⁷⁶⁰. Il estime également qu'il existerait une « superlégalité constitutionnelle [qui] contient des principes dont la légitimité est supérieure au texte même de la constitution écrite et qui n'ont pas besoin d'y être exprimés » ; ces « principes fondamentaux [sont] susceptibles de constituer une "légitimité constitutionnelle" placée au-dessus de la constitution écrite »³⁷⁶¹. « Le principe de la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire » ferait ainsi partie de cette « légitimité constitutionnelle »³⁷⁶².

Pour ces auteurs, le principe de séparation des pouvoirs existe indépendamment d'un fondement textuel, qui ne fait que le mettre en œuvre. L'article 16 n'a qu'une place marginale dans leur développement puisqu'il se contente de reconnaître un principe qui existe indépendamment de sa consécration dans un texte.

D. La contestation du caractère juridique de la séparation des pouvoirs

889. L'idée que la séparation des pouvoirs serait un principe juridique impliquant des règles précises est discutée. Joseph-Barthélemy et Duez suggèrent ainsi de ne le considérer que comme une « règle d'*art politique*, dont le législateur constituant doit s'inspirer lorsqu'il crée les grands organes de l'État ». Ils reprochent à « l'esprit *juriste* [qui] s'est également emparé du principe » d'« en [avoir] complètement déformé le sens et la portée » et d'avoir « voulu en faire une règle supérieure, correspondant à une sorte de réalité métaphysique, une vérité de la science politique révélée ». D'après eux, il ne serait pas possible d'« appréc[er] la valeur d'une institution

pétition ; de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, sanctionné par l'institution des conflits et considéré en outre au point de vue des conséquences de l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. » Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., I, Paris, 1881, p. 510.

3758 « Les principes fondamentaux de l'organisation constitutionnelle moderne 1^o principe démocratique, 2^o principe du gouvernement représentatif, 3^o principe de la séparation des pouvoirs, 4^o principe de la suprématie de la constitution » JOSEPH-BARTHÉLEMY, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 49.

3759 Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 2-3.

3760 « Des principes constitutionnels se dégagent. – Il suit de là que la méthode d'observation conduit d'elle-même à un certain emploi de la méthode déductive, à mesure qu'elle dégage des observations dont la constance paraît suffisante pour qu'elles soient érigées en *principes* ; c'est ainsi que de l'observation du gouvernement représentatif et parlementaire anglais, aux débuts du XVIII^e siècle, Montesquieu a cru pouvoir dégager le *principe de la séparation des pouvoirs*, dont on a ensuite tiré des déductions. Ce principe a été et est encore très discuté, surtout parce qu'il a été mal compris, nous aurons à l'apprécier ; en tout cas, cet exemple prouve qu'avec beaucoup de prudence, des principes constitutionnels peuvent être dégagés de l'expérience ; ils seront, d'ailleurs, d'autant plus féconds qu'ils seront mieux d'accord avec la psychologie positive (ce qui est vrai du principe de séparation des pouvoirs), car les tendances de l'esprit humain sont d'une remarquable constance. » *Ibid.*, p. 3.

3761 *Ibid.*, p. 81.

3762 *Ibid.*, p. 82.

constitutionnelle d'après sa conformité à ce prétendu principe »³⁷⁶³. Ils trouvent également stérile le débat sur l'existence de deux ou de trois pouvoirs³⁷⁶⁴ et considèrent ainsi que « le principe de la séparation des pouvoirs ne doit être considéré que comme une bonne règle de répartition des compétences entre divers organes de l'État »³⁷⁶⁵. Il ne serait donc pas possible de déduire du principe de séparation des pouvoirs des règles précises. Pour Duguit également elle n'est « qu'un procédé d'art politique pour assurer l'équilibre des forces politiques et protéger la liberté »³⁷⁶⁶.

890. La « théorie » de la séparation des pouvoirs a fait l'objet d'une critique par la doctrine allemande, qui fut partiellement reprise notamment par Duguit³⁷⁶⁷. L'article 16 est alors utilisé pour justifier sa critique de la conception dogmatique de l'Assemblée³⁷⁶⁸, qui conduirait aux coups d'État³⁷⁶⁹.

Pour lui, il n'y a aucune continuité entre la séparation des pouvoirs de la Constitution de 1791 et celle de la Troisième République³⁷⁷⁰. Duguit conteste ainsi l'emploi de l'expression de séparation des pouvoirs et réduit les deux principes qui lui sont souvent rattachés à deux propositions distinctes. S'agissant de l'organisation du pouvoir politique, il estime qu'il ne peut y avoir qu'une collaboration entre les organes de l'État qui est réglée par la Constitution. La

3763 JOSEPH-BARTHÉLEMY, Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 142.

3764 « Y a-t-il deux ou trois pouvoirs ? [...] Bien que nous ne découvrons qu'un faible intérêt à ce débat, il a tenu une telle place que nous croyons devoir en rappeler les éléments. On aura ainsi une idée des controverses désuètes auxquelles s'attardait l'ancienne doctrine du droit public. Comme dans les anciennes disputes scolastiques, on invoquait : 1° l'autorité des pères ; 2° la tradition ; 3° la raison. » *Ibid.*, p. 142-143.

3765 JOSEPH-BARTHÉLEMY, Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 142.

3766 Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., II, 1928, p. 668 et s.

3767 Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, II, p. 14-15 ; Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 99, 336 et 567 ; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., II, 1928, p. 660 et s.

3768 « La séparation des pouvoirs, consacrée par la Déclaration de 1789, article 16, et par la constitution de 1791 résulte directement de cette conception des *pouvoirs*. Ce n'était point la séparation de Montesquieu, ni celle de la constitution anglaise, ni celle de la constitution américaine. Les pouvoirs étant les éléments mêmes de la souveraineté indivisible, il en résulte que chaque organe investi par représentation d'un élément de la souveraineté est souverain dans son domaine, que le parlement doit avoir tout le législatif, le roi tout l'exécutif et seulement l'exécutif, l'ordre judiciaire tout le judiciaire et seulement le judiciaire, enfin que chacun de ces organes doit rester isolé et indépendant, enfermé dans le domaine où il représente la volonté nationale sans pouvoir exercer une action quelconque sur les autres organes. Ces conséquences m'ont paru et me paraissent encore en contradiction absolue avec le principe de la souveraineté une et indivisible proclamée par l'Assemblée. » Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., II, 1928, p. 673-674.

3769 « Enfin il m'a paru et il me paraît encore qu'avec cette idée que les pouvoirs sont des parties constitutives de la souveraineté, dont chaque organe est investi par représentation, chaque organe aura une tendance inévitable à s'affirmer seul souverain et à détruire les autres organes, qu'on ouvre ainsi la porte aux conflits et aux coups d'État, et qu'on prépare l'absorption entière de tout le pouvoir par celui des organes que les circonstances ou les hommes auront fait le plus fort, que les événements de 1792, 1793, de l'an VIII et de 1851-1852 sont venus donner à ces craintes une éclatante confirmation. » Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., II, 1928, p. 675.

3770 « Qu'il y ait dans le droit actuel une séparation des pouvoirs, je le veux bien ; mais ce qu'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs n'a aucune analogie avec la séparation des pouvoirs de la constitution de 1791. Sous le nom de séparation des pouvoirs, il y a aujourd'hui une collaboration des organes de représentation et une répartition des fonctions. S'il plaît aux auteurs de désigner, par la même expression *séparation des pouvoirs*, deux choses absolument différentes, le système de 1791 et le système actuel, je n'y vois pas de mal. Mais on reconnaîtra que cela n'est pas propre à mettre de la clarté dans les théories de droit politique. » *Ibid.*, p. 675.

« séparation des pouvoirs » n'est alors que la réglementation des compétences de ces organes³⁷⁷¹. Pour distinguer la conception de la séparation des pouvoirs de la Troisième République et celle de la Révolution, il estime qu'« au lieu de séparation des pouvoirs, il faut dire collaboration des organes »³⁷⁷². Il propose également l'expression de « répartition des fonctions, ou mieux de diversité de participation à l'accomplissement des fonctions de l'État »³⁷⁷³. S'agissant de la dualité des ordres de juridiction, il relève que la « séparation des agents judiciaires et des agents administratifs est aussi parfois appelée séparation des pouvoirs », mais estime que c'est une « expression inexacte, qui est la cause de beaucoup de confusions et même d'erreurs » et que l'« on devrait dire tout simplement séparation des deux ordres ou des deux autorités judiciaire et administrative »³⁷⁷⁴.

Dans la doctrine de Duguit, l'expression large et malléable de séparation des pouvoirs est remplacée, s'agissant des pouvoirs politiques, par celle de répartition des fonctions, et, pour la dualité de juridictions, par celle de séparation des autorités judiciaire et administrative. La séparation des pouvoirs est reléguée dans l'histoire du droit constitutionnel et représenterait le dogmatisme de l'Assemblée, qui l'aurait consacrée dans la Déclaration à l'article 16.

Cette critique eut un certain succès politique à l'occasion du débat constitutionnel de 1945-1946 au cours duquel plusieurs orateurs ont revendiqué le rejet de la séparation des pouvoirs³⁷⁷⁵. Pour Georges Vedel, ce rejet conduirait à un paradoxe puisque la Constitution de la Quatrième République, qui ne reposerait pas sur la séparation des pouvoirs, mais sur la séparation des fonctions, renvoie à la Déclaration et donc à son article 16³⁷⁷⁶. Il présuppose ainsi l'existence d'une

3771« Quand il y a plusieurs organes de représentation, ils collaborent forcément à toute l'activité générale de l'État ; mais leur mode de participation est naturellement différent ; il est réglé par la constitution de chaque pays, et ce qu'on appelle improprement séparation des pouvoirs, c'est la diversité de participation des différents organes à l'activité générale de l'État. » *Ibid.*, p. 690.

3772*Ibid.*, p. 686.

3773*Ibid.*, p. 809.

3774*Ibid.*, p. 690-691.

« Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et ceux de l'ordre administratif, dans tous les pays où comme en France cette distinction existe, ont naturellement des domaines d'action séparés. Cette séparation des deux ordres de fonctionnaires est souvent appelée séparation des pouvoirs, ou du moins rattachée au principe général de la séparation des pouvoirs. J'ai montré aux paragraphes 41 et 42 tout ce qu'il y a d'inexact dans cette conception et cette terminologie, et je n'y reviens pas. Il suffit de dire que cette règle de séparation du domaine d'action des fonctionnaires de l'ordre administratif et des fonctionnaires de l'ordre judiciaire se rattache au besoin de concilier l'indépendance administrative et les nécessités de l'action gouvernementale avec les garanties auxquelles l'individu a légitimement droit pour sa personne, sa liberté et ses biens. » Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 29.

3775« Mais ces attaques contre la séparation des pouvoirs ont été reprises et renouvelées lors des récents débats constitutionnels ; M. Pierre Cot, présentant à la tribune de la première Constituante le projet constitutionnel d'avril 1946, s'efforçait de montrer que la séparation des pouvoirs était une conception périmée. [...] Et d'une manière non moins nette, M. Coste-Floret, rapporteur de la Constitution actuelle condamnait la séparation des pouvoirs pour ne plus parler que de séparation des fonctions. » Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 158-159.

Voir aussi Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 290-291.

3776« Ceci a abouti d'ailleurs à un paradoxe. En effet, le Préambule de la Constitution rappelle formellement les principes de la Déclaration des Droits de 1789 dont l'article 16 dit : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Si bien qu'en combinant le Préambule de la Constitution et la doctrine du rapporteur général, le premier article de notre

continuité conceptuelle de la « séparation des pouvoirs » de la Révolution à la Quatrième République.

891. Ces critiques de la séparation des pouvoirs ne contribuent pas non plus à développer l'interprétation du principe de séparation des pouvoirs en lien avec l'article 16. Cette absence de lien s'observe également dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle.

E. L'absence de lien entre l'article 16 et la jurisprudence administrative et constitutionnelle relative à la séparation des pouvoirs, avant les années 1990

892. Le développement de la jurisprudence relative à ce principe se fait hors de toute référence à l'article 16. La doctrine semble d'ailleurs, depuis les années 1990, s'accorder pour considérer que le « principe de séparation des autorités administratives et judiciaires » et l'existence d'une juridiction administrative ne sont pas la conséquence logique du principe de séparation des pouvoirs consacré dans l'article 16, ni même sans doute celle de la loi des 16-24 août 1790³⁷⁷⁷.

La jurisprudence administrative relative au « principe de séparation des pouvoirs » se développe donc indépendamment de l'article 16 qui n'est invoqué par le juge administratif comme fondement de ce « principe » ni au XIX^e, ni au XX^e siècles.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à ce principe se construit également largement en dehors de l'article 16. Jusqu'à la fin des années 1990, même lorsque le Conseil se réfère au « principe de séparation des pouvoirs », il ne cite pas à l'article 16³⁷⁷⁸. Avant 1998, une seule décision du Conseil constitutionnel fonde le principe de séparation des pouvoirs sur l'article

Constitution serait que nous n'en avons point. » Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 159.

³⁷⁷⁷Sur ce point voir notamment Jean-Louis MESTRE, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents » in *R.F.D.A.*, 1996, p. 289 ; Jacques CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité » in *R.F.D.A.*, 1990, p. 712 ; Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973 ; Georges VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexe ? Contexte ? » in *R.F.D.A.*, 1990, p. 698 ; Pierre SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., 1964 ; Serge VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, p. 767.

³⁷⁷⁸Cons. const., 23 mai 1979, n° 79-104 DC, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, cons. 9 ; 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 63 ; 24 juillet 1985, n° 85-192 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 10 ; 2 juillet 1986, n° 86-208 DC, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, cons. 7 ; 26 juin 1987, n° 87-228 DC, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade*, cons. 8 ; 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, *Loi portant amnistie*, cons. 8 ; 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 6 ; 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, cons. 71 ; 27 décembre 1990, n° 90-281 DC, *Loi sur la réglementation des télécommunications*, cons. 15 ; 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 14 ; 9 avril 1996, n° 96-375 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 9 ; 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, *Loi de réglementation des télécommunications*, cons. 15 ; 22 avril 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 30.

16³⁷⁷⁹. Même lorsque l'article 16 est invoqué par la saisine, ce fondement n'est pas repris par le Conseil³⁷⁸⁰.

De même, la jurisprudence du Conseil sur la « conception française de la séparation des pouvoirs », consacrant la réserve de compétence du juge administratif, se fonde uniquement sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République et n'est pas rattachée à l'article 16³⁷⁸¹. Pour Yves Gaudemet, c'est la conception doctrinale de la séparation des autorités administrative et judiciaire qui serait le réel fondement de la décision du Conseil³⁷⁸².

893. La question de la séparation des pouvoirs, son analyse et sa théorisation se réalisent, pour l'essentiel, en dehors de l'interprétation de l'article 16. La question de savoir ce que recouvre le principe de séparation des pouvoirs occupe la doctrine constitutionnaliste particulièrement sous la Troisième République. L'idée de séparation des pouvoirs est alors mobilisée dans les deux branches du droit public : en droit constitutionnel et en droit administratif. En droit constitutionnel, la notion de séparation des pouvoirs recouvre plusieurs idées qui s'articulent pour l'essentiel autour de la question de la distribution des fonctions étatiques entre plusieurs organes et des rapports de pouvoir entre ces différents organes politiques. Pour le droit administratif, l'idée de séparation des pouvoirs est reliée à deux principes : le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, et le principe d'indépendance des juridictions, en particulier de l'indépendance du juge administratif par rapport à l'administration.

894. Avec le succès des théories de l'interprétation dites « réalistes » et le constat du caractère « incomplet » de la liste des droits garantis par la Constitution de 1958, l'idée qu'il faudrait partir

3779 Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 32.

3780 Voir *infra*, ce chapitre, Section 2.

3781 Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 15 ; 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 19 ; 25 juillet 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 103 ; 27 novembre 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 42 ; 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 65.

3782 « 2° *La doctrine* cependant, dès avant l'actuelle décision [du Conseil constitutionnel], avançait généralement, de façon plus ou moins explicite, une analyse et des conclusions proches de celles que consacre aujourd'hui le conseil constitutionnel.

« Laferrière dans le *Traité de la juridiction administrative*, rattachait la séparation des autorités administrative et judiciaire à la séparation des pouvoirs rappelée par lui comme un "principe constitutionnel". Cette conception a été largement reçue en doctrine et maintenue jusqu'aux ouvrages les plus récents. La formule même d'une "conception" ou "interprétation française" de la séparation des pouvoirs ayant déterminé la séparation des autorités administrative et judiciaire est exposée dans les ouvrages actuels (G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 9e éd., p. 116).

« C'est cette conception doctrinale, bien plus sans doute que telle ou telle loi de la République ou encore principe lui-même de séparation des pouvoirs de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 qui fonde la solution décidée par le conseil constitutionnel. » Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome 1 - Droit administratif général, 16ème édition, L.G.D.J., 2001.

des principes à consacrer pour trouver dans un second temps leurs fondements possibles s'est développée. Sous l'influence du droit de l'Union et de la Convention EDH, il est apparu que certains principes « manquaient » à l'ordre juridique : le droit au procès équitable et le principe de sécurité juridique. L'article 16 a semblé être un fondement satisfaisant pour consacrer ces principes en droit constitutionnel.

Section 2. La « redécouverte » de l'article 16 dans le dernier quart du XX^e siècle

895. À compter de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, dite *liberté d'association*³⁷⁸³, la Déclaration fait l'objet d'un examen attentif de la part de la doctrine pour savoir quels droits et quels principes elle serait susceptible de contenir. La question se pose alors de la méthode d'interprétation qu'il convient de retenir pour interpréter la Déclaration. La majorité de la doctrine retient la possibilité d'une interprétation créative de la Déclaration (§ 1). Une telle conception de l'interprétation de la Déclaration conduit à défendre une interprétation largement téléologique de la Déclaration, et particulièrement de son article 16 (§ 2). Cette interprétation doctrinale entraîne la légitimation de l'exercice d'un pouvoir constituant par le Conseil constitutionnel au moyen de l'article 16 (§ 3).

§ 1. Le choix d'une interprétation créative de la Déclaration par la majorité de la doctrine

896. La question de l'interprétation de textes de lois anciens dépasse largement le cadre du droit constitutionnel français. Ce problème se pose néanmoins dans des conditions particulières en France s'agissant de la Déclaration.

La Déclaration de 1789, n'a pas, contrairement au *Bill of rights* américain, été interprétée par des juges de manière continue depuis son adoption³⁷⁸⁴. Si le débat sur la valeur de la Déclaration a eu une vigueur particulière en France, spécialement sous la Troisième République, les juridictions ne prenaient pas à la Déclaration comme le fondement explicite de leur décision. Cette controverse est restée doctrinale. Au XIX^e et pendant plus de la moitié du XX^e siècle, l'article 16 de la Déclaration n'est conçu que comme un élément de théorie politique, et non de droit positif. Lorsque la Déclaration réintègre l'ordre juridique positif, il n'existe de pas de référence récente, doctrinale ou jurisprudentielle, de son interprétation en tant que norme constitutionnelle. Les conditions du débat sur l'interprétation des textes du XVIII^e siècle ne sont donc pas les mêmes en France et aux États-Unis.

Aux États-Unis³⁷⁸⁵, la doctrine constitutionnaliste est principalement divisée entre deux courants : les théories de l'interprétation originalistes et les théories interprétativistes³⁷⁸⁶. D'après les

3783n° 71-44 DC.

3784Sur l'interprétation de la Déclaration par les tribunaux à la Révolution voir Jean-Louis HALPÉRIN, « La constitution de 1791 appliquée par les tribunaux » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 369.

3785La littérature américaine sur cette question est extrêmement abondante pour une synthèse récente en français voir par exemple John C. KNECHTLE, « Interpréter la Constitution américaine : un objet renouvelé de controverses doctrinales » in *Politeia*, n°25 (2014), p. 407.

3786« L'*originalisme* et le *non-originalisme* (on parle également d'*interprétivisme* et de *non-interprétivisme*) sont deux grandes catégories de théories de l'interprétation de la Constitution qui structurent pour une large part le débat

premières, les juges interprétant la Constitution devraient s'en remettre au sens originel des dispositions considérées. Cette doctrine originaliste connaît également plusieurs courants : certains considèrent qu'il convient de se référer à l'intention originelle des constituants, alors que d'autres estiment qu'il convient de s'appuyer sur le sens originel des textes, indépendamment de l'intention de leur auteur. La question de la place de l'intention des auteurs d'un texte dans l'interprétation de ce texte lui-même dépasse d'ailleurs largement le cadre de l'interprétation juridique et a fait l'objet d'importants développements notamment en critique littéraire³⁷⁸⁷. D'après les théories interprétativistes, le juge devrait interpréter la Constitution en tenant compte non pas de la période à laquelle a été édictée la Constitution, mais de celle à laquelle il se prononce. La Constitution serait ainsi « vivante » et évoluerait avec la société, même si son texte reste inchangé.

En France, le débat théorique sur l'interprétation n'a pas pris une telle ampleur dans le contentieux constitutionnel³⁷⁸⁸. Il est, pour l'essentiel, resté cantonné dans le cadre de débats théoriques relativement indépendants des commentaires qui pouvaient être faits des décisions du Conseil constitutionnel, et de ces décisions elles-mêmes. Alors qu'aux États-Unis un juge à la Cour suprême doit, avant d'être nommé, déclarer à quel courant il appartient, en France, la conception de l'interprétation de la Constitution des membres du Conseil constitutionnel n'est jamais explicitement discutée par eux, ni dans les décisions de celui-ci. Pour la majorité de la doctrine s'intéressant au droit constitutionnel jurisprudentiel, la question de l'interprétation de la Constitution, et des méthodes qu'il conviendrait d'adopter, n'est pas une question centrale. Le bicentenaire de la Révolution et de la Déclaration est l'occasion de quelques discussions sur son interprétation, mais la question est souvent rapidement évacuée : la Déclaration est ce qu'en fait le

contemporain. L'originalisme estime que le texte et l'intention initiale des rédacteurs et signataires de la Constitution au moment de son adoption font autorité à des fins d'interprétation constitutionnelle dans les temps présents. Les originalistes envisagent le processus d'amendement comme la seule façon de modifier ou de développer la Constitution et, par conséquent, rejettent la possibilité pour la Cour suprême de reconnaître des droits qui ne sont pas expressément énumérés dans la Constitution. Les non-originalistes examinent également le texte et l'intention originelle, mais interprètent de surcroît les principes constitutionnels à la lumière des idées contemporaines. Les non-originalistes voient la Constitution comme un document vivant évoluant au fil du temps, ce qui autorise la reconnaissance de droits non énumérés tels que le droit à la vie privée. Ils interprètent la clause d'égalité de protection des lois comme interdisant la discrimination fondée sur le sexe, quand bien même ce n'était pas l'intention initiale de ses rédacteurs. Cet exemple soulève également la question de savoir à quel niveau de généralité ou de spécificité la Cour peut découvrir une norme constitutionnelle. Or il est possible de dire que si l'intention initiale était le principe selon lequel nul ne doit être privé de la protection égale de la loi, même les originalistes pourraient accepter son application aux femmes malgré l'absence de cette intention spécifique au moment de l'adoption. » *Ibid.*, p. 417-418.

3787 Voir par exemple, Roland BARTHES, « La mort de l'auteur » (1968) réédité in *Le bruissement du langage. Essai critique IV*, Seuil, 1984, p. 61 ; Hans Robert JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, p. 1978.

3788 Plusieurs ouvrages collectifs se sont néanmoins intéressés à cette question, voir notamment Ferdinand MÉLINSOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de, Dalloz, 2005 et Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT (dir.) *Raisonnement juridique et interprétation*, Journée d'étude internationale organisée par (14 juin 1999), Publications de la Sorbonne, 2001.

Pour une présentation générale de la question de l'interprétation constitutionnelle voir Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Précis », Septembre 2016, p. 101 et s.

Conseil.

Sans faire un panorama complet des théories de l'interprétation, il est possible d'en évoquer quelques unes. Dans le contexte français, plusieurs thèses semblent défendues s'agissant de l'interprétation de la Déclaration : la thèse de l'interprétation constructive, héritée des théories de la doctrine administrative, celle de l'interprétation actualisée, développée à propos de l'interprétation de la Déclaration (A), celle de l'interprétation libre (B) et celle de l'interprétation originaliste textualiste (C).

A. L'interprétation constructive et l'interprétation actualisée

897. L'idée de la possibilité pour le juge de donner une interprétation constructive des textes dont il doit faire l'application est ancienne. Hauriou, dans son *Précis*, considère ainsi :

« La situation du juge s'est beaucoup améliorée depuis un siècle : il s'est placé *au-dessus de la loi et au-dessous des principes*, c'est-à-dire que sa jurisprudence ne craint pas de plier la loi aux principes d'ordre et de justice dans la mesure où l'adaptation peut être obtenue par une interprétation raisonnablement constructive. Cela est vrai du Conseil d'État aussi bien que de la Cour de cassation, et, peut-être, le Conseil d'État, qui n'a pas affaire à des lois codifiées, peut-il se mouvoir avec plus de liberté autour des textes. »³⁷⁸⁹

Cette théorie de l'interprétation constructive est parfois rapprochée de celle de l'interprétation conforme : le juge devrait donner une interprétation de la loi, conforme aux principes supérieurs. Pour Hauriou, cette interprétation constructive serait l'adaptation française du droit constitutionnel commun, qui est considéré par lui comme au-dessus des constitutions mêmes. L'idée qu'il existerait des principes de droit commun constitutionnel, non écrits mais impératifs, imprègne la théorie constitutionnelle de Maurice Hauriou et de Léon Duguit. Elle est encore omniprésente aujourd'hui et justifie une méthode d'interprétation particulière. Ces principes obligatoires sont d'abord identifiés, en raison de leur justice ou de leur existence dans le droit européen au sens large, puis ce n'est que dans un second temps que le fondement est recherché. L'article 16 croise ainsi le chemin de nombreux constitutionnalistes en quête d'un fondement pour le principe qu'ils veulent voir consacrer en droit constitutionnel. Cela explique certainement le caractère disparate des principes fondés sur cette disposition.

898. Cette idée d'une interprétation constructive est reprise à l'occasion de la discussion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le jusnaturalisme³⁷⁹⁰ des constitutionnalistes contemporains n'est pas aussi affirmée que celui d'Hauriou, mais l'idée qu'il existerait des

³⁷⁸⁹Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2ème éd., Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 296-297.

³⁷⁹⁰Ce terme est pris dans le sens qu'il a en théorie du droit, c'est-à-dire par opposition au positivisme.

principes en dehors des textes qui guideraient l'interprétation du Conseil reste présente. Georges Vedel estime ainsi que le Conseil peut être « oblig[é] [...] à des interprétations très constructives : par exemple à reconnaître la valeur constitutionnelle des objectifs de transparence financière et de pluralisme de la presse à partir de l'article 11 de la Déclaration de 1789 »³⁷⁹¹. Cette conception n'est pas exempte de jusnaturalisme puisqu'elle présuppose que le Conseil devrait consacrer un tel principe et donc faire preuve de créativité pour y parvenir. Or, ce « devoir » du Conseil ne résulte pas du texte, puisqu'il faut le « tordre », mais de considérations extérieures.

Georges Vedel mettait néanmoins en garde contre la consécration de principes trop généraux et estimait par exemple que le Conseil se serait exposé à des « périls [...] s'il avait entendu définir *ex cathedra* les conséquences du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs sur la compétence ou l'incompétence des tribunaux judiciaires à l'égard des litiges administratifs. Périls évidemment aggravés par l'étendue des incertitudes sur la teneur même du principe à mettre en œuvre. »³⁷⁹². Cette mise en garde d'une application directe du principe de séparation des pouvoirs ne semble avoir convaincu ni la doctrine, ni le Conseil lui-même.

899. L'idée qu'il existerait un droit constitutionnel commun paneuropéen est également reprise par Georges Vedel :

« La France a bénéficié en matière de Droits de l'homme d'un double environnement. Elle a d'abord eu sous ses yeux l'exemple des cours constitutionnelles européennes. Et il est tout à fait remarquable que, si les textes sur lesquels s'appuient les différentes cours constitutionnelles européennes et ceux qui régissent le Conseil constitutionnel français sont tout de même très différents, en revanche *le droit "matériel", c'est-à-dire le contenu donné aux Droits de l'homme soit convergent en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel participe à ce concert*. L'autre environnement est celui des institutions européennes. Nous sommes, dans nos pays européens, au moins dans une partie de l'Europe, sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes qui, contrairement à ce qu'on croit, n'est pas simplement une cour de justice économique, mais qui, souvent, est appelée à statuer sur des problèmes de Droits de l'homme. Bien plus, la Commission et la Cour de Strasbourg qui, elles, appliquent la Convention européenne des Droits de l'homme sont des censeurs vigilants. *Le juge constitutionnel français se trouve non pas limité, mais conforté, encouragé dans sa défense des Droits de l'homme*. Ainsi, *les jurisprudences nationales et les jurisprudences européennes se prêtent mutuellement appui*. A l'heure actuelle, un droit public européen a été constitué. C'est le vœu que l'on formait au siècle des Lumières. Ce vœu est bien près de se réaliser. »³⁷⁹³

Vedel souligne que le catalogue des droits dans les différents pays d'Europe se révèle

3791 Georges VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? » in *R.F.D.A.*, 1990, p. 698.

3792 *Ibid.*, p. 698.

3793 Nous soulignons. Georges VEDEL, « L'incorporation de la Déclaration des droits de l'homme dans la constitution française » in *La revue tocqueville/the tocqueville review*, 1993, xiv, n° 1, p. 161.

étrangement similaire, preuve de l'existence d'un droit public paneuropéen. Néanmoins, le processus est plutôt inverse. Les Cours constitutionnelles, et en l'occurrence le Conseil constitutionnel, s'attachent à trouver des fondements, de manière parfois très « créative », à des principes du droit européen qui n'ont pas d'équivalent en droit interne. Ainsi, le Conseil forge un catalogue de droit identique aux catalogues européens, ce qui permet notamment la pleine efficacité de la jurisprudence relative à l'équivalence des droits.

L'exposé de ce mythe du droit constitutionnel paneuropéen conduit à sa réalisation. La doctrine d'abord et le Conseil constitutionnel ensuite s'attachent à « trouver » dans le « bloc de constitutionnalité » les sources possibles d'un droit public européen préexistant. Le mythe de l'identité entre les droits fondamentaux européens et les droits à valeur constitutionnelle français produit la réalité du rapprochement des « catalogues » de droits fondamentaux.

Cette méthode d'interprétation de la Déclaration conduit naturellement à éloigner le Conseil des « principes de 1789 » pour le rapprocher des principes du droit européen. « L'actualisation »³⁷⁹⁴ se fait donc au profit d'une transposition des droits fondamentaux européens dans l'ordre interne³⁷⁹⁵.

900. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle à la lumière de la Déclaration pour le bicentenaire³⁷⁹⁶ est l'occasion de suggérer de nouvelles interprétations de la Déclaration, dans la lignée de cette perspective d'une interprétation « constructive », soit pour rattacher à la Déclaration à des principes que le Conseil a reconnu sur d'autres fondements, ou sans fondement, soit pour l'inciter à en consacrer d'autres. La démarche retenue est le plus souvent téléologique : un principe est considéré comme nécessaire et ensuite un texte susceptible de servir de fondement à ce principe est suggéré³⁷⁹⁷. Benoît Jeanneau relève à cet égard que « les publicistes français » ont découvert dans la Déclaration « des virtualités juridiques insoupçonnées »³⁷⁹⁸.

À l'occasion des célébrations du bicentenaire, Robert Badinter déclare :

« nous, juristes français, constitutionnalistes, membres du Conseil constitutionnel ou non, peu importe, nous avons tous la responsabilité de faire en sorte que ce qu'il y a de permanent dans le message de 1789 conserve son intensité. J'irai même plus loin, il nous appartient à tous de veiller à ce que, dans notre temps, ces principes formulés il y a deux siècles reçoivent leur plein épanouissement. »³⁷⁹⁹

3794 *Ibid.*, p. 160.

3795 Voir *infra*, ce chapitre, Section 3, § 2.

3796 *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, P.U.F., 1989.

3797 Voir par exemple la contribution de René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » *Ibid.*, p. 181.

3798 Benoît JEANNEAU, « “Juridicisation” et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 » in *R.D.P.*, mai-juin 1989, p. 636.

3799 Robert BADINTER, « Allocution d'ouverture » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, P.U.F., 1989, p. 10.

L'interprétation de la Déclaration s'est pourtant largement écartée de sa signification originelle, par la volonté d'en donner une interprétation constructive et actualisée. S'agissant de l'article 16, Régis Fraisse, Conseiller d'État et ancien membre du service juridique du Conseil, exprime une opinion favorable à cette démarche interprétative :

« L'interprétation créatrice de l'article 16 et son intégration dans les normes de référence participent-elles du gouvernement des juges ? On pourrait le soutenir si le Conseil constitutionnel vivait dans un monde clos soumis à un ordre juridique ne relevant que de la Constitution. Mais, qu'on le regrette ou non, nous vivons dans une société qui s'est judiciarisée par suite de l'émergence d'ordres juridiques supra-étatiques et de la prolifération des normes juridiques. Le Conseil constitutionnel ne pouvait se recroqueviller sur une interprétation littérale de son bloc de constitutionnalité sans affaiblir la Constitution qu'il a pour mission de faire respecter. »³⁸⁰⁰

Ici sont mises en avant des considérations largement extérieures à l'interprétation du texte de la Déclaration. L'interprétation qu'il convient de donner à celle-ci serait ainsi à rechercher dans les contraintes d'un ordre juridique européen et n'aurait plus grand chose en commun avec le texte lui-même à tel point qu'il semble légitime de se demander quel est encore le sens d'une référence à la Déclaration.

901. Cette interprétation renouvelée de la Déclaration est justifiée par la nécessité d'« actualiser » la Déclaration³⁸⁰¹. François Luchaire, ancien membre du Conseil constitutionnel, estime que « plus un texte est ancien et plus le juge doit se reconnaître de liberté pour l'interpréter »³⁸⁰². Il considère d'ailleurs que la réponse à la question de savoir si l'interprétation du Conseil est conforme à la « volonté des hommes de 1789 » est « sans utilité car les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel ont l'*autorité de la chose jugée* »³⁸⁰³. Pour lui, ils disposeraient ainsi d'une « liberté d'interprétation »³⁸⁰⁴. Cette liberté d'interprétation fut théorisée notamment par Michel Troper qui développe, en France, la « théorie réaliste de l'interprétation ».

B. La liberté d'interprétation de l'interprète authentique

902. En matière de théorie de l'interprétation, Michel Troper défend l'idée de la liberté de l'interprète authentique. Pour lui, la signification d'une disposition constitutionnelle serait

3800 Régis FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44, Juin 2014, p. 15.

3801 Sur ce point voir notamment, Benoît JEANNEAU, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 » in *R.D.P.*, mai-juin 1989, p. 635 ; François LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 215.

3802 François LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 217.

3803 *Ibid.*, p. 217.

3804 *Ibid.*, p. 217.

déterminée, non pas par l'analyse du texte, mais par la décision de l'organe constitutionnel l'interprétant : « l'attribution de la signification est une décision, elle n'est pas susceptible d'être contestée et réformée et doit être tenue pour valide puisque l'ordre juridique lui fait produire des effets »³⁸⁰⁵. La norme constitutionnelle contenue dans un texte ne serait ainsi déterminée que par l'interprétation qu'en donne l'interprète authentique³⁸⁰⁶. Il ne pourrait donc pas y avoir de mauvaise interprétation d'un texte constitutionnel, ou de contre-sens de la part de l'interprète authentique et l'interprète serait libre³⁸⁰⁷.

Cette théorie a été critiquée, notamment par Otto Pfersmann³⁸⁰⁸, qui considère, entre autres, qu'elle procède d'une confusion entre, d'une part, les raisons d'une décision, c'est-à-dire sa motivation, et, de l'autre, la décision elle-même, dans le cas du décision du Conseil constitutionnel, il s'agit du choix de déclarer la loi conforme ou non à la Constitution³⁸⁰⁹.

903. Michel Troper présente la question du respect de la Déclaration selon l'alternative suivante :

« On peut bien dire pour les autres articles de la Déclaration : il s'agit d'une déclaration ; le respect de ces droits s'impose à tous parce qu'ils possèdent une existence indépendante des hommes qui les ont reconnus et déclarés, et il s'impose quelle que soit la manière dont les hommes de 1789 les ont compris. En revanche, si l'article 16 n'est pas l'énoncé d'un droit naturel, mais seulement l'expression de la conception contingente de ceux qui l'ont adopté, pourquoi, deux siècles plus tard, alors que nous n'avons plus les mêmes idées serions-nous encore liés par cet article 16 ? »³⁸¹⁰

L'argument tiré du caractère purement « déclaratoire » du texte de 1789 n'est pas pleinement convaincant³⁸¹¹. Le second argument est également problématique, car il ne tient pas

3805 Michel TROPER, « L'interprétation constitutionnelle » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 18.

3806 « Si, conformément à la célèbre définition de Hans Kelsen, une norme n'est pas autre chose que la signification d'un acte humain et si l'activité de l'interprète consiste à déterminer la signification d'un énoncé, c'est bien lui qui détermine la norme réputée contenue dans le texte qu'il interprète. » Michel TROPER, « L'interprétation constitutionnelle » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 22.

3807 Cette théorie a fait l'objet d'un certains nombres d'aménagement, voir notamment : Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Bruylant, 2005.

3808 Otto PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation » in *R.F.D.C.*, 2002/2 n° 50, p. 279-334 ; « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », in *R.F.D.C.*, 2002/4 n° 52, p. 759-788 ; Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann » in *R.F.D.C.*, 2002/2 n° 50, p. 335-353.

3809 Otto PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 33.

« Notre thèse est qu'il s'agit en effet de données structurellement liées, mais fort discutables et d'une grande ampleur, marquant une transformation aux conséquences difficilement prévisibles des systèmes juridiques contemporains. Le problème principal réside dans la confusion entre motifs et dispositif, qualifiée ici de "logonomique" ou "paratopique". Cette confusion est explicitement revendiquée par la jurisprudence et accepté par la doctrine (I) bien qu'elle se heurte à des difficultés conceptuelles, logiques et juridiques fondamentales (II) et que ses effets produisent une immense régression qui se présenterait néanmoins comme un progrès indispensable (III). » Otto PFERSMANN, « Contre la confusion logonomique » in *L'État, le droit, le politique : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 33.

3810 Michel TROPER, « Chapitre XVII. L'interprétation de la déclaration des droits ; l'exemple de l'article 16 », *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 263-274.

3811 Voir *supra*, Chapitre 4, Section 1, § 3.

compte de la référence à la Déclaration de 1789, dans les préambules de 1946 et de 1958. Le Préambule de 1946 prévoit que : « le peuple français [...] réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 » et le préambule de la Constitution de 1958 dispose qu'il « proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 ». L'obligation de se conformer aux « idées » de 1789 serait donc à fixer à une date plus récente qu'il y a deux siècles. Néanmoins, la théorie réaliste de l'interprétation ne critique pas simplement l'obligation de se tenir à des volontés passées, mais, d'une manière plus générale, considère que l'interprète authentique ne peut être liée par aucune volonté autre que la sienne. En conséquence, d'un point de vue juridique, la Déclaration serait ce que le Conseil dit qu'elle est.

Cette position a été contestée notamment par Otto Pfersmann, qui a proposé une méthode alternative.

C. L'interprétation originaliste textualiste

904. Otto Pfersmann estime que l'interprétation de la Constitution doit reposer sur une analyse linguistique et logique³⁸¹². En conséquence, l'interprétation d'un texte n'est pas une décision, mais « une stricte activité de connaissance dont les résultats sont susceptibles d'être vrais ou faux et non [...] une activité artistique dont les résultats ne pourraient être qualifiés qu'à l'aide de jugements de valeur »³⁸¹³. En ce sens, le raisonnement du juge est susceptible d'une évaluation et d'une critique par la doctrine, puisqu'il est lui-même une interprétation doctrinale de la Constitution³⁸¹⁴. Il distingue ainsi la concrétisation organique, qui est présentée dans le dispositif d'une décision, de la concrétisation doctrinale, qui est développée dans les motifs. Pour lui, « l'interprétation au sens strict » est « la délimitation des choix admissibles, rigoureusement distincte de la question des choix souhaitables et de leur éventuelle justification »³⁸¹⁵.

D'après lui, la norme constitutionnelle résultant d'un texte se déduit, non pas de l'interprétation que donne de ce texte un interprète authentique, mais de l'étude linguistique de ce texte. De plus, la signification d'un énoncé dépend de son contexte d'adoption et il n'y a pas de changement de sens possible des dispositions constitutionnelles³⁸¹⁶. Une disposition

3812 Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, 19e éd., Dalloz, coll. « Précis », Septembre 2016, p. 101 et s.

3813 *Ibid.*, p. 102.

3814 *Ibid.*, p. 103.

3815 Otto PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 60.

« Contrairement à ce que soutiennent des conceptions naïves ou naïvement polémiques de l'interprétation, son objet n'est presque jamais l'exposé d'une solution unique, mais d'un ensemble de solutions équipossibles. » Otto PFERSMANN, « Contre la confusion logonomique » in *L'État, le droit, le politique : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 37.

3816 Otto PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution » in *L'esprit des institutions*,

constitutionnelle ne peut ainsi pas être « actualisée » puisque sa signification est fixée au moment de son adoption. De même, il estime qu'il n'est pas possible d'interpréter la Constitution à partir de principes et de valeurs qui ne seraient pas susceptibles d'être identifiées comme des normes constitutionnelles, d'après les méthodes de la théorie du droit³⁸¹⁷.

D'après cette théorie, l'interprétation de la Déclaration devrait donc reposer sur l'analyse linguistique du texte de 1789 et aurait pour objet la détermination sa signification à cette date. L'interprète ne serait donc pas absolument libre, mais pourrait avoir le choix entre plusieurs solutions « équipossibles ».

Cette théorie n'a eu que peu de succès auprès du Conseil constitutionnel et des commentateurs de ses décisions. Pour l'essentiel, ils s'en remettent à l'idée d'une liberté de l'interprète dans la détermination du contenu de la Constitution et de la Déclaration. La reconnaissance de cette liberté les conduit souvent à promouvoir des interprétations téléologiques, en particulier s'agissant de l'article 16.

§ 2. Une interprétation téléologique de l'article 16 de la Déclaration

905. La doctrine promeut une interprétation téléologique de l'article 16 de la Déclaration (A). Ces propositions d'interprétation sont parfois reprises par le Conseil constitutionnel (B).

A. La promotion par la doctrine de l'interprétation téléologique

906. L'interprétation téléologique de la doctrine (1), vise à rechercher des fondements pour des principes ne figurant pas dans la Constitution (2) et milite en faveur d'une interprétation de l'article 16, guidée par des raisons extra-juridiques (3).

1. Brève présentation de la doctrine de l'interprétation téléologique

907. L'interprétation téléologique semble être celle qui guide majoritairement l'interprétation de l'article 16 dans le cadre du contentieux constitutionnel. En France, peu de développements théoriques sont consacrés à la valorisation de l'interprétation téléologique. En revanche, cette référence est omniprésente dans les discours commentant la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 16. L'ancien président de la Cour suprême israélienne, Aharon Barak, a développé une théorie de l'interprétation téléologique de la constitution qui semble proche de celle qui sous-tend un bonne partie des discours doctrinaux français.

l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 353.

3817Otto PFERSMANN, « Droit et justice », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1 n° 33, p. 27-41 ; Otto PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 33 ; « Arguments ontologiques et argumentation juridique » in *Raisonnement juridique et interprétation*, Journée d'étude internationale organisée par Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT (14 juin 1999), Publications de la Sorbonne, 2001.

Pour Aharon Barak, l'interprétation d'un texte doit permettre de réaliser son but social³⁸¹⁸ et l'interprétation de la constitution en particulier doit être guidée par les valeurs fondamentales qui lui donne vie et constituent l'*ethos* de la nation³⁸¹⁹. Cette idée n'est pas sans rappeler celles qu'avaient pu développer les constitutionnalistes de la Troisième République quant aux principes fondamentaux de la Constitution³⁸²⁰. Duguit estimait par exemple « qu'il y a certains principes fondamentaux, non inscrits formellement dans la constitution, mais s'imposant au législateur, quel qu'il soit, même à celui qui apporte des additions à la constitution »³⁸²¹.

Ces valeurs se déduisent pour Aharon Barak de documents qu'il qualifie de fondamentaux, mais également de la jurisprudence et de l'expérience de la nation³⁸²². Une telle vision du droit constitutionnel et de ses sources fait penser aux théories des contre-révolutionnaires anglais et français³⁸²³. Pour Aharon Barak, ces valeurs peuvent notamment inclure la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice ou le principe de prééminence du droit³⁸²⁴. Les théories constitutionnalistes doctrinales sont ainsi constitutionnalisées par le biais de la référence aux « valeurs ». En outre, ces dernières sont souvent considérées comme communes aux démocraties occidentales. L'idée d'un droit public constitutionnel commun aux pays européens est par exemple souvent développée pour interpréter la jurisprudence constitutionnelle. L'article 16 sert d'ailleurs, en droit constitutionnel français, de fondement à ces « valeurs » communes énumérées par Aharon Barak. Pour lui, l'interprétation des « valeurs » doit être « actualisée », c'est-à-dire qu'elles doivent être interprétées en fonction de leur signification au moment de l'interprétation³⁸²⁵.

3818« In my worldview, the answer to the question “for what reason ?” is the following : the aim of interpretation in law is to realize the purpose of the law ; the aim of interpreting a legal text (such as a constitution or statute) is to realize the purpose for which the text was designed. Law is thus a tool designed to realize the social goal. It is intended to ensure the normal social life of the community on the one hand, and human rights, equality, and justice on the other. The history of law is a search for the proper balance between these goals, and the interpretation of the legal text must express this balance » Aharon BARAK, « Constitutional Interpretation » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 93.

3819« A constitution draws life from fundamental values that in turn are an important tool for determining its objective purpose. Fundamental values reflect a society's deeply-held viewpoints. They express a society's national ethos, its cultural legacy, its social tradition, and the entirety of its historical experience. Fundamental values like freedom, human dignity, privacy, and equality saturate constitutional texts. These fundamental values constitute the words of the constitution that require interpretation as well as the objective purpose guiding the interpretation. Additional fundamental values, external to the constitution, encompass the constitution and form part of its objective purpose. » *Ibid.*, p. 105-106.

3820Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2. C.

3821Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 677.

3822« The interpreter learns them from fundamental documents like the declaration of independence, from case law, and from the totality of the national experience. » Aharon BARAK, « Constitutional Interpretation » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 93.

3823Voir *supra*, Chapitre 5, Section 2, § 2, A.

3824« These values may include the separation of powers, judicial independence, rule of law, the preservation of the state and its security, justice, fairness, security in interpersonal relationships, and many others. The interpreter learns them from fundamental documents like the declaration of independence, from case law, and from the totality of the national experience. » Aharon BARAK, « Constitutional Interpretation » in *L'interprétation constitutionnelle*, éd. cit., p. 106.

3825« Whether or not they receive explicit mention in the constitution, fundamental values should be interpreted

L'ensemble des éléments présentés par Aharon Barak se retrouve dans le discours de la doctrine constitutionnaliste française.

2. La recherche de fondements pour des principes ne figurant pas dans la Constitution

908. L'interprétation de la Déclaration, et en particulier de l'article 16, repose sur la recherche de fondements pour des principes qui ne sont consacrés dans aucune disposition de la Constitution. Tant la consécration de la valeur constitutionnelle de la Déclaration, que la célébration du bicentenaire de la Révolution conduisent à rechercher, non pas quels principes semblent pouvoir se déduire du texte de 1789, mais plutôt à quels principes considérés comme nécessaires le texte de Déclaration pourrait servir de fondement.

La structure de l'argumentation est le plus souvent la suivante : tel principe est nécessaire, il faut lui trouver un fondement ; tel article de la Déclaration semble pouvoir convenir. Cette recherche de fondements est mise en œuvre tant pour inciter le Conseil à consacrer un principe qui n'existe pas dans sa jurisprudence, que pour lui suggérer de rattacher un principe déjà reconnu à une disposition de la Constitution. Par exemple, René Chapus suggère, en 1989, de fonder « le libre exercice du droit d'agir en justice »³⁸²⁶ « sur la disposition générale de l'article 16 de la Déclaration »³⁸²⁷.

L'article 16 s'est à cet égard révélé offrir un terrain particulièrement fertile pour la créativité de la doctrine et de la jurisprudence³⁸²⁸. Les expressions de « séparation des pouvoirs » et de « garantie des droits », par leur indétermination, sont susceptibles d'interprétations quasiment illimitées, dès lors qu'est abandonnée l'idée d'une interprétation originaliste textualiste. Ces deux concepts peuvent être théorisés et définis à l'infini et leur définition peut ensuite être projetée sur le

according to their meaning at the time of interpretation. They reflect contemporary needs. The question is not how the founders of the constitution understood liberty, but rather what it means in our modern understanding. » *Ibid.*, p. 106.

3826 Cons. const., 2 décembre 1980, n° 80-119 L, *Nature juridique de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, cons. 6.

3827 René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 200.

3828 « Il est donc indifférent de constater que l'article 16 de la Déclaration ne soit pas expressément cité dans cet ensemble de décisions puisque son contenu sert de fondement avoué à la démarche du Conseil constitutionnel. Celui-ci parvient au même résultat que s'il y avait fait explicitement référence. Les diverses dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre offrent d'ailleurs au Conseil une très grande liberté de choix, aussi bien dans les rapports entre Parlement et Gouvernement que dans les rapports entre ceux-ci et l'autorité judiciaire. Cette liberté a peut-être conduit le juge à préférer le clavier étendu de la Constitution de 1958 à l'unicité de l'article 16. Mais la similitude des conclusions est déjà très remarquable. Là encore, une interprétation fonctionnelle, plus souple, l'aura emporté sur l'exégèse étroite. Par un curieux retournement, *l'article 16, tantôt érigé en dogme, tantôt présenté comme inapplicable, aura fait, dans le bloc de constitutionnalité, une entrée d'autant plus intéressante que son champ opératoire est très fécond.* » Nous soulignons. Pierre ALBERTINI, « Article 16 » in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire analyse et commentaires* sous la direction de Gérard CONAC, Marc DEBENE, Gérard TEBOUL, Economica, 1993, p. 342.

texte de la Déclaration, sans que le lien avec la signification originelle de ce texte ne soit discuté. La question peut alors être celle de la pertinence du rattachement au texte d'un principe qui en est si éloigné. Néanmoins, la majorité de la doctrine souhaite le rattachement des principes constitutionnels à un fondement textuel. Cette double exigence de créativité et de rattachement au texte de la Constitution, qui peut sembler paradoxale, est par exemple rappelée par Jean Rivero³⁸²⁹.

Cependant, ce point est rarement évoquée de manière directe ; l'idée générale étant qu'il est souhaitable que le Conseil fonde sa jurisprudence sur un texte, même si le lien avec la signification de ce texte est extrêmement ténu. D'après la théorie réaliste, cette question reste indifférente puisque la signification juridique du texte ne dépend que de la volonté de l'interprète. En dehors des discussions théoriques, la doctrine adopte rarement une position aussi radicale et tente, pour l'essentiel, d'appuyer les nouvelles interprétations suggérées sur une forme de raisonnement, qui s'apparente souvent à des sophismes.

909. S'agissant de l'article 16, le raisonnement sophistique le plus souvent développé est le suivant. D'abord, l'auteur conceptualise le « principe de séparation des pouvoirs » ou celui de « garantie des droits ». Il offre ainsi l'image des principes plus concrets qui se déduisent d'après lui de ces principes généraux. Ensuite, il estime que les expressions de « séparation des pouvoirs » et de « garantie des droits » contenues dans l'article 16 sont la consécration constitutionnelle de deux « principes ». Enfin, il en déduit que l'article 16 offre un fondement constitutionnel à son développement théorique. Il présente ainsi sa proposition de constitutionnalisation d'un principe ne figurant pas dans la Constitution comme une simple suggestion d'actualisation de l'interprétation de la Déclaration. Le caractère jusnaturaliste de cette conception du droit, d'après laquelle les principes « nécessaires » devraient recevoir une consécration constitutionnelle, est dissimulée derrière ce qui est présenté comme une simple question d'interprétation constitutionnelle.

