

LA GARANTIE DES DROITS *

Patrice ROLLAND

Professeur à l'Université de Paris XII

« C'est le moment de nous souvenir que le droit constitutionnel tout entier est pour la garanties des libertés... »¹. Les constituants de 1789 ne pensaient pas autrement que Hauriou, lorsqu'ils lièrent, dans l'article 16 de la Déclaration, garantie des droits, séparation des pouvoirs et constitution. Et de fait, à la suite, les trois constitutions révolutionnaires proclamèrent et organisèrent chacune la garantie des droits. Cette conception très large de la garantie, qui tend à se confondre avec la constitution entendue au sens moderne, n'est pas fausse mais elle ne rend pas compte de toute la réalité. Les Britanniques connaissent une garantie très satisfaisante de leurs libertés sans constitution ni même une séparation des pouvoirs au sens où celle-ci est comprise sur le continent, mais grâce à des institutions spécifiques. Parlant en 1819 des risques de violations des droits individuels, Daunou écrivait : « [...] nous appelons garanties individuelles l'engagement qu'elle [la puissance publique] prend de s'en abstenir et les institutions qui l'obligent en effet d'y renoncer »². La question est de savoir si la constitution au sens de l'article 16 suffit par soi à la garantie des droits ou s'il faut de surcroît prévoir des institutions particulières. L'expérience de la Terreur et de la dictature de Salut public, c'est-à-dire de la perte des droits les plus élémentaires et de l'inefficacité des garanties, rend le travail constituant que la Convention nationale entreprend pour la seconde fois particulièrement exemplaire sur ce sujet. De quelle façon tire-t-elle les leçons de cet échec majeur pour le constitutionnalisme comme pour l'ordre républicain ? Des solutions neuves doivent-elles émerger ? Les conventionnels auront à choisir en distinguant entre des garanties politiques et des garanties juridiques, des garanties internes ou externes, directes ou indirectes. Le fonctionnement de la démocratie représentative suffit-il par lui-même, ou bien d'autres mécanismes, par exemple de type juridictionnel, doivent-ils venir le compléter, voire le contrôler ?

Il apparaît que l'engagement réitéré de garantir les droits après l'expérience de la Terreur ne conduit à aucun renouvellement en profondeur des mécanismes de la garantie des droits. La « garantie sociale » en 1795 reproduit largement les formes déjà énoncées en 1789 et le développement d'une garantie juridictionnelle est fermement repoussé.

* Patrice Rolland : « La garantie des droits » in *La Constitution de l'An III ou l'ordre républicain*, textes réunis par J. Bart, J.-J. Clère, Cl. Courvoisier et M. Verpeaux, Dijon, EUD, 1998, pp. 29-84. (Publications de l'Université de Bourgogne <<http://www.u-bourgogne.fr/EUD>>, XCIII). Texte reproduit avec l'aimable autorisation de l'éditeur.

¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 702.

² Daunou, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, Foulon, 1819, pp. 3-4.

I. – L'ENGAGEMENT RENOUVELE DE GARANTIR LES DROITS

A. - Se garantir contre qui ? La question de l'origine des violations

La thématique, classique depuis 1789, de la méfiance contre l'Exécutif s'exprime toujours. La Convention réagit encore fortement lorsqu'on lui propose de donner au Directoire un pouvoir de remontrance à l'égard des lois votées par les Conseils. Le débat se développe, banal, entre ceux qui veulent garantir les droits de l'Exécutif et ceux qui craignent irrémédiablement sa puissance. Merlin de Douai qui intervint assez peu dans les débats constitutionnels, souligne que « sous prétexte de constituer un gouvernement ferme, il ne faut pas lui laisser le moindre moyen de satisfaire au désir qu'il aura toujours de priver le peuple de ses droits »³. Eschassériaux, modéré qui soutient le projet constitutionnel, rappelle de la même façon que « plus ce pouvoir est grand, plus vous devez lui fixer des limites, et l'empêcher de devenir dangereux à la liberté; une autorité sans bornes est bientôt absolue [...] »⁴. Les conventionnels n'oublient pas de mentionner le risque des abus de l'Administration et le problème de la responsabilité des « fonctionnaires publics »⁵.

La véritable nouveauté dans le débat constitutionnel est le sentiment largement partagé d'une nouvelle source de violation des droits. L'expérience du gouvernement révolutionnaire, plutôt que les abus du pouvoir exécutif, a mis en lumière la tyrannie que peut exercer une assemblée de législateurs. Le problème n'était pas ignoré dans l'absolu puisque dès les débats d'août 1789 plusieurs constituants avaient souligné le risque d'abus du législateur. Clermont-Tonnerre avait montré que la comparaison entre la loi et la Déclaration, évoquée dans son propre préambule, ne pouvait avoir de sens que si un juge existait⁶. Plus clairement encore Duport, le 21 août, proteste contre un amendement en rappelant que « la Déclaration des droits est pour empêcher les abus du Corps législatif »⁷. En 1791, Buzot rappelle encore ce risque⁸. C'est Pelet qui donne, dans son

³ *Mon. univ.*, 25-197 (le premier chiffre indique le tome du Moniteur et le second la page).

⁴ *Mon. univ.*, 25-381.

⁵ La question apparaît dès les débats préliminaires sur le gouvernement en Floréal An III : cf. par exemple l'intervention de Villetard (*Mon. univ.*, 24-422/423) qui suggère que les fonctionnaires soient pour cette raison nommés par le peuple.

⁶ « Pour que cette comparaison fût utile, il faudrait qu'il y eût un juge qui prononçât s'il y a identité ou contradiction entre la loi et le principe dont on la rapproche; mais ce juge n'existe pas ; mais le préambule semble donner à chaque individu le droit d'être le juge », cité par M. Gauchet, in *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 143-144.

⁷ *Ibidem*, p. 147. L'intervention de Duport était motivée par la rédaction du futur article 5 et par l'usage du verbe *peut* ou du verbe *doit*. Les auteurs de l'amendement craignaient de rendre tout citoyen juge de la loi (cf. De Baecque, Schmale, Vovelle, *L'An I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988, pp. 154-155).

⁸ « Il ne suffit pas de dire [...] que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit ». Et Buzot souligne l'insuffisance de la garantie car « vous y verrez non pas que la Constitution me garantit des droits, mais que la Constitution me promet que la loi me les garantira. Eh bien alors, ce n'est point la liberté civile que votre Constitution me promet, mais seulement des droits

discours du 19 germinal An III, la meilleure vue d'ensemble du problème tel qu'il est dorénavant concrètement et non plus abstraitement perçu après l'expérience du gouvernement révolutionnaire. Il s'agit bien de « rendre aux Français l'exercice de leurs droits, que leur avaient ravis d'insolents usurpateurs ». Mais Pelet ne s'arrête pas à cette explication commode et rappelle qu'un peuple libre se reconnaît à ce que sa constitution, c'est-à-dire l'ensemble de ses lois constitutives, ne peut être changée sans son aveu. Il n'y a pas de liberté si les législateurs peuvent changer, sans le consulter, ses opinions, ses mœurs, son caractère et sa religion. Il dénonce donc « les volontés versatiles d'une puissance sans contrepoids [qui] dispose de vos destinées ». Il est ainsi conduit à poser la question constitutionnelle fondamentale : « quelle est, dans celle de 93, la force qui garantit à la nation la durée de son existence républicaine ? Où est la force, où est l'institution protectrice qui la mette à l'abri des innovations des législateurs ? [...] Qui peut nous garantir que les législateurs qui succéderont à la Convention nationale porteront plus de respect à la constitution ? »⁹. Pelet est entendu de ses collègues qui rappellent à plusieurs reprises, dans le cours des débats constitutionnels, que « c'est du pouvoir législatif que la liberté a le plus à craindre »¹⁰. Cambacérès veut que le pouvoir législatif soit astreint à des règles, qu'on lui fixe les principes généraux de son action. Même pour les actes du pouvoir législatif soumis à la sanction du peuple sous l'empire de la constitution de 1793 « l'on ne doit pas tellement compter sur l'effet de la sanction, qu'on se permette de négliger les précautions qui peuvent garantir le peuple des surprises »¹¹. La puissance du législateur dans une démocratie représentative paraît à Saint-Martin plus dangereuse que celle d'un chef unique puisque celui-ci fait l'objet d'une surveillance constante et d'un renouvellement fréquent. « C'est contre les usurpations du pouvoir législatif que les craintes doivent principalement se porter »¹². Il dispose, bien plus que l'exécutif, des moyens de s'attirer les faveurs populaires ; son pouvoir est plus difficile à limiter. Thibaudeau, à la suite de Daunou, souligne qu'on ne doit plus avoir la même attitude en République que celle qui prévalait au temps de la monarchie. On pouvait, face au pouvoir royal, percevoir l'exécutif comme l'ennemi-né du pouvoir législatif et des libertés. Dans une République il faut modifier sa façon de voir : « [...] j'avoue qu'à présent je craindrais autant les usurpations du pouvoir législatif que celles du pouvoir exécutif, celui-ci n'a que des pouvoirs limités; il n'en est pas de même de l'autre, et je ne vois rien qui garantisse le peuple contre ses écarts »¹³. Boissy d'Anglas n'aura donc pas surpris les conventionnels en décrivant « le parfait despotisme » qu'exerce le corps législatif dans la constitution de 1793 lequel n'est limité que par « la juridiction turbulente et anarchique des assemblées primaires ». La nouvelle constitution doit donc imposer des freins et une digue à l'impétuosité du pouvoir législatif. Boissy d'Anglas dresse le portrait très critique d'un régime politique où l'assemblée législative domine la vie politique comme elle le fit jusqu'en l'An III. Si la loi reste toujours empreinte de son

politiques puisque vous renvoyez aux législateurs jusqu'aux atteintes qu'on pourrait y porter », cité par L. Jaume, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », *La Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, n° 1, p. 51.

⁹ Discours du 19 germinal An III, « Tableau de la situation intérieure et extérieure de la République », *Mon. univ.*, 24-173.

¹⁰ Selon la formule de Lesage, *Mon. univ.*, 25-494.

¹¹ Discours du 29 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-245.

¹² *Mon. univ.*, 25-341. Il fait cette remarque en contestant le pouvoir de nommer le Directoire donné aux Conseils.

¹³ Séance du 8 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-350. Daunou avait signalé « l'antique et secret ressentiment contre le pouvoir exécutif » provenant de « l'esprit qui vous animait en 1790 » (séance du 5 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-324).

prestige initial, le législateur a perdu la confiance absolue que certains avaient pu placer en lui à l'origine¹⁴.

L'analyse des causes de ces nouvelles formes de violations des droits est aussi largement partagée. Dès les débats sur l'éventuelle remise en vigueur de la constitution votée en juin 1793, tous s'accordent pour mettre en cause la volonté du législateur, volonté sans limites, instable et exprimant une souveraineté de fait.

Le phénomène du cumul des pouvoirs entre les mains de la Convention est presque unanimement dénoncé. Lesage conteste qu'à la veille de se livrer à des réflexions constitutionnelles on ose confier l'exercice de la puissance exécutive au comité de législation le transformant en véritable « comité de tyrannie ». C'est la confusion des pouvoirs qui produit, soit la tyrannie des gouvernants, soit le despotisme des gouvernés¹⁵. Fréron renchérit peu après en soutenant que le cancer qui ronge la République, « c'est la réunion de tous les pouvoirs dans les mêmes mains »¹⁶.

La seconde cause de violation largement dénoncée est l'instabilité législative. La liberté et le respect des droits sont liés à la sécurité juridique. Thibaudeau rappelait, alors que la constitution était toujours suspendue, que la loi garantissant la liberté du peuple doit être immuable comme la constitution¹⁷. Elle doit donc pouvoir échapper aux instabilités de la volonté législative. Boissy d'Anglas approfondit un peu les raisons de cette instabilité législative en mettant en cause l'unicité du corps législatif. Elle empêche la formation de lois stables car une assemblée unique n'est pas capable de stabilité dans les résolutions. Or sans lois fixes il ne peut y avoir de « caractère national », c'est-à-dire ces moeurs et ces habitudes politiques qui seules protègent vraiment la constitution¹⁸.

Les conventionnels ont enfin clairement perçu que le pouvoir législatif dans une démocratie représentative était le seul pouvoir à jouir de cette souveraineté que le peuple ne pouvait pas exercer directement. Lakanal pose très clairement la question à laquelle Carnot et Sieyès répondront de façon diamétralement opposée. Se montrant très soucieux d'un véritable pouvoir exécutif en même temps que d'une division des pouvoirs constitutionnels qui soit réelle, Lakanal craint la puissance du pouvoir législatif dont il fixe bien l'origine : « votre commission a-t-elle pensé que le pouvoir législatif jouissait de toute la puissance qu'exercerait le peuple qu'il représente, si, comme les Romains, au temps des Gracques, les Français pouvaient discuter eux-mêmes les grands intérêts de la patrie; et qu'il n'a d'autres freins, d'autre moyen d'arrêt que la constitution ? »¹⁹. Que faire donc devant cette souveraineté du vouloir de l'assemblée législative ?

¹⁴ « Malheur à tout état qui reçoit ses lois d'une assemblée de législateurs qu'on recherche comme un spectacle ; où l'on voit régner une effervescence, un désordre de sentiment, plus vrai et plus profond que tout ce que peut offrir la scène ; où l'illusion est tellement complète que les spectateurs eux-mêmes, se croyant acteurs, partagent et reproduisent l'émotion; où des hommes enivrés se choquent, s'agitent dans le tumulte et croient délibérer ! » (discours préliminaire sur le projet de constitution, séance du 5 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-94).

¹⁵ Séance du 12 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-424/425.

¹⁶ Séance du 21 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-435.

¹⁷ Séance du 1^{er} germinal An III, *Mon. univ.*, 24-32.

¹⁸ Discours préliminaire *précité*, *Mon. univ.*, 25-98.

¹⁹ Séance du 12 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-334.

Carnot développe, à l'occasion de la défense des anciens membres du Comité de Salut public, l'explication et l'excuse « démocratique ». Il présente, en effet, une théorie de la volonté du législateur comme expression ou reflet passif de la volonté du peuple : « vous n'êtes point ici pour donner des lois, mais pour rédiger, énoncer et promulguer celles qui sont l'expression de sa volonté propre ». C'est la volonté du peuple qui fait la loi non celle du législateur. De là proviennent trois conclusions très concrètes. La manière de voir du législateur fût-elle la meilleure ne saurait prévaloir sur celle du peuple. Si, de plus, malgré les explications du législateur, le peuple maintenait son choix et sa volonté, il n'y aurait que deux solutions : se soumettre ou se démettre ; « tel est le principe irréfragable de la démocratie représentative ». Enfin, Carnot affirme que le peuple peut se tromper mais qu'il n'est jamais coupable, car il le serait contre lui-même²⁰. Il ne saurait être question ici d'analyser cette conception mais d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la garantie des droits et les risques que le législateur leur fait courir. Carnot le fait immédiatement en ce qui concerne le reproche d'instabilité législative. On ne peut pas reprocher à la Convention « ces lois contradictoires » car elle n'a fait que céder à ce qu'elle a cru être la volonté générale. Il répète que la question n'est pas de savoir si les conventionnels les trouvaient bonnes où mauvaises, mais seulement si le peuple les voulait ou non. Il conclut, afin d'absoudre la Convention, et quelque peu son Comité de Salut public, qu'effectivement la Convention a cru que le peuple les voulait et qu'elle a dû le croire au vu du nombre des pétitions. Carnot retourne donc la critique thermidorienne de l'instabilité législative qui porte atteinte aux droits garantis des individus : vos contradictions apparentes, loin de vous condamner, prouvent au contraire que vous êtes restés imperturbables dans la voie de la démocratie représentative.

Sieyès présente à l'inverse deux réponses qui contiennent en elles la future version libérale de la démocratie représentative, telle notamment que Benjamin Constant la précisera peu après. Dès son premier discours, après avoir rappelé à l'unisson des autres que « les pouvoirs illimités sont un monstre en politique », il ose, pratiquement seul et conscient de cet isolement, pousser la conclusion logique : « et moi, je dis, qu'à mesure qu'on s'éclairera, qu'on s'éloignera des temps où on l'on a cru savoir, quand on ne faisait que vouloir, la notion de souveraineté rentrera dans ses justes limites, car encore une fois, la souveraineté du peuple n'est point illimitée, et bien des systèmes prônés, honorés, y compris celui auquel on se persuade encore d'avoir les plus grandes obligations, ne paraîtront que des conceptions monacales, de mauvais plans de *ré-totale*, plutôt que de république, également funestes à la liberté, et ruineux de la chose publique comme de la chose privée »²¹. Pour l'abbé, le pouvoir politique doit en faire le moins possible et uniquement ce qui est nécessaire pour maintenir chacun dans ses droits et devoirs. La seconde réponse de Sieyès dénonce l'insuffisance inévitable de la loi positive, indépendamment même des passions politiques que dénoncent à l'envi ses collègues : la loi manque, ou alors elle intervient trop tard et de toute façon non rétroactivement. La loi positive est donc incapable de répondre toujours et à tout moment à la question du juste et de l'injuste. Le droit naturel entre les mains du jury constitutionnaire comblera les vides de la loi et remplira tous les interstices de la vie sociale pour la rendre plus sûre.

²⁰ Séance du 3 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-52.

²¹ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-292.

La valeur des analyses sur l'origine des violations des droits commande celle des solutions. En République toute la question se concentre sur la volonté souveraine du peuple ou de la Nation et sur son expression élue. En 1795 certains ont découvert, d'autres ont eu la confirmation que les différentes garanties des droits qui doivent résulter de l'ensemble du processus démocratique, peuvent à leur tour apparaître comme incertaines, voire douteuses. Les constituants de 1795 voient nettement la difficulté mais n'en fournissent pas une analyse suffisante pour que les solutions soient parfaitement adaptées. Celles-ci seront donc en partie aveugles.

