

INTRODUCTION AU COURS SUR L'ASSEMBLEE CONSTITUANTE

Jon Elster

LE PARADOXE DOCTRINAL CHEZ POISSON

- [Dans un jury] il y a un cas singulier qui pourra se présenter quelquefois, et qu'il est bon de signaler. Deux individus que j'appellerai Pierre et Paul, sont accusés d'un vol ; à la question si Pierre est coupable de ce vol, quatre jurés répondent *oui*, trois autres *oui*, les cinq autres *non* : l'accusé est déclaré coupable à la majorité de sept voix contre cinq ; à la question, si Paul est coupable du même vol, les quatre premiers jurés répondent *oui*, les trois autres qui avaient dit *oui* contre Pierre disent *non* contre Paul, les cinq derniers répondent *oui* ; Pierre est donc déclaré coupable à la majorité de neuf voix contre trois. On pose ensuite la question, si le vol a été commis par *plusieurs*, qui entraîne, dans le cas de l'affirmative, une plus forte pénalité. Conséquemment à leurs votes précédents, les quatre premiers jurés répondent *oui*, et les huit autres qui ont jugé, ou Pierre ou Paul innocent, répondent *non*. La décision du jury, sans qu'il y ait aucune contradiction dans les votes des jurés, est donc que les deux accusés sont coupables de vol, et en même temps que ce vol n'a pas été commis par *plusieurs*. (Simeon Denis Poisson, *Recherches sur la probabilité des jugements*, 1837, p. 21.)

LE PARADOXE DOCTRINAL EN 1789

	Préférences fondamentales	Croyances causales	Préférences dérivées
• Gauche	Stabiliser la révolution	Le bicaméralisme déstabilisera la révolution	Monocaméralisme
•			
•			
• Centre	Stabiliser la révolution	Le bicaméralisme stabilisera la révolution	Bicaméralisme
•			
•			
• Droite	Déstabiliser la révolution	Le bicaméralisme stabilisera la révolution	Monocaméralisme
•			
•			

SEMINAIRE SUR LES DEUX ASSEMBLEES

• SEMINAIRE (17-19H)

- LA CONVENTION FÉDÉRALE ET LA CONSTITUANTE DE 1789 – REGARDS CROISÉS
- 24 janvier : Introduction (17 à 18 h.)
- 31 janvier : Arnaud Le Pillouer, « La question de la structure de l'exécutif à Philadelphie et à Paris ».
- 7 février : Pasquale Pasquino, « La fonction constitutionnelle du pouvoir judiciaire dans la doctrine de la séparation des pouvoirs à Versailles/Paris et à Philadelphie ».
- 28 février : Michel Troper, « La question du veto en France et aux États-Unis ».
- 4 avril : Jon Elster, « Esclavage et liberté dans les deux assemblées »
- 25 avril : Mark Tushnet : "Amending the Constitution: Process and Substance".
- 2 mai : Michel Rosenfeld, "Comparaison des modèles constitutionnels français et américain: Genèse et évolution".

PLAN DU COURS

- 13 janvier : Introduction
- 20 janvier : Les Etats généraux avant 1789
- 27 janvier : La convocation des Etats de 1789
- 3 février : La Constituante entre les soldats du roi et les foules parisiennes
- 10 février : Les deux grandes peurs de 1789
- 3 mars : L'écriture de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
- 10 mars : Séparation des pouvoirs : bicaméralisme et veto royal
- 28 avril : Lier le futur : éligibilité et amendements.
- 5 mai : Conclusion

IL FAUT PASSER PAR L'ANARCHIE

- Nous avons renoncé aux usages serviles, aux privilèges ennemis de tout bien. L'anarchie est un passage effrayant, mais nécessaire, et c'est le seul moment où l'on peut arriver à un nouvel ordre des choses. Ce n'est pas dans des temps de calme qu'on prendrait des mesures uniformes (Clermont Tonnerre le 19 octobre 1789).