910. En outre, la doctrine met fréquemment en avant la nécessité de combler les « lacunes »³⁸³⁰ de la Constitution par une interprétation créative de ses dispositions. Ces lacunes apparaissent par comparaison avec le droit de l'Union ou l'idéal constitutionnel de l'auteur qui les identifie. Ce raisonnement s'apparente également à une forme de jusnaturalisme : la Constitution devrait contenir

3829Jean RIVERO, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 87.

3830La littérature sur cette question est extrêmement abondante, voir notamment Otto PFERSMANN, « Lacunes », *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Stéphane RIALS, Denis ALLAND, Presses Universitaires de France, 2003, p. 911-913 ; Julien JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Avril 2016.

tel ou tel principe, il faut donc lui trouver un fondement. Bertrand Mathieu estime par exemple que le Conseil constitutionnel a « opportunément redécouvert » l'article 16 pour donner « un ancrage constitutionnel » à de nouveaux principes et que cette « mutation » s'était réalisée grâce à « un stimulant extérieur [...] les jurisprudences européennes »³⁸³¹.

L'idée d'un comblement des lacunes constitutionnelles par la jurisprudence avait été initialement exclue par une partie de la doctrine. Georges Vedel estimait qu'étant donné que « la Constitution dont le Conseil constitutionnel assure le respect est un texte écrit », ce dernier ne serait pas, contrairement au Conseil d'État, libre de dégager des principes généraux³⁸³². En conséquence, la Constitution ne comporterait pas de lacunes :

« On doit dire que, en droit, la Constitution ne saurait comporter de vraies lacunes. Ce que l'on appellerait des lacunes, en effet, se rapporterait à l'absence de règles que l'on jugerait désirables. Mais que veut dire le silence de la Constitution ? Il signifie que la décision jugée désirable revient au législateur qui, s'il "n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution", l'exprime valablement dans les matières pour lesquelles la Constitution ne comporte aucune prescription positive ou négative. C'est donc à lui de combler la prétendue "lacune" qui, en droit, n'est qu'une illusion. »³⁸³³

D'après ce point de vue, si la Constitution ne prévoit pas un droit ou un principe, c'est que ce principe n'a pas valeur constitutionnelle. Cette exclusion des « lacunes » de la Constitution n'a pas prévalu en doctrine et la démarche suivie a donc consisté à chercher des fondements textuels aux principes considérés comme nécessaires. La doctrine a ainsi milité en faveur du comblement des « lacunes » par le Conseil, notamment en ayant recours à une interprétation « créative » des dispositions constitutionnelles.

Ces interprétations sont téléologiques. L'article 16, par son indétermination, permettrait ainsi d'offrir un fondement constitutionnel à un principe n'en ayant apparemment pas, tel que le droit au recours, qui ne figure dans ni dans la Déclaration, ni dans le Préambule de 1846, ni dans la Constitution. L'article 16 est donc souvent présenté comme la disposition constitutionnelle permettant de « suppléer les lacunes du texte constitutionnel »³⁸³⁴.

Les raisons invoquées pour justifier la consécration d'un nouveau droit ou principe sont alors extérieures à l'interprétation du texte de la Constitution, lui-même.

3831 Bertrand MATHIEU, Préface, Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » L.G.D.J., 2005.

3832 Georges VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 51.

3833 *Ibid.*, p. 51-52.

3834 Laure MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Avril 2006, p. 80.

3. Une interprétation justifiée par des raisons extra-juridiques

911. Les raisons invoquées par la doctrine sont de plusieurs ordres. L'article de Régis Fraisse consacré à l'article 16 expose les « causes » de « l'interprétation créatrice » du Conseil³⁸³⁵. Cette explication de la jurisprudence constitutionnelle reprend les arguments souvent avancés pour justifier l'actualisation de l'article 16. Il expose ainsi « raisons » qui auraient « déterminé la démarche » du Conseil notamment la volonté de l'institution de « répondre aux sollicitations » et d'« éviter le déclin »³⁸³⁶.

912. L'argument tiré de la réponse aux sollicitations renvoie à l'idée d'une forme de pression qui serait exercée par la doctrine juridique et les auteurs des saisines. Le fait pour la doctrine et les saisines de réclamer que le Conseil consacre un principe sur un article déterminé aurait ainsi directement influencé l'interprétation de la Déclaration qu'il en donne. Cet activisme doctrinal, associé à celui des saisissants, aurait revêtu deux aspects.

En premier lieu, il aurait conduit le Conseil à « rattacher » à l'article 16 le droit au recours auquel il avait déjà reconnu valeur constitutionnelle par ailleurs³⁸³⁷. En second lieu, dans les années 1990, la doctrine aurait incité le Conseil à consacrer de nouveaux principes et « à développer son interprétation créatrice de l'article 16 »³⁸³⁸. Régis Fraisse cite à cet égard les travaux de Bertrand Mathieu, de Thierry Renoux et de François Luchaire³⁸³⁹. L'activisme doctrinal et ses propositions d'interprétation constructive auraient donc joué un rôle dans le développement d'une jurisprudence créative. La perspective réaliste de l'interprétation retenue par la doctrine aurait en retour incité le Conseil à se considérer également comme plus libre dans son interprétation.

913. L'argument tiré du déclin est l'expression explicite de la volonté de constitutionnaliser des exigences tirées du droit européen. D'après Régis Fraisse, le Conseil « ne pouvait rester sans réagir » face au développement du contrôle de conventionnalité de la loi par les juridictions administratives et judiciaires³⁸⁴⁰. L'idée avancée est qu'il serait souhaitable de parvenir à une équivalence des droits

3835 Régis FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44, Juin 2014, p. 15.

3836 *Ibid.*, p. 15-20.

3837 *Ibid.*, p. 16.

3838 *Ibid.*, p. 16.

3839 *Ibid.*, p. 16-17.

3840 « Le refus, en 1975, du Conseil constitutionnel de contrôler la supériorité des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés sur les lois en application de l'article 55 de la Constitution et son souhait de voir les juges ordinaires exercer ce contrôle, ce qu'ils ont fait avec les arrêts Café Jacques Vabre du 24 mai 1975 et Nicolo du 20 octobre 1989, ont profondément modifié le paysage juridictionnel français.

« Ils ont institué une concurrence au niveau européen et au niveau national. Il ne faut donc pas s'étonner de lire, à la fin des années quatre-vingt-dix, quelques années après l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois postérieures, des articles aux titres provocateurs : “Mais qui contrôle la loi française ? Le déclin annoncé du Conseil

entre les droits constitutionnels européen et interne afin d'opérer un contrôle de conventionnalité, déguisé en contrôle de constitutionnalité, dans le cadre du contrôle du Conseil constitutionnel. Du point de vue strictement juridique, rien ne justifie un tel argument. Il se pourrait qu'un droit ne bénéficie d'une protection qu'en droit européen et non en droit constitutionnel interne, et réciproquement. La distinction des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité incite d'ailleurs à penser qu'il s'agit d'ordres juridiques distincts. Pourtant, cette distinction même est utilisée pour justifier la transposition en droit constitutionnel interne, de droits et principes tirés du droit européen. L'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 16 participe de cette logique.

L'article 16 est présenté comme le réceptacle parfait des principes du droit européen n'ayant pas de fondement constitutionnel textuel. Régis Fraisse estime ainsi que « le Conseil constitutionnel a su tirer parti de la plasticité de l'article 16 tant pour assurer la garantie des droits que pour concilier les différentes exigences constitutionnelles »³⁸⁴¹ et qu'il « n'a plus à rougir face aux standards internationaux, dont le Conseil constitutionnel s'est inspiré »³⁸⁴².

914. Les raisons présentées par lui pour expliquer l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle sont donc étrangères à la question de l'interprétation du texte constitutionnel, mais relève de considérations de politique jurisprudentielle, essentiellement tirée de l'idée qu'il serait nécessaire que le Conseil constitutionnel mette en œuvre un contrôle comparable à celui exercé par les Cours européennes, et dispose à cette fin d'un catalogue de droits similaires.

B. La reprise partielle des interprétations doctrinales par le Conseil constitutionnel

915. La doctrine a essentiellement utilisé l'article 16 pour militer en faveur de quatre principes et est parvenue à faire consacrer trois d'entre eux par le Conseil constitutionnel. Ces quatre principes sont : un contrôle de constitutionnalité des lois (1) ; un principe de séparation des pouvoirs qui garantirait l'indépendance des juridictions et l'autonomie réciproque du chef de l'État et du Gouvernement, d'une part, et des assemblées parlementaires, de l'autre (2) ; un droit à un procès équitable dans un sens proche de celui consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après *Convention EDH*) (3) ; des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, dans un sens proche de ceux consacrés par le droit de l'Union et de la Convention EDH (4).

constitutionnel" ou "Le Conseil constitutionnel a-t-il un avenir derrière lui ?" » *Ibid.*, p. 17.

³⁸⁴¹*Ibid.*, p. 20.

³⁸⁴²*Ibid.*, p. 21.

1. Le contrôle de constitutionnalité des lois

916. L'idée que la garantie des droits, la séparation des pouvoirs ou l'existence d'une constitution écrite ou rigide justifieraient la compétence des juges ordinaires pour exercer un contrôle de constitutionnalité des lois est très ancienne. Elle se trouve par exemple dans la motivation de l'arrêt *Marbury contre Madison* de la Cour suprême des États-Unis du 24 février 1803, rédigée par le juge Marshall. Elle fut développée par la doctrine constitutionnaliste de la Troisième République et fut parfois défendue sous la Cinquième République.

917. Sous la Troisième République, une réelle campagne a été menée par plusieurs juristes en faveur de la reconnaissance, par les juges eux-mêmes, de leur compétence en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi³⁸⁴³. Cette idée est notamment présentée par Duguit, Hauriou, Joseph-Barthélemy et Duez³⁸⁴⁴.

Hauriou écrit dans son *Précis* : « Des moyens pratiques de réaliser en France le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. – Il n'y a qu'à le vouloir et à faire une campagne devant l'opinion publique afin d'encourager les juges à préserver dans une voie où déjà ils sont entrés. Il n'est pas besoin d'un texte constitutionnel, car la compétence des juges est le droit. »³⁸⁴⁵

Cette idée est également longuement défendue par Duguit qui estime que le contrôle de constitutionnalité des lois se déduit à la fois du principe de séparation des pouvoirs³⁸⁴⁶ et de l'obligation de l'État « de se donner une organisation intérieure et de prendre des mesures telles que se trouve réduit au minimum le danger de [la] violation [des droits individuels] »³⁸⁴⁷. Il se fonde alors notamment sur l'article 16, et la double référence à la garantie des droits et à la séparation des pouvoirs qui y figure, pour justifier son raisonnement :

« Les déclarations et les constitutions de l'époque révolutionnaire ont indiqué quelle était la règle de l'organisation interne qui était la condition essentielle de la garantie des droits. À l'article 16 de la Déclaration de 1789, on lit [...] à l'article 24 de la Déclaration [de 1793], il est dit : [...] L'article 22 de la Déclaration des droits de l'an III, indique la séparation des pouvoirs comme la condition de la garantie des droits. De tout cela il résulte que dans le système de nos déclarations existe pour l'État l'obligation de réaliser la sûreté des citoyens, d'organiser la garantie des droits par la création d'un régime politique dont l'élément essentiel sera la séparation des pouvoirs, ou du moins la limitation des fonctions. »³⁸⁴⁸

3843« Depuis quelques années s'est produit dans la doctrine française un mouvement très net auquel j'adhère pleinement. On soutient que les tribunaux français ont, comme les tribunaux américains, le pouvoir et même le devoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux et d'écarter l'application de toute loi qu'ils jugent inconstitutionnelle. » Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 670.

3844Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 670-271.

3845Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2ème éd., Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 307.

3846Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 588.

3847Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 662.

3848Nous soulignons. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 663.

« En invoquant ces deux textes [l'article 10 du titre II de la loi du 16 août 1790 et l'article 3 du chapitre V du titre III de la constitution de 1791] pour déclarer non recevable l'exception d'inconstitutionnalité, la doctrine et la jurisprudence françaises étaient certainement dans l'erreur. Ces textes, en effet, n'étant qu'une application du principe de la séparation des pouvoirs, et si, comme je viens de le montrer, celui-ci impliquait pour les juges le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et de refuser d'appliquer toute loi inconstitutionnelle, on ne pouvait pas invoquer ces articles pour prétendre que les tribunaux n'avaient point compétence à cet effet. »³⁸⁴⁹

Pour Duguit, l'article 16, et la nécessité de garantie des droits et le principe de séparation des pouvoirs qu'il énonce, justifient la compétence du juge ordinaire pour opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Il invoque également la notion d'État de droit, qu'il semble implicitement rapprocher de celle de garantie des droits³⁸⁵⁰.

La doctrine dite « classique » tente ainsi de théoriser un concept d'État de droit et l'idée qu'il imposerait en lui-même un certain régime juridique. Cet idéal n'aurait qu'à être théorisé pour être obligatoire. Il en irait ainsi du contrôle de constitutionnalité des lois. Hors de tout texte, il devrait être mise en œuvre par les juridictions en raison de sa justice intrinsèque, constatée par la comparaison avec les autres régimes juridiques et en particulier le régime américain. La quête de vérité du droit, propre à Hauriou et Duguit, les conduit à élaborer ce droit commun constitutionnel.

La tradition d'une réclamation doctrinale d'un activisme jurisprudentiel au nom de principes considérés comme supérieurs est donc ancienne. Elle se perpétue notamment avec Louis Favoreu qui défend, dans sa thèse parue en 1964, l'idée que l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois représente une « lacune dans l'organisation juridictionnelle »³⁸⁵¹.

918. L'invocation de l'article 16 pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois n'a pas pris fin avec l'institution du Conseil constitutionnel. Robert Badinter estime par exemple, en se fondant sur l'article 16, que « dans la mesure où cette Déclaration est, et doit demeurer, le fondement de notre législation, le contrôle de constitutionnalité s'impose. Parler de la garantie des droits ne suffit pas, encore faut-il l'assurer ; et pour l'assurer, il faut un contrôle de constitutionnalité »³⁸⁵². Avant l'instauration de la QPC, l'idée que le juge ordinaire est compétent

3849Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., III, 1923, p. 669-670.

3850« Dans la première édition de cet ouvrage, j'avais, après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux. J'étais dans l'erreur, et aujourd'hui j'accepte, sans hésiter, la solution que je viens d'exposer à la suite des éminents juristes que j'ai nommés. Il me paraît évident qu'elle est la conséquence nécessaire et logique de la hiérarchie des lois. J'estime en outre, que parmi les textes du droit positif français, il n'en est aucun qui s'oppose à ce qu'on reconnaisse ce pouvoir à nos tribunaux. Bien au contraire, comme je l'ai dit plus haut, les textes qui consacrent le principe de la séparation des pouvoirs le leur donnent implicitement. J'ajoute qu'un pays dans lequel on ne reconnaît pas ce droit aux juridictions ne vit pas véritablement sous un régime d'État de droit. » *Ibid.*, p. 673-674.

3851Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., 1964, p. 320.

3852Robert BADINTER, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2014/4, n° 100, p. 779.

pour exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est encore défendue dans la thèse de Julien Bonnet parue en 2009³⁸⁵³, en s'appuyant sur l'article 16.

Cette interprétation créative de l'article 16 est critiquée par certains historiens du droit. François Saint-Bonnet considère ainsi que la doctrine constitutionnaliste se prévaut « assez artificiellement de l'héritage de 1789 » lorsqu'elle infère de la référence à la garantie des droits figurant à l'article 16 le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois³⁸⁵⁴.

919. Cette interprétation de l'article 16 comme habilitation du juge ordinaire à opérer un contrôle de constitutionnalité des lois n'a pas été reprise par la jurisprudence. Les autres propositions doctrinales ont eu plus de succès.

2. Le principe de séparation des pouvoirs : d'un principe méta-constitutionnel à une norme de droit constitutionnel positif

920. Le Conseil constitutionnel invoque assez tôt dans sa jurisprudence un « principe de séparation des pouvoirs »³⁸⁵⁵, sans pour autant le rattacher à un texte. En parallèle la doctrine a commenté la jurisprudence constitutionnelle qui semblait pouvoir se rattacher au principe de séparation des pouvoirs³⁸⁵⁶. La séparation des pouvoirs n'est plus simplement considérée un principe méta-constitutionnel qui fait l'objet d'une concrétisation par la Constitution et la législation, mais il devient également un principe à valeur constitutionnelle directement appliqué par le Conseil.

À partir de la fin des années 1990, une partie de la jurisprudence relative à la séparation des

3853« En outre, l'article 16 de la DDHC exprime clairement le lien entre la séparation des pouvoirs et la protection des droits et libertés : [...]. Ce texte fondateur de l'ordre constitutionnel français a vu son domaine d'action originel redéployé, grâce au travail de recombinaison de la notion de Constitution auquel la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit. Face au "déclin de la Constitution-séparation des pouvoirs" correspond "l'émergence de la Constitution-garantie des droits des gouvernés" qui est directement issue de la création et du fonctionnement du Conseil constitutionnel.

« Les manifestations de cette nouvelle lecture de l'article 16 de la déclaration de 1789, qui finalement correspond à sa lettre se constatent à la lumière des nombreux droits et libertés qui en découlent. [...] cette nouvelle lecture de l'article 16 de la DDHC est plutôt une incitation à un revirement de jurisprudence, afin que les droits des individus soient assurés, même à l'encontre des lois promulguées. » Julien BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, p. 297-298.

3854François SAINT-BONNET, « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l'oeil. Actualité de l'autre Montesquieu » in *Droits*, n°43, 2006, p. 17.

3855Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2, E.

3856Voir par exemple, René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 181 ; Pierre AVRIL, « La séparation des pouvoirs aujourd'hui » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 295 ; Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi » in *Pouvoirs*, 2012/4, n° 143, p. 89-103.

pouvoirs est fondée sur l'article 16, et le contenu de ce principe est considéré, par la majorité de la doctrine, comme librement déterminé par le Conseil³⁸⁵⁷. La jurisprudence développée est partiellement influencée par l'activisme doctrinal en faveur, d'une part, d'une consécration de l'autonomie respective de « l'exécutif » et du « législatif » et, de l'autre, de la reconnaissance de l'indépendance des juridictions.

921. L'article de René Chapus, consacré aux fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, paru à l'occasion du bicentenaire, reflétait cette double exigence en analysant « la séparation des pouvoirs et l'indépendance du gouvernement »³⁸⁵⁸ et « la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juridictions »³⁸⁵⁹. Il relève à cette occasion que « dans l'état actuel du droit, la seule référence possible, notamment pour les juridictions, au principe de la séparation des pouvoirs est la référence à l'article 16 de la Déclaration. »³⁸⁶⁰ Bien que la jurisprudence ne fasse pas, à cette date, expressément référence à l'article 16, il s'agit pour René Chapus d'une référence implicite³⁸⁶¹.

S'agissant de l'indépendance des juridictions, les travaux de Thierry Renoux ont été dédiés à sa consécration jurisprudentielle et à la possibilité de la rattacher à l'article 16 de la Déclaration. Dans la tradition classique de la doctrine constitutionnaliste, il interprète l'article 16 à la lumière de l'*Esprit des lois*, estimant que Montesquieu est l'auteur de cette théorie et qu'il exprime la véritable séparation des pouvoirs. Il suggère ainsi implicitement de donner valeur constitutionnelle au chapitre VI du livre XI de l'*Esprit des lois*³⁸⁶². Dans un article paru en 1991, cette réinterprétation de

3857« L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme affirme, on le sait, que "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Sur le fondement de cette disposition, la séparation des pouvoirs a été qualifiée de "principe constitutionnel" : dans la jurisprudence du Conseil en effet, il ne s'agit pas d'une théorie mais d'un principe dont la valeur est constitutionnelle. Ce n'est donc pas tant à une construction intellectuelle qu'il se réfère, mais bien à un principe normatif dont il tire certaines implications touchant aux rapports entre les institutions. Si la théorie est ancienne et a fait l'objet de diverses interprétations, le principe de la séparation des pouvoirs est, quant à lui, un principe de droit positif dont le contenu actuel peut être identifié à travers des décisions du Conseil constitutionnel. Aussi l'actualité du concept s'exprime-t-elle, au moins partiellement, dans la jurisprudence constitutionnelle. Garant du respect des normes constitutionnelles, le Conseil est ainsi gardien de la séparation des pouvoirs ou, du moins, de ce qu'il estime être inhérent à ce concept. » Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 90.

3858René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 194.

3859Ibid., 1989, p. 196.

3860Ibid., p. 193.

3861« On observera aussi que, si les juridictions ne peuvent pas ignorer le principe, il n'est pas très fréquent qu'elles en fassent état ; c'est-à-dire qu'il n'existe qu'assez peu de prolongements jurisprudentiels explicites de l'article 16 de la Déclaration.

« La réalité, toutefois, de prolongements implicites n'est pas douteuse. Ils sont faits de solutions tendant à protéger l'exercice indépendant de leurs fonctions, tant par le gouvernement que par les juridictions. » Ibid.

3862Voir notamment Thierry RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit*

La séparation des pouvoirs et de l'article 16 guidée par l'analyse de Montesquieu, le conduit à considérer que : « jusqu'à présent, la pratique française a donc retenu une lecture partielle de la pensée de Montesquieu et de la doctrine de la séparation des pouvoirs, faisant de la séparation un principe *opposé au juge* et non un principe de la garantie des droits *par le juge*. »³⁸⁶³. Il fait ensuite l'éloge de la jurisprudence constitutionnelle en soulignant son « apport considérable [...] dans la redécouverte de la doctrine de la séparation des pouvoirs qu'il va élever au rang de *principe constitutionnel* »³⁸⁶⁴ et suggère de rattacher la jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs à l'article 16.

922. À la suite de ces développements doctrinaux, plusieurs saisines invoquent l'article 16 pour se prévaloir du principe de séparation des pouvoirs. Le pouvoir de sanction reconnu au CSA est considéré par la saisine comme une atteinte au « principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, affirmé solennellement par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme »³⁸⁶⁵. À l'occasion de cette décision, le Conseil estime qu'il n'y a pas d'atteinte à l'article 16³⁸⁶⁶, se référant pour la première fois à cet article dans sa jurisprudence, même si le lien entre l'article 16 et le principe n'est encore qu'implicite.

Le principe de séparation des pouvoirs et l'article 16 sont invoqués par plusieurs autres saisines à la suite de cette décision³⁸⁶⁷, notamment en 1989, pour fonder l'indépendance des juridictions³⁸⁶⁸ et, en 1997, pour contester le pouvoir de sanction d'une autorité administrative³⁸⁶⁹. Néanmoins, le Conseil n'utilise plus, pendant dix ans, l'article 16 comme fondement de cette norme constitutionnelle. Il la rattache pour la première fois explicitement à cette disposition en 1998³⁸⁷⁰. Depuis 2010, ce rattachement est quasiment systématique, à l'exception notable de la jurisprudence relative à la « conception française de la séparation des pouvoirs », qui reste fondée sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République³⁸⁷¹.

Un processus similaire peut s'observer à propos du droit au juge et au procès équitable.

constitutionnel juridictionnel, Coll. « droit public positif », Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1984, p. 22-24 ; Thierry RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France » in *Recueil Dalloz*, 1991, p. 169.

3863Thierry RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France » in *Recueil Dalloz*, 1991, p. 169.

3864*Ibid.*, p. 169.

3865Saisine, Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, préc.

3866Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, préc., cons. 32.

3867Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, préc., cons. 13 ; 22 avril 1997, n° 97-389 DC, préc., cons. 29.

3868Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, préc., cons. 70.

3869Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, préc., cons. 29.

3870Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 46.

3871Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, § 2, E.

3. Le droit au juge et au procès équitable

923. François Luchaire développe, dans un article paru en 1982, l'idée que le « droit à la justice » pourrait trouver son fondement dans l'article 16 car « le droit à la justice est aussi l'un de aspects de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 et dont la valeur constitutionnelle a été rappelée par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. 23 mai 1979, p. 27 et 22 juillet 1980). En effet, l'existence du "Pouvoir" judiciaire suppose que chacun puisse saisir le juge et obtenir de lui une décision juridictionnelle. »³⁸⁷² S'inspirant de ces enseignements, Bertrand Mathieu proposait également dans sa thèse de fonder le droit au juge sur l'article 16³⁸⁷³.

924. Par la suite, la réinterprétation de la notion de garantie des droits conduit à considérer qu'elle implique, par elle-même l'existence d'un droit au recours³⁸⁷⁴. Le développement de la jurisprudence européenne amène la doctrine à rechercher un fondement possible du droit au procès équitable figurant dans l'article 6§1 de la Convention EDH.

En 1993, l'article 16 est invoqué par les requérants pour fonder le droit au recours, et le Conseil estime « que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours ; [...] le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration

3872 François LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil » in *R.T.D.Civ.*, 1982, p. 278.

3873 Bertrand MATHIEU, *Les « validations » législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, coll. « Droit public positif », Economica, 1987, p. 276.

3874 Thierry RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel » in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 19, 12 Mai 1993.

« C'est ici le lieu de rappeler la force du message universel délivré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en son article 16 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution".

« En d'autres termes, les réquisits révolutionnaires énoncent que si l'efficacité des droits participe sans conteste de l'accomplissement de l'œuvre constituante, celle-ci n'est en mesure de parachever son destin qu'en s'appuyant également sur un agencement bien ordonné des pouvoirs publics eux-mêmes et ménageant tout autant l'équilibre que la collaboration des détenteurs de la puissance publique. Cela suppose non seulement des compétences clairement définies et réparties (qui fait quoi ?), une hiérarchie des normes correctement pensée mais également une perception immédiate des fondements de légitimité des organes du pouvoir (au nom de qui telle ou telle action s'exécute-t-elle ?), sans oublier la subordination de tous les organes du pouvoir au contrôle juridictionnel. » Nous soulignons. Patrick GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.F.D.C.*, 2004/2, n° 58, p. 227-246.

« La garantie des droits est un des fondements des démocraties occidentales. L'affirmation selon laquelle certains droits et libertés sont garantis par l'État, qu'ils ne peuvent être réglementés que dans les strictes limites nécessaires au respect d'autres droits ou libertés ou de l'intérêt général et que ces limitations, établies par un pouvoir choisi par ceux à qui elles s'adressent, puissent être contestées devant un juge indépendant et impartial constitue le fondement de la démocratie et de l'État de droit. C'est à ces éléments que le présent article renvoie. La mise en œuvre de ces principes est une lente progression des pays occidentaux vers ce modèle démocratique occidental contemporain. Commencée avec la Grande Charte de 1215 qui affirme pour la première fois (art. 39) l'interdiction des arrestations arbitraires (*habeas corpus*) et l'accès à un procès régulier (*due process*) en passant par l'"Acte d'*habeas corpus*" de 1679 et le *Bill of rights* de 1689, cette quête est d'abord anglaise. Ensuite, la même année, la France, par la Déclaration du 26 août 1789, et les États-Unis, par les dix premiers amendements à la Constitution (adoptés par le Congrès le 26 septembre 1789 et entrés en vigueur le 15 décembre 1791), donneront aux droits et libertés valeur constitutionnelle. » Nous soulignons. Commentaire de l'article 16, Michel LASCOMBE, Xavier VANDENDRIESSCHE, Christelle de GAUDEMONT, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2018*, 7e éd., Dalloz, coll. « Codes Dalloz Universitaires et Professionnels », Septembre 2017.

des droits de l'homme et du citoyen manque en fait »³⁸⁷⁵. Le Conseil considère alors, pour la première fois, implicitement, que l'article 16 est le fondement du droit au recours.

Cette reconnaissance devient explicite en 1996, dans la décision, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, dans laquelle il estime « qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »³⁸⁷⁶.

La jurisprudence ultérieurement développée sur le fondement de l'article 16 conduit les spécialistes de droit européen à considérer que « l'interprétation européenne de l'article 6 de la CEDH a sûrement été une source d'inspiration pour le juge constitutionnel français »³⁸⁷⁷ ; ou encore que « le Conseil constitutionnel ne cesse d'enrichir le droit au juge tiré de l'article 16 de la Déclaration par des droits inspirés très clairement des textes et de la jurisprudence européenne »³⁸⁷⁸. Il s'agirait donc d'une « interprétation constructive » qui consisterait en une « lecture de la Déclaration à la lumière des normes européennes »³⁸⁷⁹.

Deux autres principes largement inspirés du droit européen sont également fondés sur l'article 16, ceux de sécurité juridique et de confiance légitime.

4. Le principe de sécurité juridique et de confiance légitime

925. Le Conseil n'a pas reconnu explicitement valeur constitutionnelle à un « principe de sécurité juridique ». Il a néanmoins consacré un ensemble de droits et de principes qui s'y rattache dans la présentation que la doctrine et la jurisprudence des Cours européennes donnent de ce principe³⁸⁸⁰.

En 1999, une saisine se prévaut des principes de sécurité juridique et de confiance légitime en se fondant sur l'article 16. Le Conseil refuse de reconnaître expressément valeur constitutionnelle à ces deux principes et semble vouloir se distancier de l'interprétation des requérants en soulignant que c'est uniquement « selon eux » qu'ils seraient garantis « par les

3875 Cons. const. 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 4.

3876 Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

3877 Laure MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Avril 2006, p. 82.

3878 Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Prééminence du droit et État de droit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et dans l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 » in Hélène GAUDIN, *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Novembre 2017, p. 9. p. 16.

3879 Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Prééminence du droit et État de droit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et dans l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 » in Hélène GAUDIN, *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Novembre 2017, p. 9. p. 16-17.

3880 Sur ce point voir Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » L.G.D.J., 2005.

articles 2 et 16 de la Déclaration de 1789 »³⁸⁸¹. Il rejette les arguments de la saisine en considérant que « le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive », mais que le législateur ne peut adopter des dispositions fiscales rétroactives « qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »³⁸⁸², sans rattacher cette jurisprudence à l'article 16.

926. Le Conseil a fait progressivement évoluer sa jurisprudence à compter des années 2000.

Depuis 2005, le Conseil estime également que le législateur « méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »³⁸⁸³. En 2013, il a également reconnu valeur constitutionnelle au principe d'attente légitime en estimant le législateur ne saurait « sans motif d'intérêt général suffisant, [...] remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »³⁸⁸⁴.

L'article 16 sert aussi à encadrer la modification rétroactive d'une règle de droit³⁸⁸⁵, les validations législatives d'actes administratifs³⁸⁸⁶ ou de droit privé³⁸⁸⁷. En combinaison avec l'article 4 de la Déclaration, il protège contre les atteintes portées aux contrats légalement conclus³⁸⁸⁸. En 2013, le Conseil a modifié cette jurisprudence pour la rapprocher encore davantage de la jurisprudence européenne en considérant qu'il faut que « l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général »³⁸⁸⁹, et non plus simplement par un motif d'intérêt général suffisant.

Enfin, en combinaison avec les articles 4, 5 et 6, l'article 16 sert de fondement à « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi »³⁸⁹⁰, depuis 2002.

L'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle relative à la sécurité juridique, et fondée

3881Cons. const., 18 décembre 1998, n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 4.

3882Cons. const., 18 décembre 1998, n° 98-404 DC, préc., cons. 5.

3883Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45.

3884Cons. const., 28 mars 2014, n° 2014-386 QPC, *Collectivité de Saint-Barthélemy [Dotation globale de compensation]*, cons. 15.

3885Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 18-19.

3886Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 64 ; 29 décembre 1999, n° 99-425 DC, *Loi de finances rectificative pour 1999*, cons. 8.

3887Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 34-35.

3888Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4.

3889Cons. const., 14 février 2014, n° 2013-366 QPC, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]*, cons. 3.

3890Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, cons. 9.

sur l'article 16, semble donc largement inspirée du droit européen³⁸⁹¹.

927. En matière de contentieux constitutionnel, à la suite d'un important activisme doctrinal, le Conseil constitutionnel a mobilisé l'article 16 pour « combler » les supposées « lacunes » de l'ordre constitutionnel français, le plus souvent en vue de le faire correspondre à l'ordre constitutionnel européen. Les années 1980 ont correspondu à l'essor de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la doctrine s'intéressant à cette production. Assez vite est apparu un mode de raisonnement partant des principes qu'il serait souhaitable de voir consacrés par la jurisprudence, et cherchant ensuite les fondements possibles de ces principes apparemment manquants. Ce « manque » apparaît particulièrement par comparaison avec les garanties qu'offre le droit européen. Dans ce cadre, l'article 16 promettant d'assurer la garantie des droits, permet de consacrer n'importe quel droit subjectif jugé important sur son fondement.

Ainsi, le Conseil a progressivement transposé en droit interne les exigences tirées du droit au procès équitable et du principe de sécurité juridique en se fondant sur l'article 16. Tant s'agissant du « principe » de séparation des pouvoirs que de celui de garantie des droits, le Conseil a consacré sur le fondement de cette disposition les éléments jugés nécessaires au fonctionnement constitutionnel du régime politique.

Le recours à l'article 16 participe également d'une stratégie de légitimation ; il sert d'argument d'autorité. Il évite enfin au Conseil de développer un argumentaire détaillé et peut être invoqué comme une sorte de blanc-seing duquel peut « résulter » ou « découler » de nombreux droits ou principes. Il permet alors aussi bien de transposer en droit interne des principes du droit de l'Union européenne, que de codifier les principes de la jurisprudence dépourvus de fondements, ou encore d'imposer une certaine conception de la séparation des pouvoirs.

Il est en conséquence possible de considérer que l'article 16 sert en réalité au Conseil constitutionnel à exercer un pouvoir constituant, hors de toute habilitation.

§ 3. L'exercice d'un pouvoir constituant par le Conseil constitutionnel au moyen de l'article 16

928. L'article 16 est conçu initialement comme un article permettant de déterminer si une société

3891« C'est surtout la substitution du principe de séparation des pouvoirs et du droit au recours juridictionnel au principe de l'indépendance des juridictions qui est remarquable. Le Conseil remplace ainsi la logique institutionnelle par une logique fondée sur la garantie des droits ; le principe de séparation des pouvoirs et le droit au recours sont en effet tous deux fondés sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 en ce qu'il fait référence à la garantie des droits [...] Certes, la logique formelle est en partie maintenue puisque le Conseil utilise le principe de séparation des pouvoirs en sus du droit au recours, mais l'évolution n'en est pas moins essentielle. Elle témoigne notamment de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le juge constitutionnel français. » Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » L.G.D.J., 2005, p. 345.

a ou non une constitution ; il permet de légitimer une révolution lorsque l'organisation politique de l'État ne correspond pas à l'idéal qu'il formule. C'est d'ailleurs la critique de Bentham vis-à-vis de la Déclaration : elle autorise une révolution perpétuelle³⁸⁹². L'article 16 vise ainsi à définir ce qu'est une constitution, et ce qu'elle doit faire pour être valide³⁸⁹³. Il permet simplement de déterminer si une société a une constitution, qu'elle doit respecter, ou si, au contraire, elle en est dépourvue et peut entamer un processus constituant.

929. D'un point de vue originaliste, si l'article 16 devait faire l'objet d'une application par un juge constitutionnel, il ne pourrait servir qu'à contrôler les révisions constitutionnelles. Le juge devrait alors apprécier si la révision constitutionnelle met en péril la détermination de la séparation des pouvoirs ou conduit à ce que ne soit plus assurée la garantie des droits. La détermination de cette séparation et l'assurance de cette garantie ne peuvent en revanche qu'être déterminées par le constituant qui dispose d'une large marge d'appréciation dès lors qu'il respecte la distinction des fonctions législative et exécutif, la hiérarchisation de ses fonctions et qu'il parvient à instaurer une organisation étatique qui garantisse effectivement les droits.

La Constitution de 1791 ne réaffirme d'ailleurs pas dans son texte les principes de séparation des pouvoirs et de garantie des droits. Elle prévoit les droits que la Constitution garantit dans un titre premier et détermine la séparation des pouvoirs dans le titre III consacré aux pouvoirs publics. L'article 16 a donc un statut comparable au droit de résistance à l'oppression : il justifie la Révolution. Comme l'article 16, le droit de résistance n'est pas réaffirmé dans la Constitution ; il n'est pas consacré dans les dispositions fondamentales³⁸⁹⁴, puisqu'il ne peut que difficilement faire partie du droit positif³⁸⁹⁵. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs jamais fondé aucune de ses décisions sur le fondement du droit de résistance à l'oppression. La seule référence implicite à ce

3892« *The Revolution, which threw the government into the hands of the penmen and adopters of this declaration, having been the effect of insurrection the grand object is evidently to justify the cause. But by justifying it they invite it: in justifying past insurrection, they plant and cultivate a propensity to perpetual insurrection in time future. They sow the seeds of anarchy broadcast: in justifying the demolition of existing authorities, they undermine all future ones, their own consequently in the number. [...] People, behold your rights: let a single article of them be violated, insurrection is not your right only, but 'the most sacred of your duties'.* » *Op. cit.*, p. 319-320.

« La Révolution, qui a jeté le gouvernement aux mains des rédacteurs de cette déclaration et de ceux qui l'on adoptée, ayant été l'effet de l'insurrection, son objet majeur est évidemment de justifier la cause. Mais en la justifiant, ils la suscitent : en justifiant l'insurrection passée, ils sèment et cultivent une propension à l'insurrection permanente dans les temps futurs. Ils sèment les germes de l'anarchie à l'étranger : et, justifiant la destruction des autorités existantes, ils affaiblissent toutes les autorités futures, y compris la leur par conséquent. [...] Peuple, veillez à vos droits : qu'un seul article soit violé, vous n'avez pas seulement le droit de vous insurger, c'est aussi "le plus sacré de vos devoirs". » *Op. cit.*, p. 20-21.

3893Voir *supra*, Chapitre 4.

3894Jean-Pierre DUBOIS, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 43.

3895La question de l'intégration au droit positif du droit de résistance fit l'objet d'un important débat sur la Convention, mais cette question n'est pas encore développée en 1789 au moment de l'adoption de la Déclaration.

droit se trouve dans la décision relative aux nationalisations, où le Conseil relève que le droit de propriété « est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression »³⁸⁹⁶ et il semble alors simplement reprendre l'énumération de l'article 2 de la Déclaration.

930. Dans une perspective originaliste, l'article 16 ne consacre donc pas deux « principes » constitutionnels, mais détermine les conditions de validité de la constitution. Il contient ainsi une norme constitutionnelle de rang supérieur. Il ne s'agit pas d'une « supra-constitutionnalité », mais de ce qu'Otto Pfersmann appelle « constitutionnalité supérieure » ou « polymorphisme constitutionnel »³⁸⁹⁷, c'est-à-dire qu'il existe « une pluralité de couches de droit constitutionnel formel hiérarchiquement ordonnées »³⁸⁹⁸. Il serait alors possible de considérer que l'article 16 pose une limite similaire à celle figurant à l'article 89 de la Constitution encadrant la révision de la Constitution. Si un organe était doté de la compétence d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, il pourrait censurer une révision constitutionnelle conduisant soit à ce que la séparation des pouvoirs ne soit plus déterminée, soit à ce que la garantie des droits ne soit plus assurée.

De ce point de vue, en procédant au déclassement de l'article 16 de norme constitutionnelle supérieure à celui de norme constitutionnelle ordinaire, le Conseil fait naître une sorte de paradoxe. La Constitution de 1958 détermine une séparation des pouvoirs, dont la conformité à la Déclaration pourrait d'ailleurs être discutée³⁸⁹⁹, et organise une garantie des droits. S'agissant de l'interprétation de l'article 16, le Conseil devrait en conséquence être placé face à la seule alternative que propose l'article 16 : soit cette détermination et cette garantie sont suffisantes, et la constitution doit être respectée ; soit elles ne le sont pas, et la France n'a pas de Constitution et doit en faire une. La troisième voie retenue par le Conseil consistant à « compléter » la Constitution par l'interprétation de l'article 16 conduit en réalité ce dernier à exercer un pouvoir constituant hors de toute habilitation.

931. Le Conseil constitutionnel surimpose sur la séparation des pouvoirs et la garantie des droits prévues par la Constitution, d'autres éléments dont il considère qu'ils relèvent de la garantie des droits et de la séparation des pouvoirs. Il s'autorise, par l'interprétation de cet article, à ajouter à la Constitution des normes qui n'y figurait pas initialement. Il se déclare donc implicitement compétent pour suppléer le constituant en déterminant lui-même la séparation des pouvoirs et les

³⁸⁹⁶Cons. const., 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

³⁸⁹⁷Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, 19e éd., Dalloz, coll. « Précis », Septembre 2016, p. 101.

³⁸⁹⁸*Ibid.*, p. 101.

³⁸⁹⁹Il n'est pas exemple pas certain que la consécration d'un pouvoir réglementaire autonome soit conforme à la Déclaration.

conditions d'une véritable garantie des droits.

La volonté de combler les « lacunes » de l'ordre constitutionnel et de permettre au Conseil de « rivaliser » avec les Cours européennes conduit au développement d'une doctrine qui légitime un pouvoir de création normative par le Conseil. Si l'influence de la doctrine sur le Conseil est réelle, la doctrine tend ainsi à produire la situation qu'elle prétend constater : celle d'un juge qui peut par voie prétorienne amender la Constitution. Cette « autorisation » de la doctrine semble être conditionnée à l'idée d'une nécessité de transposer les principes du droit européen. Néanmoins, les théories doctrinales développées ne cantonnent que rarement le pouvoir créatif du Conseil à l'intégration du droit européen. D'un point de vue purement utilitariste, le « gain » de l'intégration des principes européens au droit constitutionnel vaut-il le « coût » que représente un Conseil constitutionnel dont les décisions ne peuvent être discutées puisqu'il fixe le contenu de la Constitution ?

932. Cette évolution a pour principale conséquence le développement de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 16 indépendante à sa signification originelle.

Section 3. Le développement d'une jurisprudence constitutionnelle abondante indépendante de la signification originelle de l'article 16

933. La construction de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 16 s'est faite indépendamment de la signification originelle de cet article. En conséquence, l'interprétation qu'en donne le Conseil est étrangère au sens qu'il avait en 1789, tant s'agissant de la jurisprudence développée sur le fondement du principe de séparation des pouvoirs que celle fondée sur le principe de garantie des droits.

La jurisprudence relative à l'article 16 est très abondante³⁹⁰⁰ ; le Conseil constitutionnel l'utilise comme norme de référence dans plus d'un quart de ses décisions relatives au contrôle de constitutionnalité des lois en général, et dans plus d'un tiers des décisions QPC. Cet essor est sans doute dû aux nombreux droits et principes dont il est le fondement. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et de l'interprétation de l'article 16 semble être guidée par deux objectifs : la consécration d'une certaine « doctrine » de la séparation des pouvoirs (§ 1) et la mise en conformité de l'ordre constitutionnel avec le droit européen (§ 2). Il sert enfin d'outil de codification de principes consacrés par le Conseil sans fondement ou tirés d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, tout en lui permettant de réduire la motivation de ses décisions (§ 3).

§ 1. La consécration d'une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs sur le fondement de l'article 16

934. La conception de la séparation des pouvoirs consacrée sur le fondement de l'article 16 correspond davantage à celle qui figurait dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et est développée par la doctrine publiciste au XX^e siècle, qu'à celle de 1789.

Avec la Cinquième République et l'objectif de rationalisation du parlementarisme, la séparation des pouvoirs est redéfinie et valorisée comme la recherche d'un équilibre entre le « législatif » et « l'exécutif »³⁹⁰¹. Cette conception de la séparation des pouvoirs se concentre sur la recherche d'un équilibre entre les institutions politiques, et ne s'attache plus aussi directement à la distinction des fonctions étatiques et à leur hiérarchisation³⁹⁰².

3900 Pour une présentation détaillée de cette jurisprudence voir par exemple Michel LASCOMBE, Xavier VANDENDRIESSCHE, Christelle de GAUDEMONT, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2018*, 7e éd., Dalloz, coll. « Codes Dalloz Universitaires et Professionnels », Septembre 2017.

3901 « La France actuelle semble avoir définitivement compris, depuis quelque vingt ans, que la séparation des pouvoirs est indispensable, à moins qu'elle ne penche vers la domination gouvernementale, par réaction contre les déséquilibres favorisant le Parlement. On peut raisonnablement espérer que cette réaction excessive est entrain de s'atténuer assez rapidement pour installer enfin la séparation équilibrée et par conséquent durable des pouvoirs. » Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 289.

3902 Cette conception avait toutefois évolué à la Révolution.

La théorie de la séparation des pouvoirs politiques connaît de nombreuses variations aux XIX^e et XX^e siècles. La Cinquième République repose sur l'idée qu'il est nécessaire d'instaurer un équilibre entre « l'exécutif » et le « législatif », plus précisément entre, d'une part, le chef de l'État et le Gouvernement, et, de l'autre, les Assemblées parlementaires. La rationalisation du parlementarisme devient une composante centrale de la « séparation des pouvoirs », et le Conseil constitutionnel est notamment conçu comme un élément de cette rationalisation. En second lieu, la séparation des pouvoirs est associée à l'idée d'une indépendance des organes chargés d'une fonction juridictionnelle, vis-à-vis des pouvoirs politiques. Cette idée s'est imposée sous les III^e et IV^e Républiques, notamment avec l'institution progressive d'une indépendance du juge administratif.

La conception de la séparation des pouvoirs de la Cinquième République, dans son attachement à un équilibre institutionnel, est finalement assez éloignée de celle de l'article 16 de la Déclaration. L'idée même d'une indépendance des juridictions, ou celle d'une autonomie relative du gouvernement ne font pas partie de la conception de la séparation des pouvoirs qui prévaut en 1789. L'article 16 sert ainsi au Conseil³⁹⁰³ à donner valeur constitutionnelle à des principes qui ne sont pas dans la Constitution écrite et qui relèvent soit d'une certaine interprétation du parlementarisme rationalisé (A), soit du principe d'indépendance des juridictions (B).

A. L'article 16, fondement d'une rationalisation du parlementarisme

935. La notion de séparation des pouvoirs fait l'objet d'une profonde redéfinition aux XIX^e et au XX^e siècles. En 1789, elle renvoie à la distinction de deux fonctions, législative et exécutive, et à la hiérarchisation de ces deux fonctions³⁹⁰⁴.

En 1958, le concept de séparation des pouvoirs désigne la recherche d'un équilibre entre les organes de l'État, et en particulier entre les organes désignés par métonymie « l'exécutif » et le « législatif »³⁹⁰⁵. Cette idée d'un équilibre entre le Parlement, d'une part, et le gouvernement et le

3903 Pour une analyse détaillée de la jurisprudence relative à la séparation des pouvoirs voir Michel VERPEAUX et alii, *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, éd. cit., p. 117 et s ; Olivier BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n° 9, 2013 ; Alain PARIENTE, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs » in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 66.

3904 Voir *supra*, Chapitre 4.

3905 Pour une présentation de cette évolution voir notamment Pierre AVRIL, « La séparation des pouvoirs aujourd'hui » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 295 ; Jacques CHEVALLIER, « La séparation des pouvoirs » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Association française des Constitutionnalistes, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1990, p. 113.

chef de l'État, de l'autre, est développée dès 1814³⁹⁰⁶. Elle prospère sous la Monarchie de Juillet³⁹⁰⁷ et continue d'être d'actualité sous la Seconde République³⁹⁰⁸ et au début de la Troisième. Elle est relativement éclipsée à partir de la « constitution Grévy » et sous la Quatrième République³⁹⁰⁹.

La volonté de compenser le rôle trop prépondérant qu'aurait joué le Parlement sous les Troisième et Quatrième Républiques conduit à ressusciter la conception de la séparation des pouvoirs comme équilibre entre l'exécutif et le législatif³⁹¹⁰, telle qu'elle figure dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 qui dispose que : « Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ; Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement »³⁹¹¹.

La conception de la séparation des pouvoirs retenue par le Conseil s'agissant des « pouvoirs » exécutif et législatif réside le plus souvent dans la nécessité de garantir au Gouvernement et au Président une relative autonomie vis-à-vis du Parlement. Dans cette conception, le principe de séparation des pouvoirs ne se limite pas à l'exigence qu'un même organe ne puisse faire la loi et l'appliquer, mais plus généralement il impose le maintien de l'équilibre considéré comme nécessaire entre le Parlement, d'une part, et le chef de l'État et le Gouvernement, de l'autre.

3906« Il y a dans cette construction une incompréhension profonde de la pensée de Montesquieu, qui voulait une collaboration permanente des pouvoirs fondée sur toutes sortes de techniques de détail. [...] La Révolution n'a finalement jamais compris le principe de la séparation des pouvoirs. Ses expériences regrettables ont conduit à des catastrophes aux effets lointains les plus graves. Elles permirent pourtant aux régimes postérieurs à l'Empire de découvrir la nécessité absolue de la séparation des pouvoirs, mais d'une séparation tempérée, modérée par des techniques efficaces de collaboration des pouvoirs. Dès 1814, cette réalité était reconnue : le sens véritable de la pensée de Montesquieu était enfin compris. » Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 287-288.

3907« C'est donc au cours de la période qui s'est écoulée entre le début de la Monarchie de Juillet et les premières années de la Troisième République que s'est fait jour cette conception moderne de la séparation des pouvoirs, qui admet qu'une autorité spécialisée dans la fonction exécutive est susceptible de s'opposer à une autorité spécialisée dans la fonction législative. » Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973, p. 207-208.

3908Discussion générale sur la constitution de 1848, ALCOCK, 5 septembre 1848 : « C'est d'une séparation réelle, sérieuse, qu'il s'agit, et non de la constitution de deux pouvoirs, dont l'un ne serait que l'accessoire, la dépendance du premier, un ombre qu'il pourrait dissiper au moindre souffle ! [...] La concentration du pouvoir législatif dans une seule chambre exige que le pouvoir exécutif deviennent encore plus concentré et plus fort, pour que la société ait réellement deux pouvoirs capable de l'équilibrer et de se servir de limites respectives. Sans cette condition, le despotisme saisira tôt ou tard la société, et la liberté y périra ! » *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale*, III, Paris, 1850, p. 785.

3909« En réalité, la nécessité d'une séparation équilibrée des pouvoirs a été comprise dès 1814 par une partie importante et croissante de l'opinion. Elle parut évidente aux constituants de 1814, puis de 1830, 1848 et 1875. » Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, I, p. 290.

3910« Aujourd'hui après l'expérience des vices de la IIIe et de la IVe Républiques et après les excès inverses de la Ve, la séparation des pouvoirs semble avoir en France un avenir plus équilibré à l'image de ce qu'ont réalisé toutes les autres démocraties fonctionnant réellement. » *Ibid.*, p. 291.

3911Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution.

936. Le principe de séparation des pouvoirs est souvent présenté comme interdisant « toute immixtion, non prévue par la Constitution, d'un pouvoir dans l'exercice des fonctions d'un autre »³⁹¹². Si le principe de séparation des pouvoirs se limite à imposer le respect de la Constitution, alors la référence à l'article 16, et au principe lui-même, semble superfétatoire puisqu'il suffit de se fonder sur les articles de la Constitution.

Il est parfois invoqué à côté d'autres dispositions constitutionnelles organisant la répartition des compétences entre les organes de l'État. Le Conseil s'appuie par exemple sur la combinaison de l'article 16 de la Déclaration et de l'article 21 de la Constitution pour estimer que le législateur ne peut imposer au Premier ministre de prendre un décret dans un délai préfix³⁹¹³. En l'associant avec l'article 20 de la Constitution, le Conseil considère qu'il est inconstitutionnel de mettre fin à la pratique de la réserve ministérielle³⁹¹⁴. En l'associant à l'article 5 bis de l'ordonnance du 17 novembre 1958, il estime qu'une commission permanente examinant une pétition ne peut imposer à un ministre d'être auditionné³⁹¹⁵. En se fondant sur les articles 5 et 20 de la Constitution et sur l'article 16, il considère que le législateur ne peut modifier le traitement du Président de la République et du Premier ministre³⁹¹⁶.