La thématique de la volonté générale n'est certes pas utilisée dans un sens très démocratique par ces modérés ; elle masque pourtant en partie la difficulté révélée par le fait que la volonté du peuple et celle de ses représentants élus au corps législatif ne sont pas une garantie absolue des droits proclamés. Quelle raison y a-t-il, en dehors des conditions posées par Rousseau, pour que la volonté démocratique coïncide avec la vérité ou avec la justice ? Si on peut admettre que Rousseau parvienne idéalement à faire coïncider la volonté générale avec la raison et la vérité, que peut-il en être en démocratie représentative ? Vers quelle volonté concrète se tourner pour obtenir des garanties ? La réflexion sur les causes de la Terreur et sur le rôle de la Convention pendant cette période reste assez pauvre. Boissy d'Anglas, par exemple, ne développe qu'une analyse psychologique des excès de l'assemblée²². Les concepts fondateurs de la démocratie représentative (majorité, minorité, opposition, ...) ne font pas l'objet, comme on le verra, d'un renouvellement de la réflexion à la lumière de l'expérience de la Terreur et par voie de conséquence d'un renouvellement de la réflexion sur les moyens de la garantie des droits. Lorsque Sieyès, seul, ose dire que la souveraineté du peuple n'est pas absolue, on peut se demander combien parmi ses collègues ont compris son jeu de mot sur la « ré-totale » opposée à la république. C'était pourtant là, quoique très brièvement, la seule approche nouvelle du problème politico-constitutionnel qu'on ait proposé à cette date.

B. - La fonction de garantie offerte par la constitution

Dans la reconstruction du système politique à laquelle se sont rapidement résolus les conventionnels pour assurer un peu mieux les droits de l'homme, la constitution joue un rôle important non seulement matériellement en regroupant les principes du nouveau régime mais formellement en tant que texte juridique. On retrouve là des propos assez classiques, voire convenus, mais les circonstances permettent de leur donner un peu plus de poids.

Il est clair, tout d'abord, que tous attendent de la constitution qu'elle fournisse des garanties. Boissy d'Anglas rappelle que pour les fondateurs d'un nouveau régime politique, et parce qu'il s'agit d'une république, il n'est pas possible de se fier à n'importe quel moyen pour inculquer à un peuple libre le respect de ses propres lois qui le caractérise. Il n'est pas possible comme les législateurs anciens de faire appel à la superstition; on ne s'appuiera pas non plus sur les idées religieuses qui doivent rester dans l'ordre privé. Les circonstances historiques enfin ne permettent pas de prendre appui

²² Cf. par exemple discours préliminaire *précité* (note 14), p. 94.

sur l'éducation dont les institutions n'ont pas encore été reconstruites. « Nous n'avons donc pour faire respecter nos lois, pour leur donner ce caractère auguste qui passionne l'âme en faisant fléchir la volonté, et qui les rend plus durables que les tables d'airain sur lesquelles on peut les écrire... »²³. Daunou souligne concrètement que cette fonction de garantie ne jouera que si la Constitution ne contient pas trop d'hypothèses; trop de règles interdirait qu'on les reconnaissent aisément²⁴.

Le débat laisse apparaître des positions dorénavant connues quant aux liens entre la garantie des droits et leur proclamation par la Constitution. Mailhe souligne que la garantie n'existe qu'avec l'établissement de la société. Garrand insiste pour que tous les droits soient proclamés dans la constitution même si les députés veulent moduler l'égalité. « Il importe peu dans quels termes vous proclamerez le principe de l'égalité; mais il faut que vous le proclamiez franchement et sans modification, si vous ne voulez pas porter atteinte aux fondements des droits de l'homme, à ceux de tous les gouvernements libres, à ceux de notre constitution en particulier »²⁵. Villetard souligne inversement qu'un droit ne se perd pas s'il n'a pas été déclaré.

La nature des garanties espérées de la constitution n'est pas sans rappeler l'attente des Girondins au printemps 1793 à l'égard de la constitution qui tardait à se mettre en place. Ils sont nombreux à vouloir mettre fin au gouvernement provisoire grâce à l'adoption de la constitution. Sous un tel gouvernement il n'y a aucune véritable sécurité juridique et celui-ci n'offre pour toute garantie aux citoyens que la moralité des gouvernants. C'est en réalité une véritable situation de non-droit que les conventionnels dénoncent. En germinal An III alors que la mise en vigueur de la constitution de 1793 paraît encore possible, Cambacérès expliquait : « nous connaissons comme eux les inconvénients d'un gouvernement provisoire, qui n'offre d'autre garantie aux droits de l'homme que la moralité de ceux qui gouvernent, et qui nourrit l'espoir de toutes les factions »²⁶. Plus direct, Pelet avait quelques jours auparavant clairement dénoncé les inconvénients de l'absence de constitution : « lorsque le régime politique de la nation sera confié à ceux qui ne m'offriront d'autre garantie que celle de leur probité présumée, il est impossible que je ne redoute pas leur ambition; il est impossible que je puisse me fier à des hommes : la loi seule peut être ma sûreté ; je ne puis me confier qu'à la loi, je ne veux croire que les promesses de la loi »²⁷. L'établissement de la constitution doit donc assurer le règne de la loi et du droit et non celui des hommes ; il s'agit de « faire rentrer tout le monde sous la domination protectrice des lois »²⁸. La constitution est donc l'assise de la « garantie sociale » et doit renfermer tout ce qui concerne la liberté d'un pays et celle des individus.

²³ Discours préliminaire précité (note 14), p. 94.

²⁴ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-298.

²⁵ Séance du 26 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-498.

²⁶ Séance du 29 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-244.

²⁷ Séance du 19 germinal An III, « Tableau de la situation intérieure ... », précité, *Mon. univ.*, 24-173. Sur un plan plus politique voir encore l'intervention de Tallien, lors de la séance du 1er germinal (*Mon. univ.*, 24-31) : « Le type de toute les injures est le non-établissement de la constitution. Eh bien, cette constitution qu'ils ont enfermée, qu'ils ont fait suivre, non pas de lois organiques, mais du gouvernement révolutionnaire, il faut lui donner la vie, il faut la faire marcher ».

²⁸ Selon la formule de Lesage, séance du 20 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-427. Lakanal soutient dans le même sens (séance du 12 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-334) : « [v]otre voeu est prononcé pour la division des pouvoirs constitutionnels, car vous voulez le gouvernement des lois, et non pas le gouvernement des hommes ; [...] ».

Pourtant la proclamation constitutionnelle des droits est moins explicite qu'en 1791 et 1793. Elle est maintenue malgré une brève contestation de son utilité au commencement des débats constitutionnels. Rouzet, un exclu du 31 mai et de surcroît ancien professeur de droit, reprend l'argumentation monarchienne contre le fait de déclarer les droits. Il affecte de ne pas contester au fond les principes mais d'en souligner le manque d'opportunité. Les plus heureuses conceptions métaphysiques peuvent produire les effets les plus désastreux; il ne faut pas les mettre à la portée de la multitude peu instruite et les demi-savants sont un désastre pour la science. Il conclut de façon assez « machiavélique » : « Que toutes nos lois soient basées sur les meilleurs principes; mais gardons-nous de présenter avec le caractère de loi ces mêmes principes qui nous auront servi de guides... »²⁹. Ainsi le citoyen ne doit pas connaître ces principes (les droits de l'homme) qui pourraient servir d'appui à l'ignorance et à l'ambition. Seul le législateur doit s'en servir comme bases raisonnables de ses choix. Mais « puisque nous ne sommes pas encore guéris de la manie des préambules » qu'au moins celui-ci n'ait aucun caractère de loi, c'est-à-dire de droit positif, qui pût servir d'appui à une contestation. Mailhe se montre lui aussi hésitant. Si on veut faire absolument une Déclaration au lieu de laisser la morale dans les traités de philosophie, qu'on fasse attention aux principes qu'on proclame. Daunou répond qu'au contraire la proclamation des droits purgera les ferments de sédition. Quoiqu'il en soit, après l'exemple donné par la Déclaration de 1789 il n'est de toute les façons plus possible de faire autrement. Bailleul avait proposé d'inverser l'ordre et que l'on organise l'ordre social avant de proclamer les droits comme la vraie morale de la constitution.

C'est une réaffirmation assez claire des droits à laquelle les constituants procèdent quoiqu'en restant vigilants quant au contenu. On ne peut cependant s'empêcher de noter par rapport aux deux constitutions précédentes une formulation moins explicite. La discussion en séance fait disparaître toute référence au « but du gouvernement » pourtant initialement prévue par la Commission des Onze. Non seulement la finalité de la vie sociale, - le « bonheur commun » -, mais aussi la fonction du pouvoir politique, - « le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits » -, ne sont plus énoncés explicitement dans la constitution et avec ces deux formules la conception moderne de l'État dans le nouveau droit public. L'absence d'énoncés aussi explicites que dans la constitution de 1791 désignant son titre I par « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution », ou dans celle de 1793 dont les articles 122 à 124 sont regroupés dans un sous-titre « De la garantie des droits », semble confirmer cette crainte des formules abstraites. Dans le texte de l'An III il n'est plus question de garantie que dans le seul article 22 du Préambule. Il est vrai que le même contenu matériel de droits garantis apparaît dans le Titre XIV et dernier, à l'intitulé particulièrement neutre et peu évocateur, « Dispositions générales ». Mais le contenu est sans équivoque si on le compare à celui du Titre I de 1791. Boissy d'Anglas confirme que « parmi les dispositions générales du projet que nous vous proposons, vous trouverez celles qui garantissent d'une manière plus particulière la liberté des citoyens... »³⁰. Du point de vue

²⁹ Séance du 16 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-150.

³⁰ Discours préliminaire *précité* (note 14), p. 109. Duguit assimile sans hésitation ce titre à ceux qui ont proclamé explicitement la garantie (*Traité de droit constitutionnel*, 1928, T. II, pp. 185-186).

de la garantie des droits, cette apparente réserve semble marquer surtout un souci de positivité.

C. - La question de la supériorité de la constitution

La supériorité de la constitution va de soi à condition toutefois d'en préciser la nature. Elle est évidente sur le plan symbolique et politique. La question est celle de l'effectivité de la garantie qu'on attend d'elle. Il s'agit donc de la sanction de sa supériorité juridique.

La question est très clairement posée au cours des débats et on peut donc dire que les réponses seront faites en connaissance de cause. Pelet se demande si le législateur respectera les droits des citoyens et si la constitution contient la disposition prévoyante qui empêchera la violation de ces droits. Il conclut qu'il faut entourer la liberté publique de formes plus rassurantes³¹. Mailhe qui doutait après Rouzet de l'utilité d'un Préambule, se demande si la Déclaration des droits sera une loi ou une brillante série d'abstractions philosophiques. L'expérience nous a appris l'utilité de la question. Or si la Déclaration n'est pas une loi de quelle utilité sera-t-elle ? S'il ne s'agit que de principes, à quoi servent des bases auxquelles on n'est pas lié ?³² Il y avait en réalité dans la crainte de proclamer les principes celle de leur valeur juridique obligatoire qui pourrait servir d'appui à des réclamations inacceptables³³. Cambacérès soutient au contraire l'utilité d'une telle proclamation pour mieux contraindre le législateur au respect de la constitution : « l'on donne au corps législatif une latitude beaucoup trop effrayante, si on ne l'astreint à des règles dans l'exercice de ses pouvoirs »³⁴. Il faut donc fixer des principes de façon très claire. Raisonant encore dans l'hypothèse de la constitution de 1793 et donc de celle d'un possible veto populaire, il souligne que la loi peut avoir un but caché qui n'apparaisse pas au peuple.

Les principaux représentants de la majorité vont présenter une double réponse distinguant la déclaration de la constitution proprement dite.

Une très large unanimité se dégage pour conclure au caractère non-juridique de la Déclaration que les intervenants aient été partisans ou non de cette proclamation des droits. Mailhe souligne que si cette Déclaration n'est pas une loi, il ne faut pas y mettre des principes contraires à ceux qui figurent dans la constitution. Bailleul et Rouzet, plus tard Thibaudeau, n'y voient qu'un traité ou des maximes de morale. Fréron avait exprimé cette opinion très tôt lorsqu'il appelait de ses vœux « la garantie des lois qui vous manquent; car la Déclaration des droits n'est qu'une série de principes »³⁵. Seul Garrand ose affirmer que si le principe d'égalité dans la constitution contredisait la Déclaration,

³¹ Séance du 19 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-173.

³² Séance du 16 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-148/149.

³³ Voir par exemple Thibaudeau dans la séance du 26 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-501 : « [...] je demande la question préalable sur toute déclaration des devoirs, car plus vous jetterez dans la société de ces maximes imparfaites et isolées, plus leur interprétation y répandra le trouble et la confusion ».

³⁴ Séance du 29 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-245.

³⁵ Séance du 21 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-436.

c'est la constitution qu'il faudrait modifier. Encore cette affirmation peut-elle s'entendre d'une obligation plus politique que juridique³⁶.

Les deux principaux rapporteurs confirment absolument le caractère non-juridique de la Déclaration. Pour Boissy d'Anglas ce n'est pas une loi mais un recueil de principes³⁷. Daunou s'opposant à Lehardy qui proposait un article signalant clairement que la Déclaration des droits et devoirs n'était pas une loi, appelle ses collègues au bon sens : « Vous sentez tous, citoyens, combien il est dangereux de dire que la déclaration des devoirs n'est pas une loi »³⁸. Cette réponse curieuse laisse plutôt entendre que ce qu'il ne faut pas dire clairement au peuple on peut cependant le penser, à moins qu'il n'ait voulu dire que si les droits ne sont que des principes les devoirs auraient au contraire une précision immédiatement juridique. La question est en partie résolue par la reprise d'un certain nombre de droits dans le Titre XIV, recevant ainsi la nature juridique de la constitution. Il convient de souligner que pour ne pas constituer des principes juridiques, la Déclaration a une valeur politique supérieure et obligatoire que rappelle l'article 1^{er} de la Déclaration des devoirs : « la Déclaration des droits contient les obligations des législateurs [...] »³⁹.

Tous attendent comme une garantie essentielle que la constitution proprement dite soit effectivement un texte de nature supérieure. Thibaudeau reçut de nombreuses marques d'approbation de la Convention lorsqu'il contesta la confiance de Bentabole dans de simples lois organiques pour la mise en oeuvre de la constitution : « on dit qu'une loi organique peut faire disparaître toutes ces craintes; mais, citoyens, faites attention que toute loi qui n'est pas constitutionnelle peut être abrogée par le corps législatif (on applaudit). Un loi qui sert de garantie à la liberté du peuple et à celle de ses représentants doit être immuable comme la constitution [...] »⁴⁰. Au cours des débats de l'An III on peut trouver un exemple concret de cette attente dans l'adoption de l'article 373 qui interdit au législateur de créer de nouvelles exceptions aux lois contre les émigrés.

La garantie réside donc dans la procédure de révision constitutionnelle et la relative rigidité du texte. Sieyès rappelle en effet à ses collègues comment en 1788 fut établie la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, découverte qui fit faire un pas à la science. La constitution est la référence supérieure pour le « tribunal législatif » de la même façon que la loi l'est pour les tribunaux judiciaires. Il confirme dans son second discours qu'« une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien [...] »⁴¹. Daunou sera en 1819 bien plus clair qu'en 1795 : « Une constitution n'est évidemment rien du tout, si ce n'est pas la loi de toutes les autres lois »⁴². Et il entend de

³⁶ Séance du 26 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-498.

³⁷ Discours préliminaire *précité* (note 14), p. 109 : « Cette déclaration n'est pas une loi, et il est bon de le répéter, mais elle doit être le recueil de tous les principes sur lesquels repose l'organisation sociale [...] » (souligné par nous).

³⁸ Séance du 26 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-501.

³⁹ Lanjuinais en soulignait clairement la signification : « [...] par cet article vous avez voulu dire aux Français qu'ils ne devaient pas se servir de la Déclaration des droits pour venir, avec l'étendard de la révolte, intimer aux législateurs des volontés séditeuses ; et que cet article rappelle en même temps aux législateurs, que pour maintenir la liberté nationale, la règle qu'ils doivent suivre est la Déclaration des droits » (séance du 26 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-501).

⁴⁰ Séance du 1^{er} germinal An III, *Mon. univ.*, 24-32.

⁴¹ Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-442.

⁴² Daunou, *Essai sur les garanties individuelles [...]*, *précité* (note 2), p. 159.

façon particulièrement stricte le lien de subordination au texte de la constitution car ce qui contredit la lettre du texte ne peut jamais être conforme à son esprit. Sur ce qui a été positivement résolu il n'y a rien d'autre à consulter que la lettre du texte.

Si la supériorité de la constitution fait l'unanimité, il reste à savoir de quelle nature est cette supériorité et quels en sont les instruments constitutionnels. Carré de Malberg rappelait que la garantie principale des droits individuels était la séparation des pouvoirs constituant et constitués. La rigidité constitutionnelle et l'organisation du pouvoir de révision confèrent en ce sens à la constitution de l'An III un brevet de garantie des droits. Cette supériorité attachée elle-même au désir forcené de stabilité politique de la République conduisit certains à réclamer la peine de mort pour ceux qui parleraient de révision. Personne n'eût envie d'y attacher une telle sanction. Mais les conventionnels adoptèrent un texte d'une grande prudence à l'égard du pouvoir de révision.

