

Atelier 3 : Constitution et pouvoir constituant

Lucien Jaume et JP Machelon

Le paradoxe de la tradition constitutionnelle française

Odile RUDELLE

(directeur de recherche CNRS-FNSP (e.r))

Pouvoir constituant « séparé » ou « concours » de pouvoirs constitués ?

Alors que le VIIème Congrès de l'AFDC fête les 50 ans de la Constitution de 1958, l'Atelier de Lucien Jaume et Jean-Pierre Machelon, lance une réflexion sur *Constitution et pouvoir constituant*. Or, la révision réussie du mois de juillet permet de mesurer la complexité d'une procédure aujourd'hui issue d'un triple « concours » : pouvoir exécutif, élu du peuple qui a l'initiative ; représentants des deux Assemblées qui votent; et, *in fine*, « pouvoir constituant » ratifiant par Congrès ou référendum, selon une procédure qui, laissée à la décision du président de la République, ferme la boucle d'un *concours* très élaboré.

Comparant ce *processus* à celui des quatre Républiques précédentes, ce rapport voudrait insister sur le « paradoxe » d'une tradition constitutionnelle issue du succès de l'abbé Sieyès, déclaré inventeur de la distinction entre *pouvoir constitué* et *pouvoir constituant*, alors que, vue d'aujourd'hui, l'année 1789, en récusant tout *concours* des pouvoirs, a en fait inauguré un théâtre d'expériences constitutionnelles si malheureuses¹ que le même Sieyès en vint à chercher le *bras* capable de *finir* la Révolution. « Fin » captée par deux Bonaparte- le grand et le petit- pour justifier leur coup d'état, selon une ligne de mensonge constitutionnel qui retardera jusqu'aux années 1875-85, l'établissement d'une République *régulière* qui, en raison de l'héritage empoisonné de Sedan et de la Commune n'est jamais devenue *constitutionnelle*². En effet, votées grâce au concours d'un chef du pouvoir exécutif élu pour sept ans, et d'une Assemblée Nationale menée par Gambetta, leader des Gauches républicaines, les lois constitutionnelles de 1875, ont gagné les élections de 1876, 1877 et 1881, avant de devenir l'enjeu des Congrès de Versailles de 1879, 1884 et 1885 où, pour éviter toute surprise, le Parlement accepte, avant le voyage à Versailles, l'auto-limitation d'une rédaction préalable par chacune de deux Chambres. Procédure qui, trahie par Laval en juillet 1940³, sera au contraire constitutionnalisée en 1946 et 1958. Il faut également préciser qu'après avoir fait prévaloir la Justice civile pour le capitaine Dreyfus et gagné la Revanche de 1918, le Sénat de la IIIème République s'était suicidé en se figeant autour d'une *Tradition républicaine*⁴ laïciste revendiquée tant pour refuser en 1919, le vote des femmes⁵ qu'en 1934 l'affranchissement du droit de dissolution de tout avis préalable⁶. Si bien qu'après l'abdication

¹ C'est évidemment François Furet, *Penser la Révolution*, Gallimard, 1978, qui, le premier, a permis de penser de la sorte, délivrant la Révolution de l'aspect « prescriptif » et « prédictif » hérité des pédagogues de la IIIème République. Il l'illustrera ans dans « La Révolution de Turgot à Jules Ferry », Hachette 1988, un an avant que, co-signé avec Mona Ozouf, la préface du *Dictionnaire critique de la Révolution*, Flammarion, 1989, avoue son ralliement aux institutions de 1958 révisée en 1962 et 1974. La même année il publie, en collaboration avec Ran Halevi, *Orateurs de la Révolution*, La pléiade, 1989, d'où seront tirées références chronologiques et citations.

² Charles de Gaulle : *La France et son armée*, Paris, 1938 ; Jules Ferry : *La République du citoyen*, 2 tomes présentés par Odile Rudelle, Paris 1996 et Odile Rudelle : *La République absolue*, Paris 1982.

³ La procédure de juillet 1940 est critiquée par la Déclaration organique de Brazzaville du 16 novembre 1940, rédigée par Pierre Tissier cf JOFL n°1, rééditée par les Journaux Officiels en 1996 et édité en CD Rom par les Archives Nationales et la Fondation Charles de Gaulle, en 2003.

⁴ Odile Rudelle : « La Tradition républicaine, champ de bataille de la concitoyenneté », *Pouvoirs*, n°100.