L'invoication de l'article 16 et du principe de séparation des pouvoirs sert également au Conseil à imposer une règle ou un principe qui ne résulte pas clairement des articles de la Constitution. Il est notamment utilisé pour garantir l'autonomie du Gouvernement par rapport au Parlement hors des cas expressément prévus par la Constitution. En se fondant sur cette disposition, le Conseil estime par exemple que : « la Constitution attribue au Gouvernement, d'une part, et au Parlement, d'autre part, des compétences qui leur sont propres ». Il en déduit qu'une loi ne peut faire « intervenir une instance législative dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire »³⁹¹⁷. L'invoication de la séparation des pouvoirs sert alors à justifier l'autonomie du Gouvernement dans la production réglementaire. Le Conseil estime également que l'audition parlementaire obligatoire

3912 Michel VERPEAUX, Pierre de MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER, Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, 2e éd., P.U.F., coll. « Thémis droit », 2017, p. 117.

3913 Cons. const., 15 novembre 2018, n° 2018-772 DC, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, §. 63-64 ; 12 novembre 2015, n° 2015-721 DC, *Loi organique portant diverses dispositions relatives à la collectivité de Saint-Barthélemy*, cons. 14-15.

3914 « L'article 15 interdit au Gouvernement d'attribuer des subventions aux collectivités territoriales et à leurs groupements "au titre de la pratique dite de la "réserve ministérielle" ».

« En limitant ainsi les prérogatives du Gouvernement, l'article 15 porte atteinte à la séparation des pouvoirs et méconnaît l'article 20 de la Constitution. Par suite, il est contraire à la Constitution. Il en va de même, par voie de conséquence, des mots "et 15" figurant à l'article 21 de la loi organique déferée. » Cons. const., 8 septembre 2017, n° 2017-753 DC, *Loi organique pour la confiance dans la vie politique*, cons. 51-52.

3915 Cons. const., 4 juillet 2019, n° 2019-785 DC, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 46-47.

3916 Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, cons. 81-82.

3917 Cons. const., 3 mars 2009, n° 2009-577 DC, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, cons. 30-31.

d'un ministre ne peut être instaurée que par voie constitutionnelle et non législative³⁹¹⁸.

937. L'invocation par le Conseil constitutionnel du principe de séparation des pouvoirs, fondé sur l'article 16, vise donc à garantir l'autonomie du Gouvernement et du Président vis-à-vis du Parlement, souvent au-delà de ce que prévoit la Constitution écrite³⁹¹⁹.

L'interprétation que le Conseil fait de la séparation des pouvoirs « exécutif » et « législatif » a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, notamment par Olivier Beaud, dans un commentaire de la décision dans laquelle le Conseil a estimé que le principe de séparation interdit au législateur de fixer le traitement du Président de la République et du Premier ministre³⁹²⁰. Il considère que le Conseil comprend mal le principe de séparation des pouvoirs et en donne une interprétation contraire à ce principe même. Il propose alors sa définition de la séparation des pouvoirs, en s'appuyant sur une analyse de la doctrine relative à cette question. La position retenue n'est donc pas un point de vue originaliste, mais repose sur l'idée que le droit est produit notamment par le consensus doctrinal. Cette idée que « la doctrine juridique est partie prenante au processus de production du droit »³⁹²¹ est notamment défendue par Étienne Picard³⁹²². Pour Olivier Beaud, le principe de séparation des pouvoirs serait ainsi défini par le consensus doctrinal le concernant et, d'après lui, « la conception de la séparation des pouvoirs défendue par le Conseil constitutionnel méconnaît le sens profond de ce concept fondateur du constitutionnalisme et du droit constitutionnel moderne. »³⁹²³

La protection du parlementarisme rationalisé par le Conseil constitutionnel fait ainsi l'objet d'une critique par Olivier Beaud qui estime que l'interprétation que le Conseil donne de la séparation des pouvoirs conduit en réalité à « l'accroissement d'un déséquilibre des pouvoirs »³⁹²⁴. Cette jurisprudence, qui méconnaîtrait la « finalité libérale » des institutions, serait une « atteinte au constitutionnalisme »³⁹²⁵. Olivier Beaud se prévaut donc de la théorie des valeurs et de

3918« le principe de la séparation des pouvoirs fait obstacle à ce que, en l'absence de disposition constitutionnelle le permettant, le pouvoir de nomination par une autorité administrative ou juridictionnelle soit subordonné à l'audition par les assemblées parlementaires des personnes dont la nomination est envisagée » Cons. const. 13 décembre 2012, n° 2012-658 DC, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, cons. 38.

3919 Cette tendance est antérieure au rattachement du principe de séparation des pouvoirs à l'article 16, voir par exemple : René CHAPUS, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », loc. cit., p. 194-195.

3920 Olivier BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n° 9, 2013.

3921 Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002/1, n°50, p. 103-120.

3922 Étienne PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119 et s.

3923 Olivier BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n° 9, 2013, p. 20.

3924 *Ibid.*, p. 32.

3925 *Ibid.*, p. 35-36.

l'interprétation téléologique, pour considérer que le Conseil n'a pas fondé son raisonnement sur les bonnes valeurs et n'a pas poursuivi les bonnes finalités. Il reproche ainsi au Conseil sa « vision «dévalorisante» du Parlement »³⁹²⁶.

938. L'invocation de l'article 16 dans la jurisprudence constitutionnelle sert essentiellement à donner un fondement constitutionnel à une certaine conception du parlementarisme rationalisé. La critique de l'interprétation de la séparation des pouvoirs donnée par le Conseil reste néanmoins marginale dans la doctrine, et ce notamment en raison du fait que la majorité de la jurisprudence consacrée à ce principe se concentre sur l'indépendance des juridictions, principe perçu favorablement.

B. L'article 16, fondement de l'indépendance des juridictions

939. Le rôle du juge dans la garantie des droits individuels s'est imposé comme central, de même que la nécessité de son indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques, au cours des XIX^e et XX^e siècles. Néanmoins, les constituants de 1789, s'ils voulaient en majorité que les juges soient désignés sans que le Roi ne soit consulté, ne concevaient pas pour autant les juges comme une autorité indépendante puisqu'ils restaient soumis au contrôle du législateur³⁹²⁷. L'indépendance des juridictions est donc un principe qui se développe et est théorisé postérieurement à la Révolution. La relative indépendance du juge administratif n'est d'ailleurs consacrée qu'un siècle plus tard.

Sous la Troisième République se développent l'idée d'une indépendance nécessaire des autorités juridictionnelles, administratives et judiciaires, vis-à-vis des pouvoirs politiques. Cette exigence est alors souvent liée à celle « d'état de droit »³⁹²⁸. L'indépendance des juridictions est ainsi considérée comme nécessaire pour garantir « la liberté du citoyen »³⁹²⁹.

Cette idée d'une nécessaire indépendance de l'autorité judiciaire est reprise dans la loi

³⁹²⁶*Ibid.*, p. 38.

Cette critique de l'absence de contrôle du Parlement sur le Gouvernement pourrait peut-être trouver un fondement plus sûr non dans une certaine conception de la séparation des pouvoirs, mais à l'article 15 de la Déclaration, qui impose un tel contrôle.

³⁹²⁷Voir *supra*, Chapitre 5, Section 2. C. et ce Chapitre Section 1, § 1. A. 1.

³⁹²⁸« Subordination de l'État au droit, principe de légalité ou état de Droit

« Le régime de la légalité tend ainsi à créer à l'intérieur de l'État, au point de vue spécial de l'observation du droit établi, un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs politiques, d'une part, et d'autre part, le pouvoir juridictionnel, qui est considéré comme ne devant pas être un pouvoir politique. C'est cet équilibre de pouvoirs, très délicat et susceptible de plusieurs modalités, qui constitue pratiquement "l'état de droit". » Maurice HAURIUO, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 26-27.

³⁹²⁹« La thèse serait exacte surtout si le principe de la séparation des pouvoirs était un principe de logique. Mais il vise moins à donner une vue rationnelle des diverses compétences attachées à l'exercice de la souveraineté qu'à déterminer une fragmentation de ces compétences aussi favorable que possible à la liberté. Or, de ce point de vue, il est évident que, au moins dans une démocratie du type classique, la soumission du juge à la seule loi et son indépendance politique sont regardées comme des conditions nécessaires à la liberté des citoyens. » Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 161.

constitutionnelle du 3 juin 1958 qui dispose que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère »³⁹³⁰. Cette indépendance est consacrée à l'article 64 de la Constitution. Néanmoins, la question du statut de la juridiction administrative n'est pas traitée dans la Constitution : ni sa compétence, ni son existence, ni son indépendance ne sont garanties expressément par la Constitution en 1958.

Le Conseil a progressivement développé une jurisprudence fondée sur l'article 16 visant à garantir l'indépendance des juridictions, tant de l'ordre judiciaire qu'administratif³⁹³¹.

940. Le principe de séparation des pouvoirs, fondé sur l'article 16, sert à consacrer le principe d'indépendance des juridictions. Dès 1989, une saisine se prévaut de ce principe en se fondant sur cet article ; le Conseil liait alors déjà la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juridictions, mais il ne se fondait sur aucune disposition spécifique³⁹³². En 2003, il considère que les « exigences d'indépendance et d'impartialité du juge [...] découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »³⁹³³. Seule la première de ces exigences semble pouvoir se rapporter à la séparation des pouvoirs. Il décide d'ailleurs, en 2007, de fonder l'indépendance de l'autorité judiciaire, non seulement sur l'article 64 de la Constitution, mais également sur « le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »³⁹³⁴. Dans cette même décision, il rattache à l'article 16 la garantie du caractère spécifique des fonctions des juridictions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative³⁹³⁵. L'utilisation de l'article 16 comme fondement de l'indépendance des juridictions vaut tant pour les juridictions judiciaires que pour les juridictions administratives³⁹³⁶. Le Conseil rattache aussi sa propre indépendance à l'article 16, en 2008³⁹³⁷.

3930Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution.

3931Pour une analyse plus complète de l'évolution de cette jurisprudence voir Thierry RENOUX, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice » in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française* sous la direction de Bertrand MATHIEU, Dalloz, 2008, p. 293.

3932Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, cons. 70-71.

3933Cons. const., 20 février 2003, n° 2003-466 DC, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 23.

3934Cons. const., 1er mars 2007, n° 2007-551 DC, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 7.

3935Cons. const., 1er mars 2007, n° 2007-551 DC, préc., cons. 10.

3936Voir par exemple, Cons. const., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, cons. 3.

3937Cons. const., 9 juillet 2008, n° 2008-566 DC, *Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel*, cons. 8.

Pour un commentaire de ce rattachement voir Alain PARIENTE, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs » in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la*

941. S'agissant de l'indépendance des juridictions, le Conseil invoque souvent, de manière combinée, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. Concernant la répartition des compétences entre « l'exécutif » et les juridictions, il considère qu'« en vertu de la garantie des droits et du principe de la séparation des pouvoirs proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789, lorsque l'action publique a été mise en mouvement, l'homologation d'une transaction est du seul ressort d'un magistrat du siège »³⁹³⁸. De même, la force exécutoire des décisions de justice est fondée sur l'article 16. Le Conseil a d'abord estimé qu'elle était le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs³⁹³⁹, mais il en a fait depuis un droit subjectif, rattaché au droit au recours, également fondé sur l'article 16³⁹⁴⁰.

Concernant la répartition des compétences entre le législateur et les juridictions, la combinaison de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits, toutes deux fondées sur l'article 16, justifie l'encadrement des validations législatives. Elle implique également, pour le Conseil, qu'une disposition législative ne puisse avoir pour objet de priver d'effet des décisions de justice, en l'espèce une décision du Conseil d'État et un arrêt de la CJUE³⁹⁴¹.

Toutefois, les normes fondées sur le principe de séparation des pouvoirs et celle rattachées à la garantie des droits n'ont pas tout-à-fait le même statut contentieux. Le principe de séparation des pouvoirs ne peut pas, en principe, être invoqué à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. Néanmoins, le Conseil a développé une jurisprudence similaire à celle relative à l'incompétence négative du législateur³⁹⁴² ; il estime que « la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs » peut être invoquée à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité « dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »³⁹⁴³.

La liaison entre la garantie des droits et la séparation des pouvoirs, ainsi que la tendance du

journee d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005 sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 66.

3938 Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, cons. 51 ; 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, § 269.

3939 Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, préc., cons. 46.

3940 « Le droit des personnes à exercer un recours juridictionnel effectif [...] comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles » Cons. const., 6 mars 2015, n° 2014-455 QPC, *M. Jean de M. [Possibilité de verser une partie de l'astreinte prononcée par le juge administratif au budget de l'État]*, cons. 3 ; 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, cons. 66.

3941 Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-531 DC, *Loi de finances rectificative pour 2005*, cons. 3.

3942 Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, cons. 3.

3943 Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, *M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]*, cons. 9.

Conseil à se prévaloir de plus en plus souvent de la première et de moins en la seconde, y compris s'agissant de l'indépendance des juridictions, conduisent à rapprocher encore davantage la jurisprudence du Conseil de celle des Cours européennes.

§ 2. L'article 16, outil de transposition des exigences européennes relatives au droit au procès équitable et à la sécurité juridique

942. L'article 16 sert avant tout dans la jurisprudence constitutionnelle d'outil de transposition de deux principes centraux dans les jurisprudences européennes et qui n'existent pas dans la Constitution écrite : le droit au procès équitable et le principe de sécurité juridique³⁹⁴⁴.

943. Le droit au juge n'a été consacré ni par le constituant de 1789, ni par celui de 1946. En 1789, ce droit n'était pas considéré comme un élément central de la garantie des droits³⁹⁴⁵. En 1946, il est inséré dans le premier projet de Constitution. L'article 11 du projet de Déclaration des droits de l'homme disposait : « La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle. » Ce projet fut finalement rejeté le 5 mai 1946. Le préambule du second projet ne reprend pas ce principe, qui figure dans de nombreux autres catalogues de droits. En droit constitutionnel français, il semblait donc que le droit au juge n'était pas un droit à valeur constitutionnelle.

Cela pouvait néanmoins sembler condamnable d'un point de vue politique et contraire à l'idéal de l'État de droit. Plusieurs études s'attachèrent ainsi à développer l'idée qu'il existerait un droit au juge et à lui rechercher des fondements ; la plus connue d'entre elles étant certainement la thèse de Louis Favoreu³⁹⁴⁶.

944. Si l'idée d'un droit au juge est élaborée avant l'essor des jurisprudences européennes³⁹⁴⁷, le développement d'une jurisprudence constitutionnelle sur ce point coïncide avec le développement

³⁹⁴⁴Voir en ce sens Commentaire de l'article 16, Michel LASCOMBE, Xavier VANDENDRIESSCHE, Christelle de GAUDEMONT, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2018*, 7e éd., Dalloz, coll. « Codes Dalloz Universitaires et Professionnels », Septembre 2017 : « Le présent article a dès lors une portée bien plus large que ce que sa simple lecture ne laisse supposer. Il est, dans notre système constitutionnel, la garantie que les autres droits proclamés par la Déclaration de 1789 seront respectés et le fondement textuel permettant au Conseil constitutionnel d'effectuer en droit interne des contrôles voisins, sinon équivalents, à ceux que réalise la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On comprend, dès lors, les potentialités considérables qui s'ouvrent ici. »

³⁹⁴⁵Voir *supra*, chapitre 4, Section 2, § 1, C, 4.

³⁹⁴⁶Louis FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., 1964.

³⁹⁴⁷« On constate alors que la notion de droit au juge existait bien avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne développe sa jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention et que, comme pour beaucoup de concepts et de droits fondamentaux, le droit au juge n'a pas été fondé au niveau supranational mais qu'il existait déjà au niveau national. » Louis FAVOREU, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge » in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 519.

de la jurisprudence européenne et la tentative de la doctrine de lui trouver des fondements en droit constitutionnel. En outre, le contenu du droit au juge consacré par le Conseil comporte les mêmes éléments que le droit au procès équitable, tel qu'il est défini dans la jurisprudence européenne.

Le Conseil transpose ainsi en droit constitutionnel diverses exigences tirées de la jurisprudence des Cours européennes : droit à un juge indépendant et impartial, droit au recours, force exécutoire des décisions de justice, droit au procès équitable, droits de la défense, égalité des armes, principe du contradictoire, etc. Ces « garanties » des droits sont relatives au juge en lui-même, à l'accès au juge ou aux conditions du recours.

945. En 2002, une saisine invoque, sur le fondement de l'article 16, le « droit pour chacun de voir sa cause entendue par un juge indépendant et impartial »³⁹⁴⁸, qui rappelle l'article 6§1 de la Convention EDH prévoyant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial ». En 2003, le Conseil estime que les « exigences d'indépendance et d'impartialité du juge [...] découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »³⁹⁴⁹. L'indépendance des juridictions n'est plus simplement un principe objectif, corollaire de la séparation des pouvoirs, mais également un droit subjectif à un juge indépendant et impartial.

Les principes d'indépendance et d'impartialité sont considérés par le Conseil comme « indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles » et fondés sur l'article 16³⁹⁵⁰. Cette jurisprudence relative à l'indépendance et l'impartialité s'applique également s'agissant du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes³⁹⁵¹. Le Conseil estime pareillement que le principe du secret du délibéré découle du principe d'indépendance³⁹⁵². Sur le fondement du principe d'impartialité, il a également développé une jurisprudence relative à la saisine d'office des juridictions³⁹⁵³.

3948 Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 11.

3949 Cons. const., 20 février 2003, n° 2003-466 DC, préc., cons. 23.

3950 Voir par exemple, Cons. const., 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC, *M. Roger L. [Tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS)]*, cons. 8.

3951 Cons. const. 12 octobre 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 15-16.

Sur la saisine d'office des AAI : Cons. const., 14 octobre 2015, n° 2015-489 QPC, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence]*, cons. 6 ; 2 février 2018, n° 2017-688 QPC, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, §. 3-4.

3952 Cons. const., 4 décembre 2015, n° 2015-506 QPC, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, cons. 13.

3953 Cons. const., 7 décembre 2012, n° 2012-286 QPC, *Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire]*, cons. 4 ; 15 novembre 2013, n° 2013-352 QPC, *Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française]*, cons. 6 ; 7 mars 2014, n° 2013-372 QPC, *M. Marc V. [Saisine d'office du tribunal pour la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire]*, cons. 4 ; 7 mars 2014, n° 2013-368 QPC, *Société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire]*, cons. 4 ; 6 juin 2014, n° 2014-399 QPC, *Société Beverage and*

946. Le droit à un recours juridictionnel effectif est le premier droit consacré sur le fondement de l'article 16³⁹⁵⁴. La jurisprudence constitutionnelle prévoit ainsi qu'« il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles »³⁹⁵⁵ à ce droit. Ce droit comprend notamment celui « d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles »³⁹⁵⁶, que la Cour EDH fonde sur l'article 6§1³⁹⁵⁷. En revanche, le caractère non suspensif d'une voie de recours ne méconnaît pas, en lui-même, le droit à un recours juridictionnel effectif³⁹⁵⁸.

947. Le Conseil utilise l'article 16 pour encadrer les conditions du recours et offrir des garanties procédurales. Il fonde ainsi sur l'article 16 le droit à un procès équitable³⁹⁵⁹ et le principe de publicité des audiences³⁹⁶⁰.

Il garantit aussi, sur ce fondement, des principes dont l'application n'est pas limitée au recours devant une juridiction. Le principe des droits de la défense est rattaché à l'article 16 depuis 2006³⁹⁶¹ et le Conseil lie à ce principe celui du contradictoire³⁹⁶². L'article 16 garantit le respect des droits de la défense pour les sanctions ayant le caractère d'une punition³⁹⁶³. En conséquence, il assure qu'« aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne puisse être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont

Restauration Organisation SA [Liquidation judiciaire ou cessation partielle de l'activité prononcée d'office pendant la période d'observation du redressement judiciaire], cons. 4 ; 16 janvier 2015, n° 2014-438 QPC, SELARL GPF Claeys [Conversion d'office de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire], cons. 4 ; 1er juillet 2016, n° 2016-548 QPC, Société Famille Michaud Apiculteurs SA et autre [Saisine d'office du président du tribunal de commerce pour ordonner le dépôt des comptes annuels sous astreinte], §. 3 ; 10 novembre 2017, n° 2017-671 QPC, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines], §. 3-4.

3954 Implicitement, Cons. const. 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, préc., cons. 4 ; explicitement, Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, préc., cons. 83.

3955 Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, préc., cons. 83.

3956 Cons. const., 6 mars 2015, n° 2014-455 QPC, préc., cons. 3.

3957 « L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 » CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, § 30.

3958 Cons. const., 2 décembre 2011, n° 2011-203 QPC, M. Wathik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière], cons. 10.

3959 Voir par exemple Cons. const., 20 janvier 2005, n° 2004-510 DC, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, cons. 9 ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 40.

3960 « le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique » Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 117 ; 8 décembre 2011, n° 2011-641 DC, *Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, cons. 14.

En 2017, le Conseil étend ce principe à tous les jugements d'une affaire pénale et ajoute l'exigence d'un motif d'intérêt général : 21 juillet 2017, n° 2017-645 QPC, M. Gérard B. [Huis clos de droit à la demande de la victime partie civile pour le jugement de certains crimes], § 4.

En 2019, il étend ce principe aux audiences devant les juridictions civiles et administratives, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., § 102.

3961 Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24 et 41.

3962 Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, préc., cons. 24.

3963 Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11.

reprochés »³⁹⁶⁴.

Le Conseil consacre, sur le fondement de cette disposition, un principe comparable à celui que la Cour EDH appelle égalité des armes³⁹⁶⁵. Il estime nécessaire pour assurer le respect du principe des droits de la défense qu'il existe « une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »³⁹⁶⁶.

En associant ces principes au principe d'égalité prévu à l'article 6 de la Déclaration, le Conseil considère également que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition [...] que soient assurées aux justiciables des garanties égales »³⁹⁶⁷.

948. Le Conseil déduit enfin de l'article 16 un ensemble épars de principes qu'il rattache à la garantie des droits. Il estime par exemple qu'« en limitant ainsi les conditions de l'accès à une formation collégiale en appel correctionnel, le législateur a, compte tenu du quantum des peines d'emprisonnement susceptibles d'être prononcées, porté une atteinte excessive à la garantie des droits protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »³⁹⁶⁸. Il a également consacré sur le fondement combiné du principe de nécessité des peines et de la garantie des droits, un « principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions »³⁹⁶⁹.

949. S'agissant du principe de sécurité juridique³⁹⁷⁰, il développe, après une condamnation de la France par la Cour EDH³⁹⁷¹, une jurisprudence comparable à celle de cette Cour concernant les lois de validation. Il se fonde alors à la fois sur « le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un

3964 Voir par exemple, Cons. const., 26 novembre 2010, n° 2010-69 QPC, *M. Claude F. [Communication d'informations en matière sociale]*, cons. 4.

3965 CEDH, 27 juin 1968, n° 1936/63, *Neumeister c. Autriche*.

3966 Cons. const., 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC, *Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres [Article 575 du code de procédure pénale]*, cons. 4.

3967 Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-786 QPC, *Association Sea Shepherd [Délai entre la citation et la comparution devant un tribunal correctionnel en matière d'infractions de presse]*, cons. 5.

3968 Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., § 297.

3969 Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC, *M. Mario S. [Point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle]*, § 7.

3970 Pour une étude détaillée sur cette question voir Anne-Laure VALEMBOSIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », L.G.D.J., 2005.

3971 « Si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige » CEDH, 29 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »³⁹⁷². Cette jurisprudence encadre la modification rétroactive d'une règle de droit³⁹⁷³, les validations législatives d'actes administratifs³⁹⁷⁴ ou de droit privé³⁹⁷⁵ et les atteintes portées aux contrats légalement conclus³⁹⁷⁶. En 2014, il fait même évoluer sa jurisprudence pour reprendre les formules de la Cour EDH, comme celle de « motif impérieux d'intérêt général »³⁹⁷⁷.

L'encadrement des lois de validation était auparavant fondé sur l'indépendance des juridictions, mais cette indépendance n'était pas rattachée à l'article 16. Elle était conçue d'un point de vue objectif comme liée à la séparation des pouvoirs. Le Conseil estimait qu'« il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »³⁹⁷⁸. La constitutionnalité des lois de validation relevait d'une question de compétence, mais pas expressément d'un droit subjectif. En 1999, le Conseil fait évoluer sa jurisprudence pour inclure le droit au recours aux normes de référence du contrôle de la constitutionnalité d'une loi de validation³⁹⁷⁹. Les deux principes étant fondés sur l'article 16, il s'est ultérieurement contenté de faire référence à l'article 16 sans préciser quel droit ou quel principe justifie l'encadrement des lois de validation³⁹⁸⁰.

950. D'autres principes attachés à la sécurité juridique font également l'objet d'une transposition en droit constitutionnel au moyen de l'article 16. Il en va ainsi de « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi » qui est considéré comme nécessaire pour que « “la garantie des droits” requise par son article 16 » soit effective³⁹⁸¹, ou la bonne administration de la justice, qui est considéré comme un objectif de valeur constitutionnelle³⁹⁸².

Le Conseil avait dans un premier temps refusé de reconnaître valeur constitutionnelle au principe de confiance légitime³⁹⁸³. Pourtant, en 2013, toujours en se fondant sur l'article 16, il

3972 Cons. const., n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, préc., cons. 64.

3973 Cons. const., 14 décembre 2006, n° 2006-544 DC, préc., cons. 18-19.

3974 Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC, préc., cons. 64 ; 29 décembre 1999, n° 99-425 DC, préc., cons. 8.

3975 Cons. const., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, préc., cons. 34-35.

3976 Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, préc., §. 4.

3977 Cons. const., 14 février 2014, n° 2013-366 QPC, préc., cons. 3.

3978 Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6.

3979 Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC, préc., cons. 64.

3980 Voir par exemple, Cons. const., 29 décembre 1999, n° 99-425 DC, préc., cons. 8 ; 19 avril 2019, n° 2019-776 QPC, *Société Engie [Validation des conventions relatives à l'accès aux réseaux conclus entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les fournisseurs d'électricité]*, cons. 4.

3981 Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, préc., cons. 77.

3982 Cons. const., 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

3983 « Aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit “de confiance légitime” » Cons. const., 30 décembre 1996, n° 96-385 DC, *Loi de finances pour 1997*, cons. 18.

complète sa jurisprudence et consacre la protection constitutionnelle des effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises³⁹⁸⁴. Il rapproche ainsi sa jurisprudence de celle des Cours européennes relative à la confiance légitime³⁹⁸⁵.

951. L'article 16, une fois « redécouvert » par le Conseil, est donc utilisé pour consacrer de nombreux principes qui résultent du droit européen et non de la conception de la garantie des droits et de la séparation des pouvoirs de 1789. Il sert ainsi de fondement aux principes que le Conseil veut consacrer, mais pour lesquels aucune autre disposition constitutionnelle ne pourrait convenir. Ce processus le conduit également à « codifier » sur le fondement de l'article 16, des principes soit n'ayant pas de fondement, soit résultant d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

§ 3. *L'article 16 comme outil de codification de la jurisprudence constitutionnelle et d'économie de la motivation*

952. Le Conseil utilise l'article 16 pour y rattacher des principes auxquels il avait déjà reconnu valeur constitutionnelle. Il le fait soit pour ajouter l'article 16 aux autres dispositions écrites servant de fondement au droit ou au principe en cause, soit pour donner un fondement à un principe qui n'en a pas, soit pour substituer l'article 16 au fondement précédent, souvent lorsqu'il s'agissait d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Le principe de séparation des pouvoirs, longtemps invoqué sans fondement, est de plus en plus fréquemment rattaché à l'article 16. Il en va par exemple ainsi de la jurisprudence relative au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes, d'abord uniquement fondé sur le « principe de séparation des pouvoirs »³⁹⁸⁶, puis rattaché à l'article 16. Les droits de la défense³⁹⁸⁷ et l'indépendance de la juridiction administrative³⁹⁸⁸ étaient auparavant fondés sur des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces deux principes sont maintenant exclusivement rattachés à l'article 16. Enfin, la protection des atteintes aux contrats légalement conclus est d'abord uniquement fondée sur l'article 4 de la Déclaration³⁹⁸⁹, auquel est ajouté par la

3984Cons. const., 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 14.

3985CJCE, 25 janvier 1979, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, n° 98/78, § 5 et 20 ; CEDH, 15 juin 2006, n° 33554/03, *Lykourazos c. Grèce*, § 57.

3986Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, préc., cons. 27 ; 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, préc., cons. 14.

3987Cons. const., 2 décembre 1976, n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. 2.

3988Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, préc., cons. 6.

3989Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 29 ; 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 19.

suite l'article 16³⁹⁹⁰.

953. Certains principes que le Conseil constitutionnel a rattaché à l'article 16 sont maintenant également garantis sur le même fondement par le juge administratif. Le Conseil d'État a, dès 2001, rattaché à cet article le « droit pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » et en a déduit que « la définition par le pouvoir réglementaire des modalités de mise en œuvre de ce droit devant la juridiction administrative ne saurait conduire à porter atteinte à sa substance même »³⁹⁹¹. Il estime également que l'article 16, combiné à l'article 64 de la Constitution peut servir de fondement à l'indépendance de la magistrature et au principe de séparation des pouvoirs³⁹⁹².

Dans un arrêt d'Assemblée, il a formulé le principe d'après lequel : « si l'action publique a été mise en mouvement, l'homologation est du seul ressort d'un magistrat du siège »³⁹⁹³, en se fondant notamment sur l'article 16. Ce principe a ensuite été repris par le Conseil constitutionnel lui-même³⁹⁹⁴.

954. Dans la jurisprudence du Conseil, l'invocation de l'article 16 semble également avoir pour effet de réduire le développement de son raisonnement juridique ; il se contente d'une motivation de plus en plus lapidaire. Le plus souvent, il cite l'article 16, puis énonce le principe qu'il y rattache. Il ne s'explique pas en quoi ce droit ou ce principe pourrait se déduire des « principes » plus généraux de séparation des pouvoirs et de garantie des droits. Il se contente de formules telles que : « il résulte de cette disposition.. », « cette disposition implique... », « est garanti par cette disposition... », tel droit ou principe « découle de l'article 16... » ; ou il se réfère simplement au « principe de séparation des pouvoirs » ou à « la garantie des droits ».

L'article 16 sert donc également à réduire la présentation d'un raisonnement juridique dans les décisions du Conseil. Il offre à ce dernier un réel blanc-seing puisqu'il peut consacrer un nombre de droits et de principes virtuellement illimités sous la double bannière de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits. Les plus optimistes n'y voient pas une forme d'arbitraire, mais une créativité salutaire car elle est mise au service des droits des individus. Les plus sceptiques s'inquiètent de la reconnaissance d'un tel pouvoir de création de norme à un organe à la composition et l'organisation discutables. De plus, la nécessité d'une consécration constitutionnelle

3990Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4.

3991CE, 21 décembre 2001, n° 222862 ; 30 juillet 2003, n° 247376.

3992CE, 9 février 2004, n° 248823.

3993CE Ass., 7 juillet 2006, n° 283178, *France Nature Environnement*.

3994Cons. const., 15 février 2007, n° 2007-547 DC, préc., cons. 51 ; 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., § 269.

des garanties européennes n'apparaît pas toujours clairement. Si ces garanties existent déjà pour l'individu qui pourra les faire valoir devant un juge ordinaire, est-il nécessaire de créer un pseudo-équivalent constitutionnel ?

Conclusion du Chapitre 6

955. L'interprétation créative à laquelle l'article 16 est soumis n'est pas un procédé nouveau. Dès que la monarchie constitutionnelle connaît sa première crise, les députés cherchent dans la Déclaration, dont la portée symbolique est déjà acquise, les articles qui pourraient servir leurs arguments. L'article 16 est alors un peu invoqué à cette occasion, mais il est par la suite largement délaissé, car il ne peut fournir un bon argument dans le cadre de régimes politiques où les principes qu'il consacre sont considérés comme extrêmement consensuels.

Deux cents ans plus tard, le même procédé est mis en œuvre par la doctrine constitutionnaliste, les rédacteurs des saisines du Conseil constitutionnel et, depuis 2010, les mémoires des requérants des QPC. La tendance au rapprochement des jurisprudences constitutionnelle et européenne peut en partie s'expliquer ainsi : le Conseil répond essentiellement aux questions qui lui sont posées, et, ne voulant pas se déposséder d'un pouvoir de contrôle, il répond rarement à une sollicitation qu'un droit ou un principe n'existe pas en droit constitutionnel, surtout lorsque le même droit existe en droit européen.

Au gré des sollicitations, il est amené à développer une jurisprudence fondée sur l'article 16 qui apparaît tentaculaire. Sur le fondement de cette disposition, il confère valeur constitutionnelle à une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs reposant sur la rationalisation du parlementarisme et l'indépendance des juridictions. Il reconnaît des droits subjectifs se rattachant aux droits au procès équitable et à la sécurité juridique, qui assurent théoriquement des garanties similaires à celles qu'offrent le droit européen. Il codifie aussi sur son fondement un ensemble de principes épars qu'il a pu reconnaître et qui semblent pouvoir se rattacher à l'idée malléable de garantie des droits. Enfin, l'invocation de l'article 16 lui permet de réduire la présentation de son raisonnement juridique puisque la simple référence à cette disposition lui permet de conférer valeur constitutionnelle à de nombreux principes, qui ne s'y rattachent pas toujours de manière évidente.

L'article 16 offre sûrement un des exemples les plus clairs du développement d'une

jurisprudence constitutionnelle autonome par rapport aux textes constitutionnels sur lesquels elle s'appuie, qui ne servent en quelque sorte que de prétexte.

Conclusion de la Partie 3

956. Le processus de mythification de l'article 16 a pour conséquence la dissociation entre sa signification originelle et ses significations contemporaines.

En tant qu'élément de théorie politique, l'interprétation qui en est donnée par la doctrine constitutionnaliste du XX^e et XXI^e siècles est largement teintée par les constructions postérieures à la Révolution, développées par les contre-révolutionnaires et les premiers constitutionnalistes.

L'association de la notion de constitution à l'idée d'un ordre politique naturel et traditionnel n'est pas antérieure à la Révolution, mais une construction des contre-révolutionnaires, visant à redéfinir la notion de constitution pour invalider la définition des patriotes, consacrée notamment dans l'article 16. La constitutionnalisme coutumier est donc une virtualité de la Contre-révolution, et non le parti auquel s'oppose les patriotes lorsqu'il adoptent la Déclaration. Ainsi, l'opposition entre une constitution matérielle et une constitution idéale est postérieure à la Révolution.

De même, l'élaboration d'une notion de constitution neutre et l'unification du constitutionnalisme libéral est l'œuvre des premiers constitutionnalistes. Ce n'est qu'à cette période et à la suite de ces reconstructions que l'article 16 peut être relu non plus comme la définition de la constitution, mais simplement comme la définition d'une bonne constitution. L'effacement des distinctions entre les constitutionnalismes en faveur de la promotion de la Monarchie de Juillet conduit également à réhabiliter Montesquieu et à inventer l'idée d'une continuité au sein du constitutionnalisme libéral. Benjamin Constant joue à cet égard un rôle décisif. L'article 16 peut alors être compris comme la simple consécration de la théorie de la séparation des pouvoirs « découverte » par Montesquieu.

957. En tant que norme constitutionnelle, l'article 16 est initialement rarement invoqué. Les principes qu'il consacre étant relativement consensuels à la Révolution, il n'apparaît pas nécessaire de se prévaloir d'une disposition spécifique pour faire valoir les exigences qu'il pose. Les acteurs de la Révolution s'en prévalent dans l'Assemblée à une dizaine de reprises. Ils s'en réclament pour

imposer le respect la distinction des fonctions législative et exécutive et pour exiger le respect de la Constitution. Il est surtout invoqué à l'occasion de crises politiques majeures : fuite à Varennes, Révolution du 10 août 1792, procès du Roi. Dès la période révolutionnaire, il est néanmoins possible d'observer une utilisation stratégique de cet article. La Déclaration a déjà acquis une forte valeur symbolique et s'y référer permet d'asseoir l'autorité de son argument. La fuite à Varennes est par exemple l'occasion de la redéfinition de la notion de séparation des pouvoirs dans un sens étranger à la signification originelle de l'article 16. Cette disposition n'est toutefois que rarement invoquée, et les députés font fréquemment valoir les principes qu'elle contient sans s'y référer expressément car ils sont consensuels.

Les principes de l'article 16 sont également assez largement admis par la doctrine de la Troisième République et l'article 16 n'apporte aucune réelle précision quant à leur mise en œuvre. En conséquence, les théories liées à la notion de garantie des droits ou de séparation des pouvoirs s'élaborent, pour l'essentiel, indépendamment de l'article 16. La jurisprudence constitutionnelle et administrative relative à la notion de séparation des pouvoirs se développent également sans référence à cette disposition.

Ce n'est qu'à compter des années 1980, et de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la Déclaration, que l'article 16 est « redécouvert » en tant que norme constitutionnelle. La question des méthodes d'interprétation est alors débattue et la majorité de la doctrine opte pour la reconnaissance d'un droit à une interprétation créative de l'article 16, permettant de consacrer sur ce fondement des droits et des principes liés aux préoccupations de la société française de la fin du XX^e siècle. Plusieurs constructions intellectuelles s'appuyant sur l'article 16 sont ainsi proposées. La plupart d'entre elles reposent sur des raisonnements téléologiques. L'article 16 est alors perçu, en raison de sa généralité, comme le véhicule potentiel d'un nombre virtuellement illimité de droits et libertés. La doctrine estimant nécessaire que la France se dote d'un catalogue de droits correspondant aux standards européens suggère de fonder sur l'article 16 les principes européens n'ayant pas leur équivalent dans l'ordre interne tels que le droit au juge et au procès équitable ou les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. La doctrine et la jurisprudence procèdent ainsi au déclassement de l'article 16. Il n'est plus une disposition s'imposant au constituant et autorisant des révolutions, mais une disposition constitutionnelle ordinaire. Par l'interprétation de l'article 16, le Conseil exerce un pouvoir constituant, car il ajoute à la Constitution des règles de séparation des pouvoirs et des modalités de garantie des droits.

Le Conseil a finalement développé une jurisprudence abondante sur le fondement de l'article 16, qui est sans lien avec sa signification originelle. Il sert à consacrer une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs, reposant sur la rationalisation du parlementarisme, et le

principe d'indépendance des juridictions. Il l'utilise pour transposer les jurisprudences européennes relatives au droit au procès équitable et au principe de sécurité juridique. Enfin, le Conseil s'en sert pour codifier sa propre jurisprudence et rendre encore moins apparent son raisonnement juridique.

La référence à l'article 16 dans la doctrine et dans la jurisprudence est finalement dissociée de sa signification originelle. Le processus de mythification qu'il a connu font de lui le support de doctrine qui sont largement étrangères aux principes de 1789, et qui furent développés bien après l'adoption de la Déclaration.

Conclusion générale

958. La notion de constitution n'apparaît pas comme une notion neutre et descriptive ; elle est avant tout un outil idéologique et politique. Elle est inventée par les philosophes jusnaturalistes et contractualistes en vue de décrire un objet nouveau : l'acte d'établissement de l'ordre politique, par la volonté d'individus libres et égaux. Le terme de constitution et son emploi dans le champ politique est intimement lié à l'idée d'une origine artificielle de l'ordre politique et à celle d'une nouvelle hiérarchie des normes au sommet de laquelle figure le droit naturel, en dessous duquel se situe la constitution positive, puis la loi. L'organe ou les organes qui font les lois sont dès lors soumis à la double constitution naturelle et positive. Les organes de l'État et les individus sont ensuite soumis à cette loi. Dans ce contexte, la constitution doit être faite par la nation et réglementer l'exercice du pouvoir en son sein, tout en respectant le droit naturel. La nécessité d'assurer le respect de la constitution et de la loi exige, pour une part des théoriciens politiques, la répartition de la fonction législative entre plusieurs organes, afin que cet équilibre garantisse la stabilité de l'ordre politique.

Ces théories sont reprises et adaptées au contexte français ; plusieurs constitutionnalismes se développent alors et mettent l'accent sur des éléments différents. Les physiocrates mettent en avant le caractère rationnel de l'ordre politique et la nécessité de le conformer à l'ordre naturel découvert par la raison afin notamment de garantir les droits naturels des individus. La volonté, qu'il s'agisse de celle de la nation ou de celle du roi, ne joue aucun rôle dans leur théorie politique ; seule règne l'évidence. Les parlementaires défendent les droits de la nation et de certains corps ainsi que les distinctions d'Ordres et de rangs en s'appuyant sur la constitution. Avec les conservateurs, ils s'attachent à souligner la nécessité de rechercher un équilibre entre les institutions et de respecter une constitution originelle, mais ils ne font une priorité ni de la garantie des droits individuels, ni de la détermination précise de la répartition des fonctions de l'État. En revanche, les patriotes sont très attachés à ces éléments. De plus, pour eux, l'ordre politique doit non seulement être établi par la

nation, mais également garantir sa participation à la fonction législative. La recherche d'un équilibre entre les parties de la société est rejetée, au profit de la nécessité d'une garantie des droits individuels et sociaux. Quant à la recherche d'un équilibre entre les institutions politiques, elle ne fait pas l'objet d'un consensus en leur sein. S'agissant du constitutionnalisme royal, il ne peut réellement être défini car il varie suivant les ministres qui conseillent le Roi. Il reste néanmoins toujours attaché au refus de partager l'exercice de la fonction législative. Tous ces constitutionnalismes, malgré leurs divergences, reconnaissent l'existence d'une double constitution à la fois naturelle et positive à laquelle sont soumis celui ou ceux qui exercent le pouvoir. De même, la nécessité de garantir aux individus des droits naturels et celle d'un droit à la représentation de la nation par l'élection parvient à s'imposer dès la Prérévolution.

959. L'article 16 de la Déclaration de 1789 est ainsi adopté au terme d'une longue évolution des idées politiques et dans le cadre d'un conflit spécifique.

Sur le temps long, il représente le symbole des mutations des conceptions du pouvoir politique. Ce dernier doit émaner de la communauté des individus qui y sont soumis et obéir à des règles qu'ils ont définies. Cette idée est représentée par le terme de constitution. La Déclaration consacre également l'avènement de la société des individus et institue un rapport direct de l'individu à la société. Elle exige enfin une réglementation exhaustive de l'exercice du pouvoir politique qui repose sur la participation des individus à l'élaboration des normes auxquelles ils sont soumis et la garantie de leurs droits naturels. L'article 16 consacre alors une nouvelle hiérarchie des normes : droit naturel, constitution positive, loi.

Dans le cadre de la Révolution, il est le symbole de la victoire des patriotes. Ces derniers justifient par son adoption leur entreprise révolutionnaire. Héritant à la fois de la pensée jusnaturaliste et contractualiste, et des institutions de l'Ancien Régime, la figure de la constitution comme idéal, ils la remodèlent pour qu'elle corresponde à leurs revendications. La définition qu'ils consacrent dans l'article 16 s'oppose à celle que défend le Roi et les conservateurs : la constitution ne repose ni sur les droits des corps ou du trône, ni sur la séparation et la distinction des Ordres. La constitution, telle qu'ils la définissent, est faite par la société, en vue d'assurer la garantie des droits individuels et sociaux. Elle assure leur participation à la fonction souveraine de législation, ainsi que la soumission des organes de l'État à cette législation. Elle repose avant tout sur la distinction des fonctions législative et exécutive, et non sur la recherche d'un équilibre entre les parties de la sociétés, qui n'est plus qu'une association d'individus libres et égaux. Une telle définition de la constitution disqualifie non seulement la conception traditionnelle de la monarchie, mais également la constitution défendue par les conservateurs ou les parlementaires. Le pouvoir du Roi ne doit pas

simplement être limité ou contre-balancé, il doit être strictement réglementé.

Cette définition, consensuelle au sein des patriotes, efface les tensions internes à ce parti. L'article 16 ne tranche ni la question du *veto* et des prérogatives royales, ni celle du contrôle de l'Assemblée sur le Roi et ses agents. La question de l'étendue de la fonction gouvernementale reste à ce stade indéterminée. Les patriotes choisissent également de passer sous silence la question de l'origine contractuelle de la constitution, bien que le champ lexical de la société et de l'association, hérité des théories contractualistes, soit omniprésent dans la Déclaration. Enfin, ils ne prévoient rien s'agissant du droit de révision de la constitution.

960. L'adoption de l'article 16 illustre bien le rôle de l'histoire dans la formation des concepts et, réciproquement, le caractère historique de certains actes de langage. La notion de constitution se forge historiquement pour résister au pouvoir royal ; elle est reprise par le Roi pour justifier l'uniformisation et la rationalisation de l'organisation du pouvoir. Elle peut représenter à la fois le mythe d'un retour aux origines ou la planification d'un futur plus juste. Elle est aussi bien l'expression de la volonté d'une nation, que celle de la raison commune à tous les hommes. Cette complexité et cette malléabilité de la notion de constitution facilite son institution comme idéal. Une fois ce statut acquis elle peut être discutée est redéfinie. Trois questions agitent successivement la France à propos de la notion de constitution : qu'est-ce que la constitution française et la constitution monarchique (1750-1789) ? La France a-t-elle une constitution (1770-1789) ? Qu'est-ce qu'une constitution (1770-1789) ?

961. Dès les années 1750, les parlementaires et leurs défenseurs tentent d'opposer au Roi la constitution française en vue de limiter son pouvoir. En retour, le parti royaliste combat ces nouvelles conceptions du pouvoir politique. À partir de la réforme Maupeou et de l'accession au trône de Louis XVI, le débat est ravivé sur le contenu de la constitution française et les partis parlementaire comme royaliste en donnent des définitions concurrentes. Les pamphlétaires adoptent une partie des thèses tirées de la philosophie jusnaturaliste et contractualiste en vue de défendre leur position et leur conception de la constitution. Ils adhèrent à l'idée qu'il y aurait une constitution naturelle, valable en tout temps et en tout lieu déduite de la raison, et une constitution positive, adoptée pour chaque État et subordonnée à la constitution naturelle. Il y a donc une alliance stratégique contre le Roi entre, d'une part, les partisans des droits de la nation et du peuple et, de l'autre, les parlements, seul contre-pouvoir disponible. Un constitutionnalisme libéral fait de cette alliance entre les futurs patriotes et le parti parlementaire se développe en associant les principes tirés du droit naturel et l'idée des droits historiques des parlements.

Ces thèses sont adoptées et défendues par les parlements à compter de la Prérévolution. La doctrine du Roi varie plus fréquemment en fonction de ses ministres et oscille entre une volonté de réformer la nation d'après les principes tirés du droit naturel et la reconnaissance des droits des privilégiés. La défense du droit naturel et des droits de la nation est donc omniprésente dans les discours des parlements au cours de cette période. Ils étendent et précisent leur définition de la constitution qui comprend le droit de consentir à l'impôt dans les États-généraux et le droit d'enregistrement des parlements. Ils se font également partisans des droits de l'homme, notamment de la liberté individuelle et du droit de propriété. Face à cette définition de la constitution de la monarchie française, le Roi tente d'imposer une contre-définition, qui est également variable, mais qui maintient le principe monarchique, c'est-à-dire la monopolisation des fonctions de législation et d'exécution entre les mains du Roi.

Ce débat sur le contenu de la constitution française se poursuit à l'annonce de la convocation des États-généraux puisque l'alliance stratégique entre les patriotes et les parlements est rompue. Le constitutionnalisme libéral se divise alors en deux branches. D'une part, le parti conservateur construit une nouvelle définition de la constitution, qu'il présente comme la constitution antique de la France. Elle n'est plus centrée sur les parlements et leurs droits, mais sur les compétences et les droits des Ordres, et en particulier sur le pouvoir constituant des Ordres pris séparément. D'autre part, le parti patriote tente de défendre l'idée que la France n'a pas de constitution.

962. Cette question de savoir si la France avait ou non une constitution avait déjà été agitée à plusieurs reprises, depuis la réforme Maupeou (1771). Les définitions abstraites de la constitution données par les jusnaturalistes et les contractualistes étaient utilisées pour défendre l'existence d'une certaine constitution, mais également pour suggérer que la France en serait dépourvue. Les trois exigences posées par les jusnaturalistes sont une constitution faite par la nation, une constitution conforme à la raison et au droit naturel, une constitution réglementant précisément l'exercice des fonctions étatiques. Il était possible de considérer que la constitution de la monarchie défendue par les partis parlementaire ou royaliste, ne répondait pas à l'une de ces conditions, voire à aucune d'entre elles.

Mably et les physiocrates formulent les premiers cette idée que la France n'a pas de constitution. Elle est reprise et développée par les patriotes au cours de la campagne des pamphlets qui précède la réunion des États-généraux. Le débat se déplace ainsi du contenu de la constitution à son existence. À compter de l'été 1788, l'alliance entre les parlementaires et les patriotes est dissoute. Certains privilégiés conservateurs, dont des parlementaires, redéfinissent la notion de constitution et développent une théorie de la constitution antique, partiellement inspirée des théories

jusnaturalistes et contractualistes. En parallèle, les patriotes précisent leur conception de la constitution.

La question de savoir si la France a ou non une constitution est finalement tranchée, dans les États-généraux, par la victoire des patriotes contre les conservateurs. Cette affirmation nécessitait néanmoins d'être en possession d'un concept de constitution permettant d'évaluer si la France en a une ou non.

963. La définition de la notion de constitution, et non pas simplement la définition d'une constitution en particulier, est l'enjeu d'un débat entre les partis royaliste, patriote et conservateur. Ils ne s'accordent ni sur l'origine, ni sur l'objet, ni sur le contenu de la constitution.

Les partis patriote et conservateur considèrent que la nation doit avoir une part dans l'élaboration de la constitution, alors que le Roi estime qu'il ne tient sa couronne que de Dieu. Les partis patriote et conservateur sont divisés, car les uns considèrent que la nation n'a pas établi de constitution, alors que les autres cherchent la constitution dans d'anciens actes qui représenteraient l'expression de la volonté de la nation.

S'agissant de l'objet de la constitution, certains royalistes et les patriotes considèrent qu'elle doit garantir les droits que les individus tiennent de la nature. Les conservateurs estiment qu'elle doit avant tout protéger les droits des corps.

S'agissant du contenu, il est très sommaire pour les royalistes : il s'agit de la souveraineté absolue du Roi. Les parlementaires défendent, au cours de la Prérévolution, l'idée que la constitution organise le partage de la fonction législative entre le Roi et les parlements en offrant un droit de *veto* à ces derniers. Pour les conservateurs, la constitution organise la distinction et la séparation des Ordres, mais ils ne précisent pas clairement les compétences respectives des Ordres et du Roi. Pour les patriotes, la constitution doit régler précisément l'exercice du pouvoir politique et organiser la distinction des fonctions d'élaboration et d'exécution de la loi.

Ces trois définitions de la constitution sont mutuellement exclusives.

964. L'emploi du terme de constitution et sa définition dans le texte le plus solennel qui soit devient alors un acte politique, un événement historique, qui est commenté en tant que tel. L'étude de cette influence réciproque de l'histoire de la langue permet d'analyser l'article 16 sous ses différents aspects. Les notions qu'ils contiennent, dont certaines étaient déjà discutées au moment de son adoption, ont une postérité qui modifie en retour la lecture qui peut être faite de cette disposition. Des faits historiques et des théories postérieures modifient la manière dont les interprètes de l'article 16 s'en saisissent. En retour à nouveau, l'article 16 sert, dans le cadre de stratégies

discursives, d'outil de revendication comme la notion de constitution avant lui.

965. L'article 16 se trouve dans un texte à forte valeur symbolique son invocation est susceptible de constituer un argument d'autorité de choix, ce qui explique qu'il soit souvent utilisé à cette fin.