II. – LA « GARANTIE SOCIALE » DES DROITS

Après l'expérience du gouvernement révolutionnaire tous veulent des garanties. La nouvelle constitution devra les organiser puisqu'elle est la garantie des garanties. Ni la réaffirmation solennelle des droits, ni la proclamation du rôle central de la constitution ne constituent des nouveautés. La véritable question est, en réalité, celle des institutions ou des mécanismes qui garantiront effectivement ces droits. Il ne s'agit plus tant ici d'affirmer la finalité abstraite et générale de l'État moderne mais d'aménager le rôle du citoyen et des pouvoirs constitués en tant qu'acteurs directs et concrets de la garantie des droits. L'individu reste toujours présent en tant que finalité de l'État républicain, mais la véritable question est de savoir comment le citoyen dans la République pourra être acteur de la protection des droits, que ce soit de façon directe ou indirecte.

La constitution de l'An III consacre, une dernière fois dans les textes constitutionnels français, l'idée de « garantie sociale » des droits dans son article 22. La notion qui n'est pas neuve, mérite d'être définie. Il est nécessaire d'adopter une conception large de la garantie, qu'on réduit trop spontanément à la seule garantie juridictionnelle. On risquerait de ne pas comprendre les choix de l'An III en matière de garantie des droits et de caricaturer trop facilement le rejet du « jury constitutionnaire ». Il conviendra donc d'examiner ensuite les deux grands types d'institution des garanties qu'elle met en place : les institutions politiques et les institutions proprement constitutionnelles.

A. - La notion de « garantie sociale » en l'An III

Les constituants de l'An III manifestent une grande continuité avec leurs prédécesseurs de 1789-1791 et de 1793. Si l'expression de « garantie sociale » n'apparaît que dans le texte de 1793, elle existe en substance dans les idées constitutionnelles de 1789 comme en témoigne Sieyès.

La garantie sociale a, d'abord, un sens large qui reste implicite dans la constitution. Il désigne simplement la garantie qu'offre à l'individu le fait de vivre en société sous le pacte social. C'est là le sens ancien et originel que Sieyès rappelle indirectement lorsqu'il souligne que tout le monde social doit être pour la liberté individuelle⁴³. Il avait lui-même dès 1789 eu recours à la notion de garantie sociale dans l'article XI de sa déclaration des droits⁴⁴. Il en avait donné à cette occasion une conception qu'on peut tenir pour classique : « loin de diminuer la liberté individuelle, l'état social en étend & en assure l'usage; il en écarte une foule d'obstacles & de dangers auxquels elle était trop exposée, sous la seule garantie d'une force privée ; & il la confie à la garde toute-puissante de l'association entière »⁴⁵. Il en indiquait encore les moyens constitutionnels : « la séparation et une bonne constitution de tous les pouvoirs publics sont la seule garantie qui puisse préserver les Nations & les Citoyens de ce malheur extrême »⁴⁶. C'est Condorcet qui, en 1793, fit l'usage le plus systématique de la notion de garantie sociale.

Puisque cette garantie résulte de la vie en société, elle appelle donc l'existence d'une société politique et d'un État. Par là elle s'oppose à l'état de nature. Robespierre poussa jusqu'au bout les conséquences d'une telle définition. Dès lors que la garantie sociale viendrait à manquer, il faudrait considérer qu'on est retourné en état de nature, c'est-à-dire dans cette situation où chacun est de nouveau seul responsable de sa garantie et de sa survie. Robespierre justifiait par ce moyen le droit de résistance individuel à l'oppression⁴⁷.

Si la garantie sociale doit être ainsi comprise, elle équivaut à une garantie collective à la mise en oeuvre de laquelle sont convoqués tous les citoyens ; l'article 23 de la Déclaration de 1793 transcrit clairement cette conséquence : « la garantie sociale consiste dans l'action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits ; cette garantie repose sur la souveraineté nationale ». C'est donc une garantie essentiellement mise en oeuvre par des moyens politiques. Condorcet, parmi les moyens efficaces de protéger la liberté, avait indiqué la courte durée des fonctions, des élections fréquentes, le droit de demander la révision de la constitution, et enfin les diverses formes de réclamation réglées par la loi. Il avait encore évoqué la résistance qui peut s'exercer dans les formes de la loi. Par contre s'agissant de la résistance à la loi injuste, il ne pouvait que constater qu'il n'y avait pas d'autre juge de l'injustice de la loi que la majorité immédiate du peuple⁴⁸. La minorité ne dispose donc pas du droit de résister sauf comme le précise Condorcet à sortir du pacte social et à retourner à l'état de nature. La

⁴³ « J'ai souvent entendu parler de la cause finale du monde et de tout ce qu'il renferme ; il est bien plus vrai de dire que la cause finale de tout le monde social doit être la liberté individuelle ». Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-444.

⁴⁴ « La liberté, la propriété & et la sécurité des citoyens doivent reposer sur une garantie sociale, supérieure à toutes les atteintes ».

⁴⁵ E. Sieyès, « Préliminaire de la constitution française - Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen » 1789, in *Oeuvres de Sieyès*, notes et liminaire de M. Dorigny, Paris, EDHIS, 1989, pp. 25-26.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 30 ; le malheur extrême désigne l'hypothèse où le mandataire change en instruments d'oppression les moyens qui lui ont été confiés pour la garantie commune.

⁴⁷ Cf. les articles 30 et 31 de son projet de Déclaration des droits du 24 avril 1793 : « Quand la garantie sociale manque à un citoyen, il rentre dans le droit naturel de défendre lui-même tous ses droits » (art. 30), cité in *Les déclarations des droits de l'homme, 1789, 1793, 1848, 1946*, textes présentés par L. Jaume, Paris, G.F. Flammarion, 1989

⁴⁸ Cf. rapport fait au nom du comité de Constitution le 15 février 1793, in *Archives parlementaires*, T. 58, pp. 589-590.

constitution de 1793 inscrit, au-delà de la rhétorique du droit et du devoir d'insurrection (art. 33 à 35), des moyens plus précis de contrôler les décisions de l'Assemblée législative unique : le veto législatif (art. 59), l'initiative de la révision constitutionnelle (art. 115), l'annualité du mandat législatif.

La constitution de l'An III n'a pas repris explicitement cette définition de la garantie sociale mais on en retrouve les traces implicites tant celle-ci est inscrite dans la logique du droit public moderne. À sa manière la proclamation des devoirs consacre cette vision quoiqu'elle fasse peser en priorité sur les individus les obligations de la garantie sociale qui ne sont autres ici que les obligations de la vie sociale : les devoirs de l'individu sont commandés par l'obligation du « maintien de la société » (art. 1^{er} des Devoirs). Les articles 3 et 9 ne font que développer « les obligations de chacun envers la société ». Ce qui était auparavant la contrepartie implicite de la vie en société est simplement devenu un devoir explicite. Le contenu est identique même si l'esprit change.

La Constitution de l'An III utilise aussi la notion de « garantie sociale » en un sens explicite et plus précis. L'article 22 répète en réalité certaines des conceptions qui figuraient toutes dans les textes ou projets antérieurs : la nécessité de diviser les pouvoirs, de fixer leurs limites et d'assurer la responsabilité des fonctionnaires⁴⁹. La Commission des Onze avait, en juin 1795, pris soin de préciser le rôle du Gouvernement dans la garantie des droits, mais ne fut pas suivie par la Convention.

Par rapport à ce que la même Convention avait adopté deux ans auparavant, le texte de l'An III ne renvoie plus à la souveraineté nationale ni à l'action de tous pour la sauvegarde des droits de chacun. Par contre il établit à nouveau un lien explicite entre la garantie des droits et le principe de la division des pouvoirs, retrouvant dans l'article 22 une formulation plus proche encore de la Déclaration de 1789⁵⁰. La pensée de Sieyès fait naturellement le lien entre les deux textes, lui qui déclare de nouveau : « en fait de gouvernement, et plus généralement en fait de constitution politique, unité toute seule est despotisme, division toute seule est anarchie : division avec unité donne la garantie sociale, sans laquelle toute liberté n'est que précaire »⁵¹. Lakanal affine l'idée de division des pouvoirs en liant celle-ci au « gouvernement des lois » : si l'exécutif peut interpréter la loi au moment de l'appliquer, « où sera la garantie sociale » ?⁵².

La garantie des droits va donc très largement résulter de l'agencement des pouvoirs publics selon le principe de séparation ou de division des pouvoirs. C'est là, comme on le verra plus amplement, le principal moyen de protection des droits face à l'État. En effet, il n'y a pas d'action individuelle du citoyen, puisque l'action judiciaire ne concerne que l'individu, soit dans ses rapports avec ses semblables, soit au moment où il est fait

⁴⁹ Voir l'article 29 du projet de Condorcet, l'article 25 de celui des Girondins et l'article 24 de la Déclaration de 1793, qui, tous, reprennent les deux derniers éléments à l'exception de la division des pouvoirs.

⁵⁰ Bien que l'expression de séparation ou de division des pouvoirs n'existe plus dans la constitution de 1793, M. Troper pense que la continuité entre 1789 et 1793 quant à la conception de la séparation des pouvoirs existe : l'article 25 de la nouvelle Déclaration n'est qu'une paraphrase de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ceci vaut donc autant pour l'article 22 de la Déclaration de 1795 (cf. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 184).

⁵¹ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-291.

⁵² Séance du 12 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-334.

application de la loi à son égard. Il n'y a pas non plus d'action organisée et collective des citoyens (pétition, résistance à l'oppression) en dehors de l'usage contrôlé des libertés collectives de communication (réunion, presse, ...). Sur ces points la rupture avec les choix de la constitution montagnarde est patente. Les procédures de garantie liées à la démocratie directe ont disparu; il y a donc une réduction des institutions politiques de la garantie des droits. Il suffit de voir comment Boissy d'Anglas rejette le veto législatif, en parlant de « la juridiction turbulente et anarchique des assemblées primaires »⁵³. Il en résulte donc en l'An III une importance accrue de l'exercice des droits politiques qui restent les principaux moyens d'action en démocratie représentative. Tout le mécanisme de la « garantie sociale » revient pratiquement au fonctionnement de la démocratie représentative. Les constituants appliquent exactement les préceptes indiqués par Sieyès en 1789 et retenus par la majorité de l'époque comme formant le seul moyen de garantir efficacement les droits. Le paradoxe de la position de Sieyès est de le voir se séparer de ce choix et de se retrouver complètement isolé sur ce point puisqu'il va proposer d'y ajouter une garantie de type juridictionnel. Daunou, en 1819, n'a pas d'autre leçon à donner après l'expérience impériale : les garanties deviennent purement fictives à mesure que la représentation devient un vain simulacre et qu'on altère tous les ressorts de l'ordre judiciaire⁵⁴. On ne saurait avoir recours à d'autres mécanismes. Puisqu'il n'y a en pratique que les seuls mécanismes de la démocratie représentative, les procédés constitutionnels acquièrent plus d'importance encore pour la garantie : institutions constitutionnelles qui se réduisent de fait à une garantie formelle, c'est-à-dire celle qui résulte de la mise en place de procédures ou de mécanismes « garantissants » en dehors de tout contrôle au fond. En l'An III la « garantie sociale » se situe donc entre deux refus : celui de la démocratie directe et d'une garantie purement politique entre les mains des citoyens, et celui de la garantie juridictionnelle par le contrôle matériel de la constitutionnalité de la loi et la saisine individuelle de l'institution de contrôle.

B. - Les institutions politiques de la « garantie sociale »

Il faut entendre par institutions politiques de la garantie, et par différence avec les institutions constitutionnelles, l'exercice des droits politiques dans une république démocratique. C'est la « liberté publique » évoquée par exemple par Merlin de Douai dans son projet de décret définissant le rôle des Sociétés populaires⁵⁵, ou encore par ces pétitionnaires de la section de la République venus défendre la liberté de la presse⁵⁶. C'est donc la démocratie elle-même qui est la garantie des droits qu'elle proclame. Ces garanties sont immédiates en ce sens que les citoyens et les électeurs peuvent les exercer directement. Certes, en l'An III, les procédés de démocratie directe et les procédures populaires ont disparu, mais l'idée générale d'un rôle des citoyens subsiste néanmoins

⁵³ Discours préliminaire précité (note 14), p. 91.

⁵⁴ *Essai sur les garanties individuelles [...]*, précité (note 2), pp. 163 et s.

⁵⁵ Séance du 8 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-91 : « 3° Que les Sociétés populaires consistent en assemblées de commune, ou section de commune, dans lesquelles tous les citoyens se réunissent pour s'instruire à la connaissance de leurs droits et de leurs devoirs, à la constitution démocratique, à la haine des tyrans, à l'obéissance aux lois ».

⁵⁶ Séance du 24 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-462 : « [c]itoyens il n'y a point de liberté publique là où il n'y a point de liberté individuelle ; il n'y a point de liberté individuelle là où cette vérité est méconnue, que le domaine de la pensée est à la fois inaliénable, inviolable et sacré ».

dans la démocratie représentative. Thibaudeau après avoir conclu que c'était courir après une perfection chimérique que de vouloir donner des gardiens à une constitution et des surveillants aux pouvoirs constitués supérieurs, n'exclut pourtant pas toute garantie à ce niveau : « Les gardiens les plus sûrs et les plus naturels de toute constitution sont les corps dépositaires des pouvoirs, ensuite tous les citoyens »⁵⁷. Il exprime là la modération caractéristique de l'An III. La garantie appartient prioritairement aux pouvoirs constitués; les citoyens n'interviennent qu'après et probablement dans son esprit quand il est déjà trop tard et que la constitution est condamnée par le mauvais mécanisme des pouvoirs. Les deux derniers articles de la constitution sont eux aussi révélateurs. L'article 376, en rappelant aux citoyens que c'est de la sagesse des choix électoraux que dépendent la conservation et la prospérité de la République, souligne ce qu'une démocratie représentative attend des citoyens en matière de garantie. Toute leur action tient dans l'activité électorale épisodique. Il ne leur est demandé à l'article 377 que la vigilance des pères de famille et l'affection des jeunes citoyens. Cette prédication civique ne conduit qu'à une mobilisation morale des citoyens à l'exclusion de toute autre forme de mobilisation politique que le devoir électoral. On peut en effet se demander, avec la disparition des formes organisées de la démocratie directe, quelle seront les institutions et les autres formes politiques par lesquelles les citoyens seront encore susceptibles d'agir pour la garantie de leurs droits.

L'expérience de la Terreur pèse à l'évidence sur les choix de l'An III. Il faut d'abord souligner la peur du « peuple ». Elle est conservatrice socialement mais elle a aussi une dimension authentiquement démocratique en ce sens qu'ils ont fait en 1793-1794 l'expérience d'une destruction de l'espace politique lui-même sans lequel aucune vie démocratique et républicaine n'est possible⁵⁸. Il est apparu ensuite un doute « libéral » dont Sieyès est l'une des meilleures expressions, quant aux garanties que la démocratie peut apporter par elle-même à la liberté individuelle.

Il ne reste plus dans cette démocratie résolument représentative que deux formes d'intervention politique, l'une organisée, la « liberté publique », l'autre inorganisée, l'opinion publique.

1. - Une garantie politique organisée : la liberté politique

a) En ce qui concerne la garantie des droits, il y a donc un enjeu fondamental lié à la question de l'égalité politique et aux conditions de la participation politique. Dubois-Crancé reprenant un point de vue démocratique soutenait que « la vraie, la seule garantie du peuple contre le despotisme » consistait dans la confiance qu'il pouvait avoir dans une administration de son choix. Il faut donc avoir l'égalité politique, droit inaliénable sans lequel il n'y a pas de liberté. Concrètement il proposait que tout homme puisse volontairement acquitter une contribution pour pouvoir exercer le droit de vote⁵⁹. Daunou confirma que la constitution garantissait à tous la faculté de s'inscrire sur la liste des

⁵⁷ Séance du 24 thermidor, *Mon. univ.*, 25-488.

⁵⁸ Cf. P. Rolland, « L'apprentissage de la liberté politique », in *La constitution du 24 juin 1793- L'utopie dans le droit public français ?*, Colloque de Dijon, Dijon, éditions universitaires de Dijon, 1997, pp. 73-74.

⁵⁹ Séance du 23 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-214.

membres du souverain. Il reste que les conditions concrètes de la citoyenneté active se sont singulièrement rétrécies.

La référence à la souveraineté nationale sur laquelle repose la garantie sociale a disparu. C'est certainement un des effets de l'épisode de la Terreur et des conditions dans lesquelles la Convention a subi les pressions de la Commune de Paris. Berlier expose les équivoques de la notion de souveraineté au regard des droits de l'homme : « la souveraineté consiste-t-elle à faire tout ce qui plaît, sans que les limites en soient posées ? Dans ce sens elle ne serait qu'anarchie »⁶⁰. La volonté souveraine du peuple garantit-elle par soi le respect des droits et libertés, à partir du moment où cette volonté souveraine ne correspond pas à la volonté générale nécessairement raisonnable de Rousseau ?

Sieyès exprime encore plus fermement le rejet de la démocratie directe comme forme de garantie sociale des droits : « mais alors, comme à présent encore, il régnait une erreur grandement préjudiciable : c'est que le peuple ne doit déléguer de pouvoirs que ceux qu'il ne peut exercer lui-même. On attache à ce prétendu principe la sauvegarde de la liberté : c'est comme si l'on voulait prouver aux citoyens qui ont besoin d'écrire, à Bordeaux, par exemple, qu'ils conserveront bien mieux toute leur liberté, s'ils veulent se réserver le droit de porter leurs lettres eux-mêmes, car ils le peuvent, au lieu d'en confier le soin à cette partie de l'établissement public qui en est chargé »⁶¹. L'intérêt du peuple est au contraire de mettre ses pouvoirs en représentation. La liberté s'accroît lorsqu'on se fait représenter dans le plus de choses. Sieyès pousse ici la logique représentative jusqu'à un terme où même Benjamin Constant se gardera d'aller, puisqu'il mettra en garde contre l'abandon de tous nos droits politiques qui conduirait à la perte d'une garantie essentielle⁶².

b) Alors que la Convention reste discrète et implicite sur la fonction de garantie attachée au fonctionnement de la liberté politique, elle n'ignore pas le problème du contrôle des décisions du corps législatif sur lequel elle est au contraire prolix. La mise en oeuvre d'une garantie adaptée montre les contradictions auxquelles elle fut confrontée.