⁵ Odile Rudelle : « Le vote des femmes: bilan de deux guerres », in Christine Fauré : *Encyclopédie politique et historique des femmes*, Paris, 1996.

⁶ Lucien Sfez et Jean Gicquel : *Problèmes de la réforme de l'Etat en 1934*, préface de M. Duverger, Paris 1966.

constitutionnelle de 1940, il fallut de Londres à Paris en passant par Alger, rebâtir sur *la table rase*, un pouvoir exécutif séparé du législatif. Le malheur de la France de 1946 fut d'échouer à constitutionnaliser cette séparation de l'exécutif et du législatif qui attendra la crise de 1958 et les tragédies de la séparation des départements algériens et de la République *indivisible* pour que l'année 1962 devienne l'année du vote de la « séparation » de deux pouvoirs élus du suffrage direct : l'exécutif et le législatif. Séparation dont la conséquence sera la modification du *pouvoir constituant* qui, depuis lors, est issu non de sa séparation d'avec les pouvoirs constitués mais du *concours* obligé de ces pouvoirs constitués et du peuple souverain.

Cette pratique nouvelle -en réalité issue d'anciennes pratiques conciliaires- aura une vertu apaisante : la pratique de la *souveraineté du peuple*, inscrite dans l'article 6 de la Déclaration par Talleyrand, encore évêque, combla le fossé entre *l'Ancien Régime et la Révolution* qui désespéra Tocqueville et inquiétait Hannah Arendt⁷. En 1945, la légalité constitutionnelle⁸ est rétablie et, de 1958 à 1962, le recours au *processus régulier*⁹ et l'institution d'une *tête* capable de gouverner une libre Démocratie sont mis en pratique. Et l'évolution paisible engendré par ce *concours* de pouvoirs constitués invite à revenir aux débats antérieurs à 1789, aux critiques de Talleyrand, Mirabeau ou Malouet, sur la légèreté ayant présidé à la convocation des Etats-Généraux comme sur l'aveuglement qui a conduit à exclure le roi, à refuser un *concours*, seul capable de poser des *limites* aux *exagérations* d'une souveraineté du peuple qui n'avait jamais été que *déléguée* à des représentants temporaires.

La querelle de Talleyrand contre Brienne et Necker : l'échec d'une monarchie « éclairée ».

Aristocrate devenu clerc pour être ministre¹⁰, Talleyrand énumère dans ses *Mémoires*, les *fautes* commises par Calonne, Brienne ou Necker, ministres qui, pour plaire à *l'opinion*, ont poussé Louis XVI à la *catastrophe*. En effet, pour surmonter l'obstacle des Parlements, refusant d'enregistrer des impôts nouveaux au nom de la fidélité aux *Lois fondamentales*, le roi est convaincu de la nécessité de chercher le soutien de la *Nation* : auprès d'assemblées, *Notables* ou Etats-Généraux, ces derniers inaptes à décider en raison d'une division tripartite. Monarchie limitée par des *bornes* relevant d'usages, la royauté a *convoqué*, mais sans se donner les moyens de *diriger la délibération*. Sûrs de leur séduction, Calonne et Necker ont découvert un roi qui, privé du pouvoir constituant originaire, va se montrer démuné devant la parole, libre et publique, des Assemblées. Ce que Talleyrand voudra tempérer avec la rédaction de l'article 6 de la Déclaration qui, mettant à égalité citoyens et représentants dans la *formation de la loi*, espérait avoir réservé un droit d'appel au peuple pour le roi.

Tout avait commencé en 1787 : entre février qui sonne l'échec de Calonne devant les *Notables*¹¹ et novembre où le roi est humilié par le duc d'Orléans lors d'une *séance royale* si grave que le ministre Loménie de Brienne ne voit d'issue que dans l'annonce d'une convocation des Etats-Généraux. Délégué général à l'Assemblée du clergé, l'abbé de Talleyrand est le témoin du *stop and go* entre Monarchie, Privilégiés et Parlements - avec lits de justice, exils et rappels- dont le résultat est d'affaiblir un roi qui, faute de ministre capable

⁷ Hannah Arendt : *La crise de la culture*, Paris, 1974, recueil d'articles précédés de *la brèche du Temps*, ouverte en 1789, selon un concept repris par R. Kosseleck, *L'expérience de l'Histoire*, Paris, 1997, pour éclairer la psychologie des résistants au totalitarisme. Repris in Odile Rudelle « Un problème vieux de 169 ans » ? le régime d'historicité de Charles de Gaulle » in AFDC : *50 ans de Constitution*, à paraître en septembre 2008.