Moins de deux ans après son adoption, l'article 16 est déjà réinterprété dans un sens assez éloigné de sa signification initiale. La notion de séparation des pouvoirs qu'il contient est redéfinie comme la recherche d'un équilibre entre un « pouvoir législatif », c'est-à-dire l'Assemblée, et un « pouvoir exécutif », c'est-à-dire le Roi, afin de défendre l'inviolabilité du Roi à la suite de la fuite à Varennes. Sous la Cinquième République, il est également interprété en ce sens par le Conseil constitutionnel qui l'utilise comme le fondement constitutionnel de la rationalisation du parlementarisme, servant notamment de fondement à l'autonomie du Gouvernement et du Président de la République, vis-à-vis du Parlement. Dans la doctrine publiciste, l'article 16 est utilisé dans les discussions sur la séparation des pouvoirs, tantôt pour attester du caractère nécessaire et évident du « principe » de séparation des pouvoirs, découvert par Montesquieu et reconnu par l'Assemblée nationale, tantôt pour critiquer ce principe et le dogmatisme de l'Assemblée.

Lorsque la notion de constitution est à nouveau discutée par la Contre-révolution, puis sous la Monarchie de Juillet, de nouvelles interprétations de l'article 16 sont données. Les contre-révolutionnaires s'attachent à expliquer qu'il contient une aberration et offrent une définition de la notion de constitution en tout point opposée à celle des patriotes. Les premiers constitutionnalistes, voulant assurer la stabilité du régime monarchique tout en maintenant un certain libéralisme, neutralisent la notion de constitution ; la soumission au droit naturel et le caractère unilatéral de l'institution du pouvoir politique sont dissociés de la notion de constitution, qui n'est plus qu'une simple réglementation. L'article 16 offre donc, à leurs yeux non pas la définition de toute constitution, mais celle d'une bonne constitution. La Troisième République s'intéresse peu à la question de savoir ce qu'est une constitution. Elle n'est que rarement abordée dans les manuels qui se concentrent sur le contenu et la formation de la constitution, comme en atteste notamment les développements sur le droit commun constitutionnel. Duguit ne donne par exemple qu'à contre-cœur le titre de *Traité de droit constitutionnel*, à son ouvrage³⁹⁹⁵. Le débat sur ce qu'est une

3995« En un mot, une première partie du droit public comprend l'ensemble des règles qui déterminent l'étendue de l'activité des gouvernements, la représentation des forces gouvernantes, la situation des agents, la rapports des agents entre eux et avec les gouvernants.

« Cette première partie du droit public interne, on l'appelle souvent le *droit constitutionnel*, en prenant le mot constitutionnel dans un sens très large, et non plus dans le sens étroit où on l'emploie pour désigner les lois constitutionnelles rigides. Cette expression *droit constitutionnel* est mauvaises précisément parce qu'elle prête à la confusion que je signale. Cependant elle passe de plus en plus dans l'usage, et pour m'y conformer, c'est le titre que j'ai conservé à cet ouvrage qui est exclusivement consacré à cette première partie du droit public.

« J'avais proposé, pour désigner cette première partie du droit public interne, l'expression *droit public organique*. Mais je reconnais que cette expression n'a pas encore acquis droit de cité dans la terminologie du droit français, et j'y

constitution réapparaît particulièrement avec l'avènement d'un ordre juridique européen et alors l'article 16 semble à nouveau pouvoir servir d'argument d'autorité pour prouver l'existence d'une constitution européenne. Son utilisation pour discuter de l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime, ou de caractère « constitutionnel » de certains régimes politiques, participe de la même logique.

L'idée de garantie des droits des individus a été moins immédiatement discutée puisqu'elle s'est rapidement imposée comme un élément consensuel. La question des modalités de cette garantie a fait l'objet d'une discussion dès la Révolution ; elle est, dans une certaine mesure, une interrogation qui anime l'ensemble du constitutionnalisme moderne. Elle fait l'objet d'une réflexion approfondie sous la Troisième République, période à laquelle des publicistes tentent de déterminer comment obtenir une garantie des droits, alors même que les lois constitutionnelles n'en prévoient aucune. L'article 16 est un élément parmi d'autres pour attester d'une tradition constitutionnelle française en faveur de la garantie des droits des individus. Néanmoins, ce n'est réellement qu'avec le développement des jurisprudences européennes que la question prend un réel essor dans le droit constitutionnel français qui est considéré comme considérablement lacunaire à cet égard. La garantie des droits est alors avant tout conçue comme une garantie juridictionnelle et l'article 16 devient l'instrument de la transposition des exigences du droit européen en matière de droit au procès équitable et de sécurité juridique.

Les interprétations de l'article 16 semblent donc guidées d'avantage par la recherche d'un argument en faveur d'une idée prédéterminée que par la volonté de retrouver le sens que pouvait avoir ce texte pour ceux qui l'ont adopté.

966. Que reste-t-il finalement de la signification originelle de l'article 16 ? Il est tentant de répondre presque : tout sauf le texte. La révolution politique et idéologique opérée par l'adoption de cet article paraît relativement acquise. La France, si elle a temporairement rétabli la noblesse, n'est jamais revenue à la société d'Ordres. La disparition des parlements fut, elle aussi, définitive. L'idéal d'une séparation entre l'élaboration de la loi et son exécution et l'exigence d'une réglementation du pouvoir politique se sont instaurés durablement. Il en résulte la nécessité de soumettre l'exercice du pouvoir politique à la constitution, et des organes de l'État à la loi. La participation de la nation à la fonction législative fait maintenant partie des exigences de l'idéal démocratique, autant que l'idée qu'il est nécessaire de garantir les droits des individus. La double constitution, naturelle et positive, est sans doute l'élément qui a été le plus directement remis en cause, notamment par l'apparition du

renonce d'autant plus volontiers qu'elle pourrait aussi faire croire que je fais une part aux doctrines fausses sur l'assimilation de l'État à un organisme naturel. » DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, I, éd. cit., p. 704.

positivisme juridique. Néanmoins, le jusnaturalisme n'a jamais complètement disparu.

Les interprétations de l'article 16 sont souvent dictées par des préoccupations contemporaines, mais le constitutionnalisme moderne existe dans le régime de connaissances que l'adoption de cette disposition a rendu possible.

Bibliographie

Sources historiques

Recueil de documents et Procès-verbaux

BRETTE Armand, *Recueil de documents relatifs à la convocation des États généraux de 1789*, tome 1(-4), Imprimerie nationale, 1894.

Bibliothèque nationale, *Catalogue de l'histoire de France*, Paris, Librairie de Firmin Didot frères, 1855.

Les élections et les cahiers de Paris en 1789, documents recueillis, mis en ordre et annotés par Ch.-L. CHASSIN, 1888-1889.

DUFEY Pierre-Joseph-Spiridion, *Histoire, actes et remontrances des Parlemens de France, Chambres des comptes, Cours des aides et autres cours souveraines, depuis 1461 jusqu'à leur suppression*, Paris, Galliot, 2 vol., 1826.

LEFEBVRE Georges, TERROINE Anne, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, tome 1, mai-juin 1789, Les Préliminaires - La Séance du 5 mai*, vol. 1, CNRS, 1953.

LEFEBVRE Georges, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, tome 1, mai-juin 1789, La Séance du 23 juin*, vol. 2, 1962.

ILOVAÏSKY Olga, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, mai-juin 1789, tome 2, Les séances de la Noblesse 6 mai-16 juillet*, 2 vol., 1974-1983.

Procès-verbal de l'assemblée de notables, tenue à Versailles en l'année MDCCLXXXVII, Imprimerie Royale, Paris, 1788.

Procès-verbal de l'assemblée de notables, tenue à Versailles en l'année MDCCLXXXVIII, Imprimerie Royale, Paris, 1789.

Procès-verbal des séances de la chambre de l'ordre de la noblesse, aux États généraux, tenues à Versailles en 1789, 1792, BN Le27-5.

Procès-verbal des séances de l'Assemblée nationale de France, Tenues en l'année 1789 et suivantes ; Précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la vérification des Pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789, Tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1791, BN Le27-13.

Procès-verbal de l'Assemblée des Communes et de l'Assemblée nationale, imprimé par son Ordre, première livraison de 90 Feuilles, Tome 1 à 4, Paris, Baudouin, s.d. Bn Le27-10.

Réimpression de l'ancien Moniteur depuis la réunion des États-Généraux jusqu'au Consulat (mai

1789-Novembre 1799) avec des notes explicatives par M. Léonard Gallois, Tome 1, Paris, 1840.
Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle, publiées par Jules FLAMMERMONT et Maurice TOURNEUX, tome premier 1715-1753, Imprimerie nationale, 1888.
Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle, publiées par Jules FLAMMERMONT et Maurice TOURNEUX, tome deuxième, 1755-1768, Imprimerie nationale, 1895.
Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle, publiées par Jules FLAMMERMONT, tome troisième, 1768-1788, Imprimerie nationale, 1898.
Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789, par MM. JOURDAN, DECRUSY, ISAMBERT, 29 vol., 1821-1833, spéc. vol. 28.
TUETÉY Alexandre, *Les papiers des Assemblées de la Révolution aux archives nationales. Inventaire de la série C (Constituante, Législative, Convention)*, Société de l'Histoire de la Révolution française, Paris, 1908.

Antiquité

CICÉRON, *Oeuvres complètes*, édition bilingue, sous la direction de M. Nisard, tome IV, Firmin Didot, 1869.
Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, traduit en français par M. Hulot, Metz-Paris, 1803, p. 501.
Institutes de l'empereur Justinien, traduites en français avec le texte en regard, suivies d'un choix de textes juridiques relatifs à l'histoire externe du droit romain et au droit privé antéjustinien, publié par M. Blondeau, 1838.

ORESME Nicole, traduction de ARISTOTE, *Ethiques et politiques*, 1397.

ORESME Nicole, traduction de ARISTOTE, *Le livre de politiques d'Aristote*, 1489.

XVI^e siècle

ALENÇON Duc de, Brieve remontrance a la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon. 1576.
DU VAIR Guillaume, *Les oeuvres de messire Guillaume Du Vair reveues par l'auteur avant sa mort et augmentées de plusieurs pièces non encore imprimées*, 1641.
HOOKER Richard, *Of the laws of Ecclesiastical Polity*, première publication, 1594-1597, cité d'après, *The works of that learned and judicious divine, Mr Richard Hooker, with an account of his life and death*, by Isaac WALTON, 2 vol., Oxford, 1845.
HOTMAN François, *Francogallia* (quatrième édition)³⁹⁹⁶, 1586.
HOTMAN François, *La Gaule françoise* (première édition), traduction Simon Goulart, 1574.
SEYSSEL Claude de, *La grand' monarchie de France, composée par mess. Claude de Seyssel lors evesque de Marseille, & depuis archevesque de Thurin, adressant au Roy treschrestien, François premier de ce nom. Avec la Loy salicque, qui est la première & principale loy des François*, Paris, Galiot du Pré, 1557.

Ouvrages XVII^e siècle

BODIN Jean, *Les six livres de la Republique de Jean Bodin angevin*, Genève, 1629.

BOSSUET Jacques-Bénigne, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte, à*

³⁹⁹⁶Voir sur le nombre d'éditions et leurs différences. André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907, p. 93.

Monseigneur le Dauphin, ouvrage posthume, 2 vol., Paris, Pierre Cot, 1709.

BOSSUET Jacques-Bénigne, *Discours sur l'histoire universelle à Monseigneur le Dauphin pour expliquer la suite de la religion et les changements des empires*, 1681, nouvelle édition, 1873.

GROTIUS Hugo, *De Jure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur*, 1625.

GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par Jean Barbeyrac. 2 vol., Amsterdam, 1724.

HOBBS Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.

HOBBS Thomas, *Leviathan*, Gallimard, coll. « folio essais », 2000.

LAWSON George, *An examination of the political part of Mr. Hobbs His Leviathan*, 1657, rééd. Routledge/Thoemmes, 1996.

LAWSON George, *Politica Sacra et Civilis*, 1659, éd. par Conal CONDREN, rééd. Cambridge University Press, 1992.

LOCKE John, *Two Treatises of Government, In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government*, 1690.

PUFENDORF Samuel von, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduit du latin par Jean BARBEYRAC, 3 tomes, Londres, Jean Nours, 1740.

PUFENDORF Samuel von, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, traduits du Latin par Jean BARBAYRAC, Amsterdam, Henri Schelte, 1707.

SUAREZ Francisco, *Des lois et du Dieu législateur*, (première édition de *De legibus*, 1612) traduit du latin par Jean-Paul COUJOU, Dalloz, 2003 (livre 1 et 2 du *Tractatus de Legibus*).

XVIII^e siècle

Philosophie politique

BUTEL-DUMONT Georges-Marie, *Histoire et commerce des colonies angloises, dans l'Amerique septentrionale. Où l'on trouve l'état actuel de leur population, des détails curieux sur la constitution de leur gouvernement, principalement sur celui de la Nouvelle-Angleterre, de la Pensilvanie, de la Caroline, de la Géorgie*, 1755.

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751.

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes du droit naturel*, 1747, Dalloz, réédition 2007.

Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique (traduites de l'anglais par le duc de La Rochefoucauld), Philadelphie, Paris, 1783.

DELOLME Jean Louis, *Constitution de l'Angleterre*, Amsterdam, 1774.

DU PONT DE NEMOURS Pierre-Samuel, **BRISSOT DE WARVILLE Jacques-Pierre**, **CLAVIÈRE Étienne**, *Œuvres posthumes de M. Turgot ou Mémoire de M. Turgot sur les Administrations provinciales, mis en parallèle avec celui de M. Necker, suivi d'une Lettre sur ce Plan, et des Observations d'un Républicain sur ces Mémoires ; et en général sur le bien qu'on doit attendre de ces Administration dans les Monarchies*, Lausanne, 1787, BN Lb39-370.

DU PONT DE NEMOURS Pierre Samuel, **QUESNAY François**, *Physiocratie, ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, recueil publié par Du Pont, 1768-1769.

HUME David, *Essays, Moral and political*, Edimbourg, 1741.

LA MARE Nicolas de, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prerogatives de ses magistrats; toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent*, Tome 1, Paris, Jean et Pierre Cot, 1705.

LE MERCIER DE LA RIVIÈRE Pierre-Paul-François-Joachim-Henri, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1767.

LE PAIGE Adrien, *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du parlement ; sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du Royaume*, première partie, 1753, seconde partie, 1754.

MABLY Gabriel de, *Oeuvres complètes de l'abbé de Mably*, Paris, Delaunay, 1818.

MABLY Gabriel de, *Des droits et des devoirs du citoyen*, 1789.

MIRABEAU Victor Riqueti de, *Éloge historique de Sully* in *Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 7 et s., Paris, Lacombe, 1770 .

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 2 vol., GF Flammarion, 1979.

MOREAU Jacob-Nicolas, *Les Devoirs du prince réduits à un seul principe, ou Discours sur la justice dédié au Roi*, 1775.

MEY Claude, *Maximes du droit public françois (2e éd.)*, tirées des capitulaires, des ordonnances du royaume et des autres monuments de l'histoire de France, 1775.

PECQUET Antoine, *L'Esprit des maximes politiques, pour servir de suite à l'Esprit des lois, du président de Montesquieu*, 1757.

QUESNAY François, *Le droit naturel*, 1765.

QUESNAY François, *Despotisme de la Chine* in *Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, tome 3 à 6, Paris, Lacombe, 1767.

RAMSAY Andrew Michael, *Essay philosophique sur le gouvernement civil, où l'on traite de la Nécessité, de l'Origine, des Droits, des Bornes et des différentes formes de la Souveraineté, selon les Principes de Feu M. François de Salignac de La Motte-Fénelon*, Londres, 1721.

SAIGE, *Catéchisme du citoyen, ou éléments du droit public français, par Demandes et par Réponses*, Genève, 1775.

TURGOT Anne-Robert-Jacques, *Oeuvres de Turgot et documents le concernant. IV. Turgot, ministre, 1774-1776 avec biographie et notes par Gustave SCHELLE*, 1922.

VATTEL Emer de, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758.

Dictionnaires et encyclopédies

Dictionnaire de l'Académie française, 1ère édition, 1694.

Dictionnaire de l'Académie française, 4ème édition, 1762.

ROBINET Jean-Baptiste-René, *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique; ou Bibliotheque de l'homme-d'état et du citoyen*, tome 14, 1778.

DÉMEUNIER Jean-Nicolas, *Encyclopédie méthodique. Économie politique et diplomatique*, Tome 1, 1784.

DIDEROT Denis, D'ALEMBERT Jean le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1751-1765.

DURAND DE MAILLANE Pierre-Toussaint, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 1761.

FELICE Fortunato Bartolomeo de, *Code de l'humanité, ou la législation universelle, naturelle, civile et politique*, Yverdon, 1778.

FÉRAUD Jean-François, *Dictionnaire critique de la langue française*, 1787.

FERRIÈRE Claude-Joseph de, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes, de pratique*, Nouvelle édition, revue, corrigée, augmentée, 1769.

GAUTIER P.-N., *Dictionnaire de la Constitution et du Gouvernement français*, Guillaume Junior, Paris, 1791, BN Le3-234.

PEUCHET Jacques, *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, dédiée et présentée à monseigneur Hue de Miromesnil, garde des sceaux de France, Tome premier, 1782-1791.

Prérévolution sources des organes de l'État (par ordre chronologique)

Actes royaux

Extrait des registres du Conseil d'État du Roi, Du 12 août 1787 ; arrêté de la Cour de Parlement qui, sous le bon plaisir du Roi, persiste dans son arrêt du 8 du présent mois, portant défense de se réunir en corps d'Assemblées Provinciales dans son ressort, avant l'enregistrement de l'Édit, du 18 août 1787, BN F-47070 (11).

Arrêt du Conseil du 23 août 1787 qui casse et annule l'Arrêté de la Chambre des Comptes du 17 août 1787 ; arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 1^{er} septembre 1787, BN F-47070 (12).

Arrêté du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787. Du 2 septembre 1787, BN F-47070 (12) et F-23666 (987).

Discours du roi au parlement, à la séance du 19 novembre 1787, Pierres, BN LB39-468, (contenant les discours du Roi et de Lamoignon et rapport de l'abbé Tandeau).

Discours du Roi, à l'ouverture du lit de justice, tenu à Versailles le 8 mai 1788 ; Ordonnance du Roi sur l'administration de la justice ; Edit du Roi, portant suppression des tribunaux d'exception ; Déclaration du Roi, relative à l'ordonnance criminelle ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer l'ordonnance du Roi, sur l'administration de la justice ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer la déclaration du Roi, relative à l'ordonnance criminelle ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer l'Edit du roi, portant suppression des tribunaux d'exception ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer l'Edit du Roi, portant réduction d'offices dans sa Cour de Parlement de Paris ; Edit du Roi, portant réduction d'offices dans sa Cour du Parlement de Paris ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer l'Edit du Roi, portant rétablissement de la Cour plénière ; Edit du roi, portant rétablissement de la Cour plénière ; Discours de M. le Garde des Sceaux, pour annoncer la déclaration du Roi, sur les vacances ; Déclaration du Roi, sur les vacances ; Discours du Roi, à la fin du lit de justice, tenu à Versailles, le 8 mai 1788, BN Lb39-552.

Réponse du Roi, du 17 avril 1788, aux Remontrances du Parlement, sur la séance du 19 novembre 1787, BN Lb39-543.

Réponse du roi, aux remontrances du Clergé du 15 juin 1788, 1788, BN Ld4-3053.

Arrêt du Conseil-d'État du Roi portant suppression des Délibérations et Protestations des Cours et autres Corps et Communautés, faites depuis la publication des Lois portées au Lit de Justice du 8 Mai dernier, 20 juin 1788, BN F-23666 (1070).

Déclaration du Roi qui ordonne que l'assemblée des États généraux aura lieu dans le courant de l'année 1789, et que les officiers des Cours reprendront l'exercice de leurs fonctions, Donné à Versailles le 23 septembre 1788, Registrée en Parlement le 25 septembre 1788.

NECKER Jacques, *Rapport fait au Roi, dans son conseil, par le ministre des finances : précédé du Résultat du conseil d'Etat du Roi, tenu à Versailles le 27 décembre 1788, 1788, Bn Lb39-889.*

Actes des cours, des parlements, des États provinciaux et de l'Assemblée du Clergé

Arrêté de la Chambre des Comptes de Paris du 17 août 1787 ; arrêté de la Cour des Aides du 18

août 1787, BN LB39-401.

Discours prononcé par M. de Nicolai à la Chambre des Comptes, dans la séance du 17 août 1787, et arrêté de la Cour ds aides du 18 août 1787, passé à l'unanimité, BN LB39-392.

Arrêtés de la Chambre des Comptes et de la Cour des Aides, des 17 et 18 août 1787, BN Lb39-410.

Arrêté du Parlement de Dauphiné : 21 août 1787.

Arrêté du Parlement séant à Troyes, du mardi 28 août 1787 ; arrêt du Conseil d'État du Roi, qui casse les Arrêtés du Parlement de Paris, des 7, 13, 22 et 27 août 1787, du 2 septembre 1787 ; Réponse du Roi à la Cour des aides, du dimanche 2 septembre 1787, sur l'Arrêté de cette Cour, du 30 août ; Arrêté de la Cour des Aides, du lundi 3 septembre, BN Lb39-437.

Arrêtés des parlemens de Bordeaux et de Navarre, du 3 septembre 1787, sur la translation du Parlement de Paris à Troyes ; Discours adressé par MM. du Châtelet, au Parlement séant à Troyes, le 3 septembre 1787 ; Réponse du Roi aux supplications de la Cour des monnoies ; Arrêté de la Cour ; Réponse du Roi aux itératives supplications de la Cour des aides, du 2 septembre 1787 ; Arrêté de la Cour des aides, du lundi 3 septembre 1787 ; Discours de M. Hues,... au Parlement ; Discours d'un membre de la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, du 11 septembre 1787, BN NUMM-47131.

Arrêt du Parlement de Dauphiné, concernant les assemblées provinciales : du 15 décembre 1787, BN NUMM-47623.

Remontrances du Parlement de Dauphiné, du 20 décembre 1787, au sujet de l'exil de M. le duc d'Orléans, BN NUMM-47632.

Remontrances du Parlement de Dauphiné, concernant les lettres de cachet, et l'arrêt du Conseil du 5 janvier 1788, BN NUMM-47633.

Arrêté du Parlement de Dauphiné, du 24 janvier 1788, BN NUMM-47627.

Protestation et arrêté du Parlement de Bretagne, du lundi 5 mai 1788, BN Lb39-6392.

Extrait des registres du Parlement de Dauphiné, du 9 mai 1788, 1788.

Arrêt du Parlement de Dauphiné, du 9 mai 1788, 1788.

Extrait du registre des délibérations du parlement de Navarre, et Procès-verbal du 9 mai 1788, BN Lb39-554.

Arrêté du Parlement de Bretagne, du 9 mai 1788, BN Lb39-6404.

Procès-verbaux et arrêts du Parlement de Dauphiné, des 10, 11 et 20 mai 1788, 1788.

Remontrances du Clergé, présentées au Roi le 15 juin 1788, BN Ld5-599.

Remontrances du Clergé, présentées au Roi le dimanche 15 juin 1788.

Remontrances et arrêtés du parlement de Navarre, des 21 et 26 juin 1788, BN Lb39-601.

BIDOUZE Frédéric, *Un testament politique de l'Ancien Régime. Les remontrances du parlement de Navarre, 26 juin 1788*, ed. CAIRN, 1999.

Assemblée des trois ordres de la province de Dauphiné : du vingt-un juillet mil sept cent quatre-vingt-huit, 1788, BN Lb39-614.

Procès-verbal de l'assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné, tenue à Romans, par permission du roi [10 septembre 1788.] 1788, BN Lk14-66.

MOUNIER Jean-Joseph, *Lettre écrite par plusieurs citoyens du clergé, de la noblesse et des communes de Dauphiné, à messieurs les syndics-généraux des Etats de Béarn [Grenoble, le 24 octobre 1788], BN Lb39-662.*

Arrêté à Rennes, le 25 octobre 1788, adopté par la Noblesse, et imprimé le 3 Novembre, Bn Lb39-6602.

Second procès-verbal de l'Assemblée générale des trois ordres de la province de Dauphiné tenue

dans la ville de Romans, le 2 novembre 1788, 1788, Bn Lk14-69.

Mémoire présenté au Roi par Monseigneur Comte d'Artois, M. le Prince de Condé, M. le Duc de Bourbon, M. le Duc d'Enghien, et M. le Prince de Conti [mémoire des princes du sang], BN Lb39-866.

Arrêt de la cour de Parlement [de Paris], rendu les chambres assemblées, les pairs y séant, qui condamne un imprimé ayant pour titre "Délibération à prendre par le Tiers-Etat dans toutes les municipalités du royaume de France", à être lacéré et brûlé par l'exécuteur de la haute-justice : extrait des registres du Parlement. Du dix-sept Décembre mil sept cent quatre-vingt-huit, 1788.

Protestation de l'Ordre de la noblesse de Bretagne ; Déclaration de l'Ordre de la noblesse : le 10 janvier 1789, 1789, Bn Lb39-977.

Extrait du procès-verbal de la Commission-Intermédiaire des États de Dauphiné, 1789.

Arrêt de la cour de Parlement [de Paris], rendu les chambres assemblées, les pairs y séant, qui condamne un imprimé ayant pour titre "Lettre de M. C.-F. de Volney à M. le comte de S...", et onze autres imprimés sans nom d'auteur, à être lacérés et brûlés par l'exécuteur de la haute-justice : extrait des registres du Parlement du six mars mil sept cent quatre-vingt neuf, Paris, Nyon, 1789.

Journaux

Journal pour servir à l'histoire du dix-huitième siècle, contenant les événements relatifs aux impôts de la Subvention Territoriale et du Timbre proposés à l'enregistrement des Cours souveraines de Paris et registrés ensuite. Avec les Arrêtés, Remontrances, Supplications, Discours des Parlements, des Cours inférieures et des Chambres de Commerce, les réponses du Roi, Arrêts du Conseil, Édits et Lettres-Patentes concernant lesdits Impôts et la Translation du Parlement de Paris à Troyes et de Troyes à Paris ; enfin les compliments adressés au Parlements par les différents Corps et Cours inférieures, les réponses du Parlement, etc. et plusieurs autres pièces intéressantes, Paris, Libraires associés, 1788.

Journal politique ou Gazette des Gazettes. Année 1788, Juin, Première quinzaine, Bouillon.

Recueil des arrêtés, remontrances, protestations des parlements, cours des aides, chambres des comptes, états provinciaux, etc. au sujet des nouvelles lois proposées par le sieur de Lamoignon, Garde des Sceaux, au Lit de Justice du 8 Mai 1788. Avec le Récit abrégé des faits les plus intéressants qui se sont passés dans les différents Parlements, depuis l'époque dudit mois de Mai, Londres, 1788, BN Lb39-553.

Séance extraordinaire tenue par Louis XVI, au Palais le 19 novembre 1787 [estampe], dessiné par Meunier et Girardet, gravé par Cl. Niquet.

Tableau de la séance du 19 novembre 1787, contenant les discours du Roi & de Monseigneur le Garde-des-sceaux, avec un état détaillé des bonifications, retranchemens & améliorations faits par Sa Majesté, & des observations pour donner un état civil aux protestans : L'édit du Roi, portant création d'emprunts gradués & successifs de quatre cents vingt millions, depuis 1788 jusqu'en 1792 ; le rapport de M. l'abbé Tandeau, de l'édit d'emprunt enregistré à la séance du Roi ; l'arrêté du Parlement du 21 novembre ; et la réponse du roi à la grande députation du Parlement pour obtenir le rappel de Monseigneur le Duc d'Orléans, et la liberté de Messieurs Sabatier et Fréteau, Conseillers au Parlement, 1787, BN NUMM-47219.

Brochures et correspondances de la Prérévolution et de la Révolution avant la réunion des États-généraux

BARNAVE Antoine, *Esprit des édits, enregistrés militairement au Parlement de Grenoble : le 10 mai 1788, 1788, BN Lb39-555.*

BERTRAND, *Essai sur la liberté politique, ou projet de Constitution nationale, par M. Bertrand, Directeur principal de la Compagnie d'Afrique, Marseille, mai 1789, BN Lb39-7217.*

BRÉMOND, *Premières Observations au peuple français, sur la quadruple aristocratie qui existe depuis deux siècles, sous le nom de haut Clergé, de Possédants fiefs, de Magistrats et du haut Tiers, et vues générales sur la constitution et la félicité publique*, 1789, Bn Lb39-1268.

BRIENNE comte de, LOMÉNIE DE BRIENNE Etienne Charles de, *Journal de l'Assemblée des Notables de 1787 par le comte de Brienne et Etienne Charles de Loménie de Brienne, Archevêque de Toulouse (Bureau de Monsieur et Bureau du comte d'Artois)*, publié par Pierre CHEVALLIER, 1960.

BRISSOT DE WARVILLE Jacques-Pierre, *J.-P. Brissot mémoires (1754-1793, [suivi de] correspondance et papiers*, publ. avec étude critique et notes par Cl. PERROUD, 3 vol., 1912.

BRISSOT DE WARVILLE Jacques-Pierre, *Précis adressé à l'Assemblée Générale des Electeurs de Paris, pour servir à la rédaction du cahier de doléance de cette ville*, Paris, premier Mai 1789, Bn Lb39-7164.

CALONNE Charles-Alexandre de, *Réponse de M. de Calonne à l'écrit de M. Necker, publié en avril 1787, contenant l'examen des comptes de la situation des finances, rendus en 1774, 1776, 1781, 1783 et 1787, avec des observations sur les résultats de l'Assemblée des notables*, janvier 1788, Appendix, p. 79, Précis d'un plan d'amélioration des finances présenté au Roi le 20 août 1786, BN Lb39-513.

CALONNE Charles-Alexandre de, *Collection des mémoires présentés à l'Assemblée des notables par M. de Calonne, contrôleur-général des finances*, 1787, BN Le21-4.

CASAUX Alexandre, *Simplicité de l'idée d'une constitution : et de quelques autres qui s'y rapportent : applications et conséquences*, Paris, 1789, Bn Lb39-6924.

Catéchisme des parlements, Bn LB39-936.

CHARLES I^{er} DE BADE, *Politische correspondenz, Karl Friedrichs von Baden 1783-1806, 1 : 1783-1792*, Heidelberg, 1888.

CONDORCET Jean-Antoine-Nicolas de Carita, *Essai sur la Constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*, 1788, BN Lb39-800.

CONDORCET Jean-Antoine-Nicolas de Carita, *Déclaration des droits, traduite de l'anglois, avec l'original à côté*, Londres, 1789, Bn Lb39-6914.

*De la constitution française ou des lois fondamentales du royaume par M. M***.*, Lausanne, 1789, Bn Lb39-1293.

De la constitution française, Amsterdam, 1788, BN, Lb39-742.

De la différence qu'il y a entre les Etats-généraux et les Assemblées nationales ou Principes radicaux de la constitution, 1789, Bn Lb39-1282.

Délibération à prendre par le Tiers-État dans toutes les municipalités du royaume de France [novembre 1788], BN LB39-789.

Discours sur la constitution française ou réponse à ces deux questions : Quels sont en France les Caractère essentiels à la Souveraineté ? Et pour que l'Impôt soit légitime, par qui doit-il être établi ? Par M. B., Genève, 1788, BN Lb39-715.

DUC D'ORLÉANS, *Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses Représentants aux Bailliages, suivie de Délibération à prendre dans les Assemblées*. Seconde édition, corrigée, 1789, Bn Lb39-1380.

Examen du système de législation établi par les Édits du mois de Mai 1788 ou Développements des atteintes que préparent à la constitution de la Monarchie et aux droits et privilèges des Provinces en général, et à ceux de la Lorraine en particulier, les Édits, Ordonnances et Déclaration transcrits, d'autorité, sur les registre de toutes les Cours du Royaume, BN Lb39-6451.

FAUCHET Joseph-Jean-Antoine, *Le Despotisme des parlements, ou Lettre d'un Anglais à un François, sur la révolution opérée dans la monarchie française par l'enregistrement de la*

Déclaration du 23 septembre 1788, fait dans les divers parlements du royaume, BN Lb39-635.

LAMBERT Jean-François, *Précis de vues générales en faveur de ceux qui n'ont rien, pour les mettre sous la sauve-garde de la bienfaisance publique et de la constitution de l'état*, 1789, BN Lb39-6878.

LANJUINAIS, *Réflexions patriotiques, sur l'arrêté de quelques nobles de Bretagne, du 25 octobre 1788*, 1788, Bn Lb39-6603.

LAYA Jean-Louis, *Voltaire aux Français sur leur constitution*, 1789, Bn, Lb39-1273.

Le Confucius français, dédié au Roi, par l'auteur du "Grand coup de filet des Etats généraux" du Au Roi, sur les avantages que Sa Majesté doit se promettre des Etats généraux, et que nous pouvons attendre d'une constitution sage et éclairée par l'auteur du "Grand coup de filet des Etats généraux", 1789, BN Lb39-6780.

LENOIR-LAROCHE J.-J., *Observations sur les principes de la constitution des états de Dauphiné, contenant leur examen et leur développement, pour servir aux états généraux*, Par J.-J. Lenoir-Laroche, 1788, BN Lb39-783.

LOEILLIET, *Principes qui doivent servir de base à une bonne constitution par M. Loeilliet*, Paris, 1789, Bn Lb39-7109.

Matériaux pour l'édifice de la constitution française, mars 1789, Bn Lb39-7052.

MALLET DU PAN Jacques, *Sur l'ouvrage de J.-L. de Lolme, Constitution de l'Angleterre, Mercure de France*, n° 3, 17 janvier 1789.

MOREAU Jacob-Nicolas, *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française, précédé de l'historique de toutes nos assemblées nationales, dans deux mémoires, où l'on établit qu'il n'est aucun changement utile dans notre Administration, dont cette Constitution même ne nous présente les moyens*, Paris, 1789, 2 vol., BN Le4-61.

MOUNIER, *Nouvelles observations sur les états généraux de France par M. Mounier, Secrétaire des États de la Province de Dauphiné*, 1789, Bn Lb39-1180.

NECKER, *Mémoire de M. Necker, au Roi, sur l'établissement des administrations provinciales*, Londres, 1781.

Observations sur les remontrances du Clergé du 15 juin 1788, BN Ld4-3049.

Opinion sur les Remontrances du Clergé, du 15 juin 1789, BN Lb39-11622..

Principes sur la Constitution de la France et des Etats-généraux, 1788, BN Lb39-6663..

Principes généraux de la Constitution française. Ouvrage utile à tous les Députés qui forment l'Assemblée des États-Généraux, BN Lb39-7219.

Questions sur l'arrêt du 20 juin 1788.

RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Avis important à la nation, sur les Vices de son Gouvernement ; sur la nécessité d'établir une Constitution ; et sur la Composition des États-Généraux*, Novembre 1788, Bn Lb39-6649.

RABAUT SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers Etat, adressées au peuple des provinces par un propriétaire foncier*, 1788, Bn Lb39-758.

Réflexions d'un citoyen sur la Séance Royale, tenue au Parlement, le 19 novembre 1787, pour servir de supplément aux Remontrances du Parlement à ce sujet, Liège, 1787.

Réflexions d'un magistrat sur le patriotisme, les diverses formes de gouvernement, les caractères de la souveraineté, la nature de l'office dans les états monarchiques ; suivies d'Observations sur le privilège parlementaire de la Bretagne, avec des preuves, 1788, Lb39-562.

SALAVILLE Jean-Baptiste, *De l'organisation d'un état monarchique, ou Considérations sur les vices de la Monarchie Française, et sur la nécessité de lui donner une Constitution*, 1789, Bn Lb39-1271.

SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce-que le Tiers-État ?*, 3^e édition. 1789, BN Lb39-1086.

TARGET Guy-Jean-Baptiste, *Ile suite de l'écrit intitulé, « Les Etats-généraux convoqués par Louis XVI »*, Bn Lb39-1175.

VOLNEY Constantin-François de Chasseboeuf, *Des conditions nécessaires à la légalité des Etats généraux*, Bn Lb39-672.

VOLNEY Constantin-François de Chasseboeuf, *Lettre de M. Chasseboeuf de Volney à M. le comte de S.....t (Serrant)*, BN LB39-1370.

VOLNEY Constantin-François de Chasseboeuf, *La Sentinelle du peuple, aux gens de toutes professions, sciences, arts, commerce & métiers, composant le Tiers-État de la province de Bretagne*, N° 1 (10 novembre 1788)]-n° 5 (25 décembre 1788), BN Lc2-99.

VOLNEY Constantin-François de Chasseboeuf, *Lettre des bourgeois aux gens de la campagne, fermiers, métayers et vassaux de certains seigneurs qui trompent le peuple. Pour servir de suite à l'Avis au peuple*, 1789, BN Lb39-1356.

VOLNEY Constantin-François de Chasseboeuf, *Troubles de Bretagne : lettre d'un solitaire philanthrope à M. le comte de M*** sur les réclamations de l'ordre du tiers état de Bretagne contre le despotisme des nobles, du clergé, et du parlement de cette province*, BN Lb39-6994.

Vues générales sur notre constitution et sur nos assemblées nationales, octobre 1788, BN Lb39-6557.

Sources des débuts des États-généraux et de l'Assemblée nationale (mai-août 1789) par Ordre chronologique

Actes royaux et ministériels

Rapport fait au Roi, dans son conseil, par le ministre de ses finances précédé du résultat du Conseil-d'État du Roi, tenu à Versailles le 27 décembre 1788, BN Lb39-889.

Lettre du Roi à MM. Les députés au Etats-Généraux, portée séparément à la Chambre de chacun des trois Ordres par M. le Grand-Maître des Cérémonies, le 28 mai 1789, BN Le 29-9.

Ouverture faite par les Commissaires du Rois, aux Commissaires des trois Ordres, à la conférence tenue chez M. le Garde des Sceaux, le 4 juin 1789, BN Le29-15.

Lettre de M. Necker, à M. de Crosne. Du 20 juin, à cinq heures, Paris, Volland, 1789, BN Le29-28.

Séance tenue parle Roi aux États-Généraux, le 23 juin 1789, Paris, Imprimerie Royale, 1789, Le29-33.

Réponse du Roi à la députation des États-Généraux du 10 juillet 1789, Versailles, Imprimerie royale, 1789, BN Le29-52.

Déclaration du Roi, adressée à tous les Français, à sa sortie de Paris [20 juin 1791], Paris, Baudouin, BN NUMM-9751544.

Défense de Louis XVI, par MM. Malesherbes, Tronchet, et Desèze, prononcée à la barre de la Convention, BN Lb41-2523.

Sources sur les séances de l'Ordre de la Noblesse

ILOVAÏSKY Olga, *Recueil de documents relatifs aux séances des États-généraux, mai-juin 1789, tome 2, Les séances de la Noblesse 6 mai-16 juillet, 2 vol., 1974-1983 (uniquement les dix premières séances).*

Procès-verbal des séances de la Chambre de l'Ordre de la Noblesse, aux États-Généraux, tenues à Versailles en 1789, Paris, Imprimerie Nationale, 1792, BN Le27-5.

Procès-verbal des séances de la chambre de l'ordre de la noblesse, aux États généraux, tenues à Versailles en 1789, Versailles, Impr. de P.-D. Pierres, 1789, BN Le27-5.

ANTRAIGUES, *Discours prononcé par le Comte d'Antraigues, député aux Etats généraux dans la Chambre de la noblesse, le 11 mai 1789, s.l.n.d., BN Le29-2064.*

Motions de Messieurs les commissaires, conciliateurs de l'Ordre de la Noblesse, portée dans cette Chambre ; par M. le Comte d'Antraigues, le 22 mai 1789, - Discours prononcé par le Cte d'Antraigues le 23 mai 1789, BN Le29-6.

ANTRAIGUES, *Déclaration des députés de la Noblesse de la Prévôté et Vicomté de Paris hors des murs, au sujet d'une proposition de M. le Comte d'Antraigues, renouvelée par la motion de M. de Duc de Mortemar, en l'Assemblée de l'Ordre de la Noblesse, le 23 mai 1789, s.l.n.d., BN Le29-7.*

SILLERY, *Discours prononcé à la chambre de la noblesse, par M. le Mis de Sillery, adressé à MM. les commissaires-conciliateurs, le samedi 23 mai 1789, BN Le29-1953.*

Motion Faite à la Chambre de la Noblesse le 25 mai 1789, BN Le29-8.

ANTRAIGUES, *Discours prononcé dans la Chambre de la Noblesse, par le Comte d'Antraigues, le 28 mai 1789, s.l.n.d., BN Le29-10.*

CRILLON, *Lettre du Cte de Crillon, député de la noblesse du bailliage de Beauvais, à ses électeurs, protestant contre l'arrêté de la noblesse en faveur du vote par ordre. 30 mai 1789, BN Le29-1939.*

LALLY-TOLENDAL, *Motion fait dans la Chambre de la Noblesse, le 29 mai 1789, par un député de la Ville de Paris, BN Le29-11.*

Mémoire sur la vérification des pouvoirs, Lu à la première Conférence chez Monseigneur le Garde-des-Sceaux, par le Comte d'Antraigues, BN Le29-12.

D'EYMAR, *Opinion de M. d'Eymar, Député de Forcalquier, prononcée dans la Chambre de la Noblesse, le 3 juin 1789, BN Le29-14.*

MARGUERITTES, *Opinion exposée dans la Chambre de la noblesse, le vendredi 5 juin 1789, par le Baron de Marguerittes, Député de Nîmes, relativement à l'ouverture faite par les Commissaires du Roi aux Commissaires des trois Ordres, 1789, BN Le29-1960.*

Arrêté de la Noblesse du 12 juin 1789, s.l.n.d., BN Le29-21.

CLERMONT-TONNERRE, *Opinion de M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, à l'occasion de l'Adresse au Roi, proposée le 19 dans la Chambre de la Noblesse, BN Le29-2076.*

Discours prononcé au Roi par la députation de l'ordre de la Noblesse, M. le Duc de Luxembourg, président, portant la parole, le 21 juin 1789 et Réponse du Roi, Versailles, Pierres, s.d., BN Le29-30.

Opinion d'un député de Paris, dans la Chambre de la Noblesse, à la Séance du Mercredi 24 juin 1789, BN Le29-38.

Lettre de MM. les députés du Clergé et de la Noblesse des États-Généraux de Béarn, adressée à Monseigneur le Cardinal de la Rochefoucault, Président de l'Ordre du Clergé, et à M. le Duc de Luxembourg, Président de l'Ordre de la Noblesse, BN Le29-44.

Arrêté de la chambre de la Noblesse. Du 25 juin 1789, Versailles, Pierres, BN Le29-39.

Lettre du Roi à M. le Duc de Luxembourg, Président de l'Ordre de la Noblesse, BN Le29-42.

CLERMONT EN BEAUVOISIS, *Opinion du député de la Noblesse de Clermont en Beauvoisis, lue en la Séance du 27, le matin, dans la Chambre de la Noblesse, BN Le29-43.*

DESCHAMPS, *Discours prononcé par M. Deschamps, l'un des députés de la noblesse du Lyonnais, dans la chambre de l'ordre de la noblesse le 27 juin 1789, avant la lecture de la lettre du roi qui engagea les ordres à se réunir, 1789, BN Le29-2128.*

Déclaration de l'ordre de la Noblesse aux États-Généraux, pour la conservation des Droits constitutifs de la Monarchie Française, de l'indépendance et de la distinction des Ordres, à

Versailles, le 3 juillet 1789, BN Le29-46.

Lettre de MM. les députés du Clergé et de la Noblesse des États-Généraux de Béarn, adressée à Monseigneur le Cardinal de la Rochefoucault, Président de l'Ordre du Clergé, et à M. le Duc de Luxembourg, Président de l'Ordre de la Noblesse, BN Le29-44.

Sources sur les séances des députés du Clergé

Ouverture des Etats-Généraux, Procès-Verbaux et récit des Séances des Ordres du Clergé et de la Noblesse jusqu'à leur réunion à l'Assemblée Nationale, Paris, Imprimerie Nationale, 1791, BN Le27-6.

DILLON, *Discours prononcé en la salle de l'assemblée des États généraux par M. Dillon, curé du Vieux-Pouzauges ; suivi d'une lettre du roi relative au discours. s.l.n.d, BN Le29-2146.*

JALLET, *Discours prononcé par M. Jallet, Curé de Chérigné, Député du Poitou, dans l'Assemblée de l'Ordre du Clergé, pour motiver les déclarations et les protestations faites dans la Chambre par plusieurs Députés, le 12 juin 1789, BN Le29-20.*

Liste des membres du Clergé qui, dans la séance du 19 juin 1789, ont voté pour la vérification des pouvoirs en commun dans la salle de l'assemblée générale, et ont signé l'arrêté pris en conséquence, BN Le29-25.

Première liste de la pluralité des membres du clergé qui, dans la séance du 19 juin ont voté pour la vérification des pouvoirs en commun dans la salle de l'assemblée générale et ont signé l'arrêté pris en conséquence, BN Le29-26.

Récit de ce qui s'est passé dans l'ordre du clergé, BN Le27-4.

Sources sur les séances des députés du Tiers-Etat puis Assemblée nationale

Actes de l'Assemblée

Collection générale des Décrets rendus par l'Assemblée Nationale, avec la mention des sanctions et acceptations données par le Roi, depuis le mois de Mai, jusques et compris le mois de Décembre 1789, Tome Ier, Paris, Baudouin, disponible en ligne à l'adresse collection-baudouin.univ-paris1.fr.

Récit des séances des députés des communes, depuis le 5 mai 1789 jusqu'au 12 juin suivant, époque à laquelle la rédaction des procès verbaux a commencé, BN Le27-9.

États-généraux ou récit de ce qui s'est passé depuis le 5 mai 1789 jusqu'au 17 juin, BN Le27-8.

Procès-verbal des séances de l'Assemblée Nationale de France, tenues en l'année 1789 et suivantes ; précédé du Récit des Séances des Députés des Communes, depuis le 5 mai jusqu'au 12 juin suivant ; du Procès-verbal des Conférences pour la Vérification des pouvoirs ; et du Procès-verbal des Séances des Députés des Communes, depuis le 12 jusqu'au 17 juin 1789, Tome premier, Paris, Imprimerie nationale, 1791.

Adresse présentée au Roi par des Députés des Communes, le 6 juin 1789, Versailles, Imprimerie royale, 1789, BN Le29-17.

Délibération de l'Assemblée nationale du mercredi 17 juin 1789 et seconde délibération du mercredi 17 juin 1789, BN Le29-24.

Arrêté pris par l'Assemblée Nationale, le 23 juin, après la Séance Royale, et sans déssemparer, à trois heures du soir, s.d.n.d., BN Le29-35.

Arrêtés de l'Assemblée nationale du Mardi 23 juin 1789, Paris, Baudouin, BN Le29-36.

Mémoire instructif remis de la part du Roi au Comité des subsistances des États-Généraux, par le Directeur général des Finances, Paris, Imprimerie royale, 1789, BN Le29-48.

Extrait des procès-verbaux de l'Assemblée nationale des 20, 21, 22, 23, 24 et 26 août et 1er Octobre, acceptés par le Roi le 5 octobre, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-241.

Actes des comités

Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l'Assemblée Nationale, par M. Bergasse, 1789, BN Le29-141.

Rapport du comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet. Lu à l'Assemblée Nationale, le 27 juillet, par M. le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-79.

Rapport fait par M. l'archevêque de Bordeaux, Champion de Cicé, Au nom du Comité choisi par l'Assemblée Nationale, pour rédiger un Projet de Constitution, dans la Séance du Lundi 27 juillet 1789, annexé au *PV AN n° 33*.

Rapport sur l'organisation du Corps législatif, Lally-Tollendal au nom du comité de constitution, annexé au *PV AN n° 63*.

Rapport du nouveau comité de constitution, fait à l'Assemblée nationale, le mardi 29 septembre 1789, sur l'établissement des bases de la représentation proportionnelle, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-235.

Seconde Partie du Rapport du nouveau comité de constitution, fait à l'Assemblée nationale, le mardi 29 septembre 1789, sur l'établissement des assemblées administratives et des nouvelles municipalités, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-236.

MOUNIER, *Projet des premiers articles de la constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789 par M. Mounier, membre du comité chargé du plan de constitution, Baudouin, 1789, BN Le29-82.*

Rapport fait au nom du comité de législation, sur les dénonciations faites contre M. Duport, Ministre de la Justice ; par M. Saladin, député du département de la somme, lu dans la séance du 4 avril 1792, Imprimé par ordre de l'Assemblée Nationale, Paris, Imprimerie nationale, 1792, Le33-3-S-10.

Motions et discours des membres et des ministres

MALOUET, *Opinions de M. Malouet, dans les séances des communes, des 7, 15 mai, et 15 juin 1789, s.l.n.d., BN Le29-22.*

VOLNEY, *Discours prononcé dans la Chambre du Tiers-Etat, par M. de Volney, le 8 mai 1789, s.l.n.d., BN Le29-5.*

DU PONT, *Première opinion sur les prétentions relatives à un droit de veto, et sur les déclarations à faire par les Députés des Communes de France à ceux de l'Ordre de la Noblesse, exposée dans la Séance du 29 mai, par M. Du Pont, Député du Bailliages de Nemours, 1789, BN Le29-2161.*

RINGARD, *Discours prononcé par M. Ringard, Curé de S. Germain-l'Auxerrois, à l'assemblée nationale, dans la séance du soir, le samedi 5 juin, à l'occasion de la procession de la Fête-Dieu, où l'assemblée avait assisté, BN Le29-16.*

Adresse présentée au Roi par des Députés des Communes, le 6 juin 1789, Versailles, Imprimerie royale, 1789, BN Le29-17.

MALOUET, *Avis d'un député dans la séance des Communes du 8 juin 1789, s.l.n.d., BN Le29-18.*

SIEYES, *Motion faite par M. l'abbé Sieyès, du 10 juin 1789, suivie de l'arrêté des communes, du même jour, Paris, Volland, 1789, BN Le29-2066.*

Motion d'un député des Communes de la sénéchaussée de Bigorre, s.l.n.d., BN Le29-19.

Récit de ce qui s'est passé le 15 juin 1789, dans l'assemblée des communes, s.l.n.d., BN Le29-2092.

BERGASSE, *Discours de M. Bergasse, sur la motion faite par M. l'abbé Sieyès, le 15 juin 1789 portant que l'Assemblée des Députés des Communes se constituerait en Assemblée des Représentants connus et vérifiés de la Nation, s.l.n.d., BN Le29-23.*

- BAILLY**, *Réponse de M. Bailly, président de l'assemblée nationale à l'ordre du clergé, le 22 juin 1789*, s.l.n.d., BN Le29-31.
- NECKER**, *Lettre de M. Necker, et discours prononcés dans la séance de l'Assemblée nationale. Du 25 juin 1789*, BN Le29-40.
- Discours prononcé à la séance de l'assemblée nationale. Du 26 juin 1789*, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Le29-41.
- Projet de règlement proposé à l'Assemblée Nationale par le Comité nommé à cet effet*, BN Le29-45.
- DUC D'OLÉANS**, *Réponse de Monseigneur le Duc d'Orléans, à l'Assemblée qui l'avait élu Président*, BN Le29-47.
- Adresse au Roi, par le Comte de Mirabeau, Jeudi 9 Juillet 1789*, BN Le29-51.
- CLERMONT-TONNERRE**, *Opinion de M. le Comte Stanislas de Clermont-Tonnerre, du lundi matin 13 juillet 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, 1789, BN Le29-57.
- VIRIEU**, *Opinion de M. le Comte de Virieu à l'Assemblée Nationale, dans la Séance du Lundi matin 13 juillet, sur la proposition de demander au Roi le rappel des Ministres disgraciés*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-58.
- LA FAYETTE**, *Motion de M. de La Fayette sur les droits de l'homme et de l'homme vivant en société*, 1789, BN Le29-53.
- SIEYES**, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. Par M. l'abbé Sieyès*, BN Le29-71.
- SIEYES**, *Déclaration des droits du citoyen français, détachée du Préliminaire de la constitution, par M. l'abbé Sieyes*, BN Le29-73.
- TARGET Guy-Jean-Baptiste**, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par M. Target*, Baudouin, BN Le29-80.
- MOUNIER**, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; par M. Mounier*, Baudouin, 1789, BN Le29-81.
- MOUNIER**, *Projet des premiers articles de la constitution, lu dans la séance du 28 juillet 1789 par M. Mounier, membre du comité chargé du plan de constitution*, Baudouin, 1789, BN Le29-82.
- SIEYES, MOUNIER, TARGET**, *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, par M. l'abbé Siéyès. Projet des premiers articles de la constitution, par M. Mounier. Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par M. Target*, Versailles, 1789, BN Le29-83.
- CRÉNIÈRE**, *Extrait de quelques observations sur la constitution d'un peuple, lu dans la séance du 31 juillet 1789, & dont l'Assemblée nationale a demandé l'impression*, BN Le29-87.
- DURAND DE MAILLANE**, *Opinion de M. Durand de Maillane sur la constitution du royaume*, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-89.
- THOURET**, *Analyse des idées principales sur la Reconnaissance des Droits de l'Homme en Société, et sur les bases de la Constitution, par M. Thouret, Député de Rouen*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Le29-90.
- BOISLANDRY**, *Divers Articles proposés pour entrer dans la Déclaration des droits par M. Boislandry*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-91.
- CASTELLANE**, *Précis de l'opinion de M. le comte de Castellane, sur la déclaration de droits, écrit de mémoire après la séance du premier août 1789*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-92.
- MALOUET**, *Opinion de Malouet sur la Déclaration des Droits de l'Homme*, BN Le29-93.
- SILLERY**, *Opinion de M. le marquis de Sillery, relative à la déclaration des droits de l'homme*,

BN Le29-95.