Il n'est, tout d'abord, pas question de se contenter de la bonne foi des représentants élus. Alors que la constitution de 1793 est toujours suspendue, ils sont plusieurs à souligner qu'en son absence on est contraint de s'en remettre à la bonne foi des députés ; c'est à leurs yeux une garantie parfaitement insuffisante. En termes contemporains, c'est un régime de non-droit constitutionnel qu'ils dénoncent, celui où on obéit aux hommes et non aux lois. Cambacérès soulignait « les inconvénients d'un gouvernement provisoire qui n'offre d'autre garantie aux droits de l'homme que la moralité de ceux qui gouvernent... »⁶³.

⁶⁰ Séance du 4 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-312.

⁶¹ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-292.

⁶² Cf. « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in *De la liberté chez les Modernes*, présentation M. Gauchet, Paris, Livre de Poche (coll. Pluriel), 1980, p. 512-513 : « Le danger de la liberté moderne, c'est qu'absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée, et dans la poursuite de nos intérêts particuliers, nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique... Où trouverions-nous ces garanties si nous renoncions à la liberté politique ? ».

⁶³ Séance du 29 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-244. Pelet va dans le même sens : « [L]orsque le régime politique de la Nation sera confié à ceux qui ne m'offriront d'autre garantie que celle de leur probité présumée, il est impossible que je ne redoute pas leur ambition ; il est impossible que je puisse me fier à des

Les conventionnels ne sont pourtant pas prêts d'admettre n'importe quelle forme de contrôle des représentants élus du peuple. Les formes issues de la démocratie directe sont clairement exclues à la fois en raison des souvenirs de la période précédente mais aussi à cause des contraintes propres à toute vie politique même républicaine. Villetard, à un moment où le gouvernement provisoire est encore en discussion, soutint que le peuple devait pouvoir dénoncer un de ses représentants et que la liberté publique en dépendait. Mais il ajoutait immédiatement qu'il fallait en même temps assurer la plus grande liberté d'opinion aux représentants. La solution concrète lui paraissait de n'en attribuer la connaissance à aucun des comités permanents mais à une commission tirée au sort. Plus que la solution, est révélatrice de la formation d'une tradition constitutionnelle républicaine la perception de cette contradiction entre les droits du peuple souverain et la nécessité d'une totale liberté d'opinion des représentants. Le souvenir de Camille Desmoulins et celui d'une Convention réduite au silence par Robespierre sont suffisamment forts pour que le vœu démocratique abstrait ne soit pas directement transposé dans la République française⁶⁴. Le refus exprimé par Boissy d'Anglas à l'égard d'une censure populaire de la loi votée par les représentants, ou veto législatif, est non moins significatif. Face à une assemblée unique et sans frein, la constitution de 1793 n'instituait que ce veto législatif entre les mains des assemblées primaires. Le despotisme du corps législatif n'est donc limité que par cette « juridiction turbulente et anarchique ». En dehors du jugement politique, Boissy ajoute aussi des arguments techniques qui marqueront la tradition républicaine française jusqu'en 1958. Il relève l'impossibilité matérielle de réunir aussi souvent qu'il le faut les assemblées primaires, et la difficulté, plus grande encore, de faire délibérer sur des objets législatifs. « Conçoit-on une délibération presque perpétuelle de six mille assemblées primaires... ? »⁶⁵. Boissy énonce alors l'argument libéral par excellence, celui que Constant théoriserait dans l'idée de liberté des Modernes : l'individu moderne n'est pas, comme le citoyen antique, libéré du travail et ne peut donc consacrer tout son temps à méditer les objets qu'on lui soumettrait. De plus, comme chez les Modernes de Constant, la vraie valeur est le travail et le bonheur individuel qu'on acquiert de la sorte. Boissy d'Anglas soutient qu'il ne faut pas « faire de la France un peuple constamment délibérant » ; il ne faut pas arracher à l'activité économique « des hommes qui serviraient mieux leur pays par leur activité assidue que par de vaines déclamations et par des discussions superficielles »⁶⁶. Boissy y ajoute encore la crainte que cette procédure ne fasse émerger les conflits d'intérêts et qu'une guerre civile ne déchire la France. Il exprime donc une crainte véritable de la politisation et de la mobilisation trop forte des citoyens. La réponse de la constitution renforce au contraire l'indépendance des représentants : les articles 110 à 123 forment « la garantie des membres du Corps législatif » où on retrouve toutes les prescriptions concernant les immunités parlementaires, quatorze articles qui contrastent avec les deux articles 43 et 44 qui réglaient le même problème en 1793. La République qui se met en place, en quelque

hommes : la loi seule peut être ma sûreté ; je ne puis me confier qu'à la loi, je ne veux croire que les promesses de la loi » (séance du 19 germinal An III, *Mon. univ.*, 24-173). Fréron plus nettement encore se plaignait que « c'est une bien faible garantie, ou plutôt ce n'en n'est plus une que celle qui ne repose que sur la moralité des hommes, et vous n'en n'avez que trop fait l'expérience ! » (séance du 24 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-431).

⁶⁴ Sur ce point, voir P. Rolland, « Politique de l'Indulgence », *Revue française de Science politique*, vol. 37, octobre 1987, notamment pp. 631 et s.

⁶⁵ Discours préliminaire précité (note 14), p. 91.

⁶⁶ *Ibidem*.

sorte pour le temps ordinaire, doit donc faire face à quelques contradictions inhérentes à la vie politique démocratique qui avaient été passablement masquées par la tension du temps de crise en 1793 et 1794. Elle apprend à les gérer avec ses propres justifications.

On préfère donc s'en remettre au seul contrôle politique des élus. Condorcet, deux ans auparavant, avait considéré que le renouvellement des assemblées était « un préservatif suffisant contre les projets d'usurpation des pouvoirs et de destruction des libertés »⁶⁷. C'est du jeu même de la démocratie politique qu'il attendait une garantie suffisante. La constitution de 1793 (art. 32) avait prévu des élections annuelles. Boissy d'Anglas fait preuve sur ce sujet de pragmatisme et de prudence. Il retient bien l'idée selon laquelle un mandat législatif court offre une garantie, mais il veut tenir compte aussi de la nécessité d'éviter les secousses que provoqueraient selon lui des élections trop fréquentes. Il propose de combattre l'instabilité par le renouvellement partiel ; le renouvellement total conduirait à cette instabilité législative qui détruit ce qui a été fait auparavant et dans laquelle les conventionnels voient l'une des principales atteintes aux droits et libertés. La durée du mandat retenue, trois ans, est relativement brève, y compris pour la tradition républicaine qui a suivi.

La question de la réélection des députés sortants a, de même, fait l'objet d'un débat hésitant. Les conventionnels eurent de la peine à trancher. Certains tenaient pour la non-rééligibilité immédiate. Hardy invoqua Mably pour alerter sur le danger des réélections⁶⁸. Les partisans de la liberté de choix du peuple, c'est-à-dire de la rééligibilité indéfinie, soutinrent que le seul critère de choix devait être la confiance du peuple ; toute autre solution conduit à ce qu'on soit contraint de voter contre son gré⁶⁹. Cambacérès fit valoir qu'on n'avait rien à craindre de la formation d'une classe politique et que ce pouvait être un garant contre l'anarchie. Surtout il rappela la pratique de Robespierre qui, pour s'être noblement opposé à la réélection des Constituants, n'en continua pas moins son activité politique sous l'Assemblée législative⁷⁰. Il ne faut, au demeurant, rechercher aucune perfection chimérique. Daunou articula deux types de réponses à ce débat. L'une, politique, considérait que les élections annuelles rendraient les électeurs trop puissants ; l'autre, pragmatique, que la mobilisation permanente qu'on vient de connaître est trop fatigante et conduit à l'abstentionnisme. Il résume ainsi brièvement toute l'argumentation de la démocratie représentative, cette « découverte des Modernes » selon B. Constant⁷¹. La constitution trancha en adoptant dans ses articles 54 et 55 une solution médiane : tout représentant est renouvelable une fois immédiatement puis ensuite après un intervalle de deux ans ; il ne peut exercer pendant plus de six années consécutives un mandat. La publicité des débats parlementaires est une des autres voies par lesquelles le peuple peut contrôler l'assemblée élue. Le poids du peuple parisien dans la tribune était suffisamment évident, jusques et y compris après Thermidor, pour que le débat ne soit pas purement technique. Boissy d'Anglas ne veut pas priver la République de la publicité des délibérations de son assemblée. Il faut pourtant en assurer l'indépendance contre la foule turbulente et une fois de plus combiner la liberté du peuple et l'indépendance des

⁶⁷ Discours précité, *Archives parlementaires*, T. 58, pp. 588-589.

⁶⁸ Séance du 30 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-278. Il fut soutenu par Girod-Pouzol et Guyomard lequel énonça le lieu commun démocratique : « [a]près avoir exercé le suprême pouvoir, il faut aller se retremper dans la source de l'égalité » (p. 279).

⁶⁹ Cf. Cambacérès, séance du 30 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-278.

⁷⁰ Même séance, p. 279.

⁷¹ Même séance, p. 279.

représentants élus. Concrètement il propose de limiter le nombre de ceux qui pourront avoir accès aux tribunes, en renvoyant au rôle compensatoire de la presse qui permet à la France entière d'assister aux débats. Charlier protesta contre cette limitation du nombre des assistants aux débats au nom de l'idéal de démocratie directe : « tous les citoyens ont le droit de venir s'assurer eux-mêmes si tous leurs mandataires votent bien »⁷². Il provoqua une vive réaction dans la Convention où certains considérèrent qu'il voulait maintenir les pratiques de Robespierre⁷³. On craignit de même, à propos de la formation de l'assemblée en comité secret ou de l'exclusion de l'appel nominal, « qu'à force de garder le secret sur les opérations du corps législatif, on ne facilite à une faction aristocratique les moyens de s'emparer des pouvoirs et de la liberté du peuple, en se soustrayant à ses regards »⁷⁴.

c) En 1793 la question de la résistance à l'oppression avait explicitement été traitée. Mais les réponses, que ce soient celles de Condorcet, de Robespierre ou de la constitution elle-même, restaient marquées par une démarche logique plutôt que concrète et juridique. En effet la reconnaissance de ce droit résultait en réalité de la constatation fondatrice que la société civile qui opprimait l'un de ces membres, ruinait les fondements du pacte social et justifiait sous le nom de résistance à l'oppression le retour ou plutôt le constat que l'on était retourné à cet état de nature où chacun a la charge de sa propre conservation par tous moyens utiles.

Les thermidoriens se préoccupent très tôt de la question. Il s'agit pour eux, une fois de plus, de n'avoir qu'une approche parfaitement concrète : comment obtenir que toute minorité se croyant ou se disant opprimée ne se sente confortée, par ce droit, dans son refus d'obéir à la loi de la majorité voire dans sa décision de se révolter. Sous de vifs applaudissements, Thibaudeau s'interroge : « il faut savoir si vous voulez et s'il n'est pas contraire aux intérêts du peuple de laisser aux factions qui naissent dans les républiques le droit d'insurrection partielle »⁷⁵. Il pose la question essentielle de savoir qui peut légitimement engager le peuple dans une révolution, qui a le droit de prendre l'initiative de l'insurrection. Boissy d'Anglas donne la réponse dans son discours préliminaire en attaquant sévèrement la constitution de 1793 sur ce point. Celle-ci, si vague sur tant de points, n'est claire que sur la consécration du droit d'insurrection partielle. Sa position est à la fois politique et juridique. Il faut éliminer du recueil des principes de l'organisation sociale ces ferments d'anarchie. On le fera « en substituant des définitions claires à des tournures vagues, obscures et captieuses qui ne pouvaient qu'égarer »⁷⁶. Il proclame en réalité un peu plus tard qu'il est impossible d'énoncer les cas où l'insurrection est légitime et devient un droit. Il dégage pourtant bien un critère de légitimité en distinguant l'insurrection générale et l'insurrection partielle; mais celui-ci conduit à éliminer la question de la Déclaration des droits. En effet, ou bien l'insurrection est générale et elle se passe d'apologie, ou bien elle est partielle et elle est toujours condamnable. N'est-ce pas là une application du critère de la vérité qui ne peut résulter que de sa généralité. Boissy serait ici plus proche de Rousseau que Robespierre qui admettait la vérité de la volonté individuelle. Il vaut d'être noté que le critère fut appliqué par l'accusateur public,

⁷² Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-299.

⁷³ Même séance, p. 299.

⁷⁴ Intervention de Quirot au cours de la même séance, p. 300.

⁷⁵ Séance du 1^{er} germinal An III, *Mon. univ.*, 24-32.

⁷⁶ Discours préliminaire précité (note 14), *Mon. univ.*, 25-91.

lors du procès de Vendôme, à Babeuf qui invoquait ce droit d'insurrection⁷⁷. Boissy d'Anglas donnait la solution simple d'un problème sérieux en démocratie. Formellement il y a une obligation de respecter les décisions majoritaires constitutionnellement adoptées. Mais il est alors difficile d'organiser et d'institutionnaliser la façon dont la volonté démocratique s'exprimera contre ses représentants régulièrement élus. En dehors du temps des élections législatives, on aura toujours tendance à y voir une faction. Sieyès tente à sa façon de surmonter ce paradoxe en créant un « Tribunal du peuple français » ; dans ce cas la fonction tribunitienne échappe à la qualification de factieuse puisqu'elle est intégrée dans les institutions. Le problème n'est en réalité que déplacé parce que jamais la démocratie représentative ne pourra, si elle respecte la liberté, ambitionner de représenter exactement la totalité de la nation. Il y aura donc toujours des « exclus », ignorés de ce tribun du peuple institutionnalisé.

Avec la disparition du droit de résister à l'oppression et du droit d'insurrection, et en l'absence de procédure particulière de contrôle de la loi (censure ou veto législatif, contrôle de constitutionnalité), l'essentiel des mécanismes de garantie des droits consiste dans le fonctionnement modéré des organes de la démocratie représentative. C'est donc bien la tradition parlementaire républicaine qui se met ici en place.

2. - Une forme spontanée de la garantie politique : l'opinion publique

L'An III proclame toutes les libertés formatrices de l'opinion publique. Les conventionnels ressentent pourtant des difficultés à préciser exactement le rôle qu'ils veulent donner à l'opinion publique dans la République.

Les libertés formatrices de l'opinion publique sont proclamées en liaison explicite avec elle et en tant que facteur de garantie des droits. Deux sont essentielles.

Boissy n'hésite pas à souligner, parmi les dispositions qui garantissent particulièrement la liberté des citoyens, celles qui concernent la liberté de la presse⁷⁸. Il faut se rappeler l'apologie que les thermidoriens font de Camille Desmoulins et du symbole que représente son journal « Le Vieux Cordelier » dont ils assurèrent la parution posthume du dernier numéro précisément consacré à la défense de la liberté de la presse⁷⁹. Fréron défend cette dernière contre ceux qui veulent le retour à la terreur et il proteste contre l'idée qu'il y ait « des garanties contre les abus de la presse » et il ajoute : « mais ne parlera-t-on jamais aussi d'une garantie pour les écrivains contre les coups d'autorité des gouvernants ? »⁸⁰. Boissy d'Anglas a rappelé qu'elle permettait de rendre public le débat dans la démocratie représentative. Au moment de l'adoption de l'article 353, certains conventionnels se montrent inquiets à l'idée que le législateur puisse « faire des lois sur la liberté de la presse ». Trois assemblées n'y sont pas parvenues mais on craint qu'une

⁷⁷ Cité par J.L. Talmon, in *Les origines de la démocratie totalitaire*, Paris, Calmann-Lévy, 1966, pp. 264-265.

⁷⁸ Discours préliminaire précité (note 14), p. 109.

⁷⁹ Cf. par exemple Baudin, dans un discours du 1^{er} fructidor An III au nom de la commission des Onze (*Mon. univ.*, 25-530) : « [...] vous couriez en foule chez Desenne, acheter le *Vieux cordelier* ; mais, trop prudents pour vouloir seulement être inscrits sur la liste des souscripteurs, vous laissiez à l'écrivain tous les risques ; [...] » ; voir encore la même référence pour défendre la liberté de la presse chez le thermidorien Courtois (opinion sur la liberté de la presse, Conseil des Anciens, séance du 27 messidor an 7).

⁸⁰ Séance du 21 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-436.

autre ne soit plus heureuse. On ne doit pas restreindre ce droit sous prétexte de punir : « il est étonnant qu'à la fin du 18^{ème} siècle, après six années de révolution, on ne soit pas plus éclairé sur cette matière »⁸¹.