⁸ Louis Favoreu in Fondation Ch. de Gaulle : *Le rétablissement de la légalité républicaine*, Complexes, 1996 et E. Cartier : *La transition constitutionnelle en France (1940-45), la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, 2005.

⁹ Odile Rudelle : *Mai 1958, De Gaulle et la République*, Paris, 1988 et « 18 juin 1940-15 mai 1958 » in Fondation Charles de Gaulle, *L'avènement de la Vème République*, Paris, 1999.

¹⁰ Pour ses manœuvres de sept-oct 89, cf: Gouverneur Morris *Journal*, cité in Talleyrand, *Mémoires*, édités par A. de Broglie en 1892-93, rééd. Paris 1982. Grâce à Madame de Staël il réussira sous le Directoire, cf Bronislaw Baszko « Utopie salonnière et réalisme politique » in *Politiques de la Révolution française*, Paris, 2008.

¹¹ Rompu aux affaires financières en raison de son expérience à l'Assemblée Générale du clergé, favorable aux Lumières et à la Justice fiscale, l'abbé de Périgord-Talleyrand avait été recommandé à Calonne par Mirabeau.

d'articuler le *concours* des pouvoirs, n'a fait que dévoiler les *bornes* de son autorité. Talleyrand est un abbé éclairé, sollicité pour la rédaction des mémoires que Calonne propose aux *Notables* au sujet des assemblées provinciales, de la liberté du commerce, de la suppression des corvées, droits et privilèges à remplacer par une *subvention territoriale* que le clergé devra payer. Mais, mené par l'archevêque Brienne, le clergé refuse et entraîne la noblesse. Calonne et les *Notables* sont renvoyés et Brienne lui succède comme ministre. Obligé de lancer des emprunts, l'évêque croit séduire en y joignant le rétablissement de l'état-civil des protestants : l'ensemble est présenté lors d'une *séance royale* où sept heures de débats font espérer un *recueil des voix* à la majorité. Mais, alors que tout avait été prévu pour un *résultat favorable*, le roi, par un mélange d'*imprudence et de timidité*, s'en tint aux usages: « j'ordonne que l'édit soit transcrit pour être exécuté ». Simples mots que le duc d'Orléans attendait pour se lever et, distinguant *séance royale* et *lit de justice*, il conclut à l'*illégalité* du procédé. A quoi le pauvre roi ne peut que répondre le traditionnel *Cela est légal*. Puis, ayant fait lire l'édit sur les *non-catholiques*, il sort, accompagné de ses frères. Pour Talleyrand *L'histoire entière de la monarchie, n'offrait rien de semblable. On avait vu des princes du sang résister les armes à la main... ; on n'en avait jamais vu essayer de poser des bornes constitutionnelles à son autorité* ». De plus, « ignorant qu'un pouvoir arbitraire est condamné à tolérer ou à écraser ses ennemis », le roi va mélanger autorité et douceurs : exil du duc et des parlementaires, lits justice, bientôt suivis d'autorisations à revenir ! Cherchant à briser ce cercle, le garde des sceaux veut créer une « Cour plénière », Assemblée unique de pairs qui serait habilitée à enregistrer pour tout le royaume. Mais le temps des réformes autoritaires était passé et, n'ayant *ni la trempe d'esprit, ni le caractère que demandaient des projets aussi vastes*, Brienne ne fait qu'enflammer la province où la *journée des tuiles* de Grenoble, de juin 1788, ouvre le nouveau théâtre de la politique. Toujours pour *plaire*, une recherche des vieilles coutumes est lancée en juillet mais, annonçant dès août, la convocation des Etats Généraux pour mai 1789, le Conseil du roi avoue le fait de son désarroi. Car, de la part d'un monarque absolu, cet aveu d'ignorance est reçu comme *la proclamation d'une nouvelle borne au pouvoir du gouvernement*. Et le résultat est sans appel: le 16 août les paiements de l'Etat sont suspendus, le 25, Brienne est renvoyé et Necker, banquier protestant, déjà ministre de 1781 à 1786, est rappelé, lui qui se flattait d'avoir l'oreille de l'opinion pour réussir de nouveaux emprunts. Jugeant ce choix détestable, Talleyrand se met à réfléchir aux moyens d'inscrire sa personne dans le *courant* constitutionnel qui monte, car il se sent apte et plein d'idées pour endiguer *le flot*. La priorité devient alors sa nomination comme évêque, puis sa campagne à Autun pour édifier le collège religieux qui doit l'élire¹², enfin son retour à Versailles où il va faire preuve de cet esprit de *modération et de prévoyance*, dont il pense que Necker, bourgeois vaniteux, est malheureusement dépourvu.