CLERMONT-LODÈVE, *Opinion de M. le marquis de Guilhem Clermont-Lodève, au sujet de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui doit précéder la constitution, du 4 août 1789, séance du matin*, Versailles, Baudouin, Imprimerie Nationale, BN Le29-96.

SINETY, *Exposition des motifs qui paraissent déterminer à réunir à la Déclaration des Droits de l'Homme, celle des devoirs du Citoyen*, Versailles, 4 août 1789, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-97.

MONTMORIN, *Lettre de M. le Comte de Montmorin à M. Le Chapellier, Président de l'Assemblée nationale*, Versailles, le 4 août 1789, BN Le29-99.

AIGUILLON Duc d', *Motion de M. le Duc d'Aiguillon, à la séance du 4 août 1789*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-101.

FOUCAULD L'ARDIMALIE, *Opinion du Marquis de Foucauld l'Ardimalie, Député de la Noblesse de la Province du Prédigord, sur la Motion de M. le Vicomte de Noailles, concernant l'abolition de la Féodalité, et le rachat des cens et rentes Seigneuriales, etc. Du mardi 4 août, à la Séance du soir*, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-102.

THIBOUTOT, *Observations que M. le Marquis de Thiboutot devait soumettre à l'Assemblée Nationale le 5 de ce mois, sur les Droits Seigneuriaux, dont on avait proposé la suppression le 4 à la séance du soir, à l'occasion d'un Arrêté qu'elle devait prendre, pour faire cesser les entreprises de quelques habitants des Campagnes sur les Châteaux, et surtout sur charriers des Seigneurs de terres*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-105.

GALLOT, *Vues sur les bases de la constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par M. Gallot, D. M. M., Député du Poitou, 6 août 1789*, Versailles, Baudouin, Imprimer de l'Assemblée Nationale, s.d., BN Le29-106.

SIEYES, *Opinion de M. l'Abbé Sieyès sur la rédaction de l'arrêté du 4 août, relatif aux dîmes ; précédée de quelques principes sur le fond de la question*, s.l.n.d., BN Le29-119.

BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution Française dans ses Objets fondamentaux, proposée à l'Assemblée Nationale, par Charles-François Bouche, Avocat au Parlement, et Député de la Sénéchaussée d'Aix*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-122.

RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution par M. Rabaut de Saint-Etienne*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s.d., BN Le29-123.

RABAUT SAINT-ETIENNE, *Principes de toute constitution, par Rabaut de Saint-Etienne*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, s.d., BN Le29-124.

RABAUT SAINT-ETIENNE, *Projet du préliminaire de la constitution française, présenté par M. Rabaut de Saint-Etienne*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-125.

MOUNIER, *Considérations sur les Gouvernements, et principalement sur celui qui convient à la France, par M. Mounier, Membre du Comité chargé du travail relatif à la Constitution*, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-126, PV AN n° 49, annexe.

MIRABEAU, *Motion de M. le Vte de Mirabeau, Député de la Noblesse du Haut-Limousin, le 11 Août 1789, sur la Justice gratuite*, Versailles, Pierres, Premier Imprimeur Ordinaire du Roi, s.d., BN Le29-127.

MALOUET, *Motion présentée dans les bureaux de l'Assemblée Nationale, par M. Malouet*, Versailles, Baudouin, s.d., BN Le29-130.

Réflexions sur les articles I et VI décrétés par l'Assemblée Nationale les 4, 6, 7, 8 et 11 Août dernier, par un Député du Baillage de Caen, Paris, Bauouin, 1789, BN Le29-132.

GRÉGOIRE, *Opinion de M. l'abbé Grégoire, député de Nancy, sur la nécessité de parler des*

devoirs dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A la séance du 12 août, BN Le29-133.

DUQUESNOY, *Motion de M. Duquesnoy, à la séance du 14 août 1789, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, s. d., BN Le29-137/*

SIEYES, *Déclaration des droits de l'homme en société. Par M. l'abbé Sieyes, Versailles, Baudouin, 1789, BN Le29-138.*

GOUGES-CARTOU, *Projet de déclaration de droits ; par M. Gouges-Cartou, député des six sénéchaussées du Quercy, BN Le29-140.*

Projet de déclaration des droits de l'homme en société, par MM. du comité chargé de l'examen des déclarations de droits, BN Le29-144.

Réflexions d'un député, à l'Assemblée nationale, sur le projet de déclaration des droits de l'homme en société, lu à cette Assemblée, adressées aux représentants de la nation, BN Le29-145.

GRÉGOIRE, *Nouvelles Réflexions de M. l'abbé Grégoire, sur la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A la séance du 18 août, BN Le29-146.*

SIEYES, *Dire de l'Abbé Sieyes sur la question du veto royal à la séance du 7 septembre 1789, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée nationale, annexé au PV AN n° 69.*

DUPORT, *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport député de Paris, Imprimé par ordre de l'Assemblée, Paris, Imprimerie nationale, 1790, annexé au PV AN n° 244.*

CHABROUD, *Opinion de Charles Chabroud, membre de l'Assemblée nationale, sur quelques questions relatives à l'Ordre Judiciaire, prononcé le 30 mars 1790, Imprimée par ordre de l'Assemblée nationale, Paris, Imprimerie nationale, 1790, PV AN n° 245.*

DELAUNAY, *Opinion de M. Delaunay d'Angers, député du Département de Maine-et-Loire, Sur les dénonciations faites contre M. Duport, ci-devant ministre de la justice ; prononcée le 5 juin 1792, l'an 4 de la Liberté, Imprimée par ordre de l'Assemblée Nationale, Imprimerie nationale.*

Projets de déclaration ayant fait l'objet d'une publication

AVARAY Claude-Antoine de Beziade, *Projet de déclaration des droits d'un citoyen français, 1789, BN Lb39-7606.*

AVARAY Claude-Antoine de Beziade, *Projet de constitution des droits d'un citoyen français, BN Le29-148.*

BANCAL DESISSARTS Jean-Henri, *Déclaration de droits à faire, et pouvoirs à donner par le peuple français, pour les États-généraux, dans les soixante assemblées indiquées à Paris, le mardi 22 avril 1789, BN Lb39-1518.*

BOUCHE, *Chartre contenant la Constitution françoise dans ses objets fondamentaux, proposée à l'Assemblée nationale par Charles-François Bouche, avocat au Parlement, & député de la Sénéchaussée d'Aix, Versailles, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Le29-122.*

CONDORCET, *Déclaration des droits, par M. le Mis de Condorcet, BN Lb39-7672.*

CUSTINE, *Déclaration des droits du citoyen français, BN Le29-2115.*

Déclaration des droits des citoyennes du Palais-Royal, BN Lb39-7676.

Déclaration des droits, extraite du cahier du tiers état du bailliage de Nemours, partie seconde, chapitre premier, Baudouin, BN Le24-127.

DUPORT Adrien, *Projet d'une déclaration des droits, par M. Du Port, 1789, BN Lb39-7604.*

DUPORT Adrien, *Maximes générales du gouvernement, Par M. D***, Versailles, Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, BN Lb39-1292.*

DUPORT Adrien, *Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du*

gouvernement, par M. D...., Versailles, Baudouin, BN Lb39-7603.

DUQUESNOY, *Opinion de M. Duquesnoy, Sur les Projets de Déclaration de Droits*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-151.

Éléments de droit public, à l'usage de MM. les députés aux États-généraux de France, BN Lb39-7223.

Essai sur la Déclaration des droits, de l'homme et du Citoyen. Par M. G. de St. F., Membre de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-7600.

Exposition des droits de l'homme et du citoyen, BN Lb39-7675.

Extrait fait ad libitum, de l'Article des Droits de l'homme, dans le Dictionnaire encyclopédique, par ordre de matière, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Archives nationales, CARAN, Paris, série AD/XVIIIc/I, pièce 28.

JALLET, *Idées élémentaires sur la constitution, par M. Jallet, Député du Poitou*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Lb39-2250.

LAFFON DE LADÉBAT André-Daniel, *Déclaration des droits de l'homme, proposée le 13 août 1789, par M. de Ladébat*, BN Lb39-7671.

LEBLOND DE SAINT-MARTIN, *Déclaration des droits du citoyen et de la commune par M. Leblond de Saint-Martin*, BN Lb39-7673.

LUCHET Jean-Pierre-Louis de (directeur du journal de la Ville), *Déclaration des droits du citoyen, et application de ces principes à la constitution de la Nation Française*, 1789, BN Le4-62.

MARAT, *La Constitution, ou Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; suivi d'un plan de constitution juste, sage et libre, Par l'auteur de l'“Offrande à la patrie”*, BN Lb39-7221 et Lb39-11792.

MALOUET, *Projet de constitution*, BN Le29-139.

MAURY, *Œuvres choisies du cardinal J. Sifrein Maury, contenant son Essai sur l'éloquence de la chaire, ses éloges, panégyriques, y compris celui de Saint Vincent de Paul, et ses discours prononcés à l'Assemblée constituante*, 5 vol., Paris, 1827.

NIOCHE, *Déclaration des droits de l'homme vivant en société, par M. N... [Nioche]*, Député de Touraine, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, Archives nationales, CARAN, Paris, série AD/XVIIIc/I, pièce 15.

PÉTION, *Déclaration des droits de l'homme remise dans les bureaux de l'Assemblée nationale, par M. Peytion de Villeneuve*, BN Le29-2155.

PISON DU GALLAND, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par A.-F. Pison Du Galland*, Versailles, Baudouin, BN Le29-1954.

Projet de déclaration des droits nationaux, BN Lb39-7222.

Projet de déclaration des droits de l'homme, par M. W., remis à M. le président de l'Assemblée nationale, le 8 août, 1789, BN Lb39-7602.

Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques de l'homme, par un paysan, BN Lb39-7605.

Projet de déclaration des droits, par un membre de l'Assemblée Nationale, BN Le29-1957.

Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen, discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale, Paris, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, 1789, BN Le29-147.

Projet de déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Extrait et résumé d'après les différents projets donnés jusqu'à ce jour, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-1971.

SALLÉ DE CHOU, Député du Berry, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société*, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-2021.

SERVAN, *Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, par M. de Servan, Avocat au Parlement de Grenoble, 1789, BN Lb39-7607.

SERVAN, *Projet de Déclaration proposé aux Députés des Communes aux États-Généraux de France*, 1789, BN Lb39-1816.

SERVAN, *Projet d'une Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, par M. Servan, Lausanne, 24 août 1789, Archives nationales, CARAN, Paris, série AD/XVIIIc/I, pièce 30.

SOBRY, *Projet d'une constitution, soumis à l'Assemblée nationale de 1789*, par M. Sobry, BN Lb39-7630.

TERME Jean-Joseph, *Droits de l'homme et du citoyen*, par M. Terme, cultivateur, député d'Agen, Pierres, BN Le29-149.

THORET, député du Berry, *Projet de déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 13 août 1789, Versailles, Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-2020.

THOURET, *Projet de déclaration des droits de l'homme en société* par M. Thouret, Versailles, Baudouin, BN Le29-1958.

VYAU DE BAUDREUILLE, *Projet de constitution* par M. V. de B. [Vyau de Baudreuille], Député de St. P. L. M. [Saint-Pierre-le-Moutier], BN Lb39-7801.

Journaux

Bulletin de l'Assemblée nationale, BN Lc2-134.

Le Courrier de Versailles à Paris et de Paris à Versailles par M. Gorsas, citoyen de Paris, 1789.

Le Courrier de Provence, commencé le 2 mai 1789, Paris, 1789. (Mirabeau)

Exposé exact de la conduite de MM. les députés des communes aux Etats généraux, dans les séances des 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 22 et 23 mai 1789. Avec les arrêtés de MM. les députés du clergé et de la noblesse, des 6, 7, 11 et 12 du même mois, s.l.n.d., BN Le29-2083.

Journal des États-Généraux, convoqués par Louis XVI, le 27 avril 1789, ouvrage accueilli et très intéressant où se trouvent toutes les Motions, Délibérations, Discours, et opérations de l'Assemblée, séance par séance, vol. I-IV, Paris, 1789. (Le Hodey)

Journal des États-Généraux tenu par la Députation du Dauphiné, BN Lc2-7434.

Tableau des opérations de l'Assemblée nationale, d'après le Journal de Paris, auquel on a ajouté tous les Articles de cette Feuille, qui peuvent intéresser les Arts et les Sciences, I, Lausanne, 1789.

Le Point du Jour, ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'Assemblée Nationale, tome I, concernant ce qui s'y est passé de plus intéressant depuis le 17 juin 1789, jour où le Tiers-Etat s'est constitué en Assemblée Nationale, jusqu'au samedi 1er août de la même année, Paris, Cussac, 1789.

Le Patriote français : journal libre, impartial et national par une société de citoyens, dirigé par J. P. Brissot de Warville, 1789.

Séance royale aux États-Généraux. Du mardi 23 juin 1789, BN Le29-34.

Précis de la séance de l'Assemblée nationale. Du mercredi 26 août 1789, Paris Baudouin, Imprimeur de l'Assemblée Nationale, BN Le29-159.

Mémoires et correspondances

DUQUESNOY Adrien, *Journal d'Adrien Duquesnoy, député du Tiers état de Bar-le-Duc, sur l'Assemblée constituante : 3 mai 1789-3 avril 1790*, publ. pour la Société d'histoire contemporaine par Robert de Crèvecoeur, Tome 1, Paris, 1894.

Lettres de Michel-René MAUPETIT, député à l'Assemblée nationale, 1789-1791, *Bulletin de la*

commission historique et archéologique de la Mayenne, 2e série, XVIII-XIX, 1902-1903.

Brochures

BORELLI, *À l'Assemblée nationale, sur les moyens de former la Constitution et les lois, sans tumulte, sans confusion, avec toute la décence qui doit caractériser les législateurs, ouvrage publ. et présenté à l'Assemblée nationale, par M. Hugou de Bassville*, BN Lb39-2246.

BRUN DE LA COMBE l'abbé J.-A., *Réponse laconique aux "Observations sommaires" de M. l'abbé Syéiès [sic], sur les biens ecclésiastiques, & doutes sur ses principes concernant la Constitution*, BN Lb39-3866.

Dissertation impartiale sur le système que l'on essaie de faire prévaloir dans l'ordre du Tiers-État à l'Assemblée des États-Généraux, par un membre du Tiers, 30 mai 1789, s.l.n.d., BN Le29-13.

La religion considérée comme base de la constitution par un député du bailliage d'Aval, 1789, BN Lb39-2254.

Libre discours sur la Prérogative que doit avoir la Noblesse dans la Constitution et dans les États-Généraux de la France, par M. de Barthez, Paris, 1789, BN LB39-1693.

ROBERT Louise-Félicité Guinement de Keralio, *Observations sur quelques articles du projet de constitution de M. Mounier*, BN Lb39-7802.

SIEYES, *Quelques idées de constitution, applicables à la ville de Paris*, 1789, BN Lb39-2107.

SIEYES, *Observations sur le rapport du Comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, 1789, BN Lb39-2405.

Septembre 1789-1792

Pour les débats au sein de l'Assemblée (les journaux précédemment cité puis

Réimpression de l'ancien Moniteur : seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française, depuis la réunion des États-Généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799)

Brochures et pamphlets

BOUCHESEICHE J.-B., *Catéchisme de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Brocas, 1792.

BENTHAM Jeremy, *Rights, representation, and reform : nonsense upon stilts and other writings on the French Revolution*, sous la direction de Philip SCHOFIELD, Catherine PEASE-WATKIN et Cyprian P. BLAMIREs, Clarendon Press, Oxford, 2002.

Bentham contre les droits de l'homme, sous la direction de Bertrand BINOCHE, Jean-Pierre CLÉRO, Quadrige, P.U.F., 2007.

BURKE Edmund, *Reflections on the revolution in France, and on the proceedings in certain societies in London, relative to that event in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris*, by the right honourable Edmund Burke, Londres, 1790.

BURKE Edmund, *Réflexions sur la Révolution de France et sur les procédés de certaines sociétés à Londres relatifs à cet événement, en forme d'une lettre qui avait dû être envoyée d'abord à un jeune homme à Paris*, par le right honourable Edmund Burke. Traduit de l'anglais sur la troisième édition en 364 pages, 1810-1820.

COURT DE GÉBELIN, *Devoirs du prince et du citoyen : ouvrage posthume de M. Court de Gébelin pour servir de suite à la Déclaration des droits de l'homme*, BN Lb39-7795.

Catéchisme de la Constitution à l'usage des habitants de la campagne, par un Député de l'Assemblée nationale, réimprimé aux frais des membres du Conseil général de la Commune de Versailles, 1790, BN Le3-27A.

Coup-d'œil d'un vieux observateur sur l'origine de la Révolution française, ou la destruction des jésuites, regardée comme une des principales causes de cette Révolution, s.l., 1794.

Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, décrétée par l'Assemblée nationale, comparée avec les lois des peuples anciens et modernes et principalement avec les déclarations des Etats-Unis de l'Amérique, An III de la liberté, BN Lb39-11294.

EPRÉMESNIL Jean-Jacques Duval d', *Déclaration de M. D'Éprêmesnil, à l'occasion des libelles qui le poursuivent, accompagnée de quelques réflexions sur la progression des décrets, et sur le club monarchique, Véritable édition, conforme à l'exemplaire déposé chez M. Dufouleur, notaire, rue Montmartre, Paris, 15 février 1791.*

FLORENS J. A., *La Constitution française, expliquée pour les habitants de la campagne ou entretiens familiers sur les principaux Articles de la Constitution Française par J. A. Florens, Oratorien, Paris, BN Le3-26.*

GOUGES Olympe de, *Les droits de la femme : à la Reine, 1791.*

NECKER, *Sur l'administration de M. Necker par lui-même, 1791, BN Lb39-4913.*

PAINÉ Thomas, *Droits de l'homme ; en réponse a l'attaque de m. Burke sur la Révolution française, par Thomas Paine, Secrétaire du Congrès pour le département des Affaires étrangères, pendant la guerre de l'Amérique, et Auteur de l'Ouvrage intitulé : Le sens commun, traduit de l'Anglais, par François SOULÈS, avec des Notes et une nouvelle Préface de l'Auteur, Paris, mai 1791.*

Convention et Directoire

BOISSY D'ANGLAS, *Projet de constitution pour la république française, et discours préliminaire prononcé par Boissy-d'Anglas, au nom de la commission des onze, dans la séance du 5 Messidor, an III, imprimé par ordre de la Convention nationale, Paris, Imprimerie de la République, Messidor, an III, BN Le38-2183.*

BONALD Louis de, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire, par M. de B***, 1796.*

CONSTANT Benjamin, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier par Benjamin Constant, 1796.*

CONSTANT Benjamin, *Des réactions politiques par Benjamin Constant, seconde édition, augmentée de l'examen des effets de la terreur, An V (1797).*

Développement des principes fondamentaux de la monarchie française, 1795.

FERRAND Antoine-François-Claude, *Le rétablissement de la monarchie, 1793.*

MAISTRE Joseph de, *Considérations sur la France, seconde édition, revue par l'Auteur, Londres, mars 1797.*

MALLET du PAN, *Considérations sur la nature de la Révolution de France, et sur les Causes qui en prolongent la durée, par M. Mallet du Pan, Londres [1793], Bn La32-33.*

Actes de Louis XVIII

Lettre de Monsieur, et de M. le comte d'Artois, au Roi leur frère, avec la déclaration signée à Pilnitz le 27 août 1791, par l'Empereur et le Roi de Prusse, Lettre au Roi par M. le Prince de Condé, M. le Duc de Bourbon, M. le Duc d'Enghien, 10 septembre 1791.

Déclaration du régent de France, 28 janvier 1793, BN Lb41-508.

Déclaration du Roi, juillet 1795, BN Lb41-1955.

Déclaration du Roi, Saint-Ouen, 2 mai 1814, BN Lb45-99.

Restauration et Monarchie de Juillet

BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, 1836.

BONALD Louis de, *Pensées sur divers sujets, et discours politiques*, Paris, 1817.

BONALD Louis de, *Observations sur l'ouvrage de Mme la baronne de Staël, ayant pour titre : "Considérations sur les principaux événements de la Révolution française"*, Paris, 1818.

BONALD Louis de, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société ; Méditations politiques tirées de l'Évangile*, Paris, 1830.

CONSTANT Benjamin, *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle par Benjamin de Constant*, Paris, 1814.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France ; par M. Benjamin Constant, Conseiller d'État*, Paris, mai 1815.

CONSTANT Benjamin, *De la doctrine politique, qui peut réunir les partis en France, par M. Benjamin de Constant*, Paris, décembre 1816.

Collection de différentes pièces relatives à la déchéance de Napoléon Bonaparte et au rétablissement de Louis XVIII et de la dynastie des Bourbons sur le trône de France, Paris, 1814.

De l'opinion de l'Ancienne Magistrature Française sur la société des Jésuites et des conséquences que l'on veut tirer des édits et arrêts rendus contre cette société dans les trente années qui ont annoncé la révolution, par un ancien Magistrat, Paris, Poussielgue-Rusand, 7 juin 1828.

FRITOT Albert, *Cours de droit naturel, public, politique et constitutionnel*, Paris, 1827, 2 vol.

HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1821), édition critique établie par Jean-François KERVÉGAN, P.U.F., coll. « Quadrige », 2013.

HENRION de PANSEY, *Des pairs de France et de l'ancienne Constitution française, par M. le président H. d. P.*, Paris, 1816.

LASSALLE Ferdinand, « Qu'est-ce qu'une Constitution ? » in *Quatrième Internationale*, n° 4, novembre 1958.

MAISTRE Joseph de, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Saint-Petersbourg, 1814.

ORTOLAN J.-L.-E., *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe, avec le tableau de leur organisation actuelle : cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, 1831.

RIVAROL Antoine de, *Pensées inédites de Rivarol, suivies de deux Discours sur la philosophie moderne et sur la souveraineté du peuple*, Paris, 1836.

RONDONNEAU L., *Déclaration du Roi Louis XVIII donnée à St-Ouen, le 2 mai 1814, sur la nouvelle constitution française, avec des rapprochements des deux déclarations de Louis XVI, en date du 23 juin 1789 et du 20 juin 1791, dans lesquelles on trouve des règles et maximes fondamentales de la Prérogative Royale, et du Droit public de France*, Paris, 1814.

ROSSI Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel : année scolaire 1835-1836, semestre d'été*, 1836.

ROSSI Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1877.

STAËL Germaine de, *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, I, Paris, 1818.

II^{nde} République

Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale, III-IV, Paris, 1850.

III^e et IV^e Républiques

Annales du Sénat et de la Chambre des députés, session ordinaire de 1878, VI, Paris, 1878.

AUCOC Léon, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, Paris, 1879.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789 expliquée et accompagnée de Lectures par Léon Bourgeois et Albert Métin, Edouard Cornely, 11 r. Vaugirard, Paris, 1902, BN Le29-2192.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à théorie générale de l'État*, Sirey, 1920.

DAVID, « Conclusions sur TC, 30 juillet 1873, Le Pelletier », *Recueil Dalloz*, III, p. 5.

DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif*, 6^e éd., 2 vol., Paris, 1881.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., 5 vol., 1927-1928.

DUGUIT Léon, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » in *Revue d'économie politique*, 1887, p. 99, 336 et 567.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 1909.

FUZIER-HERMAN Édouard, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, 1880.

HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Recueil Sirey, Paris, 1930.

JOSEPH-BARTHÉLEMY, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933.

JOSEPH-BARTHÉLEMY, *Précis de droit constitutionnel*, 4^e éd., Dalloz, 1938.

SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881.

VEDEL Georges, *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949.

Sources secondaires

Ouvrage généraux

- ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30^e éd., 2018-2019, L.G.D.J., 2018.
- BLUCHE Frédéric, RIALS Stéphane, TULARD Jean**, *La Révolution française*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2003.
- BON Pierre, MAUS Didier**, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008.
- BORELLA François**, *Éléments de droit constitutionnel*, Presses de Sciences Po, coll. “Références”, 2008.
- CADART Jacques**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1975, 2 vol.
- CARBASSE Jean-Marie**, *Histoire du droit*, PUF, 2017.
- CHAGNOLLAUD DE SABOURET Dominique**, *Droit constitutionnel contemporain*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Cours », Septembre 2017.
- CLAPIÉ Michel**, *Droit constitutionnel, Théorie générale*, 2^e éd., Ellipses, 2018.
- COHENDET Marie-Anne**, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2017.
- CONSTANTINESCO Vlad, PIERRÉ-CAPS Stéphane**, *Droit constitutionnel*, 7^e éd., P.U.F., coll. « Thémis droit », 2016.
- DEBBASCH Roland**, *Droit constitutionnel*, 11^e éd., Lexis Nexis, 2017.
- DOUENCE Maylis, AZAVANT Marc**, *Institutions juridictionnelles*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Cours », Septembre 2017.
- DUHAMEL Olivier, MÉNY Yves**, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., 1992.
- FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, MESTRE Jean-Louis**, *Droit constitutionnel*, 19^e éd., Dalloz, coll. « Précis », Septembre 2016.
- FAVOREU Louis, PHILIP Loïc** (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} édition, 2011.
- FOILLARD Philippe**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24^e éd., Bruylant, coll. « Paradigme », 2018.
- GAUDEMET Yves**, *Traité de droit administratif*, Tome 1 - Droit administratif général, 16^{ème} édition, L.G.D.J., 2001.
- GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Éric**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32^e éd., L.G.D.J., 2018.
- GODECHOT Jacques**, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P.U.F., 1998.
- HAMON Francis, TROPER Michel**, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., L.G.D.J., 2018.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane**, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », Juillet 2017.
- LAFOURCADE Magali**, *Les droits de l'Homme.*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2018.

- LASCOMBE Michel, VANDENDRIESSCHE Xavier, GAUDEMONT Christelle de**, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2018*, 7e éd., Dalloz, coll. « Codes Dalloz Universitaires et Professionnels », Septembre 2017.
- LE DIVELLEC Armel, VILLIERS Michel de**, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11e éd., SIREY, coll. « Dictionnaires Sirey », Août 2017.
- LE POURHIET Anne-Marie**, *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Economica, 2018.
- LOVISI Claire**, *Introduction historique au droit*, 5e éd., Dalloz, coll. « Cours », Août 2016.
- MARTUCCI Francesco**, *Droit de l'Union européenne*, 1e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », Septembre 2017.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PACTET Pierre**, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2019.
- MICHELET**, *Histoire de la Révolution française*, 1868, réédition Robert Laffont, 1979.
- NAY Olivier**, *Histoire des idées politiques*, Armand Colin, coll. « U », 2013.
- OLIVIER-MARTIN François**, *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, 1948, rééd. C.N.R.S. éd., 2010.
- PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir.)** *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999.
- PORTELLI Hugues**, *Droit constitutionnel*, 12e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », Septembre 2017.
- RENOUX Thierry, VILLIERS (de) Michel**, *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 211.
- REY Alain (dir.)**, *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000.
- ROUSSEAU Dominique**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11e éd., Montchrestien, 2016.
- ROUVILLOIS Frédéric**, *Droit constitutionnel, 1. Fondements et pratiques*, 6^e éd., Flammarion, coll. « Champs université », 2017.
- ROYER Jean-Pierre, JEAN Jean-Paul, DURAND Bernard, DERASSE Nicolas, DUBOIS Bruno**, *Histoire de la justice en France*, coll. « Droit fondamental », P.U.F., 2010.
- SAINT-BONNET François, SASSIER Yves**, *Histoire des institutions avant 1789*, 4e édition, Montchrestien, Lextenso éd., 2011.
- SCHMITT Carl**, *Théorie de la Constitution*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1993 (1928).
- SUDRE Frédéric**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11e édition, coll. « Droit fondamental », P.U.F., 2012.
- SUDRE Frédéric**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Que sais-je ? », P.U.F., 2012.
- SUEUR Philippe**, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècles*, 2 tomes, coll. « Thémis », P.U.F., 1989.
- SZRAMKIEWICZ Romuald, DESCAMPS Olivier**, *Histoire du droit des affaires*, 2e éd., coll. « Domat droit privé », L.G.D.J.-Lextenso, 2013.
- TÜRK Pauline**, *Principes fondamentaux de droit constitutionnel*, 11^e éd. 2018-2019, Gualino, coll. « Mémentos LMD », 2018.
- TURPIN Dominique**, *Droit constitutionnel*, 2^eme édition, Quadrige / P.U.F., coll. « Manuels », 2007.
- TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.)**, *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012.
- VERPEAUX Michel, MONTALIVET Pierre de, ROBLOT-TROIZIER Agnès, VIDAL-**

- NAQUET Ariane**, *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., P.U.F., coll. « Thémis droit », 2017.
- VERPEAUX Michel**, *Droit constitutionnel français*, 2e éd., P.U.F., 2015.
- VON WARTBURG Walther**, *Dictionnaire étymologique et historique du galloroman*.
- WARTBURG Walther von**, *Französisches etymologisches Wörterbuch, eine Darstellung des galloromanischen Sprachschatzes*, 1950.
- ZARKA Jean-Claude**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ellipses, 2018.

Ouvrages spécialisés

- Archives de philosophie du droit*, n° 19, *Le langage du droit*, Sirey, Paris, 1974.
- Archives de philosophie du droit*, n° 17, *L'interprétation dans le droit*, Sirey, Paris, 1972.
- Archives de philosophie du droit*, n° 16, *Le droit investi par la politique*, Sirey, Paris, 1971.
- AULARD François-Alphonse**, *Histoire politique de la Révolution française, origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, 2 vol., Armand Colin, 1901.
- Récit des séances des députés des communes, depuis le 5 mai 1789 jusqu'au 12 juin suivant*, Réimpression avec un avertissement de F.-A. Aulard, Société de l'histoire de la Révolution française, 1895.
- AUSTIN J. L.**, *How to do thing with words*, The William James Lectures delivered at Harvard University, Oxford, Clarendon Press, 1962.
- BAECQUE Antoine de, SCHMALE Wolfgang, VOVELLE Michel**, *L'an 1 des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988.
- BAKER Keith Michael** (dir.), *The French Revolution and the creation of modern political culture*, vol. 1, *The Political culture of the old regime*, Pergamon Press, 1987.
- BAKER Keith Michael**, *Au tribunal de l'opinion. Essai sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, 1993.
- BALIBAR Renée**, *Le colinguisme*, coll. « Que sais-je ? », P.U.F., Paris, 1993.
- BALIBAR Renée**, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, coll. « Pratiques théoriques », P.U.F., Paris, 1985.
- BARANGER Denis**, *Écrire la constitution non écrite, Une introduction au droit politique britannique*, P.U.F., 2008.
- BARNY Roger**, *Le triomphe du droit naturel : la constitution de la doctrine révolutionnaire des droits de l'homme (1787-1789). Des théories parlementaires au rousseauisme*, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997.
- BARNY Roger**, *Le droit naturel à l'épreuve de l'histoire. Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution (débats politiques et sociaux) suivi de Montesquieu dans la Révolution*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1995.
- BARNY Roger**, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit naturel et histoire*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1993.
- BARNY Roger**, *Rousseau dans la Révolution le personnage de Jean-Jacques et les débuts du culte révolutionnaire (1787-1791)*, The Voltair Foundation, Oxford, 1986.
- BARNY Roger**, *Prélude idéologique à la Révolution française. Le Rousseauisme avant 1789*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1985.
- BASTID Paul**, *L'idée de constitution*, coll. « Classiques », série politique et constitutionnelle, Economica, 1985.
- BEAUXVALET-BOUTOUYRIE Scarlett, BERTHIAUD Emmanuelle**, *Le Rose et le Bleu. La*

fabrique du féminin et du masculin, Belin, 2016.

BENVENISTE Émile, *Problèmes de linguistique générale, II*, Gallimard, 1974.

BOWLE John, *Hobbes and his critics*, Franck Cass, 1969.

BRUNOT Ferdinand, *Histoire de la langue française des origines à nos jours*, Tome VI, Le XVIII^e siècle, première partie : le mouvement des idées et les vocabulaires techniques et Tome IX, La Révolution et l'Empire, première partie : le français, langue nationale et deuxième partie : Les événements, les institutions et la langue, Armand Colin, Paris, 1966-1967.

CARCASSONNE Élie, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Slatkine Reprints, Genève, 1978, réimpression de l'édition de Paris, 1927.

CARON Pierre, *Manuel pratique pour l'étude de la Révolution française*, Paris, 1947.

CHAVAUD Frédéric, PETIT Jacques-Guy, YVOREL Jean-Jacques, *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, coll. «Didact Histoire», Presses universitaires de Rennes, 1993.

CHAMPS Emmanuelle, « *La déontologie politique* » ou *la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, Droz, coll. « Travaux de Sciences Sociales », 2008.

CHARTIER Roger, *Les origines culturelles de la Révolution française*, coll. « Points », Seuil, 1990 et 2000.

COLAS Dominique (dir.), *L'Etat de droit*, Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, coll. «Questions», P.U.F., 1987.

CONAC Gérard, DEBENE Marc, TEBOUL Gérard (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire analyse et commentaires*, Economica, 1993.

COTTRET Monique, *Jansénisme et Lumières. Pour un autre XVIII^e siècle*, Albin Michel, 1998.

DARRAS Bernard (dir.), *Images et sémiotique. Sémiotique pragmatique et cognitive*, coll. « Esthétique » - série « images analyses », Publications de la Sorbonne, Paris, 2006.

DARRAS Bernard (dir.), *Images et sémiologie. Sémiotique structurale et herméneutique*, coll. « Esthétique » - série « images analyses », Publications de la Sorbonne, Paris, 2008.

DERATHÉ Robert, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, 2nd édition mise à jour, Paris, Vrin, 1970.

ÉGRET Jean, *Necker, ministre de Louis XVI, 1776-1790*, Honoré Champion, Paris, 1975.

ÉGRET Jean, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715-1774*, Armand Colin, 1970.

ÉGRET Jean, *La Prérévolution française, 1787-1788*, P.U.F., Paris, 1962.

ÉGRET Jean, *Les derniers états du Dauphiné. Romans (septembre 1788 – janvier 1789)*. Thèse complémentaire pour le doctorat, Grenoble, 1942.

ÉGRET Jean, *La Révolution des Notables, Mounier et les Monarchiens, 1789*, Armand Colin, 1950.

ELIAS Nobert, *La société des individus*, coll. « Agora », Fayard, 1987.

FAURÉ Christine, *Ce que déclarer des droits veut dire, Histoires*, Les Belles Lettres, 2011.

FOUCAULT Michel, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969.

FRANKLIN Julian H., *John Locke and the theory of sovereignty. Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, Cambridge University Press, 1978.

FURET François, OZOUF Mona, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988.

FURET François, *La Révolution française : Penser la Révolution française* (1978). *La Révolution, de Turgot à Jules Ferry : 1770-1880* (1988). *Portraits. Débats autour de la Révolution. L'avenir d'une passion*, coll. Quatro, Gallimard, 2007.

FURET François, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio Histoire », Gallimard, 1978.

- FURET François**, *La Révolution française I. De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Hachette librairie, 1988, rééd. Arthème Fayard, 2011.
- FURET François, HALÉVI Ran**, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, coll. « les Constitutions françaises », Fayard, 1996.
- FURET François, RICHEL Denis**, *La Révolution française*, coll. « Pluriel », A. Fayard, 2010.
- GALLIGAN D. J.** (dir.), *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford, 2014.
- GAUCHET Marcel**, *La Révolution des pouvoirs, La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, 1995.
- GAUDIN Hélène**, *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Novembre 2017.
- GENGEMBRE Gérard**, *La Contre-Révolution ou l'histoire désespérante, Histoire des idées politiques*, Imago, 1989.
- GIERKE Otto von**, *Community in historical perspective* ed. par Anthony Black, Cambridge University press, 1990.
- GIERKE Otto von**, *Les théories politiques du Moyen-Âge*, traduit de l'allemand et de l'anglais par Jean de Pange, Dalloz, 2008.
- GODECHOT Jacques**, *La contre-révolution, Doctrine et Action, 1789-1804*, P.U.F., coll. « Quadrige », 1961.
- GODINEAU Dominique**, *Les femmes dans la France moderne. XVIe-XVIIIe siècle*, Armand Colin, coll. « U », 2015.
- GOYARD-FABRE Simone**, *L'interminable querelle du contrat social*, éd. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1983.
- GUILHAUMOU Jacques**, *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989.
- GUILHAUMOU Jacques**, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Kimé, Paris, 2002.
- GUILHAUMOU Jacques**, *Discours et événement. L'histoire langagière des concepts*, Presses universitaires de Franche-Comté, Besançon, 2006.
- GUIMARRA Sandrine, GUERRINI Marc**, *Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité*, coll. « Révision constitutionnelle » Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- HÉBERT Michel**, *Parlementer, Assemblées représentatives et échange politique en Europe occidentale à la fin du Moyen Âge*, Broccard, 2014.
- IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian**, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989.
- JELLINEK George**, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'Histoire du droit constitutionnel moderne*, 1902.
- JOUANNA Arlette**, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État moderne (1559-1661)*, Fayard, 1989.
- KANTOROWICZ Ernst**, *Les Deux corps du roi : essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris, Gallimard, 1989.
- KRIEGL Blandine**, *Les Droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, pp. 29-88.
- LÉCUYER Yannick**, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », Juin 2009.
- MARCAGGI Vincent**, *Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Fontemoing, 1912.

- MICHAUD-QUANTIN Pierre**, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Vrin, 1970.
- MORANGE Jean**, *La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789)*, P.U.F., coll. "Que sais-je?", 3ème éd., 2002.
- MOREAU Isabelle** (dir.), *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIIIe siècle*, E.N.S., 2009.
- MORNET Daniel**, *Les origines intellectuelles de la Révolution française 1715-1787*, Texto, Armand Colin, 1933.
- OLIVIER-MARTIN François**, *L'absolutisme français suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, coll. Reprint, L.G.D.J., 1997.
- ORTIGUES Edmond**, *La Révélation et le Droit*, Beauchesne, 2007.
- OZOUF Mona**, *Varennnes, La mort de la royauté, 21 juin 1791*, N.R.F. Gallimard, 2005.
- PASQUINO Pasquale**, *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, 1998.
- POCOCK J. G. A.**, *L'ancienne constitution et le droit féodal. Étude sur la pensée historique dans l'Angleterre du XVIIe*, P.U.F., 2000.
- POCOCK J. G. A.**, *The ancient constitution and the feudal law. A study of English historical thought in the Seventeenth century*, Cambridge University press, Cambridge, 1957, 1987.
- Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004/2 (N°20) « Les Physiocrates et la Révolution française ».
- RIALS Stéphane**, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", 1988.
- RIALS Stéphane**, *Révolution et Contre-révolution au XIXe siècle*, Diffusion Université culture, Albatros, 1987.
- RIDEAU Joël** (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998.
- RORTY Richard**, **SCHNEEWIND J.B.**, **SKINNER Quentin**, (dir.) *Philosophy in history. Essays on the historiography of philosophy*, Cambridge university press, 1984.
- SCOTT Samuel F.**, **ROTHAUS Barry**, *Historical Dictionary of the French Revolution, 1789-1799*, Aldwych Press, London, 1985.
- SKINNER Quentin**, *The foundations of modern political thought*, 2 vol., Cambridge University Press, 1978.
- SOBOUL Albert**, *Dictionnaire historique de la Révolution française*, P.U.F., 1989.
- SPITZ Jean-Fabien**, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, coll. « Fondements de la politique », P.U.F., 2001.
- TERREL Jean**, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Seuil, 2001.
- TROPER Michel**, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 223-236. spéc. « Chapitre XIV. Actualité de la séparation des pouvoirs » et « Chapitre XVII. L'interprétation de la déclaration des droits ; l'exemple de l'article 16 »
- TROPER Michel**, **CHAMPEIL-DESPLATS Véronique**, **GRZEGORCZYK Christophe**, *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Bruylant, 2005.
- TROUSSON Raymond**, **EIGELDINGER Frédéric S.** (dir.), *Dictionnaire de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, Honoré Champion, 1996.
- **REALE M.**, « constitution », p. 173.
 - **SARCA D.**, « gouvernement », p. 384.
 - **SARCA D.**, « peuple », p. 715.

- **REALE M.**, « Société / État civil », p. 858.

TULLY James (dir.), *Meaning and context. Quentin Skinner and his Critics*, Polity Press, 1988.

VALANT Joseph-Honoré, *De la garantie sociale considérer dans son opposition avec la peine de mort* imprimée par ordre de la commission des onze, Imprimerie nationale, 1975.

WALDRON Jeremy, *Nonsense upon stilts, Bentham, Burke and Marx on the rights of man* edited with introductory and concluding essays by Jeremy Waldron, Methuen, 1987 (réd. En fac similé : London : Routledge, Taylor & Francis group, 2015).

WEULERSSE Georges, *Le mouvement physiocratique en France de 1756 à 1770*, 1910, 2 vol., Slatkine Reprints, Genève, 2003.

ZARKA Yves Charles, *Hobbes et la pensée politique moderne*, coll. Fondements de la politique, P.U.F., 1995.

Thèses

ANSELME Isabelle, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain », L.G.D.J., 2013.

ARANJO (de), Christophe, *Les juges de la loi et la garantie des droits de l'homme, étude des rapports entre cours constitutionnelles et européennes en France et en Allemagne*, Thèse de doctorat, 2005.

BASSE Bernard, *La constitution de l'ancienne France, Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Dominique Martin Morin, 1986.

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », P.U.F., 1994.

BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009.

BOURBON-PARME Sixte de, *Le traité d'Utrecht et les lois fondamentales du royaume*, Paris, Édouard Champion, 1914.

BAECQUE Antoine de, *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique (1770-1800)*, coll. « essai histoire », Calmann-Lévy, 1993.

BICKART Roger, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIIIe siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932.

CADART Jacques, *Le régime électoral des États généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, 1952.

CAYLA Olivier, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse pour le doctorat, 2 vol. 1992.

CHENISSE Léon, *Les idées politiques des physiocrates*, Paris, 1914.

CHEVALLIER Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., 1969.

DESMONS Éric, *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, L.G.D.J., 1994.

DUCLOS Pierre, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932.

FAVOREU Louis, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., 1964.

FREY Max, *Les transformations du vocabulaire français à l'époque de la Révolution (1789-1800)*, P.U.F., Paris, 1925.

GALY François, *La notion de Constitution dans les projets de 1793*, éd. Albert Mechelinck, Paris,

1932.

GLÉNARD Guillaume, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2010.

GOHIN Ferdinand, *Les transformations de la langue française pendant la deuxième moitié du XVIII^e siècle (1740-1789)*, Paris, 1903.

GOJOSSO Éric, *Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècle)*, coll. Histoire des idées politiques, P.U.F., 1998.

JEANNENEY Julien, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Avril 2016.

LAHMER Marc, *La constitution américaine dans le débat français : 1795-1848*, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001.

LAQUIÈZE Alain, *Les origines du régime parlementaire en France, 1814-1848*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2002.

LÉCUYER Yannick, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », Juin 2009.

LEMAIRE André, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Albert Fontemoing, 1907.

LEMAIRE Elina, *Grande robe et liberté, La magistrature ancienne et les institutions libérales*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2010.

MATHIEU Bertrand, *Les «validations» législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, coll. «Droit public positif», Economica, 1987.

MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Avril 2006.

MERGEY Anthony, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, coll. D'Histoire des Idées et des Institutions Politiques, P.U.A.M., 2010.

PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, coll. « Bibliothèque européenne Droit constitutionnel-Science politique », Sakkoulas/Bruylant, 2000.

PAYEN Philippe, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle : dimension et doctrine*, P.U.F., 1997.

PICHOT-BRAVARD Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011.

RENOUX Thierry, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Coll. «droit public positif», Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

SLIMANI Ahmed, *La modernité du concept de nation au XVIII^e siècle (1715-1789). Apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, Coll. « Histoire des idées politiques », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1973.

VALEMBOIS Anne-Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique» L.G.D.J., 2005.

RABAULT Hugues, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997.

ROBIN Régine, *La société française en 1789 : Semur-en-Auxois*, coll. « Civilisations et mentalités », Plon, 1970.

SANDEVOIR Pierre, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., 1964.

SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, coll. Léviathan,

P.U.F., 1995.

TEYSSENDIER DE LA SERVE Pierre, *Mably et les physiocrates*, 1911, rééd. Slatkine, 1971.

TILLET Édouard, *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, P.U.A.M., 2001.

VERGNE Arnaud, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, coll. « Romanité et modernité du droit », De Brocard, 2006.

VERPEAUX Michel, *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, P.U.F., coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991.

VIGNE Alphonse, *Ministres et Assemblées délibérantes leurs rapports de 1789 à 1830 au point de vue de l'Origine du Droit de Question et du Droit d'Interpellation en France*, Aix-en-Provence, 1909.

WALCH Émile, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, Paris, 1903.

Articles

ADAMS John W., « David Hume. Constitution by Convention » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 191.

ALBERTINI Pierre, « Article 16 » in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire analyse et commentaires* sous la direction de Gérard CONAC, Marc DEBENE, Gérard TEOUL, Economica, 1993, p. 331.

ALLAND Denis, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, 2012/1, n° 55, p. 85-102.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Prééminence du droit et État de droit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et dans l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 » in Hélène GAUDIN, *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Novembre 2017, p. 9.

AUROUX Sylvain, « Le sujet de la langue : la conception de la langue sous l'Ancien Régime et la Révolution » in *Les idéologues. Sémiotique, théories et politiques linguistiques pendant la Révolution française, Proceedings of a Conference, held at Berlin, October 1983*, dir. Winfried Busse et Jürgen Trabant, John Benjamin B.V., Amsterdam, 1986.

AVRIL Pierre, « La séparation des pouvoirs aujourd'hui » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 295.

AVRIL Pierre, « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 » in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 79.

AZIMI Vida, « Aux origines de la responsabilité ministérielle » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 217.

BADER GINSBURG Ruth, « Constitutional Adjudication as a Means of Realizing the Equal Stature of Men and Women under the Law » in *La revue tocqueville/the tocqueville review*, 1993, xiv, n° 1, p. 125.

BADINTER Robert, « Allocution d'ouverture » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, P.U.F.,

1989, p. 9.

BADINTER Robert, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2014/4, n° 100, p. 779.

BARAK Aharon, « Constitutional Interpretation » in *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 91.

BACH Reinard, « Les physiocrates et la science politique de leur temps » in *Revus Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004/2 (n° 20), p. 5.

BADINTER Robert, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2014/4 (n° 100), p. 777-782.

BAECQUE Antoine de, « "Le choc des opinions" : Le débat des droit de l'homme, juillet-août 1789 » in *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 7.

BAECQUE Antoine de, « Le débat des droits de l'homme à l'Assemblée constituante juillet-août 1789 » in *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988, p. 51.

BAKER Keith Michael, « Constitution » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 537.

BAKER Keith Michael, « The Idea of a Declaration of Rights » in *The French Idea of Freedom, The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, sous la direction de Dale Van Kley, Stanford University Press, 1994.

BARANGER Denis, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 119.

BARBERIS Mauro, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 113.

BARBERIS Mauro, « La séparation des pouvoirs » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 705.

BARBERIS Mauro, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 5-15.

BARBIER Maurice, « La notion de *respublica* chez Vitoria » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 83.

BARNY Roger, « J. J. Rousseau et le droit naturel dans les déclarations des droits de 1789 et de 1793 » in *Rousseau & the eighteenth century. Essays in memory of R. A. Leigh*, Oxford, Voltaire foundation, 1992.

BEAUD Olivier, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle » in *Jus Politicum*, n° 9, 2013.

BEAUD Olivier, « La multiplication des pouvoirs » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 47-59.

BEAUD Olivier, « Constitution et constitutionnalisme » in *Dictionnaire de philosophie politique* sous la direction de Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, 3e éd., Quadrige / P.U.F., 2003, p. 133.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, coll. « Quadrige », Lamy-P.U.F., 2003, p. 257.

BEAUD Olivier, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la

constitution comme statut juridique de l'Etat » in *Jus Politicum*, « Autour de la notion de Constitution », n° 3, 2009.

BEAUD Olivier, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs » in *Droits*, n° 37, 2003, p. 149.

BÉCHILLON Denys de, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre » in *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 27.

BEIGNIER Bernard, « Les arrêts de règlement » in *Droits*, n° 9, 1989, p. 45.

BENOÎT-ROHMER Florence, WACHSMANN Patrick, « La résistance à l'oppression dans la Déclaration » in *Droits*, n°8, 1988, p. 91.

BERNARDI Bruno, « Société civile: genèse et actualité d'un concept » cycle de séminaire dont la retranscription est disponible en ligne, <https://rousseau2.wordpress.com/etudes-dhistoire-conceptuelle/>.

BLACK Anthony, « Society and the individual from the middle ages to Rousseau : philosophy, jurisprudence and the constitutional theory » in *History of political thought*, vol. 1, n°2, Summer, June, 1980, p. 145.

BLOQUET Josée, « L'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 : une bataille perdue d'avance ? », *Napoleonica. La Revue*, 2012/1 (N° 13), p. 3-39.

BOBBIO Noberto, « Sur la notion de constitution chez Hegel » in *Revue européenne des sciences sociales, cahiers Vilfredo Pareto*, XVIII, 1980, n° 52, *Annales de philosophie politique*, n° 12, 1980, Droz, 1980, p. 133.

BOUCOBZA Isabelle, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 73-87.

BRUNET Pierre, « Constitution », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]

BUISSON Jacques, « Le pouvoir judiciaire en cause ? » in *Mélanges Yves Mayaud, Entre tradition et modernité: le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, Juin 2017, p. 479.

BURNS J. H., « Bentham and the French Revolution » in *Transactions of the Royal Historical Society*, Cambridge University Press on behalf of the Royal Historical Society, Vol. 16 (1966), p. 95-114.

BONNARD Roger, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle » in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 1.

BOUDON Julien, « La séparation des pouvoirs aux États-Unis » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 113-122.

BOUDON Julien, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *R.F.D.C.*, 2009/2, n° 78, p. 247-267.

BOUTMY Émile, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek » in *Annales des sciences politiques*, Tome XVII, Juillet 1902, p. 415.

BOUVIER Vincent, « La notion de juridiction constitutionnelle » in *Rev. Droits*, n°9, 1989, p. 119.

BRANCA-ROSOFF Sonia, GUILHAUMOU Jacques, « De "société" à "socialisme" : l'invention néologique et son contexte discursif. Essai de colinguisme appliqué » in *Langage et société*, n°83-84, Colinguisme et lexicographie, 1998, pp. 39-77.

BURDEAU Georges, « Une survivance : la notion de constitution » in *L'évolution du droit public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 195, p. 53.

CARBASSE Jean-Marie, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution » in *Droits*, n°3, 1986, p. 25.

CARBASSE Jean-Marie, « La constitution coutumière : du modèle au contre-modèle » in *Modelli*

nella storia del pensiero politico, II. La Rivoluzione francese e i modelli politici, Leo S. Olschki, 1989, p. 163.