La question de la liberté de réunion et de celle d'association est marquée par la hantise du Club des Jacobins, c'est-à-dire par l'hypothèse d'une minorité, non élue de la nation, imposant sa volonté à la majorité des représentants régulièrement élus. La constitution dans ses articles 360 et 361 traite de façon négative cette liberté qui n'est proclamée qu'implicitement contrairement à la liberté de la presse. Par contre l'essentiel de ce qui est prévu vise à empêcher que se forme de nouveau l'équivalent d'un Club des Jacobins. Boissy d'Anglas avait, là encore, indiqué les critères qu'il fallait utiliser. Désireux de « dispositions claires et précises » sur le droit de s'assembler paisiblement, il ne semble avoir été écouté que partiellement. Il refuse « l'agrégation liberticide » qui formait dans l'État une puissance supérieure à toutes les autres. La constitution interdit à aucune société de se dire populaire, c'est-à-dire représentante du peuple. Ainsi se forme ce monopole de la représentation au profit de ceux qui ont été constitutionnellement désigné à cet effet. Dire qu'une société n'est populaire que si elle pratique l'égalité d'admission de tous, revient à traiter les autres d'« agrégations particulières » que la police doit surveiller. Le résultat est que ne peuvent vraiment se dire populaires que la seule représentation nationale ou « les portions légalement instituées de la grande assemblée de tout le peuple », autrement dit les assemblées primaires⁸². Boissy d'Anglas craint la « corporation » qui substituerait à l'opinion individuelle celle d'une majorité factice. Il retrouve ici le terrain de l'opposition du général et du particulier qui lui a déjà permis de disqualifier le droit de résister à l'oppression. On assiste ici encore à la formation d'un autre élément de la tradition constitutionnelle républicaine dans cette méfiance à l'égard des partis, des groupes politiques et de tout ce qui pourrait, d'une part relativiser le monopole de la représentation parlementaire qui a seule aptitude à la généralité, et d'autre part porter atteinte à l'intégrité et au solipsisme de l'opinion individuelle.

On retrouve dans les débats une apologie classique de rôle de l'opinion dans une république démocratique. La Révellière-Lépeaux est le plus typique lorsqu'il évoque la puissance de l'opinion qui serait capable d'arbitrer les conflits entre les deux Conseils. On a bien vu, selon lui, comment la puissance du veto royal avait été limitée par la puissance de l'opinion. Il manifeste donc un grand optimisme quant à la capacité de l'opinion d'intervenir positivement dans les conflits entre les pouvoirs⁸³. Thibaudeau développe aussi une vision assez abstraite et convenue. Le vœu national est la plus forte garantie de la constitution et il parle du frein puissant contre les ambitions individuelles que constitue l'opinion publique chez les peuples libres⁸⁴. Cela reste une vision abstraite que l'expérience révolutionnaire aurait dû conduire à approfondir. Il y a un paradoxe de l'opinion publique dans une démocratie que Daunou expliquera bien mieux plus tard. La

⁸¹ Intervention de Villers dans la séance du 28 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-520 ; voir aussi la réponse de Roux.

⁸² Discours préliminaire précité (note 14), p. 110.

⁸³ Séance du 30 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-272 : « [l']idée seule d'un refus qui peut être fait par une seconde branche de législation, lequel refus, je le répète, sera à coup sûr éclairé par l'opinion publique, sera plus que suffisant pour donner une profonde maturité aux délibérations des Cinq-Cents, [...] ».

⁸⁴ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-489 ; arguments qu'il fait précisément valoir contre le jury constitutionnaire.

démocratie repose sur l'opinion mais l'opinion est libre de s'en détourner. « L'unique force d'un peuple pour maintenir les lois constitutionnelles et les garanties qu'elles consacrent, consiste dans ce que nous avons appelé opinion publique. Il s'agit toujours de savoir si cette opinion exercera son empire contre les premiers essais d'actes et surtout de lois arbitraires ; [...] »⁸⁵. Il est donc conduit à avouer que le fondement indispensable de la démocratie est en même temps fragile.

La discussion sur le droit de pétition révèle, au-delà des doutes, les équivoques de la position des conventionnels à l'égard de l'opinion publique. La première est la crainte d'un pouvoir rival. La pétition peut constituer une forme organisée de l'expression de l'opinion publique mais il est difficile d'oublier les débordements auxquels elle donna lieu. Pour désamorcer le danger des pressions populaires et la puissance politique de ce droit, Boissy d'Anglas réaffirme la conception fixée par l'Assemblée constituante⁸⁶ en recourant une fois de plus à la distinction du particulier et du collectif : la pétition doit rester un simple droit individuel, qui s'apparente à un recours gracieux ou hiérarchique. Il propose donc le système que consacrera l'article 364. Le droit de pétition est un droit inviolable et sacré tant qu'il reste individuel. Il ne doit pas être usurpé par des « corporations quelconques » qui se substitueraient à l'opinion individuelle et ne formeraient qu'une « majorité factice ». Boissy dénonce clairement une rivalité de pouvoir lorsque, sous prétexte de plainte, « des hommes coupables, forts de leur nombre et de leur crédit, [s'assurent] le pouvoir d'intimer des ordres [...] »⁸⁷. L'individualisme républicain par sa peur des « corporations » et des groupes montre ici ses limites. Il manifeste sa peur de pouvoirs rivaux mais par là même celle de contre-pouvoirs collectifs, populaires ou simplement démocratiques. La peur de tout ce qui est collectif conduit même à se demander s'ils prennent au sérieux l'idée d'opinion publique à laquelle ils sacrifient pourtant si volontiers. Elle est collective et passe par des manifestations collectives de toute nature, ou elle ne peut pas constituer un contre-pouvoir et un élément de garantie des droits. Son caractère purement individuel ne distingue pas ce droit des pratiques de requête gracieuse dans les régimes non démocratiques.

La seconde équivoque est plus grave en un sens parce qu'elle est plus générale. Tous vantent l'opinion publique; mais ils sont conduits à se demander de quelle opinion il doit s'agir ? Toute opinion est-elle bonne dès qu'elle est collective et exprime l'opinion publique du moment ? Daunou en 1819 souligne les équivoques de la notion : « ne prenons pas toutefois une idée exagérée ni de la puissance ni de la rectitude de l'opinion publique. Non, elle n'est pas toujours la reine du monde... »⁸⁸. Nos opinions ont deux sources différentes, l'imagination et la raison. Daunou est ainsi conduit à distinguer l'opinion vulgaire de la véritable opinion publique. Il peut alors constater que l'opinion vulgaire peut s'associer au pouvoir arbitraire et que l'opinion publique ne se défait que lentement des opinions vulgaires. L'opinion est loin d'être toujours victorieuse et dans les

⁸⁵ Daunou, *Essai sur les garanties individuelles...*, précité (note 2), p. 208. Il termine son chapitre en redisant de façon plus nette encore : « [a]insi, pour que des garanties déclarées deviennent inviolables et cessent enfin d'être fictives, tout se réduit à un seul point, savoir, que la nation veuille en effet en jouir, et se donne des représentants qui aient la même volonté » (*ibidem*, p. 230).

⁸⁶ Cf. J.J. Clère, « Le droit de pétition aux Chambres de 1789 à nos jours », in 1791. *La première constitution française*, Actes du colloque de Dijon, Paris, Economica, 1993, pp. 299 et s.

⁸⁷ Discours préliminaire précité (note 14), p. 110. Il retrouve exactement les arguments que fit valoir Le Chapelier au moment de l'adoption de la loi des 10-18-22 mai 1791 organisant le droit de pétition (cf. J.J. Clère, précité (note 86), p. 302).

⁸⁸ Daunou, *Essai sur les garanties individuelles [...]*, précité (note 2), pp. 84-85.

circonstances difficiles, l'opinion publique ne se fait pas toujours entendre. De plus il pense qu'on gouverne les opinions vulgaires, alors que l'opinion publique est ingouvernable, en ce sens ici qu'elle ne se soumet jamais. Si Daunou assimile l'opinion publique à la raison et aux Lumières, on comprend l'importance, en l'An III, des éléments d'éducation et de contrôle de l'opinion. « Chez un peuple avide de liberté, jaloux des droits qu'il vient de conquérir par tant de sacrifices et de victoires, peut-on mieux assurer les progrès de l'instruction, que de la proclamer comme la condition indispensable de toute activité politique »⁸⁹. Daunou justifiait ainsi le fait que l'exercice des droits de la cité soit réservé à ceux qui savent lire et écrire. Boissy d'Anglas introduisait le futur titre X de la Constitution sur l'instruction publique en signalant qu'« à côté de l'édifice sacré de l'organisation sociale s'élèvera celui de l'instruction qui doit lui servir d'auxiliaire, et en fait essentiellement partie »⁹⁰. Il n'y a pas de liberté sans instruction. On a l'habitude de souligner le caractère de réaction sociale dans les conditions du droit de vote adoptées en l'An III. Il faut aussi montrer qu'elles découlent encore du rationalisme avec lequel a été considérée la notion d'opinion publique. C'est une des raisons pour lesquelles ils ont constitutionnalisé l'instruction publique. L'article 301, dernier de ce titre, établit bien le lien entre leur vision de la citoyenneté et la garantie des droits. Les fêtes nationales qui seront établies auront notamment pour but, outre l'entretien de la fraternité entre les citoyens, de « les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois ».

L'An III se caractérise donc, au-delà de la rhétorique classique sur l'opinion publique fondement de la démocratie, par une peur des formes collectives d'expression de l'opinion publique, réduisant de façon un peu paradoxale celle-ci à la collection inorganisée des opinions individuelles éclairées. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils craignent l'opinion publique concrète soupçonnée de n'être jamais l'opinion raisonnable.

C. - Les institutions constitutionnelles de la « garantie sociale »

L'article 22 de la Déclaration énonce la « garantie sociale » en un sens strict qui comporte trois éléments : la division des pouvoirs, la définition précise des compétences et la responsabilité des fonctionnaires publics.

La division des pouvoirs est la réponse pratiquement unanime et répétitive que les conventionnels donnent à la question de la garantie des droits après l'expérience du gouvernement de salut public. La majorité de la Convention reste donc dans la tradition constitutionnelle inaugurée en 1789, liant étroitement la garantie des droits et la séparation des pouvoirs. L'innovation en 1795 ne porte que sur un point, et encore peut-on le considérer comme une simple application technique, la division du corps législatif en deux chambres non fondée sur une différence de classe sociale. À partir du moment où on a découvert que le législateur pouvait être lui aussi tyrannique, la séparation des pouvoirs de 1789 est devenue une division au sein des pouvoirs et tout particulièrement du pouvoir législatif. Le ton a été donné très tôt, dès la discussion sur le gouvernement

⁸⁹ Séance du 26 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-244 ; il ajoutait encore avec la même logique : « [...] c'est presque fonder des écoles que de fermer la porte des assemblées publiques à ceux qui auraient négligé de s'instruire ».

⁹⁰ Discours préliminaire précité (note 14), p. 113.

provisoire. Lesage, membre de la commission des Onze contesta le fait de confier à un comité de législation l'exercice de toute la puissance exécutive : « [...] la première base de toute constitution, [...] le premier soutien de la liberté publique, [...] la garantie la plus ferme de tous les droits de l'homme vivant en société se trouvent dans la division des pouvoirs »⁹¹. Le propos paraît rapidement évident à tous, ainsi que le note Cambacérès : « nous sommes tous d'accord qu'elle [la proposition] tient à la séparation des pouvoirs sans laquelle il est difficile de donner aux gouvernés une garantie contre les gouvernants »⁹². La séparation des pouvoirs est donc « le palladium de la liberté »⁹³. Le mécanisme de division des pouvoirs aboutit en l'An III à ajouter le bicaméralisme à la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. La nouveauté par rapport à la période précédente (1791 et 1793) est donc de concevoir la nécessité d'ériger une digue puissante à l'impétuosité du corps législatif par sa division⁹⁴. Eschassériaux rappela que les Américains avaient aussi trouvé un frein dans cette division des chambres qui impose des formes à l'examen de la loi et laisse le temps à l'opinion publique de se fixer. La division du corps législatif protège donc contre l'ambition, les factions et les passions violentes⁹⁵.

Au-delà de ce qui constitue la forme constitutionnelle principale de la garantie, il y a peu de choses à dire des deux autres qui n'en sont que le complément logique. On notera simplement que la définition précise des compétences appelle une juridicité dans la rédaction et l'interprétation de la constitution. Quant à la responsabilité des fonctionnaires publics, Villetard dira que le palladium de la liberté réside dans l'élection de tous les fonctionnaires publics du juge de paix au législateur. Il n'y aurait de démocratie que là où le peuple nomme ses fonctionnaires⁹⁶. Il ne conçoit donc de garantie contre les abus de pouvoir des fonctionnaires que politique. La question est en fait à lier au problème plus large de la responsabilité de l'exécutif et de l'administration⁹⁷.

Il reste à saisir la nature exacte de cette garantie. C'est Thibaudeau qui en présente la meilleure théorie précisément parce qu'il veut écarter cette autre forme de garantie que

⁹¹ Séance du 20 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-423 ; il appelle donc à diviser les pouvoirs : « [l]e temps est venu de rendre hommage aux principes, de diviser les pouvoirs essentiellement distincts et qui ne peuvent se confondre sans perpétuer le désordre de toutes les parties de l'ordre public » (*ibidem*, p. 424). « Le mal est [...] dans le renversement de cette idée-mère, de cette première base de l'ordre social que le pouvoir législatif et l'autorité exécutive ne peuvent reposer sur les mêmes hommes, que leur division est impérieusement nécessaire; que leur confusion produit la tyrannie ou le despotisme des gouvernants, ou enfante l'anarchie ou le despotisme des gouvernés » (*ibidem*, p. 425).

⁹² Séance du 20 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-429 ; voir dans le même sens Boissy d'Anglas : « [d]e la séparation des pouvoirs dépend la liberté ou la tyrannie » (*ibidem*, p. 426) et Hardy (séance du 28 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-520). C'est la preuve que la tradition constitutionnelle est bien implantée. Il suffit de citer l'intervention du constituant Rhedon au moment de l'adoption de l'article 16 de la Déclaration dans la séance du 26 août 1789 : « [c]'est la distribution sagement combinée des divers pouvoirs qui assure les droits des citoyens et tel est l'objet de la Constitution » (cité par S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette Pluriel, 1988, p. 253). À cette déclaration fait exactement écho celle du girondin Salle dans la séance du 22 avril 1793 : « [j]'estime que vous, dont la liberté ne peut être garantie que par la division des pouvoirs que vous confiez à ceux qui vous gouvernent, vous devez limiter ces pouvoirs », cité par M. Troper, *op. cit.*, p. 184.

⁹³ Cambacérès dans la séance du 30 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-277.

⁹⁴ Selon les formules de Boissy d'Anglas dans son discours préliminaire, *précité*, pp. 94 et 98.

⁹⁵ Séance du 29 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-269.

⁹⁶ Séance du 12 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-336.

⁹⁷ Il est abordé juste avant par Lakanal et Eschassériaux (pp. 334 et 335).

propose Sieyès, le contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe spécialisé⁹⁸. Il distingue deux sortes de moyens pour contenir les pouvoirs : les moyens « externes », c'est-à-dire la démocratie (la censure, l'appel au peuple) ou « tout autre corps établi pour juger les infractions à la constitution » ; et par ailleurs les moyens « inhérents », c'est-à-dire les pouvoirs eux-mêmes. Les moyens externes sont affectés d'une faiblesse majeure car ils sont sujets à ce cercle vicieux : qui gardera le gardien ? Les moyens « inhérents » consistent dans la passion des pouvoirs à préserver leur propre puissance, laquelle produit le contrôle efficace : « les corps défendent la constitution en défendant les prérogatives et les droits qu'elle leur attribue »⁹⁹. Les gardiens naturels de la constitution sont donc les pouvoirs eux-mêmes et « ensuite tous les citoyens ». Il faut donc diviser les pouvoirs afin qu'il y ait un jeu entre eux leur permettant de se modérer mutuellement. Thibaudeau refuse de s'investir dans le débat sur le fait de savoir s'il s'agit de concours ou d'équilibre des pouvoirs. Par contre on n'attachera jamais assez d'importance à la division du corps législatif : « je la considère comme la seule garantie raisonnable et possible d'une constitution républicaine, de toute constitution »¹⁰⁰. C'est là que se trouve véritablement la sauvegarde de la liberté et de l'indépendance des pouvoirs. La garantie réside donc dans cette bonne organisation des pouvoirs¹⁰¹. Toute la question de la garantie tient donc dans la capacité d'organiser chaque pouvoir et tous les pouvoirs de sorte que poursuivant leur intérêt particulier ils servent néanmoins la conservation de la constitution et l'intérêt de tous, c'est-à-dire en particulier la garantie des droits : « [...] il faut [...] qu'ils soient forcés à se respecter mutuellement par le sentiment de leur force et de leur dignité. Il faut que dans l'organisation du gouvernement chacune de ses parties soit établie et posée de manière à retenir toutes les autres dans leur place ; il faut pour ainsi dire opposer l'ambition à l'ambition... »¹⁰². La modération des pouvoirs, garantie de nos droits, ne viendra pas d'un contrôle extérieur mais du seul jeu des pouvoirs pourvu qu'il soit bien organisé¹⁰³. Les moyens externes de limitation des pouvoirs sont dans une contradiction insurmontable qui les rend inefficaces. Un organe qui ne dispose que de moyens moraux et qui ne constitue donc pas un pouvoir, ne peut faire cesser la guerre entre les pouvoirs. Il faut donc qu'il soit pouvoir lui-même afin d'intervenir utilement ; mais alors on n'a fait que repousser le problème¹⁰⁴. Ce nouveau pouvoir extérieur aux rapports organisés entre les pouvoirs se révèle donc plus dangereux encore car il est illimité.

Tout ceci confirme la mise en place d'une tradition constitutionnelle républicaine, sensiblement différente, en matière de garantie des droits, des options du libéralisme politique. C'est de la démocratie représentative bien agencée que résulte l'essentiel de la garantie des droits. On comprend la remarque que fait encore Daunou en 1819¹⁰⁵. Pour

⁹⁸ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-484 et s.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 488.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 488.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 489 : « [j]e persiste à dire que c'est dans cette organisation même que se trouve toute garantie... » ; Louvet confirme ce point de vue : « avec l'intérêt et le besoin qui sont donnés à chacun de vos pouvoirs de veiller à la conservation de la constitution un jury constitutionnaire me paraît une superfétation... » (*ibidem*, p. 480).