La querelle Talleyrand-Necker est oubliée en raison du discrédit pesant sur les *Mémoires*¹³ du premier, comme de la gloire de Germaine de Staël, fille du second, qui assez éclairée pour écrire que la liberté, qui est ancienne, demande un pouvoir législatif divisé en deux, n'est pas assez affranchie pour penser que l'action de son père ait pu être néfaste au destin constitutionnel du royaume¹⁴. Et d'autant que, sitôt démissionné en 1790, Necker n'a plus cessé de publier pour se présenter comme la *victime malheureuse d'une suite d'injustices dont les annales de l'histoire ne présentent que peu d'exemples*¹⁵. Son argumentaire sera de grand avenir puisque, justifiant tous ses choix, il renvoie toutes les difficultés à *l'obstination*

¹² Bernard de Lacombe, *Talleyrand, évêque d'Autun*, Paris, 1905.

¹³ Déclarés faux par Aulard lors de la publication de 1896 par Albert de Broglie, mais validés par Lecour-Gayet dans sa biographie ; voir PL Couchon, préface à l'édition de 1982 des *Mémoires* de Talleyrand, Paris, Plon.

¹⁴ Germaine de Staël : *Considérations sur la Révolution française*, présenté et annoté par Jacques Godechot, Paris, 1983.

¹⁵ Necker : *Sur l'administration de M. Necker*, Paris, 1791, Hôtel de Thou ; rue des poitevins.

des Ordres refusant de vérifier en commun le pouvoir de leurs élus. Mais qui est responsable de cette situation ? Necker qui, héritant de la décision de convocation, a décidé des modalités d'une convocation lancée sans que les suites en aient été évaluées. Ainsi, contre le vœu du Parlement, des *Notables*, de la Cour, mais avec *l'opinion*, a-t-il conseillé au roi le doublement du tiers, mais sans rien décider du vote à venir : par tête ou par ordre ? Ce qui allait livrer les nobles au choix de la fidélité ou de la rupture d'avec leurs Cahiers. De même, pour plaire aux *Notables*, l'éligibilité des curés, annoncée et suivie de celle des gentilshommes, va engendrer cette foule de 1200 députés qui, laissée à elle-même, ne pouvait que glisser vers la proclamation d'une unité, fondée sur l'égalité des conditions. Demandée par *l'opinion* cette égalité, pour rester respectueuse de la liberté, aurait dû être *bornée par* une Monarchie entourées de deux Chambres, réunies chaque année pour voter les subsides. Or, entendue comme contraire à l'unité, la dualité de représentation est incomprise et d'autant que, au motif de refuser la *corruption* à l'anglaise, le ministère a refusé de faire campagne, laissant alors le champ libre à d'autres groupes, mieux organisés. Ce silence du pouvoir a réduit à néant l'espoir, pourtant caressé, d'une renonciation spontanée des Ordres privilégiés ou mieux d'une alliance de la Monarchie et des Communes, contre eux ! Rien n'a été conçu ou prévu en termes de programme, de vote ou de délai. Pas même une salle pour le Tiers qui, ne pouvant se retirer, resta sur place quand les autres sortent et qui, avec Sieyès, se met à penser, qu'il est le Tout, qu'il peut représenter la Nation, sans attendre les nobles ou le clergé !

Contre ces illusions, Talleyrand, avec le mépris d'un aristocrate, Mirabeau avec l'art du tribun déclassé et Malouet avec l'expérience d'un administrateur, vont chercher comment résister au *torrent de l'égalité* lâché par Necker : le premier en faisant de la procédure, le second en mettant son éloquence au service du *concours* des pouvoirs de l'Assemblée et du roi, et le troisième en ayant le courage de rappeler que sans la volonté souveraine du pouvoir exécutif, il n'y aura ni respect pour les droits de la minorité, ni égalité pour la liberté.