CHAMPEAU Serge, « Contrat social » in *Cités*, 2002/2 (n° 10), p. 159.

CHAPUS René, « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leur prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 181.

CHAPUS René, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p. 33.

CHEVALLIER Jacques, « Séparation des autorités » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, coll. « Quadrige », Lamy-P.U.F., 2003, p. 1404.

CHEVALLIER Jacques, « La séparation des pouvoirs » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Association française des Constitutionnalistes, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1990, p. 113.

CHEVALLIER Jacques, « Du principe de séparation au principe de dualité » in *R.F.D.A.*, 1990, p. 712.

CHEVALLIER Jacques, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" » in *Rev. Droits*, n°9, 1989, p. 79.

CHEVALLIER Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002/1, n°50, p. 103-120.

CHOUILLET Jacques, PEROL Lucette, « Debat ; De l'Encyclopédie à la Déclaration des Droits de l'Homme : rupture ou continuité ? » in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, numéro 8, 1990. pp. 53-78.

COCATRE-ZILGIEN André, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIIIe siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire » in *Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lille*, 1963, pp. 33-154.

COCATRE-ZILGIEN André, « Un génie méconnu du XVIIIe siècle : l'avocat Linguet (1736-1794) » in *Annales Africaines publiées sous les auspices de la faculté de droit et de sciences économiques de Dakar*, Paris, 1960, n° 1, pp. 83-122.

COCHIN Augustin, *Les sociétés de pensée et la démocratie*, 1920.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Le droit au juge » in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 471.

COHENDET Marie-Anne, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 68, no. 4, 2006, pp. 713-735.

COLLIARD Jean-Claude, « Séparation des pouvoirs » in *Dictionnaire constitutionnel* sous la direction de Olivier DUHAMEL, Yves MÉNY, P.U.F., 1992, p. 972.

COMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 23.

COMANDUCCI Paolo, « Épistémologie » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 7.

COSTA Pietro, « Histoire, théorie et histoire de théories » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 19.

- COURVOISIER Claude**, « L'idée de Constitution dans les cahiers de doléances » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 67.
- DAWSON Philippe**, « Le 6e bureau de l'Assemblée Nationale et son projet de déclaration des droits de l'homme. Juillet 1789. » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, pp. 161-179.
- DELVAUX Paul**, « Analyse lexicale des débats de la constituante sur la Déclaration des droits de l'homme » in *Droits*, n°2, 1985, p. 23.
- DELVOLVÉ Jean**, Conclusions sur CE Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte* in *R.D.P.*, n°67, 1951, p. 479.
- DEBBASCH Roland**, « L'écriture de la Constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 111.
- DEBBASCH Roland**, « Unité et indivisibilité » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, coll. « Droit public positif », Presses universitaires de Marseille / Economica, 1990, p. 7.
- DENQUIN Jean- Marie**, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 39.
- DERATHÉ Robert**, « Les rapports de l'exécutif et du législatif chez J.-J. Rousseau » in *Annales de philosophie politique*, n° 5 Rousseau et la philosophie politique, P.U.F., 1965, p. 153.
- DESMOND Éric**, « Droit de résistance et histoire des idées » in *Pouvoirs*, n° 155, Le Seuil, 2015, p. 29-40.
- DI DONATO Francesco**, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably » in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 52e année, N. 4, 1997. pp. 821-852.
- DI DONATO Francesco**, « La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime », *Revus, Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, n° 21, 2013.
- DRAGO Roland**, « Les origines du contentieux administratif » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 383.
- DUBOIS Jean-Pierre**, « Déclaration des droits et dispositions fondamentales » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 43.
- DUPRAT Jean-Pierre**, « Le roi chef d'État et/ou de Gouvernement » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 149.
- DURAND Bernard**, « La Notion de Police en France du XVIIe au XVIIIe siècle » in *Policey im Europa der frühen Neuzeit* sous la direction de Michael STOLLEIS, Karl HÄRTER et Lothar SCHILLING, Frankfurt am Main : V. Klostermann, 1996, p. 163.
- DURANTON Henri**, « La France a-t-elle une Constitution ? Un aspect du débat idéologique à l'aube de la Révolution » in *Cahiers de l'Institut de recherches marxistes*, n° 32 « La Révolution française modèle ou voie spécifique ? », 1988, pp. 142-152.

- ÉGRET Jean**, « La Fayette dans la première Assemblée des Notables (Février-Mai 1787) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 125, Janvier-Mars 1952, Armand Colin, p. 1-31.
- ÉGRET Jean**, « La seconde Assemblée de Notables (6 novembre - 12 décembre 1788) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 115, Juillet- Septembre 1949, Armand Colin, p. 193-228.
- ÉGRET Jean**, « La dernière assemblée du Clergé de France (5 Mai-5 Août 1788) » in *Revue Historique*, T. 219, Fasc. 1 (1958), P.U.F. pp. 1-15.
- EHRARD Jean**, « La notion de “lois(s) fondamentale(s)” dans l’œuvre et la pensée de Montesquieu » in *Montesquieu en 2005* sous la direction de Catherine VOLPILHAC-AUGER, Voltaire Foundation, Oxford, 2005, p. 267.
- EHRILICH Ludwik**, « La séparation des pouvoirs. Quelques remarques sur sa théorie et sur sa pratique » in *Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, 1935, p. 261.
- EISENMANN Charles**, « L’*Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du recueil Sirey, 1933, p. 63.
- ELSTER Jon**, « Égalité, esclavage, suffrage ou : la pensée, la parole et l’acte » in *Comment écrit-on l’histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 173.
- FALLON Damien**, « L’apport de la QPC à la garantie du droit au procès équitable » in *Regards sur le droit au procès équitable, Actes du colloque de l’Association des doctorants en droit et en science politique du 18 novembre 2010*, L.G.D.J. / Presses de l’Université de Toulouse 1 Capitole, 2012.
- FAUCHOIS Yann**, « La difficulté d’être libre : les droits de l’homme, l’Église catholique et l’Assemblée constituante, 1789-1791 », *Revue d’histoire moderne et contemporaine* 2001/1 (no48-1), p. 71-101.
- FAURÉ Christine**, « L’espace public selon Sieyès » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*. Journée d’études du 23 novembre 2002 sous a direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 73.
- FAURÉ Christine**, « Les constituants de 1789 avaient-ils la volonté délibérée d’évincer les femmes de la vie politique ? » in *History of European Ideas*, vol. 15, n°4-6, pp. 537-542.
- FAVOREU Louis**, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge » in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 513.
- FAVOREU Louis**, « La Déclaration de 1789 et le juge : une problématique américaine ? » in *La revue tocqueville/the tocqueville review*, 1993, xiv, n° 1, p. 148.
- FAVOREU Louis**, « Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ? » in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 111.
- FAVOREU Louis**, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit » in *R.F.D.C.*, n°1, 1990, P.U.F., p. 71.
- FAVOREU Louis**, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p. 33.
- FELDMAN David**, « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation » in *L’interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l’Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 119.
- FELDMAN Jean-Philippe**, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d’une doctrine et de ses critiques » in *RFDC*, vol. 83, no. 3, 2010, pp. 483-496.

- FELDMAN Jean-Philippe**, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, vol. 76, no. 4, 2008, pp. 675-702.
- FOHLEN Claude**, « La filiation américaine de la Déclaration des droits de l'homme » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines - sa pérennité* sous la direction de Claude-Albert COLLIARD et Gérard CONAC, La documentation française, 1990, p. 21.
- FRAISSE Régis**, « L'article 16 de la Déclaration clef de voûte des droits et libertés » in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Le Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44, Juin 2014, p. 9.
- FURET François**, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire » in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 47e année, N. 6, 1992. pp. 1185-1194.
- FURET François**, « La monarchie et le règlement électoral de 1789 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 375.
- FURET François**, « Féodalité » in François FURET, Mona OZOUF, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1988.
- GAGNEBIN Bernard**, « L'influence de Rousseau sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » in *Reappraisals of Rousseau. Studies in honour of R. A. Leigh*, Manchester University Press, 1980, p. 75.
- GAÏA Patrick**, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004/2, n° 58, p. 227-246.
- GALLIGAN D. J.**, « The Levellers, the People and the Constitution » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 124.
- GANZIN Michel**, « La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif » in IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 81.
- GANZIN Michel**, « Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste » in Association Française des historiens des idées politiques, *La constitution dans la pensée politique*, Acte du colloque de Bastia (7-8 septembre 2000), P.U.A.M., 2001, p. 167.
- GAUCHET Marcel**, « Droits de l'homme » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 685.
- GAUDEMET Paul-Marie**, « L'aménagement de la taxation d'office face aux exigences de l'égalité devant la loi et de la procédure budgétaire » in *A.J.D.A.*, mai 1974, p. 236.
- GAUDEMET Paul**, «La séparation des pouvoirs. Mythe et Réalité» in *Recueil Dalloz*, chronique XXIII, 1961, p. 121.
- GENGEMBRE Gérard**, « L a Contre-Révolution et le refus de la constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 55.
- GOHIN Olivier**, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? » in *Rev. Droits*, n°9, 1989, p. 93.
- GOJOSSO Éric**, « Le rapport entre la loi et la constitution dans la pensée des Lumières », *Dix-huitième siècle*, n°37, P.U.F., 2005, p. 149.
- GOJOSSO Éric**, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité » in *R.F.D.C.*, 2007/3 n° 71, p. 499-512.
- GOODWIN A.**, « Calonne, the Assembly of French Notables of 1787 and the Origins of the

“Révolte Nobiliaire” » in *The English Historical Review*, Oxford University Press, Vol. 61, No. 240 (May, 1946), pp. 202-234 et No. 241 (Sep., 1946), pp. 329-377.

GOSSELIN R., « La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (26 août 1789), son pragmatisme et le socialisme dans les almanachs républicains entre 1840 et 1851 » in *Révolution française 1988-1989*, Actes des 113^e et 114^e Congrès nationaux des sociétés savantes (Strasbourg 1988 - Paris 1989), 1991, Paris, Editions du C.T.H.S., p. 259.

GREWE Constance, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe » in *Rev. Droits*, n°9, 1989, p. 131.

GRIMM Dieter, « La souveraineté » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 547.

GRIMM Dieter, « The Constitution in the Process of Denationalization » in *Constellations*, Vol. 12, n° 4, Blackwell, Oxford, 2005.

GRUDER Vivian R., « “No Taxation without Representation” : The Assembly of Notables of 1787 and Political Ideology in France » in *Legislative Studies Quarterly*, Washington University, Vol. 7, No. 2 (May, 1982), pp. 263-279.

GUASTINI Riccardo, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique » in *1789 et l’invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l’Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 216.

GUILHAUMOU Jacques, « Humboldt et l’intelligence politique des Français : autour de Sieyès » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle*. Journée d’études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 170.

GUILHAUMOU Jacques, « Nation, individu et société chez Sieyès » in *Genèses*, n° 26, Représentations nationales et pouvoirs d’Etat, 1997, pp. 4-24.

GUILHAUMOU Jacques, « Sieyès et la “langue propre” du législateur-philosophe. Constitution, norme et nation » in *La genèse de la norme, colloque de la société d’histoire et d’épistémologie des sciences du langage (SHESL), janvier 1994*, Archives et documents de la SHESL, Seconde série n°11, Tour, Juin 1995.

GUILHAUMOU Jacques, « À propos de l’analyse de discours : les historiens et le “tournant linguistique” » in *Langage et société*, n° 65, 1993, p. 5.

HALÉVI Ran, « L’idée et l’événement. Sur les origines intellectuelles de la Révolution française », *Le Débat* 1986/1 (n° 38), p. 145-163.

HALÉVI Ran, « La déconstitution de l’Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire » in *Jus politicum*, n° 3.

HALPÉRIN Jean-Louis, « La constitution de 1791 appliquée par les tribunaux » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 369.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Montesquieu : lectures croisées en histoire et théorie du droit », in *Histoire de la justice* 2012/1 (N° 22), p. 143-156.

HAMON Léo, « L’État de droit et son essence » in *R.F.D.C.*, n°4, 1990, P.U.F., p. 699.

HAMON Léo, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. A propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel » in *Recueil Dalloz Sirey*, 1974, Chron. XVII, p. 83.

HAURIOU André, « Réflexions sur les statuts épistémologiques respectifs du pouvoir et de la

liberté » in *R.D.P.*, 1974, p. 644.

HERENCIA Bernard, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 378, octobre-décembre 2014, p. 3.

HERENCIA Bernard, « L'optimum gouvernemental des physiocrates : despotisme légal ou despotisme légitime ? », *Revue de philosophie économique* 2013/2 (Vol. 14), p. 119-149.

HERRERA Carlos Miguel, LE PILLOUER Arnaud, « Faire l'histoire constitutionnelle : questions et problèmes » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 7.

HOTTELIER Michel, « Le principe de la séparation des pouvoirs et son aménagement en droit constitutionnel suisse » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Long cours*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », Juillet 2014, p. 251.

HUMMEL Jacky, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l'écriture de l'histoire constitutionnelle » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 141.

IMBERT Jean, « L'origine idéologique des "principes de 1789" » in IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.11.

JAUME Lucien, « Garantir les Droits de l'homme : 1791-1793 » in *La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, 1993, XIV, n° 1, p. 49.

JEANNEAU Benoît, « "Juridicisation" et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 » in *R.D.P.*, mai-juin 1989, p. 635.

JELLINEK George, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy) » in *R.D.P.*, Tome XVIII, p. 25.

JOUANJAN Olivier, « Histoire de la science du droit constitutionnel » in *Traité international de droit constitutionnel, Théorie de la Constitution*, sous la direction de Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 69.

JOUANJAN Olivier, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, 2011/2, n° 54, p. 27-48.

KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public » in *R.C.A.D.I.*, 1926, IV, 14, p. 227.

KNECHTLE John C., « Interpréter la Constitution américaine : un objet renouvelé de controverses doctrinales » in *Politeia*, n°25 (2014), p. 407.

KOSELLECK Reinhart, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, préface de Sabina LORIGA, trad. Jochen HOOCK et Marie-Claire HOOCK, EHESS, 2016.

KUBBEN Raymond, « L'abbé de Sieyès. Champion of the National Representation, Father of the Constitutions » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 290.

LACORNE Denis, « Le débat des Droits de l'homme en France et aux Etats-Unis » in *La Revue Tocqueville/The Tocqueville Review*, 1993, XIV, n° 1, p. 5.

LAFERRIÈRE Julien, « Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante » in *Mélanges Paul Negulesco*, Bucarest, 1935, p. 427.

LAHMER Marc, « Séparation et balance des pouvoirs » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, coll. « Quadrige », Lamy-P.U.F., 2003, p. 1406.

LAHMER Marc, « Moment 1789 et la séparation des pouvoirs » in *Jus Politicum*, n°12, 2014.

- LAMANDA Vincent**, « Le juge judiciaire, juge naturel de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, La conscience des droits*, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », Juin 2011, p. 363.
- LAUNAY M.**, « Problème de lexicologie politique selon Rousseau » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIII – 2, Didier-Larousse, Paris, 1968, pp. 61-73.
- LAZERGES Christine**, « Fallait-il constitutionnaliser l'état d'urgence ? » in *Mélanges Yves Mayaud, Entre tradition et modernité: le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, Juin 2017, p. 641.
- LE BONNIEC Nina**, « L'appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l'homme » in *RFDC*, vol. 106, n° 2, 2016, pp. 335-356.
- LE PILLOUER Arnaud**, « De quelques contraintes de l'Assemblée nationale constituante de 1789 » in *Théorie des contraintes juridiques* sous la direction de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak, p. 63.
- LEISNER Walter**, « L'Etat de droit - une contradiction ? » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p. 65.
- LOUGH John**, « The *Encyclopédie* and the *Contrat social* » in *Reappraisals of Rousseau. Studies in honour of R. A. Leigh*, Manchester University Press, 1980, p. 64.
- LUCHAIRE François**, « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 215.
- LUCHAIRE François**, « Un Janus constitutionnel : l'égalité » in *R.D.P.*, 1986, p. 1229.
- LUCHAIRE François**, « Les fondements constitutionnels du droit civil » in *R.T.D.Civ.*, 1982, p. 245.
- LUTAUD O.**, « Translation, traduction, tradition. Emprunts lexicaux au premier radicalisme anglais » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIII – 2, Didier-Larousse, Paris, 1968, pp. 49-59.
- MACLEAN A. H.**, « George Lawson and John Locke » in *The Cambridge Historical Journal*, Vol. 9, No. 1 (1947), Cambridge University Press, pp. 69-77.
- MARDIÈRE Christophe de la**, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 » in *R.F.D.C.*, n° 38, 1999, p. 227.
- MARSHALL Terence**, « Les droits de l'homme et la politique constitutionnelle. Un dialogue franco-américain à l'époque révolutionnaire » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 395.
- MATHIEU Bertrand**, « Note sous Conseil constitutionnel, Décision n°93-327 DC du 19 novembre 1993, Cour de justice de la République » in *R.F.D.C.*, n°17, 1994, P.U.F., p. 133.
- MARTUCCI Roberto**, « Le pivot de la Constituante. À propos du comité de Constitution (1789-1991) » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 651.
- MESTRE Jean-Louis**, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "maximes du droit public français" » in Association française des historiens des idées politiques, *État et pouvoir. L'idée européenne*, Actes du Colloque de Toulouse (11, 12, 13 avril 1991), P.U.A.M., 1992, p. 21.
- MESTRE Jean-Louis**, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents » in *R.F.D.A.*, 1996, p. 289.
- MAILLE Michel**, « L'Etat de droit dans la constitution » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 21.
- MICLO F.**, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois » in *A.J.D.A.*, 20 mars 1982, p.

MONJOU Christian, « Question fiscale et révolution : l'exemple américain », *Regards croisés sur l'économie* 2007/1 (n° 1), p. 54-55.

MONNIER Raymonde, « La république de Rousseau science de la législation et art de gouverner » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*. Journée d'études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 55.

MORANGE Jean, « L'élaboration de la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines - sa pérennité* sous la direction de Claude-Albert COLLIARD et Gérard CONAC, La documentation française, 1990, p. 63.

MOREL Henri, Préface à IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989.

MOREL Henri, « Le poids de l'Antiquité sur la Révolution française » in IMBERT Jean, MOREL Henri, SICARD Germain, GANZIN Michel, LECA Antoine, BRUSCHI Christian, *Les principes de 1789*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 33.

MOUSNIER Roland, « Comment les Français du XVIIIe siècle voyaient la constitution » in « Comment les Français voyaient la France au XVIIIe siècle », *XVIIIe siècle*, n°25-26, Bulletin de la Société d'étude du XVIIIe siècle, Paris, 1955, p. 9.

NEUBORNE Burt, « Judicial review and separation of powers in France and the United States » in *New York University Law Review*, Vol. 57, juin 1982, n°3, p. 363.

NINO Carlos S., « Can there be Law-abiding Judges ? » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 275.

OBERDORFF Henri, « La séparation des pouvoirs » in Jean-Bernard AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » Septembre 2010, p. 179.

OURLIAC Paul, « La puissance de juger : le poids de l'histoire » in *Droits*, n°9, 1989, p. 20.

OZOUF Mona, « Régénération » in *Dictionnaire critique de la Révolution française* sous la direction de François FURET et Mona OZOUF, Flammarion, 1988, p. 821.

PARIENTE Alain, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs » in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 66.

PASQUINO Pasquale, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 143.

PASQUINO Pasquale, « Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis » in *Cardozo Law Review*, Vol. 34, p. 999.

PAVIA Marie-Luce, « La loi en 1791 » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 329.

PÉCHARMAN Martine, « Les fondements de la notion d'unité du peuple selon Suarez » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 104.

- PERTUÉ Michel**, « La notion de constitution à la fin du 18^e siècle » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIII^e siècle*. Journée d'études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études robespierristes, 2003, p. 39.
- PETIT Hugues**, « Le décalogue et les déclarations des Droits de l'homme » in *Fondations et naissances des Droits de l'homme. L'Odyssée des Droits de l'homme I*, Tome 1 des Actes du Colloque international de Grenoble. Octobre 2001, l'Harmattan, 2003, p.49.
- PFERSMANN Otto**, « Contre la confusion logonomique » in *L'État, le droit, le politique : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 33.
- PFERSMANN Otto**, « Relativité de l'autonomie ontologique, conformation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique » in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française* sous la direction de Bertrand MATHIEU, Dalloz, 2008, p. 526.
- PFERSMANN Otto**, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution » in *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 33.
- PFERSMANN Otto**, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 353.
- PFERSMANN Otto**, « Lacunes », Dictionnaire de la culture juridique sous la direction de Stéphane RIALS, Denis ALLAND, Presses Universitaires de France, 2003, p. 911-913.
- PFERSMANN Otto**, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, 2002/4 n° 52, p. 759-788.
- PFERSMANN Otto**, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002/2 n° 50, p. 279-334.
- PFERSMANN Otto**, « Droit et justice », *Revue de métaphysique et de morale*, 2002/1 n° 33, p. 27-41.
- PFERSMANN Otto**, « Arguments ontologiques et argumentation juridique » in *Raisonnement juridique et interprétation*, Journée d'étude internationale organisée par Otto PFERSMANN, Gérard TIMSIT (14 juin 1999), Publications de la Sorbonne, 2001.
- PHILIP Loïc**, « La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (à propos de la décision du 27 décembre 1973) » in *R.D.P.*, 1974, p. 531.
- PICARD Etienne**, « Article 12 » in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire analyse et commentaires* sous la direction de Gérard CONAC, Marc DEBENE, Gérard TEBOUL, Economica, 1993, p. 250.
- PICARD Etienne**, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119 et s.
- PIMENTEL Carlos-Miguel**, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, vol. 102, no. 3, 2002, pp. 119-131.
- PIMENTEL Carlos-Miguel**, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant » in *Jus Politicum, Autour de la notion de Constitution*, n° 3, 2009.
- PIMENTEL Carlos-Miguel**, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs » *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 9.
- POSTIGLIOLA Alberto**, « De Malebranche à Rousseau : les apories de la volonté générale et la

revanche du “raisonneur violent” » in *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau*, tome 39°, 1972-1977, Genève, Jullien, p. 123.

PREST Wilfrid, « William Blackstone and the “free Constitution of Britain” » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 210.

PRIET François, « L’incompétence négative du législateur » in *R.F.D.C.*, n°17, 1994, P.U.F., p. 59.

PROSCHWITZ G. von, « Constitutionnel », anglicisme ou mot français » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIV – 1, Didier-Larousse, Paris, 1969, pp. 5-12.

PUTFIN G., « Les déclarations des droits de l’homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789-septembre 1791) », *Annales historiques de la révolution française*, n°232, 1978, p. 180.

QUERMONNE Jean-Louis, « L’Union européenne : objet ou acteur de sa constitution ? Essai sur la portée d’une politique institutionnelle à long terme », *Revue française de science politique*, 2004/2, Vol. 54, p. 221-236.

QUILLET Jeannine, « Un exemple de nominalisme politique de la scolastique tardive : les doctrines de Guillaume d’Ockham » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 61.

RADICA Gabrielle, « Constitution et lois fondamentales chez Rousseau » in *Revista de Filosofia*, Aurora, Curitiba, v. 28, n. 43, p. 19-48, janv./abr. 2016.

RADICA Gabrielle, « Trois interprétations de la notion de “lois fondamentales” au XVIIIe siècle » in *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIIIe siècle* sous la direction de Isabelle MOREAU E.N.S., 2009, p. 229.

RAYNAUD Philippe, « Constitutionnalisme » in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, coll. « Quadriges », Lamy-P.U.F., 2003, p. 266.

RAYNAUD Philippe, « Des droits de l’homme à l’État de droit. Les Droits de l’homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public » in *Droits*, n° 2, 1985, p. 61.

RAYNAUD Philippe, « Libéralisme » in *Dictionnaire de philosophie politique* sous la direction de Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, 3e éd., Quadriges / P.U.F., 2003, p. 393.

REICHARDT Rolf, « Visualiser la logomachie entre *Lumière* et *Ténèbres*. Les étranges métamorphoses de l’éténoir dans les estampes (1789-1830) » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*. Journée d’études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 15.

RENOUX Thierry, « L’apport du Conseil constitutionnel à l’application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France » in *Recueil Dalloz*, 1991, p. 169.

RENOUX Thierry, « Le droit au recours juridictionnel » in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 19, 12 Mai 1993.

RENOUX Thierry, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l’article 64 de la Constitution et l’indépendance de l’autorité judiciaire à l’article 16 de la Déclaration des droits et l’indépendance de la justice » in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française* sous la direction de Bertrand MATHIEU, Dalloz, 2008, p. 293.

RIALS Stéphane, « Des droits de l’homme à l’Etat de droit. Les droits de l’homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public » in *Droits*, n°2, 1985, p. 61.

RIALS Stéphane, « L’office du juge » in *Rev. Droits*, n°9, 1989, p. 3.

RIALS Stéphane, « La Déclaration de 1789. Le mystère des origines » in *Rev. Droits*, n°8, 1988, p. 3.

- RIALS Stéphane**, « Généalogie des droits de l'homme » in *Rev. Droits*, n°2, 1985, p. 3.
- RIALS Stéphane**, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République » in *R.D.P.*, mai-juin 1984, L.G.D.J., p. 587.
- RICHET Denis**, « L'esprit de la constitution, 1789-1791 » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, vol. 2, *The Political Culture of the French Revolution*, sous la direction de Colin LUCAS, Pergamon Press, 1988, p. 63.
- RIGAUDIÈRE Albert**, « Les ordonnances de police en France à la fin du Moyen Âge » in *Policey im Europa der frühen Neuzeit* sous la direction de Michael STOLLEIS, Karl HÄRTER et Lothar SCHILLING, Frankfurt am Main : V. Klostermann, 1996, p. 98.
- RIGAUDIÈRE Albert**, « Pratiques politiques et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles » in *Archives de philosophie du droit*, n° 41, 1997, p. 83.
- RIVERO Jean**, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 75.
- RIVERO Jean**, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” : une nouvelle catégorie constitutionnelle » in *Recueil Dalloz Sirey*, 1972, Chron. XLI, p. 265.
- RIVERO Jean**, « Apologie pour les “faiseurs de système” » in *Dalloz*, 1951, chr. XXIII, p. 99 et publié dans *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, p. 3.
- ROBLOT-TROIZIER Agnès**, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi » in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, p. 89-103.
- ROLLAND Patrice**, « La garantie des droits » in *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain, Actes du colloque de Dijon 3 et 4 octobre 1996*, Editions de l'Université de Dijon, 1998, p. 28.
- ROUSSEAU Dominique**, « Sur la monarchie présidentielle », *Le Débat* 1989/3 (n° 55), p. 45-50.
- ROUSSEAU Dominique**, « Le nouvel horizon du droit constitutionnel » in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 887.
- ROUSSEAU Dominique**, « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012/5 n° 780, p. 428-442.
- ROUSSEAU Dominique**, « Constitution » in *Dictionnaire constitutionnel* sous la direction de Olivier DUHAMEL, Yves MÉNY, P.U.F., 1992, p. 208.
- ROLAND Sébastien**, « La souveraineté » in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* sous la direction de Jean-Bernard AUBY, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » Septembre 2010, p. 119.
- ROLAND Sébastien**, « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu » in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2009/1, n° 29, Picard, p. 3.
- RUDELLE Pierre-Yves**, « Le premier comité de constitution ou l'échec du projet monarchien » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 87.
- SAINT-BONNET François**, « Les ascendances inopinées de la V^e République » in *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française* sous la direction de Bertrand MATHIEU, Dalloz, 2008, p. 81.
- SAINT-BONNET François**, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* » in *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 95.

- SAINT-BONNET François**, « Le constitutionnalisme libéral français en trompe-l'oeil. Actualité de l'autre Montesquieu » in *Droits*, n°43, 2006, p. 15.
- SAINT-BONNET François**, « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français (XVIe-XVIIIe siècle) » in *Droits*, n°38, 2003, p. 135.
- SAINT-BONNET François**, « Le parlement, juge constitutionnel (XVIe-XVIIIe siècle) » in *Droits*, n°34, 2001, p. 177.
- SAINT-BONNET François**, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » in *Droits*, n° 32, 2000, p. 7.
- SAINT-BONNET François**, « L'“autre” séparation des pouvoirs de Montesquieu » in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005* sous la direction d'Alain PARIENTE, Dalloz, 2007, p. 49.
- SARTORI Giovanni**, « Constitutionalism: A Preliminary Discussion » in *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), American Political Science Association, pp. 853-864.
- SCHMALE Wolfgang**, « La France, l'Allemagne et la Constitution (1789-1815) » in *Annales historiques de la Révolution française*, n°286, 1991. p. 459.
- SCHMALE Wolfgang**, « Les parlements et le terme de constitution au XVIIIe siècle en France : une introduction » in *Il pensiero politico : rivista di storia delle idee politiche e sociale*, 1987, XX, n°1, Leo S. Olschki, Florence, 1987, p. 415.
- SCHRADER Fred E.**, « Les sociétés secrètes et la Révolution (1740-1789) : sociabilités et socialisations » in *Cahiers d'histoire de l'institut de recherches marxistes*, n°32, « La Révolution française, modèle ou voie spécifique ? », p. 136.
- SEREN Yvon**, « L'exemple américain dans les institutions issues de la Révolution française ; les déclarations américaines et la déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 » in *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*, Tome 84, numéro 3, 1977. De l'Armorique à l'Amérique de l'indépendance. Deuxième partie du colloque du bicentenaire indépendance américaine 1796 - 1976. pp. 281-292.
- SERNA Pierre**, « Existe-t-il un “extrême centre” ?... le point aveugle de la République directoriale. L'exemple de *La Décade* » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*. Journée d'études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, p. 148.
- SEURIN Jean-Louis**, « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs » in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 651.
- SKINNER Quentin**, « On the Liberty of the Ancients and the Moderns: A Reply to My Critics », *Journal of the History of Ideas*, vol. 73, n° 1, January 2012, p. 127-146.
- SKINNER Quentin**, « On Intellectual History and the History of Books », *Contributions to the History of Concepts*, vol. 1, n° 1, march 2005, p. 29-36.
- SKINNER Quentin**, « On Encountering the Past - Interview with Quentin Skinner » par Petri KOIKKALAINEN Sami SYRJÄMÄKI, in *Finnish yearbook of political thought*, vol. 6., 2002, p. 34 et s.
- SKINNER Quentin**, « The idea of a negative liberty : philosophical and historical perspectives » in Richard RORTY, J.B. SCHNEEWIND, Quentin SKINNER, (dir.) *Philosophy in history. Essays on the historiography of philosophy*, Cambridge university press, 1984.
- SKINNER Quentin**, « Intentions and the Interpretation of Texts », *New Literary History*, Vol. 3, n° 2, On Interpretation: I, Winter, 1972, p. 393- 408.
- SKINNER Quentin**, « Conventions and the Understanding of Speech Acts », *The Philosophical*

Quarterly, vol. 20, N° 79, Philosophy of Language Number, Apr., 1970, p. 118-138.

SKINNER Quentin, « Meaning and Understanding in the History of Ideas(s) » in *History and Theory*, vol. 8, n° 1, 1969, p. 3-53.

SMART Ian Michael, « The political ideas of the Scottish Covenanters. 1638-1688 » in *History of political thought*, vol. 1, n°2, Summer, June, 1980, p. 167.

SORELL Tom, « Constitutions in Hobbes's Science of Politics » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 108.

SPITZ Jean-Fabien, « Locke's Contribution to the Intellectual Foundations of Modern Constitutionalism » in *Constitutions and the Classics. Patterns of constitutional Thought from Fortescue to Bentham* sous la direction de D. J. GALLIGAN, Oxford, 2014, p. 152.

SPITZ Jean-Fabien, « Les sources de la distinction entre société et gouvernement chez Locke » in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne* sous la direction de Yves-Charles Zarka, coll. « fondements de la politique », P.U.F., 1999, p. 247.

SPITZ Jean-Fabien, « Le contrat social » in *Droits*, n° 12, 1990, p. 25.

SPITZ Jean-Fabien, « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner » in *Droits*, n° 10, 1989, p. 133.

STEINER Philippe, « Les Physiocrates et la Révolution française », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* 2004/2 (N°20), p. 227.

STEUCKARDT Agnès, « La notion de liberté de la presse dans *L'Ami du peuple* de Marat » in *Des notions-concepts en révolution autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle*. Journée d'études du 23 novembre 2002 sous la direction de Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003, p. 87.

STOURZH Gerald, « *Constitution* : Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century » in *Conceptual change and the constitution*, University Press of Kansas, 1988, p. 35. Trad. « Constitution - Évolution des significations du terme depuis le début du XVIIe siècle jusqu'à la fin du XVIIIe siècle » in *Droits*, n°29, 1999, p. 157.

TAYLOR George V., PICQ Noël, « Les cahiers de 1789 : éléments révolutionnaires et non révolutionnaires » in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 28e année, n° 6, 1973, p. 1495-1514.

TERNEYRE Philippe, « Le droit constitutionnel au juge » in *Les Petites Affiches*, 4 décembre 1991, n°145, p. 4.

TEYSSEIRE Daniel, « Un modèle autoritaire : le discours de "la flagellation" » in *Mots. Les langages du politique*, 1995, n° 43, p. 118-127.

THOMANN Marcel, « Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits » in *Droits*, n°8, 1988, p. 55.

TILLET Édouard, « Les ambiguïtés du concept de constitution au XVIIIe siècle : l'exemple de Montesquieu » in *Pensée politique et droit*, actes du colloque de Strasbourg (11 - 12 septembre 1997) organisé par l'Association Française des Historiens des Idées Politiques, coll. « histoire des idées politiques », P.U.A.M., 1998, p. 365.

TILLET Édouard « Modèle anglais et modèle américain de L'Ancien Régime à la Révolution. L'exemple de Jean-Nicolas Dèmeunier » in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 12, L'Angleterre, modèle politique ?, (2e semestre 2000), L'Harmattan, p. 265-286.

TROPER Michel, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 75.

TROPER Michel, « L'interprétation constitutionnelle » in *L'interprétation constitutionnelle*, Actes

de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 13.

TROPER Michel, « Réplique à Otto Pfersmann » in *R.F.D.C.*, 2002/2 n° 50, p. 335-353.

TROPER Michel, JAUME Lucien, « Une nouveauté toujours actuelle, le texte de 1791 » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 13.

TROPER Michel, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs » in *L'héritage politique de la Révolution française*, sous la direction de François HAMON, Jacques LELIÈVRE, Presses universitaires de Lille, Centre culturel international de Cerisy, 1993, p. 95.

TROPER Michel, Rapport de synthèse de 1791 *La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 463.

TROPER Michel, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française » in *1791 La première constitution française, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991* sous la direction de Jean BART, Jean-Jacques CLÈRE, Claude COURVOISIER, Michel VERPEAUX, Economica, 1993, p. 355 et in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Tome 2, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 829.

TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie » in *R.F.D.C.*, n°1, 1990, P.U.F., p. 31.

TROPER Michel, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 13.

TROPER Michel, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 » in *Droits*, n°8, 1988, p. 111.

TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, p. 133.

VALENSISE Marina, « La constitution française » in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, sous la direction de Keith Michael BAKER, vol. 1, Pergamon Press, 1987, p. 441.

VAN KLEY Dale, « Du parti janséniste au parti patriote » in *Jansénisme et Révolution, Actes du colloque de Versailles tenu au Palais des congrès les 13 et 14 octobre 1989*, sous la direction de Catherine MAIRE, Paris, *Chronique de Port-Royal*, n° 39, 1990, p. 115.

VARELA SUANZES-CARPEGNA Joaquín, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode » in *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* sous la direction de Carlos Miguel HERRERA et Arnaud LE PILLOUER, Kimé, Paris, 2012, p. 57.

VEDEL Georges, « L'incorporation de la Déclaration des droits de l'homme dans la constitution française » in *La revue toqueville/the toqueville review*, 1993, xiv, n° 1, p. 157.

VEDEL Georges, « La constitution comme garantie des droits, le droit naturel » in *1789 et l'invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de TROPER Michel et JAUME Lucien, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 205.

VEDEL Georges, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? » in *R.F.D.A.*, 1990, p. 698.

VEDEL Georges, « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 » in *R.F.D.C.*, 1990, p. 5.

VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », in *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, P.U.F., 1989, p. 35.

VELLEY Serge, « La constitutionnalisation d’un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, p. 767.

VERPEAUX Michel, « 1791, première Constitution française ? » in *R.F.D.C.*, 1993, n° 13, p. 3.

VERPEAUX Michel, « La notion révolutionnaire de juridiction » in *Droits*, n° 9, 1989, p. 33.

VERPEAUX Michel, « Le pouvoir réglementaire sous la Révolution » in *Droits*, n° 17, 1993, p. 113.

VIGUIER A., « Le mot “individu” fait-il partie au XVIIIe siècle du vocabulaire socio-politique ? » in *Cahiers de lexicologie*, Volume XIII – 2, Didier-Larousse, Paris, 1968, pp. 95-126.

VILLEY Michel, « Indicatif et impératif juridiques. Dialogue à trois voix : I. De l’indicatif dans le droit » in *Archives de philosophie du droit*, n°19, Sirey, Paris, 1974 p. 33.

WACHSMANN Patrick, « Déclaration ou constitution des droits ? » in *1789 et l’invention de la Constitution, Actes du colloque de Paris organisé par l’Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989* sous la direction de Michel TROPER et Lucien JAUME, L.D.G.J. / Bruylant, 1994, p. 44.

WACHSMANN Patrick, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l’homme de 1789 » in *Droits*, n°2, 1985, p. 13.

WEULERSSE Georges, *Le mouvement physiocratique en France, De 1756 à 1770*, 2 vol., 1910, Slatkine Reprints, 2003, spécialement Liver 3, Politique et philosophie des physiocrates, tome 2 p. 1 et s.

ZUPANČIČ Boštjan M., « On legal formalism : the principle of legality in criminal law » in *L’interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l’Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 sous la direction de Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 61.

Colloques

BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude, VERPEAUX Michel, *1791 La première constitution française*, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991, Economica, 1993.

BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude, VERPEAUX Michel, *La Constitution de l’an III ou l’ordre républicain*, Actes du colloque de Dijon 3 et 4 octobre 1996, Editions de l’Université de Dijon, 1998.

COLLIARD Claude-Albert, CONAC Gérard, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, ses origines - sa pérennité*, La documentation française, 1990.

« Formation et aspects du vocabulaire politique français XVIIe-XXe siècles », Colloque du Centre de Lexicologie Politique – E.N.S de Saint-Cloud (26-28 avril 1968), publié dans les *Cahiers de lexicologie*, n°XIII à XV, Didier-Larousse, Paris, 1968-1969.

La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Journées d’études des 16-17 mars 1789, coll. «Droit public positif», Presses universitaires de Marseille / Economica, 1990.

La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, P.U.F., 1989.

Le droit à un procès équitable, coll. «Science et technique de la démocratie», n°28, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseil de l’Europe, 2000.

GUILHAUMOU Jacques, MONNIER Raymonde (dir.), *Des notions-concepts en révolution*

autour de la liberté politique à la fin du XVIIIe siècle, Journée d'études du 23 novembre 2002, coll. « études révolutionnaires », n°4, Société des études roberspierristes, 2003.

HAMON François, LELIÈVRE Jacques, *L'héritage politique de la Révolution française*, Presses universitaires de Lille, Centre culturel international de Cerisy, 1993.

HERRERA Carlos Miguel, LE PILLOUER Arnaud (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Kimé, Paris, 2012.

LAVERGNE Benjamin, MEZAGUER Mehdi (dir.), *Regards sur le droit au procès équitable*, Actes du colloque de l'Association des doctorants en droit et en science politique du 18 novembre 2010, L.G.D.J. / Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2012.

MAIRE Catherine (dir.), *Jansénisme et Révolution*, Actes du colloque de Versailles tenu au Palais des congrès les 13 et 14 octobre 1989, Paris, *Chronique de Port-Royal*, n° 39, 1990.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Actes de la table ronde de l'Association internationale de droit constitutionnel organisée à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004, Dalloz, 2005.

PARIENTE Alain (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Actes de la journée d'étude de l'Association française de droit constitutionnel organisée le 22 avril 2005, Dalloz, 2007.

PFERSMANN Otto, TIMSIT Gérard, *Raisonnement juridique et interprétation*, Journée d'étude internationale (14 juin 1999), Publications de la Sorbonne, 2001.

PICHERAL Caroline (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Acte du colloque des 5 et 6 novembre 2010, Nemesis / Anthemis, 2010.

TROPER Michel, JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique : 2, 3 et 4 mars 1989, L.D.G.J. / Bruylant, 1994.

Les droits de l'homme et la conquête des libertés. Des lumières aux révolutions de 1848, Presses universitaires de Grenoble, 1988.

Documents iconographiques

Constitution de l'Assemblée nationale : et serment des députés qui la composent à Versailles le 17 juin 1789 : dessiné d'après nature par J.M. Moreau.

Ouverture des Etats Généraux à Versailles, le 5 mai 1789 : présentée et dédiée à l'Assemblée Nationale, le 4 mai 1790, par Helman, dessiné par C. Monnet, gravé par Helman.

Liste des décisions du Conseil constitutionnel fondées sur l'article 16

- | | | |
|----------------------------------------|------------------------|---------------------------|
| 1. 88-248 DC
(implicitement) | 22. 2004-490 DC | 47. 2008-564 DC |
| 2. 93-335 DC
(implicitement) | 23. 2004-492 DC | 48. 2008-562 DC |
| 1. 96-373 DC | 24. 2004-494 DC | 49. 2008-566 DC |
| 2. 98-403 DC | 25. 2004-500 DC | 50. 2008-567 DC |
| 3. 99-416 DC | 26. 2004-499 DC | 51. 2008-568 DC |
| 4. 99-421 DC | 27. 2004-503 DC | 52. 2008-571 DC |
| 5. 99-422 DC | 28. 2004-509 DC | 53. 2009-577 DC |
| 6. 99-425 DC | 29. 2004-510 DC | 54. 2009-578 DC |
| 7. 2000-436 DC | 30. 2005-512 DC | 55. 2009-584 DC |
| 8. 2000-437 DC | 31. 2005-514 DC | 56. 2009-592 DC |
| 9. 2000-441 DC | 32. 2005-522 DC | 57. 2009-594 DC |
| 10. 2001-451 DC | 33. 2005-530 DC | 58. 2009-595 DC |
| 11. 2001-455 DC | 34. 2005-531 DC | 59. 2009-599 DC |
| 12. 2002-458 DC | 35. 2005-532 DC | 60. 2010-2 QPC |
| 13. 2002-461 DC | 36. 2006-535 DC | 61. 2010-8 QPC |
| 14. 2002-465 DC | 37. 2006-540 DC | 62. 2010-10 QPC |
| 15. 2003-466 DC | 38. 2006-544 DC | 63. 2010-611 DC |
| 16. 2003-467 DC | 39. 2006-545 DC | 64. 2010-4/17 QPC |
| 17. 2003-473 DC | 40. 2007-547 DC | 65. 2010-15/23 QPC |
| 18. 2003-475 DC | 41. 2007-550 DC | 66. 2010-19/27 QPC |
| 19. 2003-484 DC | 42. 2007-551 DC | 67. 2010-14/22 QPC |
| 20. 2003-485 DC | 43. 2007-554 DC | 68. 2010-612 DC |
| 21. 2003-486 DC | 44. 2007-556 DC | 69. 2010-29/37 QPC |
| | 45. 2007-557 DC | 70. 2010-32 QPC |
| | 46. 2007-561 DC | 71. 2010-38 QPC |

72. 2010-53 QPC	106. 2011-156 QPC	137. 2012-231/234
73. 2010-614 DC	107. 2011-639 DC	QPC
74. 2010-71 QPC	108. 2011-160 QPC	138. 2012-236 QPC
75. 2010-69 QPC	109. 2011-166 QPC	139. 2012-241 QPC
76. 2010-73 QPC	110. 2011-167 QPC	140. 2012-
77. 2010-76 QPC	111. 2011-179 QPC	243/244/245/246 QPC
78. 2010-78 QPC	112. 2011-168 QPC	141. 2012-247 QPC
79. 2010-77 QPC	113. 2011-177 QPC	142. 2012-250 QPC
80. 2010-81 QPC	114. 2011-175 QPC	143. 2012-256 QPC
81. 2010-62 QPC	115. 2011-180 QPC	144. 2012-257 QPC
82. 2010-90 QPC	116. 2011-190 QPC	145. 2012-258 QPC
83. 2010-96 QPC	117. 2011-192 QPC	146. 2012-263 QPC
84. 2010-102 QPC	118. 2011-	147. 2012-268 QPC
85. 2010-100 QPC	191/194/195/196/197	148. 2012-654 DC
86. 2010-110 QPC	QPC	149. 2012-275 QPC
87. 2011-626 DC	119. 2011-198 QPC	150. 2012-280 QPC
88. 2011-112 QPC	120. 2011-199 QPC	151. 2012-284 QPC
89. 2011-113/115 QPC	121. 2011-200 QPC	152. 2012-283 QPC
90. 2011-116 QPC	122. 2011-203 QPC	153. 2012-285 QPC
91. 2011-117 QPC	123. 2011-206 QPC	154. 2012-286 QPC
92. 2011-118 QPC	124. 2011-641 DC	155. 2012-658 DC
93. 2011-120 QPC	125. 2011-644 DC	156. 2012-659 DC
94. 2011-125 QPC	126. 2011-645 DC	157. 2012-662 DC
95. 2011-127 QPC	127. 2011-208 QPC	158. 2012-661 DC
96. 2011-629 DC	128. 2011-213 QPC	159. 2012-287 QPC
97. 2011-129 QPC	129. 2011-214 QPC	160. 2012-288 QPC
98. 2011-126 QPC	130. 2011-223 QPC	161. 2012-298 QPC
99. 2011-631 DC	131. 2011-224 QPC	162. 2012-314P QPC
100. 2011-134 QPC	132. 2012-649 DC	163. 2013-310 QPC
101. 2011-138 QPC	133. 2012-227 QPC	164. 2013-311 QPC
102. 2011-141 QPC	134. 2012-228/229	165. 2013-669 DC
103. 2011-147 QPC	QPC	166. 2013-316 QPC
104. 2011-150 QPC	135. 2012-230 QPC	167. 2013-672 DC
105. 2011-153 QPC	136. 2012-235 QPC	168. 2013-314 QPC

169.	2013-322 QPC	autres QPC	233.	2014-707 DC		
170.	2012-327 QPC	202.	2014-693 DC	234.	2015-710 DC	
171.	2013-331 QPC	203.	2014-692 DC	235.	2014-455 QPC	
172.	2013-673 DC	204.	2014-386 QPC	236.	2014-457 QPC	
173.	2013-674 DC	205.	2014-374 QPC	237.	2015-461 QPC	
174.	2013-336 QPC	206.	2014-387 QPC	238.	2015-467 QPC	
175.	2013-338/339 QPC	207.	2014-390 QPC	239.	2015-470 QPC	
176.	2013-342 QPC	208.	2014-694 DC	240.	2015-474 QPC	
177.	2013-341 QPC	209.	2014-399 QPC	241.	2015-475 QPC	
178.	2013-676 DC	210.	2014-403 QPC	242.	2015-476 QPC	
179.	2013-675 DC	211.	2014-406 QPC	243.	2015-713 DC	
180.	2013-346 QPC	212.	2014-695 DC	244.	2015-478 QPC	
181.	2013-347 QPC	213.	2014-696 DC	245.	2015-479 QPC	
182.	2013-350 QPC	214.	2014-416 QPC	246.	2015-715 DC	
183.	2013-351 QPC	215.	2014-415 QPC	247.	2015-718 DC	
184.	2013-678 DC	216.	2014-419 QPC	248.	2015-489 QPC	
185.	2013-352 QPC	217.	2014-701 DC	249.	2015-490 QPC	
186.	2013-354 QPC	QPC	218.	2014-420/421	250.	2015-494 QPC
187.	2013-356 QPC	219.	2014-423 QPC	251.	2015-492 QPC	
188.	2013-679 DC	220.	2014-424 QPC	252.	2015-721 DC	
189.	2013-359 QPC	221.	2014-703 DC	253.	2015-499 QPC	
190.	2013-682 DC	222.	2014-428 QPC	254.	2015-722 DC	
191.	2013-685 DC	223.	2014-430 QPC	255.	2015-500 QPC	
192.	2013-683 DC	224.	2014-435 QPC	256.	2015-503 QPC	
193.	2013-687 DC	225.	2014-704 DC	257.	2015-506 QPC	
194.	2013-361 QPC	226.	2014-708 DC	258.	2015-508 QPC	
195.	2013-363 QPC	227.	2014-706 DC	259.	2015-723 DC	
196.	2014-688 DC	228.	2014-438 QPC	260.	2015-527 QPC	
197.	2013-366 QPC	229.	2014-441/442/443	QPC	261.	2015-513/514/526
198.	2013-368 QPC	QPC	262.	2015-515 QPC		
199.	2013-372 QPC	230.	2014-446 QPC	263.	2015-727 DC	
200.	2014-690 DC	231.	2014-439 QPC	264.	2015-518 QPC	
201.	2014-375 et	232.	2014-708 DC	265.	2016-536 QPC	

266.	2016-535 QPC	QPC	330.	2018-761 DC	
267.	2015-522 QPC	297.	2016-619 QPC	331.	2017-695 QPC
268.	2015-525 QPC	298.	2017-624 QPC	332.	2018-697 QPC
269.	2015-524 QPC	299.	2017-747 DC	333.	2018-700 QPC
270.	2016-533 QPC	300.	2017-623 QPC	334.	2018-704 QPC
271.	2016-538 QPC	301.	2017-632 QPC	335.	2018-705 QPC
272.	2016-543 QPC	302.	2017-641 QPC	336.	2018-709 QPC
273.	2016-544 QPC	303.	2017-642 QPC	337.	2018-712 QPC
274.	2016-548 QPC	304.	2017-644 QPC	338.	2018-765 DC
275.	2016-551 QPC	305.	2017-645 QPC	339.	2018-715 QPC
276.	2016-552 QPC	306.	2017-749 DC	340.	2018-728 QPC
277.	2016-555 QPC	307.	2017-652 QPC	341.	2018-768 DC
278.	2016-736 DC	308.	2017-751 DC	342.	2018-769 DC
279.	2016-737 DC	309.	2017-753 DC	343.	2018-770 DC
280.	2016-561/562	310.	2017-752 DC	344.	2018-730 QPC
	QPC	311.	2017-655 QPC	345.	2018-738 QPC
281.	2016-566 QPC	312.	2017-656 QPC	346.	2018-740 QPC
282.	2016-569 QPC	313.	2017-657 QPC	347.	2018-741 QPC
283.	2016-580 QPC	314.	2017-662 QPC	348.	2018-743 QPC
284.	2016-	315.	2017-671 QPC	349.	2018-772 DC
	583/584/585/586 QPC	316.	2017-672 QPC	350.	2018-744 QPC
285.	2016-739 DC	317.	2017-673 QPC	351.	2018-773 DC
286.	2016-596 QPC	318.	2017-675 QPC	352.	2018-756 QPC
287.	2016-600 QPC	319.	2017-755 DC	353.	2018-758/759/760
288.	2016-741 DC	320.	2017-674 QPC	QPC	
289.	2016-602 QPC	321.	2017-680 QPC	354.	2018-763 QPC
290.	2016-603 QPC	322.	2017-756 DC	355.	2018-765 QPC
291.	2016-742 DC	323.	2017-758 DC	356.	2019-778 DC
292.	2016-743 DC	324.	2017-759 DC	357.	2019-773 QPC
293.	2016-744 DC	325.	2017-685 QPC	358.	2019-772 QPC
294.	2016-604 QPC	326.	2017-688 QPC	359.	2019-774 QPC
295.	2016-606/607	327.	2017-691 QPC	360.	2019-777 QPC
	QPC	328.	2018-763 DC	361.	2019-776 QPC
296.	2016-616/617	329.	2018-762 DC	362.	2019-781 QPC