PARTITION DE L'UNION AMERICAINE?

- L'expédient proposé est que tous les États soient fondus en une seule masse, avant d'en faire une nouvelle partition en 13 parts égales. Une telle entreprise est-elle réalisable ? Les dissemblances en matière de règles de propriété, ainsi qu'entre les manières, les coutumes et les préjugés des différents États interdisent en réalité une telle solution. Il s'est révélé impossible au pouvoir de l'un des princes les plus absolus d'Europe (le roi de France), guidé par la sagesse de l'un des plus éclairés et des plus patriotes des Ministres que la Terre ait porté (M. Necker), d'uniformiser *sur certains aspects seulement* les coutumes et les règles de différentes provinces. (James Madison à la Convention Fédérale le 19 juin 1787; c'est moi qui souligne)

INTERET, PASSION, RAISON (1)

- « Rien ne coûte moins à la passion que de se mettre au-dessus de la raison : son grand triomphe est de l'emporter sur l'intérêt » (La Bruyère, *Les Caractères*, IV, 77).

INTERET, PASSION, RAISON (2)

- Ceux qui ne voient pas la question *sous le prisme de la passion ou de l'intérêt* trouveront qu'il est aussi impolitique qu'inéquitable aux Etats commerçants de tirer [...] de leurs voisins non commerçants un revenu indirect : puisque cela engagerait la partie lésée, *par ressentiment autant que par intérêt*, à chercher des routes moins utiles pour leur commerce étranger. Mais *la voix paisible de la raison, qui parle pour l'intérêt général et permanent*, n'est que trop souvent étouffée, dans les corps politiques aussi bien que chez les individus, par les clameurs d'une impatiente avidité pour un gain immédiat et immodéré » (James Madison, *Le Fédéraliste* No 42 ; c'est moi qui souligne).

- Morton White, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, 1987

REVOLUTION ET CONTREREVOLUTION

	• Statu quo arrière	Deux pas en avant	Un pas en
• Angleterre	1640	1649	1660
• Etats-Unis	Avant 1776	1776	1787
• France	Avant 1789	1789	1814

ASYMETRIE DE LA REVOLUTION ET DE LA CONTRE-REVOLUTION

- « Il n'est certainement pas question de revenir à la situation d'avant 1968, et d'abord parce que la situation avant 1968 comportait les conditions qui ont créé 1968 ». (Valéry Giscard d'Estaing, *Le Monde* du 8 janvier 1975.)

COMMENT DISTINGUER LA CONSTITUTION DE LA LOI

- 1. La constitution détermine *les principes fondamentaux* du système politique, dont les lois règlent ensuite le détail. De manière plus précise, la constitution doit régler (a) *tous* les principes fondamentaux de la politique, et (b) *uniquement* les principes fondamentaux.
- 2. La constitution *détermine les procédures par lesquelles on établit les normes juridiques générales, dont les lois* (Kelsen).
- 3. En cas de conflit entre la constitution et une loi, *la première l'emporte* sur la deuxième.
- 4. Il est *plus difficile* de faire adopter un amendement à la constitution que de faire passer une loi.

LE SOUPÇON EN POLITIQUE

- C'est une maxime politique juste, qu'on doit tenir tout homme pour un fripon (*knave*) et ne supposer d'autre motif à ses actions que son intérêt privé [...], même s'il apparaît étrange qu'une maxime serait vraie *en politique* qui est fausse *en fait*. (David Hume, "On the independence of Parliament").