Talleyrand, Mirabeau et Malouet ; l'échec de la lutte pour un « concours » des pouvoirs

L'évêque d'Autun a lui-même raconté comment, ayant commencé à siéger avec son Ordre, il voit l'impasse, décide de se réunir au Tiers puis, après le serment du Jeu de Paume, tente d'user de ses liens avec le comte d'Artois, pour obtenir une dissolution suivie de l'élection d'une Assemblée mieux composée pour rédiger une Constitution. Ayant échoué, il va *entrer dans le torrent* pour l'endiguer et y réussit des percées décisives : clerc, il mobilise la liberté de conscience, chère aux protestants, pour faire voter le 7 juillet l'abrogation des mandats impératifs, signant ainsi l'entrée de la France dans la modernité politique. Il y gagne son élection au Comité de Constitution d'où il propose la synthèse de l'article 6 de la Déclaration qui fonde son universalité éternelle. Ses *Mémoires* en expliquent l'audace par la conviction, que si le pouvoir exécutif avait osé l'appel au peuple, il aurait été suivi pour dissoudre et faire de nouvelles élections mieux engagées. Mais l'Assemblée refusant ce recours direct, l'évêque s'oriente vers un rapport sur l'Instruction publique, inaugurant la pente pédagogique d'une France cherchant à compenser le refus des limites de la balance constitutionnelle par le souci d'une éducation neuve, alimentant alors l'« utopie scolaire »¹⁶.

Symbole pour la postérité, Mirabeau fut moins fécond en raison d'une mort subite, en avril 1791, et alors qu'il négociait le soutien des modérés de Malouet, pour un plan proche de celui de Talleyrand : dissolution de l'Assemblée, réélection d'hommes *sages*¹⁷, rédaction d'une Constitution avec une Assemblée nationale divisée en deux, abolition des lettres de

¹⁶ Bronislaw Baczko : *Une éducation pour la démocratie, textes et projets de l'époque révolutionnaire*, Paris, 1982 et Mona Ozouf, *L'école de la France, Essai sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, Paris, 1984.

¹⁷ Ce mot renvoie à un critère d'âge qui, à côté de la naissance ou du territoire, était vu comme critère de distinction, en particulier pour la seconde chambre : Karen Fiorentino, *La seconde Chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques (1789-1940)* Paris 2008.

cachet et privilèges *onéreux au peuple*, droit d'ajournement, de dissolution et veto au roi, responsabilité des ministres *etc...*¹⁸. Aristocrate exclu de son ordre en raison de ses mœurs, Mirabeau a inauguré mais sans jamais rompre: élu du Tiers, il a mené la bataille de la vérification des pouvoirs, plaidant contre Sieyès, la transaction d'une *Assemblée des représentants du peuple français*, étant donné que proclamer une *Assemblée Nationale*, sans les trois Ordres, reviendrait à exclure. Jusqu'à ce que, au nom du roi, le marquis de Dreux-Brézé vienne l'expulser de la salle, et lui donne l'occasion de proclamer ce refus de la *puissance des baïonnettes* qui précède le Serment du Jeu de paume. Très suivi pour le vote de la Déclaration, il l'est beaucoup moins pour la Constitution : ainsi si le Préambule mentionne l'*oubli des droits*, la liberté d'opinion et contre Sieyès, refuse le vote de droits tenus de Dieu¹⁹ il est battu sur le veto du roi, malgré l'avertissement sur le risque d'*isoler un roi qui doit pouvoir agir sur l'Assemblée en la faisant réélire*. S'il accepte le retour à la nation des biens d'un clergé qui doit rester un corps, il échoue à dissocier le serment des ecclésiastiques, de l'organisation des évêchés. Lié à la Cour depuis toujours, il est jaloué par une Assemblée qui, avec Lanjuinais, va voter contre lui, l'incompatibilité des fonctions de député et de ministre. Et le refus du *concours* organisé, n'aura d'autre résultat que de le faire agir de façon occulte. Il défend encore le drapeau tricolore²⁰, l'égalité du partage des successions²¹, les prérogatives du roi dans le droit de paix et de guerre²² mais, en février 1791, s'oppose à la loi contre l'émigration, principe *d'inquisition dictatoriale* s'écrie-t-il, contre lequel il est prêt à sacrifier une *popularité que j'ai ambitionnée et dont j'ai eu l'honneur de jouir*²³.