363.	2019-781 DC	367.	2019-788 QPC	371.	2019-795 QPC
364.	2019-785 QPC	368.	2019-791 QPC	372.	2019-798 QPC
365.	2019-786 QPC	369.	2019-794 QPC		
366.	2019-787 QPC	370.	2019-785 DC		

Index des noms de personnes

- A
- Alembert.....119, 854, 923
- Anselme, Isabelle.....21, 879
- Aristote....27, 30, 38, 51, 86, 88, 93, 96-98, 110, 114, 115, 117, 191, 685, 852, 923
- Aucoc, Léon.....46, 783-785, 872
- Augustin d'Hippone.....86, 87, 89
- Aulard, François-Alphonse.....875
- Avaray.....491, 585, 866
- B
- Badinter, Robert.....797, 809, 881, 882
- Baecque, Antoine de.....29, 41, 42, 63, 875, 879, 882
- Baker, Keith Michael....19, 29, 30, 39, 223, 225, 875, 882, 887, 897
- Balibar, Renée.....28, 70, 75, 875
- Barak, Aharon.....801-803, 882
- Barberis, Mauro16, 882
- Barbeyrac....32, 37, 51, 56, 69, 75, 76, 105, 106, 116, 157-159, 161-163, 166, 179, 853, 923
- Barente.....435, 923
- Barentin.....308, 341, 435, 436, 438, 439, 470
- Barnave. 455, 459, 460, 473, 517, 519, 521, 606, 775, 777, 857
- Barny, Roger.....29, 212, 255, 712, 875, 882
- Barrère.....44, 459, 489, 493, 500, 501, 524, 778
- Bastid, Paul.....15, 875
- Beaud, Olivier.....17, 697, 824, 879, 882, 883
- Becquet.....778
- Bentham 671, 736, 817, 869, 876, 877, 879, 881, 883, 887, 889, 893, 896
- Benveniste, Émile.....28, 49, 876
- Bergasse 344, 455, 460, 574, 576, 577, 596, 599, 613, 863
- Bernardi, Bruno.....19, 883
- Berriat-Saint-Prix.....46, 681, 753, 754, 871
- Bezenval.....625
- Biauzat.....711
- Bickart, Roger.....39, 879
- Bobbio, Noberto.....722, 740, 883
- Bodin.....38, 117, 119-121, 138, 600, 852, 878
- Bodkin de Filz-Gérald.....358
- Boisgelin de Cucé.....501
- Boislandry.....534, 537, 544, 560, 564, 576, 579, 594, 598, 610, 864
- Boissy d'Anglas.....757, 870
- Bolingbroke.....77, 78
- Bonald.....45, 650, 678, 708, 710, 721, 722, 730,

732-734, 737-740, 742-744, 746-748, 870, 871	886
Bonnet, Julien.....	810
Bossuet. .38, 56, 61, 64, 67, 68, 70, 96, 122, 852, 853	
Bouche. .491, 534, 536, 557, 596, 601, 632, 865, 866	
Bouchotte.....	461
Boutmy, Émile.....	693, 883, 889
Branca-Rosoff, Sonia.....	19
Brémond.....	858
Brette, Armand.....	42, 851
Brienne...243, 263-265, 267-269, 282, 326, 340, 350-353, 356, 358, 858	
Brissot.40, 41, 45, 233, 241, 284, 300, 301, 303-307, 313, 415, 419, 495, 534, 549, 562, 569, 577, 596, 597, 617, 853, 858, 868	
Brunot, Ferdinand.....	16, 19, 52, 63, 645, 876
Burke.....	45, 677, 710, 721, 723, 724, 729, 731, 735, 736, 738, 742, 760, 869, 870, 879
Burlamaqui....	32, 37, 51, 54, 55, 57, 61, 62, 102, 106, 107, 115, 127, 157, 163-167, 179, 212-214, 218, 853
Butel-Dumont.....	37, 79, 80, 853
C	
Cadart, Jacques.....	688, 695, 696, 873, 879
Calonne... .60, 242, 243, 249-267, 270, 282-285, 287-289, 326, 377, 380, 858, 887	
Camus.....	43, 44, 456, 461, 463, 473, 474
Camusat.....	455
Carcassonne, Élie.....	16, 39, 187, 281, 285, 876
Cardinal de la Rochefoucault.....	501, 861, 862
Cardinal de Retz.....	304
Caron, Pierre.....	25, 876
Carré de Malberg, Raymond...46, 784, 872, 883,	
	886
Casaux.....	858
Castellane.....	517, 520, 525, 864
Chagnollaude Sabouret, Dominique...693, 873	
Champion de Cicé.344, 485, 524, 567, 574, 634, 863	
Chapus, René.....	694, 803, 811, 884
Charlemagne.....	197, 199, 517
Charles 1er de Bade.....	244
Charles 1er.....	154, 156, 496, 858
Charles X.....	45, 721, 724, 746, 763
Chartier, Roger.....	85, 876
Chasset.....	461
Chevallier, Jacques.....	693, 879, 884
Cicéron.....	51, 71, 72, 75, 86-90, 93, 94, 97, 98, 106, 852
Clavière.....	301, 853
Clermont-Lodève.....	508, 521, 526, 865
Clermont-Tonnerre.....	344, 475, 485, 502, 553, 575, 592, 603, 604, 615, 619, 631, 861, 863, 864
Cochin, Augustin.....	19, 85, 884
Comanducci, Paolo.....	677, 678, 884
Comte d'Antraigues.....	861
Condorcet. 40, 390-394, 401, 404-407, 409, 415, 495, 858, 866	
Constant...46, 685, 701, 719, 751, 752, 759-762, 764, 765, 839, 870, 871, 887	
Courvoisier Claude. 16, 881, 885, 887, 888, 890, 891, 894, 897, 898	
Crénière. 492, 495, 510, 533, 545-549, 555, 558, 579, 585, 596, 644, 864	
Crillon.....	475, 620, 861
Custine. .491, 512, 532, 534, 535, 537, 541, 561,	

570, 579, 589, 596, 597, 866

D

Delandine.....516

Delaunay.....773, 866

Delolme.....37, 78, 79, 399, 401, 408, 421, 427,
714-716, 853

Démeunier.....170, 171, 509, 512, 523, 548, 621,
854

Denquin, Jean-Marie.....697, 885

Diderot.....119, 854, 884

Dillon.....862

Du Crest.....300, 301, 304, 305

Du Haillan.....212

Du Pont de Nemours.....39, 223, 225, 227, 230-
234, 236, 239, 240, 242, 244, 251, 252, 257,
301, 303, 325, 460, 853, 863

Du Vair.....67, 68, 852, 926, 934

Duc d'Orléans.....246, 284, 292, 300, 301, 304,
305, 415, 418, 475, 502, 519, 526, 537, 549,
575, 857, 858, 864

Duclos, Pierre.....14, 668, 678, 679, 695, 879

Ducrocq, Théophile.....46, 785, 787, 872

Duez, Paul.....46, 787, 788, 808, 872

Duguit, Léon...46, 694, 695, 788, 789, 795, 802,
808, 809, 848, 872

Dupont.....520

Duport...312, 344, 475, 490, 509, 522, 556, 596-
598, 610, 625, 640, 775-777, 863, 866

Duport-Dutertre.....772-774

Duquesnoy. .7, 45, 467, 503, 509, 515, 534, 618,
621, 640, 643, 647, 866-868

Durand de Maillane.....461, 490, 519, 520, 554,
559, 583, 596, 854, 864

Duval d'Eprémesnil.....245, 247, 248, 306

E

Égret, Jean.....25, 39, 40, 248, 876, 886

Esmein Adhémar.....46, 687, 688, 872

d'Eymar.....475, 861

F

Fauchet.....402, 858

Favoreu, Louis.....689, 809, 828, 873, 879, 886,
894

Felice.....169, 170, 229, 854

Fénelon.....77, 854

Féraud.....54-56, 117

Ferrière.....54, 57, 58, 855

Flammermont, Jules.....7, 39, 40, 245, 852

Foucault, Michel.....11, 26, 28, 30, 33, 34, 876

Fraisse, Régis.....798, 806, 807, 887

Fréteau.....246, 292, 620, 857

Fritot, Albert.....46, 871

Furet, François. .29, 85, 183, 240, 413, 414, 506,
876, 877, 882, 887, 891

Fuzier-Herman, Édouard.....46, 783, 784, 872

G

Gallot.....537, 538, 596, 865

Ganzin, Michel.....17, 330, 877, 887, 889, 891

Garat.....489

Gengembre, Gérard.....36, 45, 877, 887

Gicquel, Jean et Jean-Éric.....687, 689, 873

Gleizem.....607

Godechot, Jacques.....36, 45, 873, 877

Gouges, Olympe de.....720, 870

Gouges-Cartou.....512, 532, 535, 557, 576, 583,
596, 597, 599, 610, 617, 866

Goupil.....771, 772

Goyard-Fabre, Simone.....18, 37, 877

Grégoire de Toulouse.....73

- Grotius. 37, 51, 75, 86, 95, 96, 98-102, 134, 137, 161, 166, 172, 853, 941
- Guilhaumou, Jacques. 16, 19, 28, 417, 877, 883, 886, 888, 891-893, 895, 896, 898
- H
- Halévi, Ran.....353, 646, 877
- Hauriou, Maurice....46, 787, 795, 808, 809, 872, 888, 889
- Hegel.....677, 722, 740, 741, 871, 883
- Henri IV.....200, 292
- Henrion de Pansey.....46, 751, 757, 871
- Herder.....741
- Herencia, Bernard.....17, 889
- Hobbes....37, 51, 60, 61, 71, 73-75, 86, 101-107, 109, 111, 129-135, 137, 139, 142, 143, 145, 149, 160, 161, 172, 178-180, 531, 548, 572, 737, 853, 876, 879, 896
- Hooker.....110, 144, 146, 852
- Hotman...37, 51, 71-73, 89, 92-95, 99, 139, 142, 151, 202, 390, 746, 852
- Hue de Miromesnil.....243, 263, 855
- Hume.....78, 853, 881
- I
- Imbert, Jean.....108, 874, 877, 887, 889, 891
- Isambert.....40, 852
- J
- Jacques II.....153, 155
- Jallet.....459, 490, 862, 867
- Jaucourt.....125-128
- Jaume, Lucien. 881, 884, 888, 889, 891, 897-899
- Jellinek, George.....498, 877, 883, 889
- Joly.....212
- Joseph-Barthélemy...46, 678, 787, 788, 808, 872
- Jouanna, Arlette.....67, 877
- K
- Kantorowicz, Ernst.....63, 877
- Kelsen, Hans.....686, 889, 891
- Koselleck, Reinhart.....29, 889
- L
- La Fayette.....245, 343, 495, 512, 518, 520, 534, 560, 575, 592, 596, 597, 641, 647, 654, 778, 779, 864, 886
- La Luzerne.....519, 604
- La Mare, Nicolas de.....38, 113, 854
- Laborde de Méréville.....643, 651
- Ladébat.....522, 535, 585, 596, 598, 867
- Lally-Tolendal.....344, 475, 487-489, 604, 632, 645, 715, 861
- Lameth.....655, 656
- Lamoignon....243, 263, 264, 266, 267, 274, 275, 277, 278, 282, 284, 312, 313, 326, 341, 356, 358, 612, 855, 857
- Lanjuinais.....40, 389, 394, 403, 859
- Lassalle, Ferdinand.....678, 729, 871
- Lawson.....37, 51, 101, 111, 129, 135-142, 144, 146, 148-151, 156, 160, 162, 167, 178-180, 528, 647, 853, 890
- Le Chapelier. 344, 453, 455, 456, 460, 461, 620, 621, 625, 657
- Le Guen de Kerangall.....506
- Le Hodey.....44, 460, 503, 507, 624, 868
- Le Mercier de la Rivière...39, 225, 227-230, 854
- Le Paige....39, 183, 185-187, 196-203, 206, 212, 224, 238, 250, 251, 276, 279, 325, 326, 390, 450, 854, 885, 944
- Loys le Roy.....117
- Lefebvre, Georges.....42, 851
- Lemaire, André.....38, 39, 73, 880

Lemaire, Élina.....	16, 706, 880	Maurepas.....	211
Lenoir-Laroche.....	409, 859	Maury.....	627, 712, 777, 867
Locke...18, 37, 51, 61, 101, 102, 106, 107, 119, 129, 135, 136, 142-145, 148-154, 156-162, 165-168, 172, 173, 177-180, 202, 212, 390, 424, 496, 528, 647, 690, 746, 853, 876, 878, 890, 896, 941		Mey.....	212-217, 239, 854
Loménie de Brienne.....	243, 263-269, 282, 326, 340, 858	Michaud-Quantin, Pierre.....	38, 84, 878
Louis XIV.....	184, 221, 746	Mirabeau, Victor.....	39, 231, 232, 239, 301, 325, 854
Louis XV..25, 186, 204, 208, 209, 211, 434, 876		Mirabeau, Honoré-Gabriel	44, 231, 235, 325, 452, 455, 459, 460, 463, 474, 489, 502, 512, 606, 607, 611, 864, 865, 868
Louis XVI.....	25, 186, 211, 212, 239, 247, 270, 273, 277, 325, 434, 436, 506, 601, 721, 724, 725, 727, 746, 757, 758, 774, 775, 845, 857, 860, 868, 871, 876, 947	Monnier, Raymonde.....	29, 891, 898
Louis XVII.....	725	Montesquieu....17, 37, 39, 61, 62, 66, 70, 77-79, 94, 113-115, 119, 123-125, 165, 183, 185-190, 192-196, 198, 201, 203, 214, 224, 233, 238, 239, 288, 320, 325, 330, 331, 368, 399, 403-405, 444, 450, 506-508, 575, 582, 583, 587, 595, 601, 668, 669, 687, 688, 690, 691, 693-696, 700-702, 706-714, 716, 741, 761, 763-766, 783-785, 811, 812, 839, 848, 854, 875, 876, 886-888, 894-896, 944, 956, 957	
Louis XVIII.....	45, 717, 721, 724-727, 729, 744, 746, 757, 758, 763, 870, 871, 960	Montesquiou.....	475
Loys le Roy.....	117	Montmorency.....	344, 508, 523, 644
Luchaire, François.....	798, 806, 813, 890	Montmorin.....	604, 865
M		Moreau.....	39, 186, 218-221, 239, 241, 325, 432, 433, 531, 572, 702, 705, 854, 859
Mably.....	123, 125-127, 186, 210, 212, 222-225, 231, 239, 241, 252, 325, 387, 429, 552, 714-716, 846, 854, 881, 885, 936	Möser.....	741
Maistre.....	45, 677-679, 708, 710, 718, 721, 726, 729, 730, 737-741, 744-747, 749, 759, 870, 871	Mounier...41, 343, 344, 379, 380, 419, 421, 426, 427, 430, 442, 452, 455, 460, 461, 465, 466, 484, 487, 488, 502, 520, 522, 531, 533, 535, 537, 538, 543, 545, 551, 552, 557, 560, 561, 564-567, 569, 572, 574, 575, 589-591, 593, 594, 596, 597, 601, 602, 604-606, 608, 611, 613, 615, 616, 620, 632-634, 639-642, 646-648, 656, 715, 856, 859, 863-865, 869, 876	
Malouet..452-454, 458, 460, 485, 489, 491, 492, 496, 516, 532, 541, 554, 564, 594, 596, 598, 614, 632, 863-865, 867		Mousnier.....	682, 891
Marcaggi, Vincent.....	877		
Martucci, Francesco.....	699, 874		
Mathieu, Bertrand.....	696, 880, 890		
Maupeou. 81, 185, 210, 212, 216, 239, 247, 270, 300, 309, 313, 325, 451, 612, 703, 845, 846			

Muguet.....	775, 777	Prugnon.....	461
N		Pufendorf	32, 37, 51, 56, 61, 64, 67, 69, 75, 102, 104-107, 116, 127, 147, 149, 157-163, 165-167, 172, 175, 179, 180, 212, 241, 557, 853, 941, 943
Necker...242, 262, 283, 284, 286, 302, 341, 352, 355, 360, 362, 378, 411-413, 435-439, 461, 475-477, 604, 606, 607, 618, 853, 855, 858-860, 864, 870, 876		Q	
Nicolai.....	295, 856	Quesnay.....	39, 223, 225-228, 230, 231, 853, 854
Nioche.....	533, 867	R	
O		Rabaut Saint-Étienne.....	40, 388, 389, 392, 394, 398, 401, 403, 408, 430, 453-455, 460, 512, 517, 519, 523, 532, 536-538, 555, 559, 569, 579, 583, 596, 603, 859, 865
Ockham.....	89, 90, 893	Ramsay.....	77, 854
Olivier-Martin, François....	25, 40, 242, 874, 878	Reale, M.....	17, 18, 878, 879
Oresme.....	38, 110, 114, 115, 117, 852	Régnier.....	461
Ortolan.....	46, 758, 871	Rehberg.....	741
Osborne.....	78	Renoux, Thierry.....	806, 811, 874, 880, 893
P		Rials, Stéphane....	14, 36, 45, 698, 873, 878, 882, 884, 889, 892-894
Paine.....	710, 722, 723, 870	Rivarol.....	721, 743, 871
Papatolias, Apostolos.....	16, 880	Rivero, Jean.....	804, 894
Pasquino, Pasquale.....	5, 16, 878, 891	Robespierre.....	461, 655, 777, 778
Pécharman, Martine.....	90, 891	Robin, Régime.....	29, 33, 685, 686, 880
Pecquet.....	163, 854	Robinet.....	169-171, 854
Pertué, Michel.....	19, 646, 683, 892	Rondonneau.....	757, 871
Pétion.....	474, 502, 533, 867	Rossi.....	46, 681, 752, 753, 755, 871
Pfersmann, Otto	5, 799, 800, 818, 873, 892, 897, 899	Rousseau .	17, 18, 37, 61-64, 66, 67, 69, 70, 102, 106, 107, 109, 113-116, 119, 120, 123, 125-127, 132, 151, 157, 162, 171-176, 178, 180, 212, 239, 292, 325, 417, 546-550, 583, 584, 874-876, 878, 882, 883, 885, 887, 890-894
Philippe d'Orléans.....	184	Roussier.....	657
Pichot-Bravard, Philippe.....	16, 880	S	
Pison Du Galland. .	461, 533, 556, 564, 585, 596, 614, 867	Sabatier.....	246, 292, 306, 857
Platon.....	70, 93, 117, 730		
Pocock, J. G. A.....	15, 878		
Polybe.....	93, 98, 194		
Prince de Conti.....	360, 857		
Prince de Poix.....	620		
Proschwitz, G. von.....	77, 80, 893		

Saint-Bonnet, François.....5, 810, 874, 894, 895
 Saint-Girons, Antoine.....46, 783, 872
 Saint-Priest.....604
 Salaville.....859
 Sallé de Chou.....509, 570, 585, 599, 610, 867
 Sartori, Giovanni.....684, 686, 895
 Schmale, Wolfgang....16, 81, 242, 330, 875, 895
 Schmitt, Carl.....673, 722, 874, 891
 Schrader, Fred E.....19, 895
 Séguier.....356-359
 Servan.....491, 556, 563, 577, 596, 868
 Seyssel.....38, 111, 112, 115, 212, 852
 Sieyes...16, 17, 41, 344, 414, 417, 424, 458-461,
 463, 474, 507, 512, 521, 532, 535, 537-541,
 545, 546, 548-550, 552, 556, 561, 563, 568-570,
 576, 578, 582, 583, 589, 591, 592, 594, 596,
 610, 612, 616, 633, 639, 641, 715, 772, 860,
 863-866, 869, 878
 Sillery.....524, 572, 861, 864
 Sinety.....485, 493, 532, 596, 640, 865
 Skinner, Quentin.....11, 29, 33-35, 37, 335, 878,
 879, 895, 896
 Sorbière.....74-76
 Spitz, Jean-Fabien.....18, 29, 37, 878, 880, 896
 Staël, Germaine de.....721, 871
 Stourzh, Gerald.....16, 65, 118, 896
 Suarez. .89-92, 95, 102, 103, 105, 137, 138, 853,
 891
 T
 Talleyrand.....344, 508, 643
 Target.....40, 401, 443, 455, 517, 519, 534, 537,
 570, 571, 576, 577, 585, 588, 596, 605, 639,
 641, 860, 864
 Terme.....532, 868
 Terrel, Jean.....18, 37, 101, 878
 Terroine, Anne.....42, 436, 439, 851
 Thoret....534, 539, 576, 583, 585, 596, 602, 868
 Thouret. 455, 460, 533, 534, 536, 537, 544, 554,
 561, 585, 596, 598, 599, 613, 614, 616, 864,
 868
 Tillet, Édouard.....17, 59, 881, 896
 Troper, Michel. 20, 691-695, 764, 798, 799, 873,
 874, 878, 880-885, 888-892, 896-899
 Turgot....223, 231, 233, 238, 241, 242, 257, 285,
 301-303, 330, 853, 854, 876, 877
 V
 Van Kley, Dale.....29, 710, 882, 897
 Vattel. .32, 37, 51, 157, 163, 166, 168-171, 176,
 179, 180, 212, 213, 854, 943
 Vedel, Georges.46, 790, 796, 805, 872, 897, 898
 Vergne, Arnaud....16-18, 25, 39, 53, 55, 59, 881
 Verpeaux, Michel. 1, 5, 874, 875, 881, 885, 887,
 888, 890, 891, 894, 897, 898
 Viguier.....898
 Virieu.....605, 652, 864
 Volney.....40, 387-389, 393-395, 401, 403, 407,
 409, 410, 455, 624, 857, 860, 863
 Von Wartburg, Walther.....66, 68, 875
 Vovelle, Michel.....875
 W
 Wachsmann, Patrick.....883, 898
 Wolff.....157, 212

Index thématique

A

Absolutisme 14, 20, 23, 194, 198, 205, 210, 218, 281, 416, 658, 673, 681, 690, 691, 700, 703, 707, 756, 763, 765, 766, 878

Académie Française 54, 56, 67, 81, 82, 118, 553, 854

Administration 58, 59, 80, 84, 93, 117, 120, 135, 138, 140, 141, 156, 174, 175, 233, 235, 237, 243, 244, 253, 258, 259, 270, 278, 288, 303, 305, 306, 326, 373, 377, 383, 388, 413, 414, 417, 426, 433, 499, 500, 511, 526, 580, 602, 603, 614, 615, 617, 619, 624, 628, 629, 638, 655, 656, 728, 772, 782, 791, 832, 853, 855, 859, 870, 879

Allemagne.....28, 29, 687, 796, 879, 895

Ancien Régime. 16-19, 23-25, 27, 30-33, 36, 39, 40, 47, 49, 50, 63, 82, 84, 124, 170, 181, 183, 184, 196, 202, 210, 211, 221, 231, 237-240, 301, 325, 327, 329, 338, 348, 363, 387, 414, 498, 499, 504, 507, 512, 517, 518, 552, 572, 574, 612, 618, 649, 674, 675, 679-683, 691, 692, 700-708, 710-712, 717, 721, 727, 728, 731, 735, 745, 747-750, 754, 756-758, 761, 765, 766, 844, 849, 856, 880, 881

Angleterre...37, 60, 67, 68, 78, 79, 81, 135, 141, 153, 154, 165, 237, 242, 303, 304, 398-401, 407, 496, 497, 566, 682, 694, 724, 746, 762-

764, 853, 859, 878, 896

Arbitraire 80, 144, 145, 149, 150, 154, 198, 200-202, 209, 210, 215, 230, 262, 274, 292, 293, 300, 310, 312, 314, 315, 322, 332, 388, 427, 435, 487, 552, 553, 564, 567, 570, 572, 573, 575, 586-588, 591-594, 634, 655, 661, 708, 732, 779, 834

Armée....469, 473, 476, 601, 611, 617, 628, 640, 779

Assemblée des Notables...25, 60, 241, 243-245, 249, 250, 255, 264, 266, 267, 270, 272, 283, 338, 340, 342, 349, 350, 353-355, 359, 366, 369, 707, 858

Assemblée des trois ordres de la province de Dauphiné.....321, 373, 856

Assemblée du Clergé 32, 40, 248, 281, 312, 322, 886

Assemblée nationale....11, 18, 20, 36, 41-43, 60, 71, 235, 236, 339, 370, 434, 447-449, 451, 452, 454-459, 461, 462, 464, 466, 473, 474, 481, 493, 501, 503, 504, 511, 554, 562, 566-568, 574, 596, 604, 622, 695, 712, 713, 727, 851, 862-870, 872, 890, 899

Assemblées provinciales.....242, 243, 245, 250, 256, 257, 259, 263, 264, 268-270, 274, 283, 288, 289, 296, 366, 377, 394, 409, 472, 596, 602, 615-618, 649, 855

B

Balance des pouvoirs.....20, 166, 173, 384, 406, 407, 421-423, 425, 463, 480, 635, 889

Béarn.....861, 862

Bill of rights.....78, 153, 496, 793

Bretagne. .32, 318, 342, 349, 373, 383, 391, 414, 496, 566, 856, 857, 859, 860, 895

C

Chambre des Comptes...295, 298, 307, 855, 856

Cinquième République.....36, 45, 46, 780, 781, 808, 820, 821, 848

Clergé....32, 40, 44, 60, 190, 192, 242, 248, 266, 281, 288, 291, 300, 312, 322, 331, 348, 354, 397, 403, 407, 418, 439-441, 444, 446, 451-457, 459-461, 464, 465, 471-473, 475-477, 481, 493, 501-503, 505, 519, 707, 725, 855, 856, 859-862, 864, 868, 886

Colinguisme.....52, 70, 71, 75, 76, 108, 875, 883

Comité d'information.....617, 625

Comité de constitution. .343, 344, 485, 489, 490, 520, 524, 533, 536, 538, 543, 560, 570, 575, 589-594, 597, 599, 601, 608, 611-613, 619, 631, 638, 643, 777, 863, 890, 894

Comité de rapports.....617, 624, 627

Communes 23, 42, 43, 78, 82, 86, 141, 159, 214, 218, 376, 383, 396, 407, 457-460, 462, 467, 802, 851, 856, 862, 863, 868, 875

Conception française de la séparation des pouvoirs.....781, 791, 812

Condorcet. 40, 390-394, 401, 404-407, 409, 415, 495, 858, 866

Confiance légitime.....807, 814, 832, 833, 840

Conseil constitutionnel. 7, 11, 12, 21, 22, 24, 26, 37, 46, 790, 793-799, 801, 805, 807, 809-811, 813, 814, 816-821, 824, 834, 837, 848, 873, 880-882, 884, 886-888, 890-894, 897, 898, 901

Constitution antique.47, 251-253, 261, 279, 327, 334, 338, 343, 348, 349, 356, 372, 373, 381, 382, 384, 390, 391, 438, 439, 449-451, 467, 469, 470, 477, 480, 554, 646, 663, 668, 673, 704, 708, 721, 723-727, 729, 731, 734, 745, 746, 748, 750, 757, 759, 846

Constitution conservatrice....338, 342, 348, 384, 386, 387, 389, 391, 420, 434, 439, 440, 443, 444, 447-449, 471, 472, 477, 481, 545, 547, 707, 765

Constitution de l'État.....60, 64-70, 73, 118, 135, 159, 164, 165, 167, 169, 172-174, 252, 253, 265, 266, 308-310, 333, 403, 485, 554, 665

Constitution de la Monarchie 185-187, 190, 195, 196, 202, 214, 221, 237-239, 266, 275, 284, 291, 308-310, 314, 315, 325, 333, 338, 357, 363-365, 371, 384, 390, 405, 436, 446, 489, 508, 680, 700, 703-705, 712, 725, 846, 858

Constitution de la société.9, 47, 49-52, 108, 129, 135, 147, 148, 156, 157, 165, 180, 188, 227, 230, 329, 333, 334, 508, 528, 547, 665, 722, 743, 750

Constitution du gouvernement.....129, 159, 165, 171, 174, 175, 180, 546, 547, 551, 660

Double constitution.....186, 210, 325, 393, 409, 483, 484, 659, 664, 843, 844, 849

Constitution du peuple.....71, 171, 546-548, 555, 660

Constitution du royaume...68, 69, 241, 253, 261, 286, 288, 333, 366, 369, 465, 466, 468, 470, 506, 555, 727, 864

Constitution matérielle..673, 674, 676, 677, 679, 681, 685, 701, 839

Constitution naturelle....148, 186, 224-227, 230, 239, 325, 393, 409, 483, 484, 494, 507, 508, 512, 527, 528, 659, 664, 676, 719, 729, 750, 753, 766, 843, 845, 853
 Constitution originelle...135, 142, 151-156, 250, 251, 253, 263, 279, 326, 334, 759, 843
 Constitution parlementaire.....187, 196
 Constitution positive.....148, 149, 186, 239, 250, 251, 254, 257, 325, 330, 331, 393, 394, 409, 483, 484, 513, 528, 664, 670, 843-845
 Constitutionnalisme conservateur...23, 578, 650, 707, 708, 726, 763
 Constitutionnalisme coutumier.....673, 675, 676, 691, 700, 704, 756, 765, 766, 839
 Constitutionnalisme illibéral.....710, 717, 721
 Constitutionnalisme libéral. 9, 47, 336, 345, 347, 348, 384, 479, 673, 675, 685, 688, 690-693, 698, 700-704, 706-708, 710, 716, 717, 719, 721, 735, 748, 751, 752, 760-766, 839, 845, 846, 895
 Constitutionnalisme parlementaire.....181, 183, 217, 222, 331, 577, 578, 595, 650, 706
 Constitutionnalisme patriote.....9, 47, 181, 183, 332, 345, 347, 406, 481, 569, 574, 578, 586, 595, 658, 661, 662, 664, 667, 703, 707, 708, 723, 743, 754, 763, 766
 Constitutionnalisme royal.....181, 183, 333, 577, 578, 844
 Contractualisme 9, 19, 47, 48, 51, 52, 71, 76, 81, 82, 85, 95, 102, 108, 109, 128, 137, 138, 145, 157, 159, 163, 165, 166, 171, 177, 178, 180, 186, 202, 222, 239, 240, 265, 283, 294, 312, 313, 319, 322, 325, 327-329, 331, 333, 334, 342, 343, 357, 395, 396, 419, 432, 450, 483, 494, 511, 531, 539, 544, 546, 556, 557, 566, 643, 663, 664, 668, 706, 736, 745, 843-847
 Contrat.18, 37, 52, 63, 70, 73, 81-83, 86, 87, 94-96, 99-102, 106-108, 112, 115, 126, 127, 130, 136, 145, 146, 157, 159, 161-164, 166, 171, 172, 175, 179, 180, 188, 212, 215, 265, 284, 292, 293, 312, 319, 321-323, 333, 357, 359, 384, 387, 396, 409, 417, 418, 450, 488, 544-547, 549, 555-559, 575, 640, 642, 643, 660, 663, 718, 727, 729, 734, 735, 756, 758, 759, 766, 815, 832, 833, 877, 878, 884, 890, 892, 896
 Contrat social....18, 37, 63, 70, 94, 96, 100, 107, 115, 126, 127, 171, 172, 175, 180, 212, 265, 284, 292, 293, 312, 319, 321, 323, 396, 409, 417, 418, 488, 546, 547, 549, 555, 557-559, 640, 642, 643, 660, 735, 877, 884, 890, 892, 896
 Contre-révolution.....26, 36, 45, 649, 672, 673, 677-681, 701, 706, 708, 710, 711, 717-719, 721, 722, 729, 731, 732, 734-737, 740-743, 745-748, 750-753, 755-758, 760, 761, 766, 802, 839, 848, 877, 878, 887
 Corps intermédiaires.....120, 123, 187, 190, 192, 196, 198, 233, 238, 239, 241, 245, 251, 259, 260, 262, 263, 281, 283, 284, 290, 312, 313, 321-323, 327, 336, 348, 350, 363, 387, 399, 402-404, 480, 503, 506, 517, 570, 572, 661, 666, 669, 729, 746
 Cour des aides.....245, 295, 296, 299, 308, 309, 317, 318, 341, 855, 856
 Cour des Monnaies.....245, 309
 Cour plénière.247, 248, 250, 277, 279, 340, 352, 359, 855
 Curia regis.....248, 276, 277, 279

D

Dauphiné. .32, 308-310, 321, 342, 349, 373-375, 377-383, 409, 413, 455, 461, 856, 857, 859, 868, 876

Déclaration des droits...11, 18, 36, 50, 337, 343, 344, 409, 415, 416, 429, 440, 449, 450, 468, 471, 481, 484-496, 498, 508, 509, 511, 514, 516-518, 520-523, 526, 527, 538, 548, 569, 574, 629, 640, 641, 655, 685, 688, 695, 696, 698, 699, 720, 755, 771, 776, 779, 780, 784, 786, 800, 808, 812, 813, 815, 826, 828, 832, 864-870, 872, 876-879, 881, 883-885, 887-894, 896-898

Déclaration des droits et des devoirs....344, 485, 491, 493

Despotisme.....23, 114, 115, 187, 193, 198, 200-202, 214, 223, 226, 251, 274, 288, 310, 312, 313, 322, 347, 402, 403, 405, 406, 427, 474, 496, 497, 507, 515, 517, 523, 525, 552, 564, 565, 570, 572-576, 583, 584, 586, 588, 597, 627, 630, 634, 635, 654, 658, 661, 666, 669, 690-695, 700, 701, 705, 707, 708, 711, 727, 732, 761, 763, 771, 773, 774, 854, 858, 860, 889

Dieu.....57, 62, 66, 87, 89, 92, 93, 104, 105, 112, 141, 148, 150, 156, 179, 200, 226-228, 234, 272, 292, 432, 470, 507, 652, 703, 705, 718, 722, 730, 732, 736, 737, 739, 741, 743, 750, 753, 766, 847, 853, 863

Distinction des fonctions.....338, 415, 420, 425, 530, 581-583, 636, 655, 657, 661, 664, 666, 667, 669, 770-773, 775, 776, 817, 820, 840, 844, 847

Distinction des Ordres....66, 212, 288, 338, 363, 371, 372, 377, 383, 397, 417, 419, 420, 440, 449, 450, 464, 470, 471, 479, 500, 503, 844, 861

Distinction des pouvoirs.....167, 406, 552, 554, 575, 580, 590, 597, 606, 607, 619-621, 627, 628, 651-656, 662, 755, 771

Doublement du Tiers....243, 250, 264, 268, 269, 283, 326, 342, 351, 362, 363, 366, 372, 377, 378, 381-383, 386, 398, 410, 412, 413, 435

Droit au juge....22, 248, 331, 538, 542-544, 650, 660, 665, 812-814, 828, 829, 840, 878, 884, 886

Droit d'enregistrement. .206, 215, 248, 299, 300, 307, 309, 359, 376, 846

Droit de propriété....74, 145, 227, 229, 230, 256, 283, 284, 286, 288, 291, 294, 295, 320, 332, 380, 818, 846

Droit naturel....20, 37, 50, 53, 61, 62, 64, 85, 86, 91, 102, 109, 114, 149, 156, 157, 161, 171, 178, 179, 183, 184, 188, 211-214, 219-222, 225, 226, 239, 241, 242, 244, 245, 249, 260, 270, 271, 275, 284, 289-295, 308, 319, 326-333, 336, 338, 356, 358, 362, 372, 381, 383, 385-387, 392-395, 397, 398, 401, 402, 405, 407, 409, 410, 415, 416, 418, 429, 432, 442, 443, 481, 483-485, 487-489, 492, 496, 498, 508-510, 513, 515, 521, 524, 527, 549, 553, 559, 659, 664, 668, 670, 705, 718-720, 722, 741, 742, 750, 753, 754, 756, 758, 760, 799, 843-846, 848, 853, 854, 871, 875, 877-879, 882, 887, 897

Droit subjectif.....535, 536, 816, 827, 829, 832

Droits de la nation. 184, 248, 249, 277, 280, 282, 284, 289, 291, 295-297, 300, 312, 318, 319, 327, 332, 358, 359, 384, 409, 422, 447, 488, 514, 564, 605, 718, 843, 845, 846

Droits des Ordres....34, 112, 288, 339, 356, 365, 369, 372, 413, 429, 440, 442, 470, 471, 481, 494, 499-501, 503, 504, 568, 664, 669, 707, 726, 760, 846

E

CEDH.....7, 792, 807, 813, 829-832

Enregistrement 59, 206, 215, 243, 245, 247, 248, 271, 273, 277, 287, 290, 297-301, 307, 309, 310, 315, 321, 322, 341, 359, 376, 427, 469, 846, 855, 857, 858

États provinciaux....40, 284, 340, 373, 374, 379, 472, 617, 855, 857

États-généraux. .7, 13, 18, 25, 32, 33, 36, 41, 42, 44, 71, 93, 136, 186, 203, 217, 239, 241, 245-251, 255, 256, 264, 270-272, 276, 277, 281, 283, 288, 290, 295, 296, 299, 302, 304, 307-309, 312, 313, 317-319, 322, 325-327, 336-343, 347-350, 352-356, 359-361, 363-365, 369-373, 376, 378, 379, 381-386, 388, 394, 396, 397, 401, 402, 404, 409-411, 413-415, 417-420, 428, 433-439, 441, 443, 447, 449-451, 457, 460, 461, 464, 465, 467-469, 471-474, 479-481, 514, 552, 553, 564, 578, 609, 624, 649, 666, 667, 702, 703, 708, 727, 746, 846, 847, 851, 857, 859-862, 866, 868, 869

États-Unis.....171, 300, 304, 408, 488, 495, 496, 514, 531, 793, 794, 808, 853

F

Flagellation (séance dite de la).....185, 208, 211, 273, 896

Fonction exécutive. 175, 332, 595, 597, 598, 601

Fonction gouvernementale.....550, 558, 845

Fonction judiciaire 544, 595, 598, 600, 603, 613-615, 636, 661, 666, 712, 714, 774

Fonction législative.....165, 332, 399-401, 405, 406, 408, 421, 422, 424, 480, 539, 549, 550, 558, 575, 579, 581-583, 586, 595, 600, 631-634, 636, 642-644, 652, 657, 661, 664, 667, 670, 704, 709, 710, 713, 725, 728, 733, 771, 773, 843, 844, 847, 849

Fonctions étatiques.....76, 79, 80, 164, 165, 180, 332, 333, 338, 406, 415, 420, 424, 480, 530, 546, 551, 553, 570, 573, 574, 578, 580-582, 595, 657, 661, 662, 664, 666, 669, 692, 700, 708, 712, 718, 720, 771-773, 775, 776, 791, 820, 846

Force publique.....531, 537-542, 583, 611, 650, 660, 665, 725

Forces militaires.....609

Forme de gouvernement 52, 67-69, 93, 110, 117-119, 129, 139, 140, 143, 146, 148, 150, 155, 161, 162, 164, 167, 171, 177, 188, 190, 213, 303, 387, 388, 393, 394, 496, 508, 546, 550-553, 562, 664, 687, 755

Garantie des droits.....11, 13, 20-22, 26, 30, 36, 130, 142, 143, 156, 180, 218, 300, 332, 338, 380, 429, 430, 483, 497, 511, 513, 515, 529-531, 533, 535-539, 541-544, 560, 564, 571, 572, 636, 638, 645, 646, 648-650, 653, 654, 658-660, 663, 665, 667, 669-671, 688, 696-699, 720, 753, 755, 762, 765, 770, 779-781, 784, 786, 803, 804, 807-810, 812, 813, 815-820, 825, 827, 828, 831-834, 837, 840, 843, 844, 849, 879, 894, 897

H

Hierarchie des normes.....52, 95, 100, 109, 142, 148, 179, 728, 843, 844

Hierarchisation des fonctions.....581, 775

I

Indépendance des juridictions.....331, 665, 669, 781, 783, 791, 807, 811, 812, 821, 825-829, 832, 837, 841
 Individualisme....47, 89, 90, 166, 349, 381, 411, 527, 646, 690, 696, 698, 718, 765
 Individus-citoyens.239, 364, 371, 391, 392, 479, 488, 494, 515, 518, 520, 525, 528, 530-533, 536, 540, 648-650, 658, 659, 662, 664, 665, 670
 Interprétation
 - Actualisation.....81, 85, 108, 797, 804, 806
 - Interprétation téléologique.....801, 825
 - Originalisme..35, 793-795, 800, 803, 817, 818, 824
 - Textualisme...24, 27, 32, 35, 51, 795, 800, 803
 - Théorie réaliste de l'interprétation.....791, 798-800, 804, 806
 J
 Jusnaturalisme.....9, 17, 19, 47, 48, 50, 51, 109, 163, 165, 171, 177, 178, 180, 184, 186, 202, 213, 214, 218, 224, 239-241, 249, 251, 283, 289, 291, 294, 320, 325, 326, 328, 329, 333, 342, 343, 385, 395, 419, 483, 494, 508, 528, 531, 539, 544, 546, 663, 664, 668, 706, 795, 796, 804, 843-847, 850, 887
 L
 Liberté individuelle.97, 358, 368, 410, 472, 474, 533, 697, 846
 Liberté politique....300, 574, 576, 614, 685, 687, 695, 777, 857, 880, 886, 888, 891-893, 895, 896, 899
 Liberté publique....421, 435, 505, 524, 655, 656, 776
 Lit de Justice...40, 208, 245, 246, 255, 270, 271, 275, 277-279, 281, 283, 289, 298, 299, 340, 341, 358, 469, 502, 855, 857
 Locke....18, 37, 51, 61, 101, 102, 106, 107, 118, 129, 134, 135, 142-145, 147-161, 165-168, 172, 173, 177-180, 202, 212, 390, 424, 496, 528, 647, 690, 746, 853, 876, 878, 890, 896
 Lois fondamentales...27, 50, 52, 67, 68, 73, 109, 110, 114, 116, 121-128, 133, 140, 141, 148, 159-163, 167, 168, 175, 177, 179, 180, 194-196, 202-204, 208, 209, 212, 214, 217-220, 224, 226, 247, 300, 308, 316, 320, 331, 357, 384, 392, 403, 472, 567, 581, 649, 669, 677, 679-681, 700, 704, 719, 725-728, 730, 734, 739, 746, 854, 858, 879, 880, 893
 M
 Métaphore....61-65, 95, 100, 105, 118, 121, 127, 132, 133, 146, 159, 161, 178, 257, 736-738, 741, 753, 879
 Monarchie de Juillet....26, 37, 45, 672, 673, 701, 717, 718, 750-752, 757, 758, 760, 763, 764, 766, 767, 780, 822, 839, 848, 871
 Monarchien...343, 344, 484, 485, 487, 489, 494, 546, 550, 551, 553, 554, 558, 559, 561, 562, 564, 566, 567, 569, 601, 603-605, 611, 614-616, 618, 619, 621, 623, 625, 628, 630-636, 641, 643, 644, 647, 648, 651, 652, 661, 715, 876, 894
 Monarchomaques..85, 89, 92, 94, 129, 136, 139, 154, 156, 160, 332, 528
 N
 Noblesse....23, 32, 43, 44, 67, 94, 121, 123, 124, 187, 190, 192, 194, 198, 238, 253, 263, 288, 291, 300, 309, 331, 333, 339, 342, 343, 348, 354, 371, 373, 376, 383, 384, 397, 399, 403, 405, 407, 414, 418, 434, 439-451, 454-457, 460,

466, 467, 470, 472, 474-477, 481, 497, 501, 502, 504, 506, 514, 516, 526, 573, 616, 621, 663, 669, 702, 705, 707-709, 712, 713, 725, 744, 746, 849, 851, 852, 856, 857, 860-863, 865, 868, 869, 877

Notables. 25, 32, 40, 60, 241-245, 249, 250, 252, 254-257, 262-270, 272, 274, 283-289, 296, 338, 340, 342, 349, 350, 353-356, 359-370, 372-374, 381, 383, 384, 411, 413, 543, 707, 851, 858, 876, 886-888

P

Pacte de sujétion. 89, 95, 99, 127, 175, 179, 471, 472, 488, 489, 546, 555, 557, 642

Parlements. 16, 19, 25, 32, 39, 40, 47, 50, 59, 81, 123, 154, 183-187, 196, 198-204, 207-213, 215-217, 220-222, 234, 237-239, 241-243, 245, 247-251, 255, 260, 261, 263, 270, 271, 273-284, 289, 290, 297, 300, 302, 303, 307-309, 312-321, 325-327, 330, 331, 338, 341, 342, 352, 355, 356, 364, 373, 380, 384, 388, 393, 398, 402, 403, 405, 406, 409-411, 432, 434, 450, 451, 462, 463, 465-467, 469, 474, 497, 499, 502, 525, 526, 567, 573, 577, 578, 581, 582, 612, 618, 631, 649, 650, 663, 666, 667, 680, 704-709, 712, 713, 723, 726-729, 746-748, 758, 760, 845-847, 849, 855, 857-859, 878, 879, 895

Parlement de Bordeaux.....245, 246, 308

Parlement de Bretagne.....318, 856

Parlement de Dauphiné.....308, 310, 856

Parlement de Grenoble.....857, 868

parlement de Navarre....245, 309, 315, 320, 321, 856

Parlement de Normandie.....318

Parlement de Paris 7, 32, 39, 185, 196, 204, 205, 207, 211, 238, 243, 245-248, 263, 266, 271, 274, 283, 284, 286, 288, 290-301, 304, 305, 307-313, 315-317, 319, 320, 322, 323, 341, 353, 356, 358-360, 409, 410, 502, 514, 852, 855-857, 880

Parlement de Provence.....320

Parlement de Rouen.....626, 627

Parti conservateur. .47, 336, 338, 339, 345, 348, 349, 384, 667, 709, 711, 718, 766, 846

Parti parlementaire. 47, 183, 184, 186, 221, 239, 241, 325, 329, 348, 710, 845

Parti patriote.....19, 47, 183, 241, 336-338, 345, 348, 402, 409, 530, 710, 846, 897

Parti royaliste 218, 239, 241, 325, 326, 333, 336, 339, 348, 432, 649, 845

Particularisme 188, 212, 224, 241, 252, 257-259, 266, 268, 288, 354, 360, 369, 376, 395, 433, 479, 500, 506

Patriotes modérés. 344, 399, 421, 454, 486, 487, 491, 494, 551, 553, 557, 560, 566, 579, 600, 603, 628, 634, 660

Patriotes radicaux..343, 344, 401, 421, 422, 458, 463, 486, 489, 516, 549, 550, 553, 556, 558, 559, 561, 562, 564-566, 568, 570, 578, 600, 602, 603, 616, 619-621, 628, 631, 633-636, 641, 642, 651, 661, 712, 714-716

Peuple....61, 67, 68, 71, 73, 78-80, 86-89, 92-94, 98-101, 103, 105, 107, 112, 114, 115, 126, 127, 129, 136, 137, 139, 147, 148, 151, 153-156, 160, 161, 165, 167, 170-176, 180, 191, 192, 201, 203, 209, 212, 213, 217, 234, 249, 254, 259, 261, 262, 273, 274, 283, 291, 293, 295, 296, 300, 302-306, 317, 320, 321, 327, 332, 357, 359, 382, 399, 403-408, 415, 421, 435,

449, 457, 459-462, 472, 488, 489, 492, 496, 506-510, 516, 517, 519-521, 523-526, 545-552, 554, 555, 557-562, 565, 566, 570, 574-576, 578, 584, 587, 588, 599, 601, 611, 613, 616, 617, 620, 623, 628, 633, 635, 640, 643, 644, 654, 660, 677, 707, 713, 718-720, 722, 725, 729, 730, 740, 741, 750, 753, 756, 758, 759, 761-763, 766, 776, 777, 779, 800, 845, 858-860, 864, 866, 870, 871, 877, 878, 891, 896

Physiocrates. 17, 39, 62, 186, 222-225, 228, 230, 232, 233, 238-240, 242, 251, 252, 265, 277, 303, 325, 326, 330-333, 387, 394, 395, 409, 416, 429, 501, 531, 539, 572, 705, 709, 742, 843, 846, 878-882, 889, 896, 898

Police.....72, 110-117, 128, 177, 192, 205, 366, 453, 473, 601, 617, 619, 620, 622, 624, 628, 653, 854, 885, 894

Pouvoir constituant.....109, 128, 129, 131, 140, 141, 147, 157, 160, 161, 166, 176, 178, 180, 318, 394, 420, 424, 472, 481, 484, 525, 528, 544, 558, 561, 562, 568, 569, 646, 660, 664, 667, 723, 727-729, 741, 793, 816, 818, 840, 846, 888, 892

Pouvoir exécutif.....78, 141, 150, 172, 175, 192, 228, 238, 400, 405-408, 427, 473, 474, 502, 520, 522, 523, 575, 576, 580-582, 584, 593, 594, 596, 598, 599, 601-603, 605-607, 610, 611, 613, 615-622, 624-632, 635, 652, 654-656, 658, 712, 713, 715, 716, 770, 771, 775, 778, 780, 786, 822, 848

Pouvoir judiciaire. .164, 427, 577, 580, 596-600, 602, 611, 613, 615, 626, 628, 657, 694, 709, 712, 713, 716, 771, 863, 883, 897

Pouvoir législatif.....91, 131, 141, 147, 150-153, 156, 164-166, 168, 172, 174, 178-180, 191, 192, 209, 228, 238, 270, 272, 299, 331, 399-401, 405-408, 421-425, 427, 429, 474, 500-502, 520, 522, 524, 548-550, 554, 556, 558, 559, 575, 578, 581-583, 587, 590, 596, 598, 615, 620, 627, 631, 632, 644, 654, 656, 714, 715, 725, 733, 770, 773, 778, 780, 786, 822, 848

Prérévolution.....17, 18, 20, 24, 25, 32, 40, 153, 184, 240-242, 249, 250, 277, 281, 288, 289, 308, 326, 328, 336, 339, 373, 388, 390, 436, 527, 567, 577, 578, 582, 658, 669, 681, 702, 707, 710, 711, 729, 763, 844, 846, 847, 855, 857, 876, 884

Principe de légalité145, 297, 530, 543, 575, 581, 586-588, 590, 592, 594, 599-601, 636, 648, 650, 654, 657, 658, 661, 662, 664, 666, 770, 772, 774

Privilégiés.....14, 17, 18, 24, 33, 41, 47, 50, 234, 237, 242, 243, 249, 250, 253, 255, 262, 264, 265, 268, 269, 282, 283, 285, 288, 290, 326-329, 336, 338, 339, 342, 343, 347-349, 351, 352, 356, 358, 360, 366, 367, 371-373, 380, 383, 384, 386, 387, 389-393, 396, 398, 402, 403, 407-409, 416, 417, 419, 424, 433-436, 438-440, 448, 451, 454, 455, 459-464, 466-468, 470-473, 475-477, 479, 494, 500, 501, 503, 504, 519, 520, 530, 545, 568, 669, 707, 710, 747, 846

Procès équitable.....22, 672, 792, 807, 812, 813, 816, 828-830, 837, 840, 841, 849, 886, 887, 898, 899

Q

Quatrième République.....37, 46, 769, 780, 789, 790, 822

R

Raison.....13, 34, 50, 52, 70, 71, 75, 78, 79, 94, 105, 108, 124, 126, 133, 134, 137, 169, 185, 186, 189, 194, 195, 202, 210, 213, 214, 220, 221, 223-228, 232-235, 238, 241, 249-252, 254, 255, 258-260, 263, 270, 282-285, 290-294, 319, 325-327, 329, 330, 332, 336, 338, 341, 349, 350, 353, 355, 356, 360, 362, 374, 380, 383, 385, 387, 390-394, 396, 398, 401, 402, 405, 407, 409-413, 415, 416, 429, 430, 432, 434, 442, 445, 446, 455, 460, 463, 465-467, 475, 477, 479, 481, 483, 484, 493, 494, 498, 505, 507, 508, 524, 527, 530, 551, 597, 599, 609, 612, 617, 619, 626-628, 649, 661, 664, 680, 702, 705, 709, 712, 715, 718, 730, 739, 742, 753, 770, 778, 780, 795, 809, 825, 840, 843, 845, 846, 877

Rationalisation.....186, 257, 380, 394, 687, 820, 821, 837, 840, 845, 848

Remontrances7, 39, 40, 238, 244, 246, 247, 273, 276, 281, 291, 292, 299, 310, 322, 427, 462, 851, 852, 855-857, 859