LES SOUPÇONS DES CONSTITUANTS AMERICAINS

- Aucun sénateur ou représentant ne pourra, durant la période pour laquelle il a été élu, être nommé à une fonction civile relevant de l'autorité des Etats-Unis, qui aurait été créée ou dont le traitement aurait été augmenté durant cette période; aucune personne occupant une charge relevant de l'autorité des Etats-Unis ne sera membre de l'une des deux Chambres tant qu'elle exercera ces fonctions. (La Constitution des Etats-Unis, Art. I.6)
- Le président recevra pour ses services, à échéances fixes, une indemnité qui ne sera ni augmentée ni diminuée pendant la période pour laquelle il aura été élu. (La Constitution des Etats-Unis, Art. II.1)
- Les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes et percevront, à échéances fixes, une indemnité qui ne sera pas diminuée tant qu'ils resteront en fonctions. (La Constitution des Etats-Unis, Art. III.1)
- Aucune loi modifiant la rémunération des services des Sénateurs et des Représentants n'entrera en vigueur tant qu'une élection des Représentants ne sera pas intervenue (27^{ème} amendement à la Constitution— déjà proposé par Madison en 1789).

LES SOUPÇONS DES CONSTITUANTS FRANÇAIS

- Les membres du Corps législatif pourront être réélus à la législature suivante, et ne pourront l'être ensuite qu'après l'intervalle d'une législature. (La Constitution Française de 1791, Art. III.I.III.6.)
- Les membres de l'Assemblée nationale actuelle et des législatures suivantes [...] ne pourront être promus au ministère, ni recevoir aucunes places, dons, pensions, traitements, ou commissions du Pouvoir exécutif ou de ses agents, pendant la durée de leurs fonctions, ni pendant deux ans après en avoir cessé l'exercice. (La Constitution Française de 1791, Art. III.II.IV.2.)

LA SEPARATION GEOGRAPHIQUE DES POUVOIRS

- Le Pouvoir exécutif ne peut faire passer ou séjourner aucun corps de troupes de ligne, dans la distance de trente mille toises du Corps législatif ; si ce n'est sur sa réquisition ou avec son autorisation. (La Constitution Française de 1791, Art. III.III.I.5.)
- Une haute Cour nationale, formée des membres du tribunal de cassation et de hauts-jurés, connaîtra des délits des ministres et agents principaux du Pouvoir exécutif, et des crimes qui attaqueront la sûreté générale de l'Etat, lorsque le Corps législatif aura rendu un décret d'accusation. Elle ne se rassemblera que sur la proclamation du Corps législatif, et à une distance de trente mille toises au moins du lieu où la législature tiendra ses séances. (La Constitution Française de 1791, Art. III.V.I.23.)

LE ROI NE FUT PAS CONSTAMMENT AU MERCI DE L'ASSEMBLEE

- La Nation pourvoit à la splendeur du trône par une liste civile, dont le Corps législatif déterminera la somme à chaque changement de règne pour toute la durée du règne. (La Constitution Française de 1791, Art. III.II.10.)

L'OPINION PUBLIQUE: SALUT OU DANGER?

- **M. Robespierre.** Je crois, Messieurs, qu'au contraire la haute cour nationale devrait siéger dans la même ville que le Corps législatif. Par la nature de ses fonctions, la cour nationale aura à prononcer sur le sort de personnages puissants, parce que ce ne sont pas les citoyens faibles qui conspirent contre la liberté. Ce tribunal aura donc besoin d'un grand courage et d'une grande énergie ; et pour cela, il faut l'entourer d'une grande masse d'opinion publique : or c'est dans les grandes villes que l'opinion publique exerce tout son empire ; et c'est dans la plus grande ville du royaume que siège le Corps législatif. [...] Je conclus donc que la cour nationale doit siéger dans la capitale avec le Corps législatif.
- **M. d'André.** Les raisons du préopinant me paraissent précisément appuyer la proposition contraire. En effet, qu'est-ce la haute cour nationale ? C'est un tribunal qui doit juger entre la nation ou les représentants de la nation accusateurs, d'une part, et les accusés coupables de forfaiture, de l'autre. Quel doit être l'objet du Corps législatif ? C'est celui de mettre toujours les accusés à l'abri de toute impulsion étrangère, à l'abri même de ce qu'on appelle l'opinion publique, de cette opinion populaire, si terrible contre les accusés.
- (8 février 1791, *Archives Parlementaires* 23, pp. 46-47)