Il meurt en avril, réconcilié avec Malouet qui, deux jours avant le discours sur l'émigration, s'était plaint du fait qu'il n'avait jamais obtenu *la permission de répliquer à MM. de Mirabeau, Lameth et Barnave...vu que la discussion était fermée pour la minorité avant qu'elle fut ouverte*²⁴. Mirabeau mort, Malouet continue, s'opposant à un Acte constitutionnel bâti sur les abstractions de la souveraineté du peuple et de la volonté générale.²⁵ Il est l'anti-Sieyès. Et à le relire, on saisit tout ce que la Constituante de 1789 a perdu à se séparer d'un pouvoir exécutif de bonne volonté qui, l'ayant convoqué, avait eu l'innocence d'inaugurer l'ouverture, sans rien annoncer d'autres que... des économies.

Malouet ou l'anti-Sieyès

*Né dans une condition médiocre*²⁶, écrira-t-il, Malouet meurt en décembre 1814, ministre de la marine de Louis XVIII. A la différence de Talleyrand ou Mirabeau, il incarne le meilleur du Tiers-Etat, peuplant l'administration royale où commissaire à Saint-Domingue et intendant à Cayenne et Toulon, il a montré ses talents et pris la mesure de l'urgence des réformes dont il pense que, pour réussir, elles doivent être pilotées par le Conseil du roi. Dès l'annonce de la convocation des Etats, il démissionne pour être élu, publiant en décembre 1788 un *Avis à la noblesse* qui est un terrible réquisitoire contre une noblesse *ignorante et courageuse*, un clergé *passionné de ses immunités* et des magistrats *ne connaissant la nation que sous la protection de leurs tribunaux*²⁷. Convaincu que *la hiérarchie est nécessaire à la stabilité des lois, à la sûreté du peuple comme à celle du monarque*, il croit en Necker, ami fréquenté dans les salons. Elu par acclamation à Riom, il est frappé de l'effervescence d'une

¹⁸ Malouet : *Mémoires* publiés par son petit-fils, 2 tomes, Paris, 1868.

¹⁹ 18 août 1789

²⁰ *Orateurs de la Révolution* : 21 octobre 1790, p. 790

²¹ « » : 2 avril 1791, p.849.

²² « » : 20 et 22 mai 1790, p.732 et ss.

²³ « » : 28 février 1791, p.833.

²⁴ « » : 8 août 1891, p.501

²⁵ « » : 26 février, p..504

²⁶ Malouet : *Mémoires* publiés par son petit-fils, 2 tomes, Paris 1868.

²⁷ Cité in *Orateurs de la révolution*, p. 1358.

ville où *chaque avocat a sa constitution* ; il monte à Paris prévenir les ministres, Montmorin et Necker: *Tout doit être prévu écrit-il, combiné dans le conseil du roi avant l'ouverture des Etats-Généraux,. La révolution qui s'opère et que nous pouvons regarder comme accomplie est l'élévation des communes à une influence égale à celle de deux autres ordres. Une autre doit suivre... c'est à vous de la faire ; c'est la destruction des privilèges onéreux au peuple...Ainsi vous devez avoir un plan arrêté de concessions qui, au lieu d'ébranler, consolide l'autorité légitime (et) ce plan doit devenir celui le texte de tous les baillages.... »²⁸.*

On sait ce qu'il en fût : face à Sieyès, la patience et la modération quant à la vérification des pouvoirs, ne convainc pas et, après le Serment du jeu de paume, Malouet pense comme Talleyrand que le roi aurait du dissoudre et renvoyer les députés devant leurs baillages puisque personne n'avait reçu mandat de rompre avec la monarchie. Avec Lally Tollendal, Malouet juge que mieux vaudrait supprimer les abus et rétablir ordre public et finances, que proclamer des Droits abstraits ou rédiger une Constitution pour un peuple asservi depuis si longtemps. Malouet est battu : seul en août, avec Mirabeau en septembre 1789, lorsqu'ils échouent à faire voter *la sanction législative du roi, qui n'est point la prérogative du monarque mais la propriété et le domaine de la nation....l'alliance naturelle et nécessaire entre le prince et le peuple contre toute espèce d'aristocratie*²⁹.