¹⁰² Thibaudeau, *ibidem*, p. 488.

¹⁰³ Thibaudeau se fait une image classique du rapport entre les pouvoirs comme rapport de force. Ceux-ci chercheront toujours à étendre leur pouvoir et donc à porter atteinte à la constitution (*cf.* p. 487).

¹⁰⁴ C'est pourtant ce à quoi aspire encore B. Constant dans les *Principes de politique* de 1815 avec sa théorie du pouvoir neutre.

¹⁰⁵ Daunou, *Essai sur les garanties individuelles [...]*, précité (note 2), p. 197.

s'assurer que les moyens des garanties seront bien employés tout revient à bien choisir les représentants. En effet, pour lui, « aucune sorte de combinaisons politiques et de dispositions législatives » ne permet de nous en assurer. Si les représentants violent les garanties, on sort de l'ordre constitutionnel. La garantie des droits échappent largement à l'intervention directe des citoyens. Ceux-ci élisent des représentants et ne pèsent sur la décision que par le biais d'une opinion publique diffuse et systématiquement non organisée dans son expression. L'intervention directe du citoyen manifeste plutôt la sortie de l'ordre constitutionnel par une résistance à l'oppression, individuelle ou collective. Ainsi la seule « garantie sociale » pensable en l'An III est une garantie « médiate » des droits qui repose sur une double exclusion : l'exclusion du citoyen, celui-ci privé de toute intervention directe ès qualité, et l'exclusion de l'intervention directe de l'homme, celui-ci privé de voies de recours juridictionnelles adéquates. La majorité, en l'An III, reste donc très proche des choix qu'avait fait l'Assemblée constituante lorsqu'elle énonçait dans le titre I, proclamant les garanties, que « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution [...] ». On ne saurait y voir une objurgation morale passablement naïve que si on oubliait que ce rappel s'adresse aux autres pouvoirs chargés, grâce à la séparation et à la bonne organisation des pouvoirs, de faire respecter cette obligation constitutionnelle. L'article 88 de la constitution de l'An III ne fait rien d'autre qu'explicitier l'un des aspects de cette règle.

III. – LES LIMITES ETROITES DE LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DES DROITS

L'an III n'ignore pas cette forme de la garantie qui résulte de la possibilité de saisir un juge apte à connaître et à trancher d'une plainte ou d'un litige. Personne n'ignore le lien qui existe entre l'idée de garantie des droits, l'effectivité de la garantie et l'existence d'une sanction. Quelle confiance accorder à une « garantie sociale » qui reposerait sur le bon agencement des pouvoirs en vue de leur modération et ne connaîtrait que l'épisodique sanction politique électorale ou celle qui résulterait de la résistance à l'oppression par une révolution ? Jusqu'où peut-on étendre une garantie de type juridictionnel, c'est-à-dire celle qui fait appel à un tiers saisi par l'une des parties au conflit ? C'est la question que les constituants vont être conduits à examiner inopinément après l'intervention de Sieyès. Sa proposition sera rejetée à l'unanimité. Elle permet cependant de mieux comprendre ce que la constitution de l'An III concevait comme la garantie des droits. Le refus des constituants est d'autant plus clair qu'ils n'ignoraient pas le sens et le contenu de la garantie juridictionnelle des droits.

A. - Les hypothèses de garantie juridictionnelle des droits

On peut noter un certain contraste apparent dans les débats constitutionnels. Personne n'ignorait la violation des plus élémentaires garanties juridictionnelles sous la Terreur; et il était clair qu'on voulait de nouveau offrir aux citoyens toutes les garanties effectives en

ce domaine. Or les débats constitutionnels sur le pouvoir judiciaire (titre VIII) ont été rapides et n'ont apparemment suscité aucune passion¹⁰⁶.

Dans l'esprit des constituants la garantie judiciaire concerne essentiellement le procès pénal. La question paraît donc assez simple à résoudre : il faut garantir la sûreté et le procès équitable. Cette garantie n'inclut pas de pouvoirs plus larges pour le juge judiciaire, notamment vis-à-vis de la loi. En effet l'article 203 rappelle clairement le principe de séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire en interdisant aux juges de « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif », ou de suspendre l'exécution de la loi ; la voie d'une exception d'inconstitutionnalité est fermée¹⁰⁷.

Boissy d'Anglas avait pourtant soutenu que dans la constitution de 1793 « rien n'est établi pour le pouvoir judiciaire, aucune garantie n'est donnée à la liberté individuelle »¹⁰⁸. Il proposa donc de rétablir le pouvoir judiciaire. L'Assemblée constituante avait été par trop obsédée par la puissance du pouvoir judiciaire. Elle n'a pas assez songé qu'il avait besoin d'être fort pour être protecteur. Pourtant Boissy ne propose rien de révolutionnaire : maintien de la séparation du civil et du pénal ; institution du juré criminel¹⁰⁹. Le souci de la garantie judiciaire apparaît comme celui qui est le plus directement sensible aux citoyens. Pelet réclame des dommages-intérêts pour le citoyen arrêté mal à propos¹¹⁰. Soucieux d'accroître la garantie, Garrand proposa au moment de la relecture de la constitution d'étendre le jury à la justice civile¹¹¹.

La garantie judiciaire qui reste la seule forme de garantie juridictionnelle à cette date ne concerne donc que deux aspects dans la vie juridique de la société : l'application de la loi au citoyen (la justice pénale) et les rapports des citoyens entre eux (la justice civile). C'est là la seule garantie que l'individu puisse actionner seul et directement. Il ne dispose d'aucune action de type juridictionnel ni contre le législateur, ni même contre le pouvoir exécutif et l'administration.

B. - La proposition du « jury constitutionnaire »

Lorsque Sieyès proposa dans son premier discours du 2 thermidor An III son « jury de constitution », il s'était d'emblée placé sur le terrain de la « garantie sociale ». Avec le recul historique, sa proposition paraît complexe ; son « jury » cumule des attributions qui sont hétérogènes et qu'on sépare habituellement. Du point de vue de la garantie des droits, on peut caractériser la proposition de « jury constitutionnaire » sous un double aspect : une volonté de garantie exhaustive ; le choix d'une garantie de type juridictionnel.

¹⁰⁶ Lors de la séance du 10 thermidor An III l'adoption eut lieu pratiquement sans discussion ni amendements (*Mon. univ.*, 25-364 et s.).

¹⁰⁷ Cet article reprend à peu de choses près l'article 3 du Chapitre V de la constitution de 1791.

¹⁰⁸ Discours préliminaire *précité* (note 14), p. 91.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 107. Daunou en 1819 se montre encore très fortement attaché au juré criminel qui représente pour lui l'un des points essentiels à garantir (*op. cit.*, p. 241).

¹¹⁰ Séance du 28 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-511

¹¹¹ Séance du 28 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-515.

1. - L'ambition d'une garantie exhaustive des droits

Sieyès n'est pas le seul à ambitionner une garantie totale des droits. Eschassériaux, qui est un des rares à soutenir largement son projet, signale assez finement que le mécanisme des garanties inhérentes que défend Thibaudeau est loin de protéger contre toutes les formes de violation : la constitution est effectivement garantie contre les atteintes individuelles causées par les membres des différents pouvoirs ; par contre le mécanisme est impuissant contre les atteintes d'un pouvoir ou d'une coalition des pouvoirs¹¹². Dresser mutuellement des ambitions les unes contre les autres ne vaut que si elles restent assurément opposées. Thibaudeau n'envisage pas que les pouvoirs constitués puissent se coaliser contre les libertés. C'est la limite majeure de tous les moyens « inhérents » de garantie des droits.

Sieyès prend très au sérieux l'idée de « droits » : « une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien »¹¹³. Or les lois appellent un gardien. Il y a donc à déterminer où se trouve « la magistrature de ce code ». La constitution n'est donc pas une règle de nature différente des autres règles juridiques. Il ne voit pas de différence avec l'ordre civil où la possibilité de l'infraction appelle le moyen de faire observer les lois. Il peut donc logiquement lancer l'idée d'un « Tribunal des droits de l'homme », « car tout se rapporte aux droits de l'homme »¹¹⁴. S'il avait existé, les droits de l'homme ne seraient pas restés ignorés ou violés. Sieyès ne veut donc pas se contenter de droits qui ne seraient que proclamés et dont la garantie ne proviendrait que de la loi positive postérieure qui les organiserait. En effet la liberté est très intéressée à ce que le législateur la respecte¹¹⁵. Pour Sieyès il est donc bon que ces droits soient immédiatement effectifs grâce à ce Tribunal.

Le premier discours du 2 thermidor est une réflexion très générale sur la garantie des droits. La séparation des pouvoirs telle que Sieyès l'entend, est effectivement une garantie et un facteur d'ordre. Mais il va plus loin, en matière de garantie, que la seule division des pouvoirs. Il dépasse par là sa propre proposition de 1789. Alors que les conventionnels de 1795 vont en rester là, il est le seul à aller plus loin dans la conception des garanties. On peut donc dire qu'il est le seul à avoir tiré les leçons de l'expérience de la Terreur. Seul il semble percevoir en profondeur les enjeux de ce qui s'est passé comme en témoigne son jeu de mot sur la « ré-totale ». Il se montre beaucoup plus profond sur ce point que ses collègues qui se contentent d'une analyse en termes classiques de « tyrannie »¹¹⁶. Le respect de la constitution par le législateur est aussi un facteur de garantie des droits. La modération du corps législatif ne viendra pas seulement de l'organisation adéquate des pouvoirs mais du respect direct et sanctionné de la constitution comme règle juridique. Sieyès sait que la constitution contient deux types de règles différentes : les droits proclamés et l'organisation des pouvoirs publics. Mais lorsqu'il parle du contrôle de la constitutionnalité des lois il affecte de n'envisager que la

¹¹² Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-482.

¹¹³ Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-442.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 450.

¹¹⁵ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-293 : « [a]insi le premier caractère de la législation est [...] de ne point supposer le besoin mais de l'écouter ; de ne point légiférer spontanément, mais d'attendre la demande. La fin de tout l'établissement public est la liberté individuelle ».

¹¹⁶ Un B. Constant entendra certainement bien mieux les leçons de Sieyès qui, il est vrai, restent un peu elliptiques du moins dans leur traces écrites.

violation des droits individuels. Thibaudeau, à l'inverse, lorsqu'il envisage le respect de la constitution n'envisage implicitement que les règles d'organisation des pouvoirs. Il ne pourrait pas sans cela dire que les gardiens naturels de la constitution sont les pouvoirs eux-mêmes, car la réponse laisse de côté la question du respect des droits individuels qu'elle ne prend pas vraiment en compte, comme l'avait pressenti Eschassériaux.

Sieyès peut ainsi achever logiquement sa démarche en réclamant une garantie exhaustive pour la liberté civile. Celle-ci provient bien sûr de la loi positive qui, dans le respect de la constitution, donne un statut positif aux droits et libertés. Mais Sieyès fait encore appel à l'équité naturelle pour combler les insuffisances, volontaires ou non, de la loi. Il faut « offrir à la liberté civile une ressource d'équité naturelle dans des occasions graves, où la législation tutélaire aura oublié sa juste garantie; elle devient ainsi un supplément de juridiction naturelle aux vides de la juridiction positive »¹¹⁷. Cette sorte de « pan-jurisme » prend évidemment appui sur une conception des sources du droit qui permette de combler tout les vides du droit : « on est toujours assuré de trouver dans la grande loi naturelle les réponses sur le juste et l'injuste qu'on n'obtient pas toujours de la loi positive »¹¹⁸. Sieyès va donc bien au-delà du schéma mis en place en 1789 selon lequel la loi garantit positivement ce qui n'a été que proclamé par la constitution. Pour lui les droits et libertés ont une effectivité qui repose à la fois sur la loi positive et sur la loi naturelle chaque fois du moins que le jury constitutionnaire, saisi par l'individu, en fait application.

2. - *Le choix d'une garantie de type juridictionnel*

Trois propositions permettent de justifier l'option juridictionnelle de Sieyès. Formellement il n'attribue pas ce pouvoir de contrôle à une juridiction et encore moins au pouvoir judiciaire. Matériellement pourtant et en ce qui concerne la garantie des droits il semble qu'on puisse adopter cette qualification¹¹⁹.

Il ne saurait y avoir de liberté sans un recours juridictionnel : « quand un particulier se croit blessé dans ses droits, il est libre s'il a la faculté de se plaindre et la certitude de trouver justice »¹²⁰. La garantie juridictionnelle est donc au-dessus de la garantie politique. C'est, en effet, une garantie que l'individu peut actionner seul. Puisqu'il s'agit de liberté civile, il n'y a aucune raison d'interdire à l'individu la saisine du jury

¹¹⁷ Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-450.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Il est de fait que le « jury constitutionnaire » de Sieyès ne peut constituer une juridiction pour l'ensemble de ses attributions (proposition de révision constitutionnelle ...). Le contrôle de constitutionnalité lui-même pourrait n'avoir été conçu que comme un contrôle de nature politique quoique confié à un organe spécialisé et non à une assemblée cumulant avec lui des attributions législatives. Pourtant la nature juridictionnelle semble l'emporter, même si c'est à l'insu de Sieyès, en ce qui concerne la garantie des droits et libertés, ce qu'il appelle « la liberté civile ». Tout y concourt : le vocabulaire de type judiciaire (Tribunal, plainte en violation, ...), la comparaison systématique avec les tribunaux civils quant à la démarche du raisonnement et à l'efficacité, la saisine individuelle. D'autres conventionnels s'interrogent sur l'impartialité de l'organe ou sur le fait que c'est un corps qui n'a d'autre action que celle qu'on lui donne. Il reste que Sieyès, dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi ne distingue pas entre ce qui relève des rapports entre les pouvoirs et ce qui relève de la seule garantie des droits et libertés des individus, clarification qui aurait pu apaiser quelques objections.

¹²⁰ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-295.

constitutionnaire : « rendons cet hommage solennel à la liberté individuelle, pour laquelle tout est fait, tout existe dans l'ordre politique »¹²¹.

Le modèle juridictionnel n'est pas interdit dans le domaine politique. Sieyès multiplie les assertions précises en ce sens. Il unifie deux domaines que ses collègues, de façon implicite ou explicite, séparent soigneusement¹²². C'est la nature unique de la liberté et des principes d'organisation qu'elle implique nécessairement, qui l'emporte sur tout autre considération : « la liberté politique, avec un objet distinct, est de la même nature que la liberté civile »¹²³. Il n'y a donc, du point de vue de la garantie des droits, aucune raison de distinguer entre l'ordre civil et l'ordre politique. L'individu pour être libre doit en quelque sorte disposer d'un droit de pétition complet. « Qu'importe qu'un plaignant demande justice d'un tort qu'il souffre dans ses relations avec un autre citoyen ou dans ses rapports avec la loi ; que sa pétition soit civile *sous* la loi ou politique *sur* la loi ; [...] c'est toujours une même nature d'acte »¹²⁴. La technique de solution des différends entre particuliers vaut de la même façon à l'égard des pouvoirs publics et pour les pouvoirs entre eux¹²⁵. Sieyès aboutit ainsi à l'affirmation majeure sur ce point : « ne croyez pas que le tribunal législatif soit non plus d'une nature différente des tribunaux judiciaires ». Il pousse son argumentation jusqu'au bout en énonçant le critère unique commun à tous les types de juridiction (civile ou « législative ») : « tous puisent leur décision dans une autorité supérieure; les uns dans le code des lois positives, la législature dans le livre plus ancien et plus complet des lois naturelles, car rien n'est arbitraire »¹²⁶. Pour lui, tout peut donc être ramené à la démarche du syllogisme judiciaire. Il y a chez Sieyès comme une généralisation de la méthode judiciaire à toute l'activité normative : énoncer la loi comme le terme d'un débat entre plaideurs (le parti de la majorité et le parti de l'opposition) ; énoncer la règle constitutionnelle en la protégeant sur requête de la minorité contre la majorité ; et rapporter les faits à une loi antérieure pour en déduire une solution non arbitraire.

Troisième affirmation de Sieyès, le modèle juridictionnel a une utilité propre et irremplaçable. Il permet de répondre à un besoin fondamental : comment terminer pacifiquement un débat dans la République ? On comprend pourquoi il avait renvoyé au

¹²¹ Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-444.

¹²² M. Troper a rappelé la conception dominante de la fonction judiciaire dans les assemblées de la Révolution. Le pouvoir judiciaire ne peut être comparé aux deux autres car il ne peut être conçu comme un pouvoir. Si la démarche du juge est analysée comme une déduction syllogistique à l'exclusion de tout pouvoir d'interprétation *in abstracto*, on peut dire dans ce cas qu'il ne dispose en effet d'aucun pouvoir propre de décision. Cf. M. Troper « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in Actes du colloque de Dijon, *précité* (note 86), Paris, Economica, 1993, pp. 355 et s.

¹²³ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-295.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 296.

¹²⁵ Dans son second discours Sieyès réaffirme ce point de vue : « [...] il n'est pas inutile de le répéter : ceux qui ne sentent point le besoin d'introduire, dans tous les rapports politiques et constitutionnels, un moyen de conciliation depuis si longtemps en usage dans les relations civiles, ne s'aperçoivent pas qu'ils arrêtent les progrès naturels de l'état social, et, que, dans la crainte de le confondre avec l'ordre civil, ils le retiennent encore par plusieurs points dans la condition brute de l'état de nature » (*Mon. univ.*, 25-444). Sieyès se montre ici le promoteur conséquent du principe de légalité, ou, en termes plus contemporains, de l'État de droit.