Rennes...403, 628, 629, 745, 757, 770, 775, 777, 778, 780, 840, 848, 856, 876, 878

Représentants de la nation....170, 203, 220, 262, 263, 279, 282, 287, 317, 325, 326, 453, 454, 460, 461, 470, 485, 521, 525, 526, 550, 558, 565, 566, 578, 593, 594, 603, 607, 613, 625, 632, 635, 636, 647, 866

Représentation de la nation...266, 270, 283, 327, 347, 350, 364, 399, 404, 462, 480, 498, 568, 569, 577, 578, 580, 661, 710, 844

Représentation par l'élection.....250, 384, 398

Responsabilité.....264, 266, 267, 358, 410, 425, 426, 474, 573, 592-594, 599, 603, 605, 607, 608, 620, 626, 628, 653, 655, 797, 881

Restauration 37, 45, 46, 152, 153, 156, 280, 355, 451, 500, 554, 672, 673, 701, 704, 708, 717, 718, 724, 750-752, 754, 757, 758, 760, 763, 766, 767, 780, 871

Retour aux origines.....152, 202, 208, 252, 253, 390, 552, 559, 749, 759, 845

Réunion des Ordres.18, 268, 269, 343, 348, 386, 410, 412, 413, 434, 440, 444, 449, 465, 471, 476, 477, 501

Révision de la constitution....481, 528, 565, 662, 818, 845

Révolution..13, 14, 16-18, 20-27, 30, 32, 33, 35-37, 40-42, 45, 47, 74, 76, 106, 139, 152, 153, 183, 185, 215, 222, 224, 242, 248, 249, 251, 255, 257, 259, 263, 284, 300, 301, 304, 306, 334, 336-339, 345, 362, 372, 373, 384, 399, 411, 451, 481, 496, 498, 499, 506, 526, 528, 555, 559, 583, 632, 645, 650, 662-664, 667-669, 671, 673-683, 686, 690-692, 694-696, 700, 701, 703, 704, 706-708, 710-712, 717-723, 725, 727, 729, 731, 734, 742, 743, 746, 748, 750-752, 754, 756, 761-764, 766, 769, 770, 778-780, 789, 790, 794, 803, 817, 825, 839, 840, 844, 848, 849, 852, 857, 858, 869-871, 873-879, 881-883, 885-888, 890-893, 895-899

Romans.....856, 857, 876

Royaume-Uni.....28, 29, 76-78, 80, 497

S

Sanction royale.....436, 450, 463, 467, 469, 502, 631, 632, 634, 654, 655, 778-780

Séance royale. .40, 208, 246, 271, 273, 276, 298, 299, 313, 340, 343, 440, 447, 448, 452, 465-

467, 473-476, 502, 514, 621, 757, 859, 862, 868

Sécurité juridique.....22, 792, 807, 814-816, 828, 831, 832, 837, 840, 841, 849, 880

Séparation des Ordres.....30, 338, 339, 360, 363-365, 367, 368, 372, 382, 384, 386, 387, 391, 395-397, 408, 412, 437, 443, 444, 451, 453, 455, 457, 458, 462, 465, 466, 470, 471, 473, 480, 481, 500, 663, 666, 667, 669, 711, 727, 765, 847

Séparation des pouvoirs.....11, 13, 14, 20-22, 26, 30, 34, 36, 46, 375, 377, 480, 483, 499, 529, 530, 550, 554, 573, 575-577, 580-582, 586, 587, 600, 606, 607, 619, 625, 627, 628, 631-633, 635, 636, 638, 645, 646, 648-654, 656-659, 661, 662, 665-669, 671, 672, 688, 690-700, 708, 709, 711-714, 716, 717, 720, 734, 755, 764-766, 770, 772-791, 796, 802-804, 807-813, 816-818, 820-827, 829, 831-834, 837, 839, 840, 848, 872, 878, 880-884, 886, 887, 889-892, 895, 897-899

Société-nation 165, 415-422, 424, 429, 480, 528, 544, 549, 560, 664

Souveraineté. .14, 34, 39, 47, 65, 77, 93, 96-101, 116, 118-122, 127-129, 132, 136, 137, 140, 141, 146, 150, 156, 160-166, 169, 171, 173, 178, 179, 194, 204, 214, 228, 250-252, 254, 270, 271, 275, 276, 280, 283, 289, 294, 296, 299, 307, 309, 311-313, 316-319, 321, 327, 329, 339, 357, 392, 399-401, 409, 416, 419, 421-425, 432-434, 468, 469, 473, 481, 488, 492, 502, 503, 544, 555-562, 564, 565, 568, 579, 586, 628, 631, 633-636, 642, 643, 646-648, 659-662, 667, 687, 705, 720, 728, 738, 740, 762, 779, 800, 847, 854, 858, 877-879, 888, 894

Souveraineté absolue....163, 492, 557, 558, 579, 847

Souveraineté constituante.....557-559, 562, 565, 636, 647, 660

Souveraineté de la nation 34, 169, 296, 311, 316, 401, 556, 558, 560-562, 564, 568, 631, 633, 635, 636, 647, 660-662, 705

Souveraineté législative 423, 579, 643, 648, 661, 662

Souveraineté limitée.....100, 163, 400, 558, 559, 565

Souveraineté perpétuelle.....179, 556, 558, 647

Système de la seule volonté...309, 311, 359, 499

T

Tiers 12, 14, 18, 33, 41, 43, 58, 67, 94, 183, 190, 243, 249, 250, 262, 264, 268, 269, 283, 288, 326, 331, 342, 343, 348, 351, 354, 356, 362, 363, 366, 367, 369, 372, 374, 377, 378, 381-383, 386, 387, 390, 391, 397, 398, 410, 412-414, 418, 419, 434, 435, 440-447, 451, 452, 454-457, 459-467, 469-477, 481, 519, 526, 535, 541, 564, 710, 820, 854, 857-860, 862, 863, 866, 868, 869

Troisième République 13, 26, 36, 672, 764, 780-782, 785, 786, 788, 789, 791, 793, 802, 808, 825, 840, 848, 849

Troyes.....245, 304, 856, 857

Uniformité 186, 233, 258, 259, 277, 354, 394, 429, 433, 479-961

Union européenne. 699, 816, 874, 878, 887, 893, 899, 920

V

Vérification des pouvoirs....18, 41, 43, 440, 444, 445, 447, 448, 452, 455, 458, 459, 462, 465, 481, 502, 851, 861, 862

Veto.....216, 268, 300, 343, 363, 366, 367, 383, 655, 657, 661, 662, 667, 668, 726, 770, 776,
384, 397, 407, 421, 422, 432, 444, 451, 452, 778, 845, 847, 863, 866
458, 461, 463, 466, 471, 473, 481, 500, 503, Volontarisme...82, 159, 202, 228, 239, 357, 556,
568, 581, 634-636, 638, 643, 644, 650, 651, 711, 718, 722, 736, 752, 898

Table des matières

Liste des principales abréviations	7
SOMMAIRE.....	9
Introduction générale.....	11
I. Utilité de l'étude.....	13
A. Le problème des sources du début de la Révolution.....	13
B. L'insuffisance des études consacrées aux questions constitutionnelles contenues dans la Déclaration.....	14
C. L'insuffisance des études consacrées à l'histoire des termes de constitution et de société.....	15
D. L'insuffisance des études consacrées aux notions de garantie des droits et de séparation des pouvoirs en 1789.....	20
E. L'absence d'étude d'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine constitutionnelles relatives à l'article 16.....	21
II. Définition de l'objet de l'étude.....	22
A. Délimitation de l'objet.....	22
B. Bornes temporelles.....	25
III. Méthode.....	26
A. Cadre méthodologique général : histoire, linguistique et droit.....	28
B. Méthodologie de la présente étude.....	30
IV. Sources.....	36
A. Sources du XVII ^e siècle et du XVIII ^e siècle jusqu'à la Révolution.....	37
B. Sources de la Révolution.....	40
1. Les collections de lois et recueils.....	42
2. Les procès-verbaux.....	43

3. Les discours, motions et projets de déclaration.....	44
4. Les journaux et mémoires.....	44
C. Sources de la Contre-révolution, de la Restauration et de la Monarchie de Juillet	45
D. Sources de la Troisième, Quatrième et Cinquième Républiques.....	46
Plan.....	46
Partie 1. L'origine de l'article 16 : les mutations des conceptions du pouvoir politique et l'invention de la constitution aux XVII^e et XVIII^e siècles.....	49
Chapitre 1. La constitution de la société, une création des philosophes jurnaturalistes et contractualistes.....	51
<i>Section 1. L'extension des significations de la notion de constitution et l'invention d'une conception contractualiste et artificielle de la société aux XVII^e et XVIII^e siècles.....</i>	<i>52</i>
§ 1. La constitution, un vocable polysémique et évolutif.....	53
A. Les significations traditionnelles du mot « constitution ».....	53
1. La constitution comme processus créateur.....	53
a. La constitution comme établissement juridique.....	54
b. La constitution comme création divine ou humaine.....	54
2. La constitution comme ordre.....	54
a. La constitution comme matière : la constitution comme composition et organisation d'un objet.....	54
b. La constitution comme tempérament du corps humain.....	55
c. La constitution comme manière : la constitution comme structure, ordonnancement, disposition.....	56
3. La constitution comme norme.....	57
a. Les constitutions comme lois du souverain en droit public.....	57
b. La constitution comme règlement d'une institution.....	59
B. L'évolution du mot constitution en philosophie politique	61
1. La constitution comme essence de l'être constitué résultant d'un ordre naturel....	61
2. L'importance de la métaphore anthropomorphique en philosophie politique.....	63
C. L'extension des significations du mot constitution en philosophie politique.....	65
1. La constitution comme ensemble de lois transmises par la tradition.....	65
2. La constitution comme ensemble d'éléments composant l'État.....	66
3. La constitution comme ensemble de règles régissant l'ordre politique.....	67
a. La constitution comme ensemble de principes régissant l'État.....	67
b. La constitution comme forme de gouvernement ou ensemble de lois	

fondamentales.....	68
4. La constitution comme ordre fondamental dans l'État.....	69
§ 2. Le rôle du colinguisme dans l'évolution de la signification des mots constitution et société.....	70
A. Le glissement vers l'idée d'un ordre politique artificiel et d'une société contractualiste en raison du colinguisme franco-latin.....	71
1. Les emplois latin de constitutio et constituo : l'artificialité de l'ordre politique....	71
a. La constitution de la république et du peuple chez Cicéron.....	71
b. La constitution de la république chez Hotman.....	72
c. La constitution de la cité chez Hobbes.....	73
2. L'influence des traductions latines sur la signification de société.....	75
B. L'association de l'idée de limitation du pouvoir royal à la notion de constitution sous l'influence anglaise et américaine.....	76
1. La notion anglaise de constitution, une répartition de l'exercice des fonctions étatiques organisée par des textes.....	76
2. La notion américaine de constitution, un texte réglementant l'exercice du pouvoir politique	79
§ 3. La contractualisation de la notion société aux XVII ^e et XVIII ^e siècles : la société comme association volontaire d'individus libres et égaux	81
A. La société juridique : un contrat organisant une communauté.....	83
1. Sociétés commerciales.....	83
2. Sociétés religieuses et corporations.....	83
B. Société de pensée et l'expérience d'une nouvelle sociabilité.....	85
C. La contractualisation progressive de la notion de société en philosophie politique...	85
1. Les conceptions antiques : le peuple est une association et non une multitude (Aristote, Cicéron et Augustin d'Hippone).....	86
a. La cité parfaite : une union, une centralisation du pouvoir et un but légitime (Aristote).....	86
b. La république : une union, un droit et un intérêt commun (Cicéron et Augustin d'Hippone).....	87
2. Les conceptions médiévales et les prémices modernes : l'ordre politique est consenti voire créé par le peuple (Ockham, Suarez et Hotman).....	89
a. La société comme simple agrégation d'individus : Ockham.....	90
b. Le pouvoir est institué par la volonté de la communauté politique : Suarez.....	90

c. Le pouvoir a pour origine la volonté du peuple : Hotman.....	92
3. Le pacte de sujétion est un contrat juridique et l'État se distingue de gouvernement (Grotius).....	95
a. La communauté politique, le résultat d'un processus naturel	96
b. Le relativisme politique de Grotius : le peuple n'est pas toujours à l'origine du pouvoir politique.....	98
c. La conceptualisation juridique du pacte de sujétion.....	99
d. L'esquisse d'une distinction entre État et gouvernement	100
4. La société est le résultat d'un contrat (Hobbes, Pufendorf, Locke et Rousseau)..	102
a. La cité a pour origine un contrat entre individus : Hobbes.....	102
b. La reprise des thèses hobbesiennes par Pufendorf.....	104
c. La diffusion des termes de société, société civile et société politique : Locke, Burlamaqui et Rousseau.....	106
<i>Section 2. L'invention de la constitution comme acte de la société et d'une nouvelle hiérarchie des normes par des philosophes jusnaturalistes.....</i>	<i>109</i>
§ 1. Les précédents sémantiques du concept de constitution : l'idée de limitation et de réglementation du pouvoir politique.....	109
A. La désignation de l'encadrement et la limitation du pouvoir royal dans la seconde moitié du XVI ^e siècle, par les termes police et politique, dérivés du grec.....	110
1. La conceptualisation de la notion de police.....	111
a. La police, un frein au pouvoir royal.....	111
b. La police, un ensemble de règles indéfini.....	112
2. La restriction de la signification du terme police.....	113
a. La police, l'ordre public d'une ville.....	113
b. Le maintien marginal de l'emploi de police dans un sens général et politique	114
3. Le succès de l'adjectif politique	115
B. La république, comme synonyme d'État et de forme de gouvernement.....	117
C. Le gouvernement, comme description du fonctionnement de l'ordre politique.....	118
1. « Gouvernement » et « forme de gouvernement » : des expressions répandues pour décrire l'ordre politique	118
2. Bodin et Rousseau : la restriction de la signification du terme gouvernement.....	119
D. Lois fondamentales, ensemble de règles et principes indérogeables et contraignants pour le Roi.....	121

1. La conceptualisation des lois fondamentales au XVI ^e siècle	121
2. Les mutations de la notion de « lois fondamentales » au XVIII ^e siècle : redéfinition abstraite et négation de leur existence.....	122
a. La théorisation des lois fondamentales comme système de règles et de principes axiomatiques limitant le pouvoir royal et établissant celui des pouvoirs intermédiaires (Montesquieu).....	123
b. Mably, Rousseau et Jaucourt : la déconstruction de la notion de lois fondamentales.....	125
§ 2. La constitution comme établissement et réglementation du pouvoir par la société, une invention des théoriciens contractualistes anglais.....	128
A. L'invention du pouvoir constituant par Hobbes.....	129
1. La constitution hobbesienne, un acte juridique, volontaire et garant des droits des individus permettant d'instituer le souverain	130
2. La définition de la constitution du commonwealth : le refus de la division du pouvoir.....	131
B. La distinction entre constitution de la société et du gouvernement et l'invention de la distribution du pouvoir : Lawson et Locke.....	135
1. L'invention de la constitution par Lawson.....	135
a. La distinction de la communauté et de l'État.....	136
b. L'origine contractuelle de la communauté.....	136
c. La communauté, seule titulaire du pouvoir suprême ou pouvoir de constitution	138
d. La soumission des pouvoirs constitués à la constitution	140
e. La possibilité de distribuer le pouvoir en plusieurs organes sans diviser la souveraineté.....	141
2. La conceptualisation par Locke de la constitution originelle établie par la société	142
a. Le but de la société : garantir les droits des individus.....	143
i. Le rejet de la monarchie absolue au nom de la garantie des droits des individus	143
ii. Le respect des droits des individus, condition de validité de la constitution d'une société.....	144
b. L'origine de la société : la volonté de la majorité des individus de la communauté.....	145

i. La société un artéfact produit par la conclusion d'un contrat entre individus libres et égaux.....	145
ii. La souveraineté de la majorité.....	146
c. La réglementation de la société : une hiérarchie des normes à trois niveaux...	148
i. La double subordination du législatif à la constitution positive et à la constitution naturelle.....	148
ii. La subordination au législatif dans un État constitué.....	149
d. La constitution originelle : loi positive et suprême qui établit et régleme le pouvoir politique.....	151
e. Les révolutions : la restauration de la constitution originelle et l'établissement d'une nouvelle constitution originelle.....	152
§ 3. La systématisation et la diffusion de la notion de constitution de la société par l'école du droit naturel et par Rousseau.....	157
A. La constitution de la société : deux contrats et une ordonnance (Pufendorf).....	157
1. La traduction de Barbeyrac et son influence sur le vocabulaire politique.....	158
a. L'invention de la constitution essentielle de la société.....	158
b. L'emploi fréquent du terme constitution dans un sens politique	159
2. L'origine et la réglementation du pouvoir politique : deux contrats et une ordonnance	159
3. La théorisation du pouvoir constituant	160
a. La définition du pouvoir constituant	160
b. Une limitation possible du pouvoir souverain par la constitution ou les lois fondamentales.....	161
B. Burlamaqui, Vattel et la diffusion de la définition contractualiste et jusnaturaliste de la notion de constitution.....	163
1. La réunion des définitions de la constitution (Burlamaqui).....	163
2. La définition synthétique de la constitution par Vattel.....	166
a. Une société faite par et pour les individus.....	166
b. La constitution, un règlement pour l'exercice du pouvoir politique fait par la nation.....	167
c. La distinction des pouvoirs constituant et législatif.....	167
d. L'innovation de Vattel : le droit pour une nation de changer de constitution .	168
3. La diffusion de la définition de Vattel dans les encyclopédies et les dictionnaires	169

C. Rousseau et les deux constitutions : la constitution du peuple prime la constitution du gouvernement.....	171
1. La constitution de l'État : l'exécutif, le législatif et la conformité à la nature des choses.....	172
a. Les parties constituant l'État : le prince et le peuple.....	172
b. La nécessité de conformer la constitution à la nature des choses.....	173
2. La constitution du gouvernement : forme de l'administration.....	174
<i>Conclusion du Chapitre 1</i>	177
Chapitre 2. Le développement des constitutionnalismes parlementaire, patriote et royaliste dans la seconde moitié du XVIII^e siècle.....	183
<i>Section 1. Le démantèlement de l'ordre traditionnel par les partis parlementaire et royaliste au moyen du droit naturel et de la notion de constitution</i>	184
§ 1. L'utilisation de la constitution de la monarchie en vue de résister au pouvoir royal..	186
A. La théorisation de la constitution de la monarchie par Montesquieu et Le Paige....	187
1. Une définition normative de la constitution monarchique par Montesquieu.....	187
a. L'innovation linguistique et méthodologique : la défense d'une conception normative de la constitution monarchique.....	187
i. La généralisation de l'emploi du terme constitution	187
ii. La constitution, un ordre fixe et déterminé qu'il faut conserver	188
iii. La constitution monarchique, meilleure forme de gouvernement : un roi, une noblesse, des corps intermédiaires, un dépôt des lois et une bonne distribution des trois pouvoirs.....	190
b. La défense de thèses traditionnelles et traditionalistes.....	193
2. La promotion d'une constitution parlementaire pour la monarchie française par Le Paige.....	196
a. L'invention de la constitution de la monarchie française ou « notre » constitution par Le Paige.....	196
b. La constitution française : un roi et un parlement.....	198
i. Le Parlement, gardien de la constitution	198
ii. Le roi, détenteur des deux puissances législatif et coactive.....	199
iii. La soumission du roi aux lois par la constitution : une garantie contre le despotisme et l'arbitraire	200
B. L'investissement de la notion de constitution par les parlements dans le cadre de la résistance au pouvoir royal.....	203

1. L'absence de monopole du terme de constitution comme arme d'opposition au pouvoir royal.....	204
2. L'invocation de la constitution pour défendre les prérogatives du parlement contre les empiétements du pouvoir royal.....	205
3. La réaction de Louis XV.....	208
§ 2. La reconnaissance de la double constitution, naturelle et positive, par les partis parlementaire et royaliste à la suite de la réforme Maupeou.....	210
A. L'appropriation des thèmes philosophiques par les défenseurs des parlements : l'exemple des Maximes du droit public.....	211
1. La référence au droit naturel, ordre supérieur et antérieur à l'État.....	213
2. La hiérarchie des constitutions : constitution monarchique naturelle et constitution monarchique française.....	214
3. La justification théorique et historique du rôle des parlements.....	215
B. La construction d'un contre-modèle royal de constitution par Moreau.....	218
1. L'appropriation des thèses jusnaturalistes par le parti royaliste.....	218
2. La redéfinition absolutiste de la constitution	219
§ 3. La négation de l'existence d'une constitution en France : Mably et les physiocrates	222
A. La première expression de l'idée que la France n'a pas de constitution par Mably.	224
B. La théorisation de la constitution naturelle de la société par les physiocrates.....	225
1. La définition de la constitution naturelle de la société par Quesnay.....	225
2. La conceptualisation d'une société purement naturelle par Le Mercier de La Rivière.....	227
a. L'ordre social, un dérivé de l'ordre naturel.....	228
b. L'emploi marginal du terme de constitution	229
3. L'association des théories politiques des physiocrates à la notion de « constitution naturelle » par Du Pont de Nemours.....	230
C. La nation n'a pas de constitution : une invention physiocratique.....	231
1. L'association de la notion de constitution à l'exigence stabilité et de cohérence de l'ordre politique	231
2. L'association de la notion de constitution à l'exigence d'uniformité de l'ordre social.....	233
a. « Votre nation n'a point de Constitution »	233
b. Avoir une constitution : disposer d'une administration fixe qui gère les rapports juridiques et sociaux.....	235

i. L'uniformisation et le renforcement des rapports sociaux par l'élection d'assemblées représentatives.....	235
ii. Une assemblée nationale avant l'Assemblée nationale	236
<i>Section 2. La généralisation de l'argument constitutionnel, jusnaturaliste et national au cours de la Prérévolution.....</i>	<i>241</i>
§ 1. Les tentatives royales de réappropriation de la notion de constitution.....	250
A. Une constitution définie par la raison pour le réformateur Calonne.....	251
1. La raison comme loi suprême.....	251
2. Les ambiguïtés du discours de Calonne sur la constitution et la souveraineté.....	252
a. L'ambivalence sur la notion de la constitution, entre rétablissement de la constitution antique, réformation de la constitution de l'État et changement des constitutions locales.....	253
b. L'ambivalence sur la souveraineté, entre affirmation de l'autorité royale et soumission à la volonté populaire.....	254
3. La révolution d'après Calonne : égalité entre les citoyens-proprétaires et assemblées provinciales aux fonctions consultatives.....	257
a. La critique virulente du régime en place : disparité, discordance, dissonance et incohérence.....	257
b. Instaurer un nouveau régime : unité, liaison, égalité et uniformité.....	258
i. L'instauration d'une égalité fiscale entre les citoyens	259
ii. L'instauration d'assemblées locales sans distinction d'ordres ni de rangs.	260
B. La reconnaissance partielle d'une constitution traditionnelle par le Roi à la suite du renvoi de Calonne et l'ébauche d'une constitution de la nation avec l'institution des Assemblées provinciales	263
1. Le changement de politique royale : la soumission du Roi aux Notables.....	264
a. La soumission du Roi à la constitution : une constitution à sauvegarder.....	265
b. Une assemblée proto-parlementaire : responsabilité ministérielle et représentation de la nation	266
2. L'ébauche d'une première constitution (forme de convocation) de la nation : distinction des rangs, doublement du Tiers, vote par tête et principe de l'élection. .	268
C. La tentative ministérielle de rétablissement de l'autorité royale à la suite du refus des parlements d'enregistrer de nouvelles lois fiscales.....	270
1. La réaffirmation de la souveraineté royale.....	271
2. L'ambivalence du discours royal face au public : l'admission du principe de	

nécessité de l'impôt.....	273
3. L'invocation du droit naturel par le Roi lui-même.....	275
4. La tentative de définition royaliste de la constitution : un nouvel affaiblissement de l'autorité royale.....	275
D. L'utilisation de la régénération et de la constitution contre les parlements : rétablissement de la curia regis et reconnaissance de la compétence fiscale des États-généraux.....	277
1. La reconnaissance partielle d'une constitution contre les parlements : l'institution de la Cour plénière.....	277
a. Le maintien des principes habituels des réformes de Louis XVI : autorité et uniformité.....	277
b. L'admission partielle des thèses libérales.....	279
i. L'admission d'une monarchie limitée par une constitution.....	279
ii. La reconnaissance des droits de la nation.....	280
2. L'adoption d'une doctrine libérale par le Roi : la reconnaissance des compétences de la nation et des États-généraux.....	281
§ 2. La radicalisation progressive des privilégiés.....	283
A. Une constitution, fondée sur la raison, à défendre.....	284
1. La constitution de la monarchie, une expression de la raison d'après le Parlement de Paris.....	284
2. Une constitution immuable d'après les Notables.....	285
3. La défense par les Notables du droit de consentir à l'impôt et de la protection du droit de propriété avec la constitution	286
4. La volonté de préserver les distinctions de rangs et la réclamation de droits pour la nation, fondées sur la constitution	288
a. Le refus de l'uniformisation et de la confusion des rangs et des Ordres au nom de la constitution.....	288
b. L'insuffisance des pouvoirs conférés aux Assemblées provinciales.....	289
B. La radicalisation des parlements et la rénovation de leur appareil idéologique face aux réformes fiscales, lits de justice et lettres de cachet.....	289
1. De nouveaux fondements pour des revendications anciennes.....	289
2. Droit naturel et droits de la nation, les nouveaux fondements de la doctrine parlementaire	291
a. L'invocation du droit naturel et des droits de l'homme contre le pouvoir royal	

.....	291
b. Le principe du consentement à l'impôt fondé sur les droits des citoyens et de la nation.....	294
3. Nullité et illégalité des actes royaux : la redéfinition des pouvoirs des parlements contre la procédure des lits de justice.....	297
C. Le plan de révolution de Brissot : faire de la constitution le nouveau parti.....	300
1. La publication du Mémoire sur les municipalités pour inciter à la révolte.....	301
2. Le projet secret de Brissot : faire de la constitution le mot d'ordre de la révolte parlementaire.....	304
3. Invocation systématique de la constitution et homogénéisation de sa définition dans les discours parlementaires.....	307
a. La constitution : consentement à l'impôt et droit d'enregistrement.....	307
b. La remise en cause de la souveraineté royale : la dénonciation du « système de la seule volonté » au nom de la constitution	309
D. L'intensification et la généralisation de l'emploi de la rhétorique constitutionnelle et de la révolte à la suite de la réforme Lamoignon.....	312
1. La radicalisation de la révolte des corps intermédiaires : invocation systématique de la constitution, souveraineté nationale et adhésion apparente aux principes du contrat social.....	312
a. La constitution : slogan de la révolte parlementaire	313
b. La reconnaissance d'une souveraineté et d'un vœu nationaux.....	316
c. L'adhésion partielle aux thèses du contrat social.....	319
2. L'adoption de la rhétorique constitutionnelle par l'Assemblée du Clergé.....	322
<i>Conclusion du Chapitre 2</i>	325
<i>Conclusion de la Partie 1</i>	329
<i>Transition</i>	336

Partie 2. L'adoption de l'article 16 : la consécration de la conception patriote de la constitution.....337

Chapitre 3. Le schisme au sein du constitutionnalisme libéral et la victoire du constitutionnalisme patriote.....347

Section 1. Le tournant réactionnaire des privilégiés : le mythe de la constitution antique...349

§ 1. Un schisme constitutionnel provoqué par les ministres du Roi.....	350
A. L'emploi royal de la notion de constitution en vue de diviser les libéraux.....	350
B. L'ouverture du débat sur la définition de la constitution par le Roi.....	353

§ 2. La construction du mythe de la constitution antique par les conservateurs.....	356
A. La réaction conservatrice du Parlement de Paris.....	356
B. L'adoption d'une conception conservatrice de la notion de constitution par la majorité de la seconde Assemblée des Notables et les Princes du sang.....	359
1. Traditionalisme.....	360
2. La constitution de la Monarchie : une séparation des Ordres.....	363
a. Les Ordres, sujets de droit constitutionnel.....	364
b. Les Ordres, organes constitutionnels.....	367
c. Les constitutions locales et droits des nobles : une défense des particularismes contre les droits des citoyens.....	369
C. La réclamation de la constitution antique dans un manifeste conservateur : le mémoire des princes du sang.....	372
§ 3. Le Dauphiné et la Bretagne : deux exemples de débats provinciaux sur la notion de constitution.....	373
A. Un contre-modèle dauphinois : le premier processus constituant libéral.....	373
1. Une constitution à réformer.....	374
2. Un modèle pour les États-généraux.....	379
B. La défense d'une conception conservatrice de la constitution par la Noblesse de Bretagne.....	383
<i>Section 2. La campagne des pamphlets : la définition patriote de la constitution.....</i>	<i>386</i>
§ 1. Le rejet de la constitution conservatrice par les patriotes.....	386
A. Le refus de la constitution conservatrice : la France n'a pas de constitution.....	387
B. Le refus de l'histoire comme source de droit : l'invocation de la raison, du droit naturel et des droits de l'homme.....	392
C. Le refus de la séparation des Ordres : la redéfinition de la nation et de son rôle.....	395
1. La nation, une association d'individus libres et égaux.....	395
2. La reconnaissance d'un pouvoir législatif et constituant en faveur de la nation .	399
D. Le refus des corps intermédiaires : critique virulente des parlements et des privilèges des Ordres et des provinces.....	402
E. Une nouvelle conception de la distribution du pouvoir.....	405
1. La nécessité de séparer les pouvoirs exécutif et législatif.....	405
2. La diversité des conceptions de la répartition du pouvoir politique	406
a. La monopolisation de la fonction législative par la nation et le rejet du modèle anglais.....	406

b. Les anglomanes et le partage de la fonction législative entre plusieurs organes	408
§ 2. La précision de la conception patriote de la constitution	414
A. Fondement, origine et objet de la constitution : droits de l’homme, Nation et distinction des fonctions étatiques.....	415
1. Une déclaration des droits de l’homme, fondement de la constitution.....	415
2. L’origine de la constitution : la société-nation.....	416
a. La définition de la société-nation à l’appui de la délibération en commun et du vote par tête.....	417
b. Le consentement de la société-nation, nécessaire à l’existence d’une constitution	419
3. La distinction des fonctions étatiques : objet de la constitution.....	420
a. L’établissement du pouvoir législatif par la constitution.....	421
i. Les patriotes modérés : co-souveraineté du roi et de la nation, balance des pouvoirs et droit de veto absolu	421
ii. Les patriotes radicaux : la monopolisation de la fonction législative par la nation.....	422
b. La soumission à la loi des organes étatiques : responsabilité des ministres et restriction du pouvoir des juridictions.....	425
c. Les garanties d’indépendance des Assemblées vis-à-vis de l’exécutif.....	428
B. Les caractéristiques de la constitution : uniformité, stabilité et précision : une règlementation pour garantir les droits de l’homme.....	429
<i>Section 3. Les derniers affrontements des patriotes, des royalistes et des privilégiés sur la constitution (mai-juin 1789).....</i>	<i>434</i>
§ 1. L’expression d’idéologies constitutionnelles incompatibles par les partis patriote, royaliste et conservateur.....	434
A. L’ouverture des États-généraux par le Roi : neutralité et conservatisme royalistes.	434
B. La tentative de défense de la constitution conservatrice par la Noblesse.....	439
1. Le débat sur la constitution entre la Noblesse et le Tiers dans les premières conférences conciliatoires.....	440
2. La codification de la constitution conservatrice par la Noblesse.....	444
3. L’échec de la conciliation royale affaiblissant son autorité.....	445
4. La reconnaissance partielle de la constitution conservatrice par le Roi.....	448
5. La déclaration des droits constitutifs de la monarchie française, de l’indépendance	

et de la distinction des Ordres, testament politique de la Noblesse.....	449
C. La radicalisation progressive du Tiers-État conduisant à la constitution en Assemblée nationale en vue d'établir une constitution.....	451
1. Le refus de la vérification séparée des pouvoirs.....	452
2. L'échec de la tentative d'alliance entre le Tiers et le Clergé.....	455
3. La victoire des patriotes radicaux et la constitution en Assemblée nationale.....	458
4. La consécration de la conception patriote du pouvoir politique.....	461
a. Le rejet de la séparation et du veto des Ordres.....	461
b. La consécration de la conception patriote de la nation.....	463
5. Le coup de force des députés du Clergé patriotes pour rejoindre l'Assemblée nationale	464
6. La consécration juridique de la nécessité d'établir la constitution	465
§ 2. La victoire des patriotes.....	466
A. L'ambivalence de la séance royale entre rétablissement de l'autorité royale et reconnaissance de la constitution antique.....	467
1. La réaffirmation du principe monarchique et de l'autorité royale.....	468
2. L'établissement d'un règlement pour les États-généraux.....	469
a. La reconnaissance la souveraineté de la constitution.....	469
b. La reconnaissance partielle de la constitution antique réclamée par les conservateurs.....	470
3. Une déclaration des droits par le Roi.....	471
a. L'octroi de droits à la nation et aux citoyens.....	471
b. La reconnaissance d'un pacte de sujétion.....	472
B. La défaite du Roi et des conservateurs.....	473
1. La résistance de l'Assemblée nationale à la séance royale.....	473
2. L'alliance de la majorité du Clergé et de la noblesse libérale avec le Tiers.....	475
3. La pression de la foule.....	475
<i>Conclusion du Chapitre 3.....</i>	<i>479</i>
Chapitre 4. La consécration juridique d'une conception patriote de la constitution.....	483
<i>Section 1. La consécration juridique de la double constitution.....</i>	<i>484</i>
§ 1. La soumission du constituant au droit naturel.....	484
A. La reconnaissance par l'ensemble les patriotes de la nécessité de fonder la constitution sur les droits de l'homme	484
B. Les résistances des modérés face à la déclaration des droits.....	486

1. Le refus d'une déclaration définitive et séparée.....	486
2. La volonté des patriotes radicaux de consacrer la suprématie de la constitution sur la déclaration.....	489
C. L'échec des résistances modérés et conservatrices.....	490
1. La volonté des modérés de lier l'adoption de la déclaration et celle des principes de la monarchie française.....	490
2. Les tentatives conservatrices d'empêcher l'adoption d'une déclaration des droits	491
3. Une déclaration séparée obtenue par la force ?.....	493
§ 2. La déclaration, consécration juridique de la constitution naturelle.....	494
A. Les précédents anglais et américains et leurs limites.....	494
1. Le concept de déclaration des droits, une idée anglo-américaine.....	495
2. Le but de la déclaration : changement de gouvernement ou de constitution ?....	496
3. Le contenu de la déclaration, une idéologie française.....	498
B. La déconstitution de l'ordre traditionnel	500
1. La réalisation de l'union des Ordres et des provinces dans le fonctionnement de l'Assemblée.....	500
2. Le refus exprès des droits des Ordres et du pouvoir législatif du Roi.....	501
3. La suppression des droits des corps pour réaliser la société des individus.....	503
C. L'objet de la déclaration : codifier la constitution naturelle.....	507
1. L'énonciation de principes valables pour toute société.....	508
2. La déclaration, une constitution des constitutions.....	511
§ 3. Une déclaration théoriquement contraignante.....	513
A. La déclaration, instrument de protection des droits et garantie de la stabilité du bon ordre politique.....	515
1. La déclaration, protection contre le despotisme et instrument de libération.....	515
2. La déclaration comme outil performatif et d'instruction : la protection des droits par leur connaissance	518
3. La garantie de l'ordre juridique par la déclaration.....	520
B. La suprématie de la déclaration.....	520
1. La déclaration, un guide pour l'Assemblée.....	520
2. La déclaration, une contrainte pour les pouvoirs publics.....	522
C. Une sanction incertaine : quelle garantie pour la déclaration ?.....	523
1. Sanction par les citoyens et la nation : revendications et résistance à l'oppression	

.....	523
2. Sanction par les pouvoirs publics : l'auto-limitation et l'effet performatif de la déclaration	526
<i>Section 2. Société, garantie des droits, séparation des pouvoirs et constitution : des notions interdépendantes et débattues chez les patriotes.....</i>	<i>530</i>
§ 1. L'exigence de garantie des droits, un principe consensuel au sein des patriotes	530
A. La garantie des droits, but de la société et du gouvernement.....	531
B. Le droit à la garantie des droits.....	535
1. La garantie des droits, un devoir de la société et du gouvernement.....	535
2. Un droit subjectif à la garantie des droits et une obligation d'obéissance à la société.....	536
C. Les conditions minimales d'une garantie des droits effective : loi, force publique, et constitution.....	537
1. La garantie des droits par la loi.....	538
2. La garantie des droits par la force publique.....	539
3. La garantie des droits par la constitution.....	541
4. Le droit au juge, élément négligé dans la garantie des droits.....	542
§ 2. Le débat sur la notion de constitution au sein des patriotes.....	544
A. La définition de la notion de constitution, un enjeu politique	545
1. La constitution du peuple, la constitution comme établissement de la communauté politique	546
2. La constitution de l'établissement politique, la constitution comme réglementation exhaustive de l'ordre politique	549
3. La constitution du gouvernement ou du royaume, la constitution comme réglementation complémentaire de l'ordre politique (Mounier et les Monarchiens)	551
B. Le caractère controversé de l'origine contractuelle du pouvoir politique.....	555
1. La constitution comme contrat social.....	555
2. Le contrat comme acte d'établissement de la société antérieur à la constitution.	556
3. La constitution comme pacte de sujétion.....	557
C. Les diverses conceptions de la souveraineté constituante de la nation.....	557
1. L'accord sur le principe de la souveraineté constituante de la nation.....	558
a. La souveraineté absolue et perpétuelle de la nation.....	558
b. La souveraineté limitée et éternelle de la nation	559

2. Désaccords sur les modalités d'exercice de cette souveraineté.....	562
a. Le droit de changer de constitution en débat.....	562
b. La souveraineté limitée des représentants de la nation.....	565
c. Le débat sur les droits des pouvoirs constitués.....	569
D. La définition normative de la constitution dans les déclarations.....	570
1. La garantie des droits comme condition d'existence de la constitution	571
2. La constitution, une protection contre l'arbitraire, le despotisme et les corps intermédiaires.....	572
3. Le contenu de la constitution patriote : répartition des fonctions étatiques et institution d'Assemblées nationales	573
a. L'impératif de distribution et de détermination des fonctions étatiques dans la constitution, spécificité du constitutionnalisme patriote.....	574
b. L'organisation de la représentation de la nation dans la constitution.....	578
§ 3. Les différentes conceptions patriotes de la séparation des pouvoirs.....	580
A. L'accord des patriotes sur le principe de distinction et de hiérarchisation des fonctions étatiques.....	581
1. La distinction des fonctions de gouvernement et de législation chez les patriotes	582
a. La restriction de la fonction de gouvernement confiée au roi.....	582
b. La participation de la nation à la fonction de législation.....	584
2. Le règne de la loi : le principe de légalité dans les projets de déclaration.....	586
a. Le monopole normatif de la loi, une spécificité de la conception patriote de la séparation des pouvoirs.....	587
b. Le principe de légalité dans le cadre de l'habeas corpus.....	590
c. La responsabilité des agents publics, corollaire du principe de légalité.....	592
3. L'absence d'autonomie de la fonction judiciaire.....	595
B. Les divergences sur les prérogatives royales et le contrôle de l'exécutif.....	600
1. Le choix des ministres : compétence discrétionnaire du roi ou choix conjoint du roi et des représentants de la nation.....	603
2. La contestation du pouvoir discrétionnaire du Roi en matière de maintien de l'ordre et d'emploi des forces militaires.....	609
3. Le pouvoir judiciaire comme branche du pouvoir exécutif, organisée par la loi.	611
4. Le problème du contrôle de la nation sur l'administration et les nominations aux places et emplois publics.....	615

a. Des Assemblées provinciales pour remplacer les intendants.....	618
b. Le débat sur la compétence de l'Assemblée en matière d'administration, de police et d'administration judiciaire	619
c. L'établissement des comités de rapports et d'informations.....	624
5. La remise en cause progressive de l'autonomie royale.....	628
C. Les divergences sur le monopole de la fonction législative par l'Assemblée.....	631
1. La tentative monarchienne de défendre la sanction royale.....	631
2. Les diverses définitions de l'expression de la volonté générale.....	632
3. Une séparation des pouvoirs, pour assurer la souveraineté de la nation ou l'équilibre des institutions ?.....	633
<i>Section 3. Le compromis sur la notion de constitution dans la Déclaration</i>	<i>638</i>
§ 1. La recherche d'un consensus au sein des patriotes dans la déclaration.....	638
A. Le choix d'un projet modéré de déclaration pour engager la discussion	638
B. Le silence de la déclaration sur les éléments controversés.....	642
1. Le silence sur l'origine contractuelle du pouvoir	642
2. Le silence sur le veto royal.....	643
3. Le silence sur le droit de revoir la constitution	644
§ 2. Une définition normative et consensuelle de la constitution codifiée dans la déclaration	645
A. Une définition normative permettant de justifier la Révolution.....	645
B. Une définition consensuelle au sein des patriotes.....	646
1. La consécration d'une souveraineté constitutionnelle ambiguë.....	647
2. Une définition patriote de la constitution : garantie des droits des individus-citoyens et détermination de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif.....	648
§ 3. La consécration d'une conception patriote et consensuelle de la séparation des pouvoirs.....	651
A. L'évocation de la séparation des pouvoirs dans le préambule	651
B. L'ébauche d'une délimitation des pouvoirs dans la déclaration conforme à la conception patriote de la séparation des pouvoirs.....	652
C. La consécration de l'exigence de détermination de la séparation des pouvoirs.....	653
1. La place de l'article 16 dans la déclaration.....	653
2. Le choix d'une formulation compatible avec les deux conceptions patriotes de la séparation des pouvoirs.....	654
<i>Conclusion du chapitre 4.....</i>	<i>659</i>

<i>Conclusion de la Partie 2</i>	663
<i>Transition</i>	670
Partie 3. La mythification de l'article 16 de la Déclaration de 1789	671
Chapitre 5. L'article 16 comme élément de théorie politique	673
<i>Section 1. L'interprétation de l'article 16 comme définition de la constitution idéale et libérale</i>	673
§ 1. L'article 16 une définition de la constitution idéale contre un constitutionnalisme coutumier.....	673
A. La présentation de l'article 16 par la doctrine juridique comme définition d'une constitution idéale face à une conception coutumière et matérielle de la constitution.	674
1. L'opposition entre constitution matérielle et constitution idéale dans la doctrine juridique.....	674
2. La définition de la constitution naturelle, en s'appuyant sur des auteurs postérieurs à la Révolution.....	676
B. L'invocation de l'article 16 dans le débat historiographique sur l'existence d'une constitution sous l'Ancien Régime.....	681
C. L'invocation de l'article 16 pour déterminer la « véritable » signification de la notion de constitution.....	684
1. L'utilisation de l'article 16 pour déterminer la « véritable » signification de la notion de constitution.....	684
2. Le problème de la distinction des concepts idéologiques et scientifiques.....	685
3. La juxtapositions des conceptions matérielle et idéale de la constitution dans la doctrine constitutionnaliste.....	687
4. L'utilisation de l'article 16 dans le cadre du débat sur l'existence de la constitution européenne.....	689
§ 2. L'article 16, une définition du constitutionnalisme contre l'absolutisme.....	690
A. L'association de l'article 16 à une vision unitaire du constitutionnalisme libéral....	691
1. L'association de l'article 16 à l'anti-absolutisme	691
2. La lecture de l'article 16 comme consécration de la doctrine de Montesquieu....	693
3. L'article 16 comme mauvaise interprétation du principe de séparation des pouvoirs	695
B. L'article 16 comme expression de l'individualisme libéral.....	696
C. L'article 16 comme définition d'une « bonne » constitution	698
<i>Section 2. La construction historique de l'association de l'article 16 à un constitutionnalisme</i>	

<i>libéral unitaire</i>	701
§ 1. L'inexistence d'un dualisme de la notion de constitution sous l'Ancien Régime et au début de la Révolution	701
A. L'absence de consensus sur la notion de constitution monarchique dans la seconde moitié du XVIII ^e siècle.....	702
1. La diversité des conceptions de la constitution monarchique.....	702
2. L'inexistence d'un concept descriptif de constitution au XVIII ^e siècle.....	703
B. La pluralité du constitutionnalisme libéral d'Ancien Régime.....	706
1. L'existence d'un constitutionnalisme libéral avant la Révolution.....	706
2. Les spécificités des divers courants du constitutionnalisme libéral.....	708
3. L'absence de continuité entre les constitutionnalismes libéraux d'Ancien Régime et la Contre-révolution.....	710
C. L'impossibilité d'interpréter l'article 16 à la lumière de Montesquieu	711
1. La séparation des pouvoirs comme rejet de la conception de la constitution monarchique de Montesquieu.....	711
2. L'absence de lien entre la référence à la « séparation des pouvoirs » et Montesquieu.....	714
§ 2. La construction de la dualité de la notion de constitution et d'un constitutionnalisme libéral unitaire, postérieure à la Révolution.....	717
A. L'invention d'une constitution organique et traditionnelle par les contre-révolutionnaires.....	719
1. Le rejet des constitutions écrites	722
2. La dissociation de la constitution et de la liberté	731
a. La désidérialisation de la notion de constitution	731
b. L'association de la notion de constitution à la concentration du pouvoir.....	732
3. L'autonomisation de la constitution vis-à-vis à la volonté de la nation.....	734
a. L'impossibilité pour la nation de faire une constitution.....	734
b. La constitution comme mode d'existence de la nation.....	740
4. La nécessité de conformer à la constitution à l'ordre naturel.....	742
5. L'attachement au flou et à l'indétermination de la constitution.....	745
a. L'impossible définition de la constitution antique.....	745
b. L'idéalisation de l'Ancien Régime.....	747
c. La remise en cause de l'exigence de détermination : une constitution mystérieuse et mystique.....	748

B. La neutralisation de la notion de constitution et l'unification du constitutionnalisme libéral par les premiers constitutionnalistes.....	751
1. La naissance de la dualité de la notion de constitution.....	752
a. La restriction de la notion de constitution à l'idée d'une réglementation.....	752
b. La relecture de l'article 16 comme définition d'une bonne constitution.....	754
2. Les constitutions, l'œuvre du temps, de l'esprit de la nation et de la volonté.....	757
3. La création d'une vision unitaire du constitutionnalisme libéral.....	760
<i>Conclusion du Chapitre 5</i>	765
Chapitre 6. L'article 16 comme norme constitutionnelle.....	769
<i>Section 1. L'invocation marginale de l'article 16 avant les années 1980</i>	769
§ 1. L'invocation rare de l'article 16 à la Révolution	769
A. L'invocation de l'article 16 à la Révolution : le respect de la distinction des fonctions législative et exécutive.....	770
1. L'invocation de l'article 16 pour faire valoir la suprématie de la loi et le respect de la compétence législative	771
a. L'invocation de l'article 16 contre les corps judiciaires et administratifs.....	771
b. L'invocation de l'article 16 contre les ministres du Roi.....	772
2. L'invocation de l'article 16 pour interdire à l'Assemblée d'exercer des fonctions judiciaires	774
B. La réinterprétation de l'article 16 et de la séparation des pouvoirs comme exigence d'indépendance réciproque entre le Roi et l'Assemblée.....	775
1. L'invocation de l'article 16 pour défendre l'indépendance du Roi vis-à-vis de l'Assemblée.....	775
2. L'invocation de l'article 16 pour défendre l'indépendance de l'Assemblée vis-à-vis du Roi.....	777
C. L'invocation de l'article 16 pour défendre la Constitution de 1791.....	778
§ 2. Le délaissement de l'article 16 dans le droit constitutionnel et administratif jusqu'aux années 1980.....	780
A. Le développement de la doctrine de la séparation des pouvoirs indépendamment de l'article 16 sous la Troisième République	782
B. La séparation des pouvoirs : un principe et ses applications.....	783
C. L'interprétation de la séparation des pouvoirs comme principe général du droit constitutionnel sous la Troisième République.....	786
D. La contestation du caractère juridique de la séparation des pouvoirs.....	787

E. L'absence de lien entre l'article 16 et la jurisprudence administrative et constitutionnelle relative à la séparation des pouvoirs, avant les années 1990.....	790
<i>Section 2. La « redécouverte » de l'article 16 dans le dernier quart du XX^e siècle.....</i>	<i>793</i>
§ 1. Le choix d'une interprétation créative de la Déclaration par la majorité de la doctrine.....	793
A. L'interprétation constructive et l'interprétation actualisée.....	795
B. La liberté d'interprétation de l'interprète authentique.....	798
C. L'interprétation originaliste textualiste.....	800
§ 2. Une interprétation téléologique de l'article 16 de la Déclaration.....	801
A. La promotion par la doctrine de l'interprétation téléologique.....	801
1. Brève présentation de la doctrine de l'interprétation téléologique.....	801
2. La recherche de fondements pour des principes ne figurant pas dans la Constitution.....	803
3. Une interprétation justifiée par des raisons extra-juridiques.....	806
B. La reprise partielle des interprétations doctrinales par le Conseil constitutionnel..	807
1. Le contrôle de constitutionnalité des lois.....	808
2. Le principe de séparation des pouvoirs : d'un principe méta-constitutionnel à une norme de droit constitutionnel positif.....	810
3. Le droit au juge et au procès équitable.....	813
4. Le principe de sécurité juridique et de confiance légitime.....	814
§ 3. L'exercice d'un pouvoir constituant par le Conseil constitutionnel au moyen de l'article 16.....	816
<i>Section 3. Le développement d'une jurisprudence constitutionnelle abondante indépendante de la signification originelle de l'article 16</i>	<i>820</i>
§ 1. La consécration d'une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs sur le fondement de l'article 16.....	820
A. L'article 16, fondement d'une rationalisation du parlementarisme.....	821
B. L'article 16, fondement de l'indépendance des juridictions.....	825
§ 2. L'article 16, outil de transposition des exigences européennes relatives au droit au procès équitable et à la sécurité juridique.....	828
§ 3. L'article 16 comme outil de codification de la jurisprudence constitutionnelle et d'économie de la motivation.....	833
<i>Conclusion du Chapitre 6.....</i>	<i>837</i>
<i>Conclusion de la Partie 3.....</i>	<i>839</i>

Conclusion générale.....	843
Bibliographie.....	851
<i>Sources historiques.....</i>	<i>851</i>
Recueil de documents et Procès-verbaux.....	851
Antiquité.....	852
XVI ^e siècle.....	852
Ouvrages XVII ^e siècle.....	852
XVIII ^e siècle.....	853
Philosophie politique.....	853
Dictionnaires et encyclopédies.....	854
Prérévolution sources des organes de l'État (par ordre chronologique).....	855
Actes royaux.....	855
Actes des cours, des parlements, des États provinciaux et de l'Assemblée du Clergé.....	855
Journaux.....	857
Brochures et correspondances de la Prérévolution et de la Révolution avant la réunion des États-généraux.....	857
Sources des débuts des États-généraux et de l'Assemblée nationale (mai-août 1789) par Ordre chronologique.....	860
Actes royaux et ministériels.....	860
Sources sur les séances de l'Ordre de la Noblesse.....	860
Sources sur les séances des députés du Clergé.....	862
Sources sur les séances des députés du Tiers-Etat puis Assemblée nationale.....	862
Actes de l'Assemblée.....	862
Actes des comités.....	863
Motions et discours des membres et des ministres.....	863
Projets de déclaration ayant fait l'objet d'une publication.....	866
Journaux.....	868
Mémoires et correspondances.....	868
Brochures.....	869
Septembre 1789-1792.....	869
Convention et Directoire.....	870
Actes de Louis XVIII.....	870
Restauration et Monarchie de Juillet.....	871
II ^e République.....	871

IIIe et IVe Républiques.....	872
<i>Sources secondaires</i>	873
Ouvrage généraux.....	873
Ouvrages spécialisés.....	875
Thèses.....	879
Articles.....	881
Colloques.....	898
Documents iconographiques	899
Liste des décisions du Conseil constitutionnel fondées sur l'article 16.....	901
Index des noms de personnes.....	907
Index thématique.....	915
Table des matières.....	927