Le 1er février 1790, l'entrée inopinée du roi à l'Assemblée, suivie d'une ovation lui rend un bref espoir. Mais il échoue à proposer le vote d'une motion assurant l'*indissolubilité* de l'union de l'Assemblée à la Constitution et au roi et la priorité à l'étude du déficit³⁰. Malouet recommence lors du droit de paix et de guerre³¹ mais, après l'affaire de Nîmes où il ne voit que grave confusion entre droits de pétitions et troubles publics - les uns à autoriser, les autres à réprimer- il n'est plus qu'un homme seul, réduit à imprimer des textes que l'Assemblée ne veut plus entendre. Où sont les droits de la minorité demande-t-il? Comment concilier *la révolte de la minorité contre la majorité*³² dont Pétion l'accuse, avec la *résistance à l'oppression* que la Déclaration hisse au rang de droit sacré ? Et d'interroger : serait-ce qu'en France il n'y a plus d'autre choix que d'être *tyran ou esclave* ?

Refusant de confondre défense des privilèges et défense de l'ordre, il dit son entière liberté au regard des hiérarchies religieuses ou judiciaires : rien n'étant *au dessus de la liberté et de l'égalité*, il a voté la suppression des Parlements et la déclaration du catholicisme comme religion non d'état mais nationale, car un retour du fanatisme religieux est toujours à craindre. Mais, pour assurer la tranquillité du pays, il se doit d'alerter sur *les désordres résultant de la régence des clubs* puisque tout comme *Jean-Jacques*, il pense que *le règne de la liberté serait payé trop cher de la vie d'un seul homme*. Puisque *l'expérience prouve qu'un droit n'est rien, s'il n'est mis sous la garde d'une protection efficace* il cherche les moyens ou procédures qui, dans l'Acte constitutionnel de 1791, seraient des garanties. Le scandale de ces propos est si grand que, Le Chapelier lui ayant ôté la parole, il ne pourra plus que faire imprimer une *opinion* confiée à la postérité. C'est le témoignage d'une lutte pour lier proclamation des droits et défense d'un pouvoir exécutif dont, contre Sieyès, il a pensé que le *concours* était indispensable, puisque sans vraies garanties, ces Droits ne seront que leurre.

Dédicacé au Cicéron de *La République*³³, le texte prend ses distances à l'égard de la querelle royauté-monarchie, destinée à plomber le destin constitutionnel de la France post révolutionnaire, pour mettre l'accent sur les contradictions d'un texte qui, fondé sur la

²⁸ Mémoires, tome I page 253 et ss.

²⁹ *Orateurs de la Révolution*, 1^{er} septembre 1789, p.676 .

³⁰ « « 5-6 février 1790 p.463.

³¹ « « 17 mai 1790 .467

³² « « 26 février 1791

³³ *Statuo esse optime constitutam rempublicam qua ex tribu generibus regali optime populari* : un Etat est organisé au mieux dans la mesure où il participe de ces trois régimes : royal, aristocratique et démocratique. *Orateurs de la Révolution* op.cit, p.501 et 1382.

souveraineté du peuple, n'est relié à aucune réalité sensible puisqu'il n'y a délégation ni aux pouvoirs suprêmes ni à la nation *rassemblée toute entière*, ni au *peuple réuni en corps dans des assemblées primaires* à qui toute délibération est défendue, mais simple *exaltation des têtes jusqu'à un délire* qui risque de se prolonger. Si la souveraineté n'est assise que sur la *volonté générale*, où seront les digues : dans l'élection d'une Assemblée dont l'éligibilité est soumise à la condition du marc d'argent ? Dans une royauté sans indépendance, limitée au titre de pouvoir exécutif puisqu'elle ne peut ni sanctionner, ni rejeter les actes du Corps législatif ? L'ordre judiciaire pourra-t-il devenir digue ? Compte tenu des précédents et de son propre vote contre les vieux Parlements, Malouet est discret sur le point, se limitant à quelques mots sur un *silence qui semble un aveu tacite de ses inconvénients*.