¹²⁶ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-295. L'argumentation de Sieyès manque de clarté dans la mesure où la « législature » renvoie à la seconde chambre qui fait face au « Tribunal du peuple français » et au gouvernement, et non au « jury de constitution ». Mais il est vrai que cette législature est aussi assimilée à un tribunal, et même à une Cour suprême, saisi par deux plaideurs, le gouvernement et le tribunal (cf. p. 296). La « législature » et le « jury » sont tous deux des juges et d'ailleurs leurs membres sont communs.

modèle juridictionnel comme exemple de sortie de l'état de nature et d'accès à l'état civil. Il parle ainsi de « l'idée d'un tribunal chargé de terminer les discussions au moment où elles cessent de donner de la lumière et pourraient dégénérer en hostilité... »¹²⁷. Ainsi s'impose l'idée de recourir à un tiers chargé de terminer le différend. Ce sera un juge car il n'est pas un élément politique comme les autres. Plus exactement, et ceci complique le schéma, il sera juge par la fonction, mais représentant par son mode de désignation à partir de la législature¹²⁸. C'est Eschassériaux qui précise le mieux cet aspect en soulignant que le jury constitutionnaire « n'a de puissance que pour ramener toujours à la loi constitutionnelle et n'en a aucune pour la renverser »¹²⁹. Cette logique juridictionnelle permet à Sieyès d'échapper à l'objection de Thibaudeau lorsqu'il demande qui nous gardera du gardien, c'est-à-dire qui nous protégera de ce nouveau pouvoir. Sieyès déplace en réalité un peu la question : il ne s'agit plus tant de savoir dans l'absolu qui gardera le pacte constitutionnel mais de trancher pacifiquement des différends ou un débat dont la source se trouve dans le texte constitutionnel. Or le modèle universel de solution pacifique et « civile » des conflits sociaux est donné par le mécanisme juridictionnel. En évitant de se placer sur le terrain des rapports entre les pouvoirs Sieyès dépolitise la solution pour échapper au cercle vicieux dénoncé par Thibaudeau, dépolitisation qu'on retrouve chez Constant avec sa théorie du « pouvoir neutre », dernier avatar du « pouvoir préservateur » de la Constitution.

C. - Les motifs du rejet unanime de la proposition

La proposition de Sieyès rompt avec la tradition qui s'est mise en place dès 1789 en matière de garantie des droits. Il propose une procédure complexe mais appartenant clairement à l'ordre juridictionnel. La majorité va au contraire y rester fidèle, elle qui ne voit de garantie possible que dans le seul jeu des pouvoirs.

I. - Le motif essentiel de rejet est qu'aux yeux de ceux qui intervinrent dans le débat sur le jury constitutionnaire, la bonne organisation des rapports entre les pouvoirs constitue la seule véritable garantie. Une double considération les confortait dans cette opinion.

Les institutions existantes sont parfaitement suffisantes. La Constitution porte en elle-même ses propres garanties. C'est à cette occasion que Thibaudeau présenta sa théorie des moyens inhérents pour contenir les pouvoirs. Louvet disait de même que la garantie des droits repose sur une bonne organisation des rapports entre les pouvoirs. Si on veut à tout prix garantir le respect et la supériorité de la Constitution, il faut confier le contrôle de constitutionnalité aux organes existants. Daunou, revenant sur le rôle respectif des deux conseils, précisait les caractères propres du Conseil des Anciens qui consistent dans « le principe de sagesse ». Son rôle est de tempérer la trop grande ardeur de l'autre Conseil ; de prévenir les dangers de la précipitation ; « il aura le pouvoir de défendre la constitution contre l'amour des innovations ». Daunou définit très clairement le caractère politique de ce contrôle de constitutionnalité : « s'il rejette une loi, ce sera celle qui, sous l'apparence populaire, renfermera des dispositions inconstitutionnelles et propres à

¹²⁷ *Ibidem*, p. 296.

¹²⁸ « C'est un véritable corps de représentants que je demande... », discours *précité*, *Mon. univ.*, 25-293.

¹²⁹ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-482.

ramener l'anarchie. Ce conseil aura pour devise : *La constitution, toute la constitution, rien que la constitution* »¹³⁰. C'est selon un schéma identique que Thibaudeau répond, immédiatement après le premier discours de Sieyès : « nous n'avons pas cette jurie dans notre plan, mais nous y avons suppléé en ordonnant au pouvoir exécutif de ne pas exécuter les lois dans la création desquelles on n'aurait pas suivi les formes constitutionnelles »¹³¹. Dans l'un et l'autre cas le contrôle de constitutionnalité est effectué par un organe politique; plus exactement il est intégré dans l'activité ordinaire des organes de pouvoir et ne se distingue pas de celle par laquelle ils défendent leurs propres attributions contre les autres. Seuls les organes du pouvoir, ou si l'on veut des organes de pouvoir dans la République, peuvent intervenir les uns contre les autres. Pour Thibaudeau on ne peut songer à prévenir que les tentatives d'empiéter sur les pouvoirs d'un autre organe; et pour cela la seule solution est de donner à chaque pouvoir les moyens de défendre ses compétences. Quant aux entreprises ouvertes contre la constitution, on se trouve dans une situation telle que le jury ou tout autre moyen de conciliation est impuissant¹³². La constitution porte les traces de ce type de contrôle. Le Conseil des Anciens peut, en effet, refuser aux termes de l'article 88, d'approuver les résolutions des Cinq-Cents qui n'ont pas respecté « les formes prescrites par la Constitution ». Ce contrôle ne porte explicitement que sur les formes, l'article 98, quant à lui, ne mentionnant aucun motif précis en ce qui concerne le refus d'approuver sur le fond. Ainsi quant au fond, c'est-à-dire notamment en ce qui concerne les droits et libertés, la motivation juridique ne se distingue pas de la motivation politique; pour tout dire elle n'existe pas. C'est ce qu'indiquait déjà Daunou lorsqu'il rappelait que les Anciens pourraient rejeter une loi comportant des dispositions inconstitutionnelles¹³³. Le contrôle de constitutionnalité par un organe politique est un contrôle qui ne sépare pas l'interprétation juridique et la volonté politique, autrement dit la constitutionnalité et l'opportunité¹³⁴. Daunou reviendra en 1819 sur l'expérience du contrôle de constitutionnalité par un organe politique du point de vue de la garantie des droits¹³⁵. Il porte un jugement extrêmement négatif sur l'expérience. L'organe est en réalité devenu un véritable pouvoir qui ne songeait qu'à se conserver lui-même. La logique de la puissance et du pouvoir l'avait emporté sur l'impartialité qu'on attendait d'un juge de l'inconstitutionnalité. La réponse de Daunou en 1819 semble bien refléter rétrospectivement l'opinion des constituants de l'An III : « en renonçant à cette institution monstrueuse, on demandera s'il n'y a pas moyen de distribuer, combiner, balancer les pouvoirs publics, de telle sorte qu'ils ne puissent jamais tendre tous à la fois au renversement des garanties et qu'il en reste toujours au moins un qui ait la force et la

¹³⁰ Séance du 29 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-282.

¹³¹ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-297.

¹³² Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-487.

¹³³ L'inconstitutionnalité fut, de fait, soulevée à plusieurs reprises entre 1795 et 1797. Le Conseil des Cinq-Cents créa une commission chargée de faire un tableau des lois inconstitutionnelles en ventôse An V, cf. M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 192-197.

¹³⁴ Pour un exemple voir les attaques contre le message du Directoire aux Cinq-Cents demandant l'adoption d'un serment de haine à la royauté et à l'anarchie à quelques jours des élections législatives de mars 1797 (cf. M. Gauchet, *op. cit.*, p. 196).

¹³⁵ « Après avoir mis les garanties individuelles au nombre des lois fondamentales, on a quelquefois conçu l'idée d'instituer un corps permanent, je ne sais quel sénat plénipotentiaire, dont l'unique fonction devait être de veiller à la conservation des lois » (*Essai sur les garanties individuelles [...], précité (note 2)*, pp. 215-216). Daunou vise évidemment le Sénat conservateur de l'Empire, mais le projet de Sieyès n'est pas loin, qui inspira au demeurant l'institution du Sénat conservateur.

volonté de les maintenir »¹³⁶. Daunou manifeste en réalité un pessimisme quant à la question des garanties, car il considère qu'il n'y a, jusqu'ici, guère eu de solution. Enchaîner les passions ne se fait que par de longues habitudes; une constitution récente ne peut y parvenir. Dans tous les cas aucun artifice de nature juridique ne saurait y suppléer.

La réponse que Daunou donne avec son propre recul historique semble bien illustrer l'option des conventionnels en 1795. Il n'y a que la division en organes assez nombreux et séparés ainsi que l'équilibre politique qui puisse assurer la garantie des droits. Il n'y a aucune place pour un organe non politique et de nature juridictionnelle dans ce qui reste essentiellement un rapport entre des pouvoirs politiques en compétition permanente et où le politique absorbe le juridique. Louvet, concluant son opinion contre le projet de Sieyès, dresse un tableau très clair du mécanisme de la garantie des droits en 1795 tel qu'il apparaissait comme largement suffisant à la majorité : « [...] je dirai que la constitution et les citoyens ont une véritable garantie dans les tribunaux surveillés par le tribunal de cassation, dans les corps administratifs surveillés par le pouvoir exécutif, dans le tribunal de cassation et dans le pouvoir exécutif surveillés par le corps législatif, dans les deux sections du corps législatif opérant séparément, et dont l'une ne peut rien sans l'autre; tandis qu'ils n'en auraient absolument aucun dans un jury constitutionnaire composé de 108 membres, irresponsable, non surveillé et sans contrepoids d'aucune espèce »¹³⁷.

La réponse de Louvet nous place sur le terrain de la seconde objection. Il faut refuser dans le jury constitutionnaire ce qui apparaît en réalité comme l'émergence d'un nouveau pouvoir puisqu'il est à la fois question de surveillance et de responsabilité. Mailhe, l'un des rares à soutenir le projet, avait beau avoir proclamé que la jurie constitutionnaire « ne serait pas un pouvoir », il ne fut manifestement pas cru, ni Sieyès avec lui¹³⁸. Lorsque Berlier objecta qu'« exiger une garantie au-delà, c'est courir aux progrès à l'infini »¹³⁹, il avait raison dans cette mesure où il ne concevait pas cette garantie supplémentaire comme pouvant être d'une nature différente que les précédentes, c'est-à-dire qu'elle ne constituait qu'un nouveau pouvoir limitant les autres pouvoirs constitués. L'objection a ceci de vrai qu'il y a une fondation absolue au-delà de laquelle il n'y a rien d'autre, ou en tout cas au-delà de laquelle il ne sert de rien de rajouter de nouveaux instruments de garantie. Il y a un droit qui fonde les autres et qui lui-même n'est fondé sur aucun autre droit, positif du moins. Il est significatif que Sieyès seul parmi ses collègues ait eu recours au droit naturel pour présenter une garantie qui se fonde sur autre chose que la volonté politique souveraine. Il y a donc une origine absolue, une origine politique du droit, un acte de volonté initial et non contrôlable. Mais l'objection reste insuffisante pour écarter le principe d'une garantie juridictionnelle car celle-ci peut être perçue comme de nature différente et non comme un inutile échelon nouveau dans la course aux garanties.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 217.

¹³⁷ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-481.

¹³⁸ Séance du 8 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-350. Berlier définissait le projet de Sieyès de la façon suivante : « [I]e jury proposé par Sieyès [...] est un corps purement politique qui s'applique aux choses et non aux personnes » (séance du 9 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-359).

¹³⁹ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-475.

Reste que personne ne l'entendit de cette façon. Thibaudeau parla « d'un pouvoir monstrueux dans l'État qui deviendrait tout ». Il y vit un pouvoir constituant permanent. Puisque seuls les pouvoirs peuvent arrêter les pouvoirs, il suffit de se contenter de ceux qui existent sinon il faudrait créer un autre pouvoir pour contrebalancer le jury constitutionnaire : le meilleur gardien, ce sont les pouvoirs et ensuite les citoyens. Le grand problème est de contraindre les pouvoirs à régler leur marche par des moyens internes et « sans ces agents extérieurs qui ne sont qu'une preuve de l'impuissance des hommes pour atteindre la perfection »¹⁴⁰. Des quatre moyens qu'indique Thibaudeau trois relèvent de la seule organisation des rapports entre les pouvoirs; le quatrième consiste dans l'appel au vœu national et à l'opinion publique, c'est-à-dire aux citoyens. Garrand soutient de même que la meilleure garantie résulte du concours des deux pouvoirs¹⁴¹. Thibaudeau refuse de concevoir qu'il puisse y avoir un juge impartial entre des pouvoirs politiques. De deux choses l'une en effet, ou bien il devient un pouvoir au mépris de l'impartialité, ou bien il est impuissant car le pouvoir judiciaire est une puissance nulle dans le domaine politique et ne peut donc avoir de rapport direct avec les deux autres pouvoirs.

2. - Le rejet du projet de Sieyès permet de mieux saisir la représentation que se font les conventionnels de la place des droits individuels dans le droit constitutionnel. La question de la protection des droits individuels lorsqu'elle quitte le domaine de la loi et de sa sanction judiciaire pour le domaine constitutionnel, ne fait pas l'objet d'une distinction claire et distincte du problème plus général de la modération des pouvoirs. Seul Sieyès pose dans toute son ampleur la question de la protection des droits individuels au niveau constitutionnel et va jusqu'à proposer la saisine individuelle du jury constitutionnaire. Pourtant même chez lui il n'y a pas une distinction, explicite du moins, entre le domaine des droits individuels et celui des rapports entre les pouvoirs quant à la saisine. Sieyès en 1789, ou Daunou en 1793, définissent essentiellement la constitution par l'organisation des pouvoirs publics. Ce n'est pas contradictoire avec l'idée que la constitution doit offrir la garantie des droits si celle-ci est entendue comme politique et inhérente à l'organisation des pouvoirs. Il n'y a cependant pas de distinction explicite entre les droits individuels et les droits politiques, ou si l'on veut entre les droits de l'homme et les droits du citoyen. La garantie des droits se confond avec la garantie de la constitution, c'est-à-dire l'assurance que chacun des pouvoirs institués n'excèdera pas ses compétences constitutionnelles. Ce sont les droits des citoyens et l'organisation des pouvoirs qui concourent à la garantie des droits de l'homme. Fréron l'avait pourtant esquissée à propos du système des garanties en Angleterre. Il montrait que si la liberté publique n'y existait plus en raison d'une usurpation de l'exécutif sur le législatif, la liberté civile subsistait néanmoins en son entier parce que le pouvoir judiciaire y restait indépendant¹⁴². Une telle distinction aurait permis de mieux séparer les différentes sortes de garanties : les voies de droit offertes par le mécanisme juridictionnel destinées aux droits individuels (la liberté civile) et les voies de la démocratie réservées aux droits politiques (la liberté publique ou politique).

3. - La conception de la République que se fait la majorité modérée de la Convention ne peut qu'influencer celle de la garantie des droits. La représentation des dangers qui

¹⁴⁰ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-488.

¹⁴¹ Séance du 11 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-375.

¹⁴² Séance du 21 floréal An III, *Mon. univ.*, 24-435.

guettent la République pèse évidemment très fortement. Un certain nombre de garanties qui paraissent évidentes aujourd'hui, furent impensables ou irrecevables à l'époque. Ceci contribua au rejet du projet de Sieyès et à l'esquisse d'une distinction entre deux traditions politico-constitutionnelles, la tradition du libéralisme politique qui exploite certaines des idées de Sieyès et dont B. Constant est la principale expression écrite, et la tradition républicaine qu'affirment en 1795 les modérés et les anciens girondins de la Convention.

Ils sont nombreux à invoquer le motif républicain par excellence en matière de garantie : dans une démocratie la garantie ultime est l'amour du peuple pour sa liberté et sa constitution. C'est l'argument qu'utilise Lesage à un moment particulièrement significatif du débat constitutionnel. Parlant le dernier avant le rejet unanime du projet de jury constitutionnaire, il soutient : « il faut, dit-on, une garantie à la constitution mais cette garantie existe dans la constitution même : elle sera dans l'amour du peuple pour cette constitution, dans son attachement à la liberté, dans son respect pour les lois. Si ces bases morales sont brisées, nous retomberons dans l'esclavage »¹⁴³. Sur un mode moins moralisant et plus vigoureusement politique, il ajoute que l'établissement d'un conservateur de la constitution serait une injure pour la nation française parce qu'on supposerait que le peuple qui a voulu la liberté pourrait encore souffrir un 31 mai. La Constitution de l'An III transcrit l'équivalent de ces idées dans ses deux derniers articles. L'article 376 énonce ce constat d'évidence que dans une République tout repose sur la sagesse des choix électoraux des citoyens. L'article 377 s'achève par la proclamation la plus morale et la moins juridique qui soit : la garantie ultime de la constitution et des droits que celle-ci garantit elle-même, tient dans la fidélité des pouvoirs constitués, en particulier celle de ce Corps législatif dont on a précisément découvert qu'il fallait aussi se méfier. Ceci appelle deux remarques. C'est un constat d'évidence qu'une République, par différence avec tous les autres types de régime politique, doit être désirée par ses bénéficiaires. Il n'y a donc rien à faire si la majorité des citoyens n'en veulent pas ou sont indifférents. Aucune garantie constitutionnelle ou juridique ne saurait surmonter ce handicap. L'artifice des institutions ou de la règle juridique serait impuissant devant ce fait d'ordre moral et politique. La solution ne se trouve que dans l'ordre politique. La véritable garantie sera toujours la volonté politique de la majorité des citoyens. La démocratie est à elle-même sa propre garantie. C'est ce que proclame, non sans lucidité et modestie, la Constitution en se terminant : la garantie constitutionnelle repose en dernier lieu sur la volonté politique, c'est-à-dire la moralité des citoyens, donc sur une garantie morale. Mais en même temps on se trouve devant une pétition de principe et une remarque trop abstraite qui ne saurait constituer une réponse suffisante à la proposition de Sieyès. Cette fin de non-recevoir n'aborde aucun des problèmes concrets de l'organisation d'une démocratie représentative, celle précisément qui ne fait pas fond sur la mobilisation permanente des citoyens, et qui peut donc recourir à des artifices constitutionnels et juridiques pour garantir les droits sans avoir recours à la mobilisation de la démocratie directe. Il faut surtout se demander quelle est la notion du peuple et de sa volonté qui se profile derrière ces proclamations abstraites ? En particulier pourquoi, notamment après l'expérience de la Terreur, supposer avec Lesage que le peuple voudra toujours la liberté civile et publique ?