Réflexion incidente mais capitale pour comprendre le « paradoxe » de cette tradition constitutionnelle léguée à la France post-révolutionnaire par le bref succès de Sieyès qui, au vu de la suite, se met d'abord à chercher le *bras* pour finir la révolution, puis à imaginer un *jury constitutionnaire* où la doctrine voudrait voir l'ancêtre du Conseil Constitutionnel³⁴. Formulée par Malouet qui, à cinquante ans, est un des rares députés à avoir eu une expérience du gouvernement, l'incidente fait réfléchir : n'y a-t-il pas là, une clef des difficultés constitutionnelles de la France post-révolutionnaire ? Celle qui voulant bâtir sur la *table rase* du passé, n'eût guère le souci de la résistance des réalités ou des consciences ? En proclamant ensemble, et sans le moindre précédent chez les anciens ou les modernes non seulement la simultanéité de la liberté et de l'égalité, mais aussi le silence des tribunaux quant à l'interprétation de lois délibérées par la seule Assemblée issue du marc d'argent, Malouet n'a-t-il pas mis le doigt sur le déséquilibre d'une Révolution qui ne saura plus se « terminer »³⁵ ? Déséquilibre que seul un pouvoir exécutif doté d'une *volonté souveraine* aurait pu *balancer* ? Et d'autant que pour faire saisir le fond d'une pensée constitutionnelle, affranchie de toute fidélité dynastique, il précise que *le titre de chef du pouvoir exécutif convient également à un doge, un avoyer ou un président des Etats-Unis*.

Le recul du Temps, avec la connaissance des épreuves que la France constitutionnelle a du traverser pour retrouver la bienfaisance d'un pouvoir constituant fondé sur le concours de pouvoirs constitués, respectueux de la liberté et de l'égalité, nous font mieux saisir la valeur d'une souveraineté du peuple vraie qui, en dernière analyse, est seule capable de lier ou de délier le rapport au Temps ou à l'Espace, comme montré par les référendum « sur la table rase » de la Libération, comme sur la « séparation » d'une Algérie dite française³⁶ ou la constitutionnalisation d'une Europe sans frontières. Autant de votes qui mettent en cause le « régime d'historicité »³⁷ d'une Tradition républicaine qui, issue du radicalisme exclusif de l'abbé Sieyès, a engendré le récit d'une « conquête de la République par les républicains » aboutissant à la tragédie de l'abdication de 1940. L'échec du vieux récit, élaboré autour du mythe fondateur de la Révolution par la tradition républicaine, laisse la France d'aujourd'hui si démunie qu'elle nourrit une crise de l'interprétation dans un pays dont l'identité était liée à la succession de ses régimes constitutionnels. Reste alors à transformer cette crise en chance

³⁴ Texte de sa proposition présentée le 18 Thermidor an III in Pasquale Paquino : *Sieyes et l'invention de la Constitution en France*, Paris, 1998.

³⁵ *Comment terminer la Révolution* est une obsession qui accompagne la Révolution dès l'automne 1789, voir Mona Ozouf : « Thermidor ou le travail de l'oubli » in *L'Ecole de la France op.cit* ?

³⁶ Odile Rudelle : « l'Algérie et la République » in *Michel Debré et l'Algérie* (s.d. M.Vaïsse) Paris 2007.

³⁷ Le concept de « régime d'historicité » emprunté à Cl. Levi-Strauss par F.Hartog : *Régimes d'historicité, présentisme et expériences du temps*, Paris, 2003, fait comprendre la simultanéité de systèmes de mémoire différents, en particulier la distance qui sépare les catholiques libéraux(Chateaubriand, Tocqueville et Ch de Gaulle, revendiquant une liberté vieille de 2000 ans !) d'une tradition républicaine fondée sur l'addition de la confusion 1789-92 (pour les principes) et de l'héritage 1830 (pour les procédures constitutionnelles exclusivement représentatives) : voir Odile Rudelle : « Un problème vieux de 169 ans ? » in AFDC (s.d. B.Mathieu et D.Rousseau) : *50 ans de Vème République*, à paraître chez Dalloz en septembre 2008.

pour qu'une nouvelle génération de constitutionnalistes se lance à la recherche d'un récit des origines assez ancien et ouvert, pour être capable d'inclure élaborations et proclamation, oublis, abolitions et rétablissements, dans un processus sans fin ni début qui n'est rien d'autre que le récit toujours neuf de l'aventure de la liberté³⁸...

³⁸ Le chantier est déjà ouvert : ainsi de la thèse d'Emmanuel Cartier « *La transition constitutionnelle en France 1940-1945*, Paris, 2004 ou du colloque d'Odile Rudelle et Didier Maus (s.d.) *Normandie constitutionnelle : berceau des droits civiques, de la Charte aux Normands(1315) au Traité constitutionnel*, Paris, 2008,