¹⁴³ Séance du 25 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-494.

On doit donc s'interroger sur l'image concrète de la réalité républicaine et démocratique que se sont forgé les conventionnels au moment d'organiser la garantie des droits. Le problème de la distinction de la majorité et de la minorité et de ses conséquences est particulièrement topique car il est central en démocratie, qu'elle soit directe ou représentative. On peut partir de la proposition de Sieyès lorsqu'il présente son jury comme un « tribunal chargé de terminer la discussion ». Il conçoit là de façon neuve le rôle des partis politiques et donc les rapports de la majorité et de la minorité. Il parle, en effet, de « l'existence de deux partis semblables ou analogues à ceux que l'on connaît ailleurs sous les noms de parti ministériel, et parti de l'opposition, [...] inséparable de toute espèce de système représentatif. Disons la vérité, ils se rencontrent partout, quelle que soit la forme du gouvernement »¹⁴⁴. Sieyès, à partir de là, peut concevoir et justifier sans peine le recours au modèle juridictionnel de solution des conflits : deux parties en conflit devant un tiers juge; il parle de « tribunal législatif ». Il transpose systématiquement ce modèle sur le terrain politico-constitutionnel : l'existence d'un tribunal transforme « les lutteurs » en avocats. C'est donc le moyen d'étendre au domaine politique les moeurs « civiles » et de développer l'État de droit en sortant la politique de « la condition brute de l'état de nature »¹⁴⁵. Ceci implique donc la reconnaissance du rôle de l'opposition, qui n'est plus une minorité quelconque et tolérée, mais un partenaire qui a un droit égal de plaider sa cause.

C'est Thibaudeau qui exprime le plus clairement l'incompréhension « républicaine » en objectant à Sieyès qu'il introduit une sorte de « pétitionnaire » qui l'effraie encore plus que tous les autres : « c'est la minorité des conseils qu'il admet à se plaindre devant le jury des actes de la majorité; c'est la première fois que l'on propose d'établir une institution aussi contraire aux principes, aussi favorable aux factions, aussi destructive de l'ordre social; elle ne pourrait convenir qu'à un peuple chez lequel il serait convenu que c'est la minorité qui a toujours raison et qui doit faire la loi »¹⁴⁶. La minorité est donc pratiquement assimilée à une faction. Le même Thibaudeau avait dénoncé le droit d'insurrection partielle laissé aux factions qui naissent dans la République¹⁴⁷. Il met en place une vision de la vie politique où la minorité est réduite non seulement à l'inaction mais aussi au silence. La Révellière, en analysant les rapports entre les deux conseils, le moins nombreux ayant le dernier mot sur le plus nombreux, tente de répondre à une objection du même type selon laquelle la minorité ferait la loi à la majorité. Loi constitutive de toute association libre et indépendante, il ne parvient à écarter l'application du principe républicain fondateur qu'en remarquant que les conseils ne sont pas l'association elle-même mais seulement ses instruments politiques et qu'ils peuvent

¹⁴⁴ Séance du 2 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-296. Sieyès fait ici clairement allusion au modèle anglais qu'il vient pourtant tout juste de critiquer (cf. p. 293) en soulignant les ambitions politiques du parti de l'opposition. S'est-il pourtant souvenu du propos de Mably qui, en 1776 dans « De la législation ou principes des lois », consacre un développement au parti de l'opposition en ajoutant « et voilà votre tribunal » ? Mably souligna que « l'opposition est l'âme de l'Angleterre ; elle la tient attentive à ses intérêts... ». Il ajoutait encore : « [a]vec le secours de votre opposition, milord, vos compatriotes ne peuvent trembler pour leur liberté... » ; cité dans Mably, *Sur la théorie du pouvoir politique*, textes réunis par P. Friedmann, Éditions sociales, 1975, pp. 219-220. Benjamin Constant esquissera aussi plus tard les éléments d'une reconnaissance de l'opposition, comme « majorité de demain » (cf. les *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Genève, édition Hoffman Droz, 1980, p. 53).

¹⁴⁵ Séance du 18 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-444.

¹⁴⁶ Séance du 24 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-487.

¹⁴⁷ Séance du 1^{er} germinal An III, *Mon. univ.*, 24-32.

donc être inégaux entre eux¹⁴⁸. Lorsqu'il se scandalise du droit ainsi conféré à la minorité des Conseils, Thibaudeau ne dissocie pas l'idée de vérité légale et celle de vérité absolue, ou comme le dira Benjamin Constant la vérité du moment et la vérité éternelle. Le fait qu'une république n'ait pas d'autre moyen que de décider à la majorité, ne confère à la décision majoritaire aucun autre statut que celui de vérité légale. Elle n'est incontestable que de ce seul point de vue, mais non du point de vue philosophique, moral ou politique.

Thibaudeau exprime par là une consécration républicaine du principe de majorité. Il refuse de concevoir un rapport majorité-opposition et en reste uniquement à la dichotomie majorité-minorité, voire majorité-factions. En proclamant que « la majorité ne peut jamais être une faction »¹⁴⁹, il peut vouloir signifier deux choses : le constat, logique, que la majorité n'est jamais la minorité ; mais aussi, par l'emploi du terme faction, le fait que la majorité a toujours raison et qu'elle représente toujours la volonté générale (ou plus concrètement celle du plus grand nombre assimilée à celle de tous) contre les factions particulières. Il rejoint par là les arguments par lesquels Carnot avait justifié les décisions « terroristes » du Comité de Salut public. C'est à une sacralisation de la majorité à laquelle on assiste. Si on ne va pas jusqu'à dire qu'elle ne se trompe jamais du moins admet-on avec Carnot qu'elle n'est jamais ni coupable ni responsable. Même sous la forme inévitable d'une majorité changeante la volonté souveraine conserve son caractère radicalement non contestable. La tradition libérale sera bien plus pragmatique et relativiste à l'égard du principe de majorité dans une démocratie. Dans le manuscrit qu'il rédige quelques dix années après, B. Constant indique qu'il ne faut voir dans le principe majoritaire qu'un moindre mal, ajoutant il est vrai que donner le dernier mot à la minorité est encore plus mauvais. L'autorité du principe n'est donc que relative : « accorder à la majorité une autorité illimitée, c'est offrir au peuple en masse l'holocauste du peuple en détail »¹⁵⁰.

Cette difficulté à percevoir, même chez les plus modérés des conventionnels, le rôle positif que peut jouer la minorité en tant qu'opposition dans la République, provient d'une différence sensible de perception de ce rôle selon qu'on raisonne dans le cadre d'une monarchie ou d'une république. La minorité en Angleterre a pu devenir une opposition précisément en raison de la position du roi comme tiers et comme arbitre entre elle et la majorité. Ce n'est donc pas un hasard si Sieyès est parti du modèle anglais pour justifier la saisine du jury par la minorité des représentants. La République au contraire s'enferme dans la dévalorisation de la minorité et des factions, non seulement en raison des circonstances historiques qui voient la persistance de minorités désireuses de détruire le régime par la violence, mais aussi parce qu'elle se pense à partir de la volonté générale expression de la volonté du souverain. Il en résulte une représentation unifiée, rationnelle et consensuelle de la loi et de la décision qui y a conduit. On ne peut pas imaginer une voie d'appel sans y voir une atteinte à la souveraineté du peuple qui s'est exprimée dans cette décision. Il est impensable que la minorité, pas plus que le citoyen seul, dispose d'un droit à l'égard d'une décision majoritaire et en tout cas considérée comme expression de la volonté générale. Aucun tiers arbitre n'est pensable en dehors du peuple souverain, qui, dans le modèle de démocratie représentative de l'An III, ne dispose que des élections

¹⁴⁸ Séance du 30 messidor An III, *Mon. univ.*, 25-274.

¹⁴⁹ Séance du 7 thermidor An III, *Mon. univ.*, 25-340.

¹⁵⁰ B. Constant consacre un chapitre « Des droits de la majorité » dans son manuscrit de 1810 publié par E. Hofmann, *Principes de politique [...], précité*, vol. II, p. 53.

générales pour procéder à un arbitrage ; il doit de plus le faire sans l'aide de partis politiques organisés ni même d'une opinion publique disposant de moyens collectifs de s'exprimer et de peser sur la décision. La définition de la tyrannie illustre bien cette position. La majorité de la Convention ne la conçoit que lorsque c'est la totalité du corps social qui est concernée et non un simple groupe. Concrètement la minorité ne peut exprimer son sentiment de violation de ses droits puisque la voie de la résistance constitutionnelle à l'oppression lui est encore fermée en tant que minorité. Une fois encore B. Constant oriente la réflexion libérale sur cette question qui reste aporétique pour les républicains. Il examine longuement la question de la résistance à la loi injuste (formule plus réaliste que celle de résistance à l'oppression)¹⁵¹. En 1819 Daunou reste encore assez réservé et mitigé dans ses sentiments vis-à-vis de la minorité et de l'idée d'opposition. S'il s'agit de veiller ou de maintenir les garanties, « d'accord, si l'opposition ne consiste qu'à les préserver des atteintes dont elles viendraient à être menacées, on ne la peut trop encourager »¹⁵². Pourtant il continue de percevoir l'opposition comme une minorité ambitieuse et avide de pouvoir. Il ne place aucun espoir dans les manoeuvres des partis politiques, car jamais un parti politique ne veut de garanties pour son adversaire. « Sous le nom d'opposition, il n'aspire qu'à s'emparer du pouvoir, peut-être pour l'exercer plus mal encore »¹⁵³. Il peut donc devenir une faction et d'autres factions s'élèveront contre lui.

CONCLUSION

Analysant le bref débat du 21 août 1789 sur les limites qu'il faut imposer au législateur lorsqu'il intervient dans l'exercice des droits naturels, M. Gauchet note : « et cependant, cette garantie, ceux-là mêmes qui en conçoivent clairement la nature et la nécessité échoueront à la concrétiser [...]. Ils font éclater l'impuissance de la bonne volonté libérale. Elle existe, fermement énoncée; elle n'a pas les moyens de ses intentions »¹⁵⁴. Les débats et les choix de l'An III constituent un test d'autant plus intéressant que les craintes encore abstraites de 1789 se sont concrétisées. Le mécanisme de garantie des droits mis en place appelle en résumé trois remarques.

I. - La continuité la plus grande avec 1789 marque le choix des institutions et mécanismes de la garantie. On aurait pu s'attendre à ce que l'expérience de la Terreur conduise à une interrogation en profondeur et à des innovations dans les moyens de garantie des droits devant l'échec des solutions antérieures. Trois éléments contribuent à cette exceptionnelle continuité avec les principes énoncés dès l'été 1789.

- Dans sa formulation, la constitution de l'An III rétablit explicitement la mention de la division des pouvoirs comme principal moyen de garantie des droits, mention qui avait disparu dans la constitution montagnarde. La seule inflexion notoire par rapport à

¹⁵¹ Cf. les *Principes de politique* de 1815 (annexe 1), M. Gauchet (éd.), Pluriel, 1980, pp. 435 et s. Concernant ses critiques contre Bentham et où, devant la loi injuste, Constant recommande la résistance passive.

¹⁵² *Essai sur les garanties individuelles [...], précité (note 2)*, p. 196.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 220.

¹⁵⁴ M. Gauchet, *La révolution des droits de l'homme, op. cit. (note 6)*, p. 145.

1789 consiste non tant dans l'expression d'une méfiance au moins aussi forte à l'égard du législateur qu'à l'égard du gouvernement, mais dans la décision d'adopter la division fonctionnelle du corps législatif.

- La seule innovation radicale, le projet de Sieyès de contrôle de la constitutionnalité des lois, est rejetée à l'unanimité. Par là est refusée l'idée que le juge, ou si l'on veut un organe de type juridictionnel, puisse s'immiscer dans le fonctionnement des pouvoirs constitués. Ni le pouvoir législatif (par le biais d'un contrôle de la constitutionnalité des lois), ni le pouvoir exécutif (par le biais d'un contrôle de la légalité et de la responsabilité de l'administration par le juge), ne relèvent d'un contrôle juridictionnel dans la mesure où ils restent, chacun, les interprètes en dernier ressort du droit auquel, en fin de compte, ils se soumettent volontairement. En profondeur ce sont les principes de constitutionnalité et de légalité, tels qu'ils se sont développés par la suite, qui sont repoussés.

- Le second rejet est celui des éléments de démocratie directe introduits en 1793. Le citoyen se trouve ainsi privé de moyens d'intervention directe contre la loi ou l'administration qui violeraient ses droits, en dehors de sa participation électorale ou de sa révolte.

2. - Le mécanisme de garantie des droits ainsi mis en place selon les mêmes principes que celui de 1789-1791, peut être qualifié, selon la formule de Thibaudeau, d'« inhérent ». La garantie qui en résulte, est donc indirecte. Elle résulte en effet d'un double rejet des moyens externes de contrôle, seuls moyens directs dont dispose l'homme et le citoyen titulaire de droits. Le citoyen a perdu les moyens de la démocratie directe (veto législatif ...) quant à l'homme, il n'a pu obtenir le droit de saisir lui-même directement le juge contre les abus du législateur ou de l'Administration. La garantie inhérente des droits est donc une garantie indirecte pour les individus car elle repose exclusivement sur l'aménagement des rapports entre les pouvoirs constitués, en sorte qu'aucun d'entre eux ne puisse violer la constitution, c'est-à-dire outrepasser ses compétences constitutionnelles et porter atteinte aux droits proclamés. La seule garantie envisageable pour la majorité républicaine en l'An III est donc celle d'un fonctionnement modéré des pouvoirs qui n'est pas garanti par l'observation et la sanction de règles constitutionnelles mais par un agencement heureux de telle sorte que chaque pouvoir poursuivant son propre intérêt garantisse pourtant l'intérêt de tous selon les choix primordiaux effectués par le pouvoir constituant originel. Celui-ci, tout comme le texte constitutionnel qui manifeste ses intentions, n'est plus que le « premier moteur » d'un mécanisme qui est destiné ensuite à s'auto-réguler. Cette garantie indirecte ne vaudra donc que ce que vaudra la démocratie représentative elle-même : en fonction de l'étendue du suffrage, du mode de scrutin, de la transparence de l'opération électorale, tout repose en dernier lieu, comme l'avoua Daunou, sur l'excellence du choix des représentants. La pensée ultime des constituants de l'An III en matière de garantie est que la démocratie représentative est à elle-même sa propre garantie. Aucune garantie externe ne saurait préserver nos droits si la démocratie elle-même ne fonctionne pas bien.

3. - Faut-il voir dans l'impuissance à garantir les droits sous la révolution l'aporie de la démocratie représentative à la française ? En l'An III s'amorce un clivage, lié entre autres à la compréhension rétrospective de la Terreur et de la dictature de Salut public, entre deux traditions constitutionnelles, républicaine et libérale, au sein d'une majorité modérée également soucieuse de garantir les droits de l'homme. La tradition républicaine, non moins modérée politiquement, choisit de s'en tenir à un mécanisme de garantie par

des moyens « inhérents » parce qu'elle ne veut pas relativiser la notion de souveraineté et par conséquent accepter de considérer prosaïquement la loi comme l'expression d'une majorité du moment et non comme l'expression de la volonté générale. L'intangibilité de la loi, expression d'une volonté souveraine, sacralise la volonté majoritaire qui n'est dès lors contestable que par le seul moyen politique, celui qui met en oeuvre la volonté souveraine pour modifier la majorité. Carnot a, de ce point de vue, lumineusement justifié l'instabilité législative qui en résulte. La garantie des droits ne proviendra que des limites que d'autres pouvoirs imposeront au législateur. En leur absence, en raison de leur incapacité ou de leur disparition, la seule garantie subsistante résultera de l'exercice des droits politiques par les citoyens. La souveraineté de fait du pouvoir législatif ne peut pas en offrir d'autre. La tradition libérale en relativisant la signification de la souveraineté du peuple considère la loi de façon plus réaliste. Si ceci ne conduit pas nécessairement à recommander le contrôle de constitutionnalité, il reste que la volonté majoritaire est à son tour relativisée. La minorité politique loin de devenir une faction qui s'oppose à la volonté générale, est perçue comme une opposition dont le rôle peut devenir positif notamment en ce qui concerne la garantie des droits. La tradition républicaine n'imagine entre les pouvoirs qu'une garantie de type politique, l'heureux équilibre modérateur des pouvoirs et en fin de compte l'expression de la volonté des citoyens dans l'exercice épisodique de leurs droits électoraux. Aucune garantie n'est possible contre la volonté erronée des citoyens ou la tyrannie de la majorité. Le libéralisme, à la suite de Sieyès, et parce qu'il se méfie de la démocratie, recherche des moyens de contenir jusqu'à la volonté majoritaire elle-même si d'aventure elle venait à violer les droits garantis. Admettre qu'il puisse exister des moyens externes de garantir les droits de l'homme, c'est admettre que l'homme dispose d'une certaine extériorité par rapport à la démocratie elle-même et qu'il puisse prendre appui sur un droit qui échappe à la volonté politique de la majorité.