INTERPRETER LA CONSTITUTION

- Quand l'Assemblée des représentants disputerait au trône une portion d'autorité, elle aurait pour ses prétentions l'appui de la multitude, flattée de l'accroissement du pouvoir dans les mains de ceux qu'elle aurait choisis ; et la Couronne n'aurait aucun moyen de défense s'il ne lui était assuré par la Constitution.
- Qu'on ne pense pas qu'il soit facile de suppléer la sanction royale, et qu'en traçant dans la Constitution les limites de l'autorité des représentants, il leur soit impossible de les franchir ; certainement toutes les règles seront inutiles, lorsqu'on s'en rapportera à ceux qu'elles intéressent, pour le soin de les interpréter. Certainement on ne saurait commettre une plus grande imprudence que de confier à un corps ou à un individu l'exécution de la loi qui doit enchaîner sa volonté. (Mounier le 5 septembre 1789, *Archives Parlementaires* 8, p. 585-86.)

LA CONSTITUTION COMME AUTO-PROTECTION

- Une constitution est une législation faite par Pierre sobre pour le bénéfice de Pierre ivre. (Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*.)
- Les constitutions sont des chaînes par lesquelles les hommes se lient dans leurs moments de lucidité afin de ne pas se suicider un jour de délire. (John Potter Stockton, sénateur américain, 1871).

LA CONSTITUTION N'EST PAS UN PACTE DE SUICIDE

- Are all the laws but one to go unexecuted and the government itself go to pieces, lest that one be violated? (« Faut-il que toutes les lois sauf une restent sans exécution, et que le gouvernement s'effondre, afin que celle-ci soit inviolée ?») (Abraham Lincoln au Congrès le 4 juillet 1861)

PACTE DE SUICIDE OU DISPOSITIF ANTI-SUICIDAIRE?

- The Bill of Rights is not a suicide pact » (« La déclaration des droits n'est pas un pacte de suicide ».) (Robert Jackson, juge de la Cour Suprême des Etats-Unis, 1949).
- Les constitutions sont des chaînes par lesquelles les hommes s'entravent dans leurs moments de lucidité afin de ne pas se suicider un jour de délire.

L'ILLUSION D'AUTEUR

- Les lois dont dépend la liberté civile et politique se réduisent à un très-petit nombre, et ce décalogue politique mérite seul le nom d'articles constitutionnels. Mais l'assemblée nationale a donné ce titre à presque tous ses décrets ; soit qu'elle voulait se soustraire à la sanction du roi, soit qu'elle se fit une sorte d'illusion d'auteur sur la perfection et la durée de son propre ouvrage. (Mme de Staël, *Considérations sur la Révolution Française*, ed. J. Godechot, 2000, p. 243.)

LES PLAINTES DE LOUIS XVI

- L'Assemblée a mis le roi tout à fait hors de la Constitution, en lui refusant le droit d'accorder ou de refuser sa sanction aux articles qu'elles regarde comme constitutionnels, *en se réservant le droit de ranger dans cette classe ceux qu'elle juge à propos* (Louis XVI, Déclaration à tous les Français le 22 juin 1791, *Archives Parlementaires* 27, p. 379 ; c'est moi qui souligne).

- Tom Ginsburg, Zachary Elkins et Justin Blount, “Does the process of constitution-making matter?”, *Annual Review of Law and Society* 2009.

L'HYDRE AUX TROIS TÊTES

- Une Chambre unique étant d'une activité et d'une force irrésistible est nécessaire pour tout créer. Jamais *l'hydre aux trois têtes* [chambre basse, chambre haute, roi] n'aurait permis de faire une constitution ; mais tout doit changer pour l'avenir. Il faut plus de moyens pour conserver que pour acquérir ; et la précipitation doit être évitée dans un Corps législatif. (Clermont-Tonnerre le 4 septembre 1789 ; *Archives Parlementaires* 8, p. 574 ; c'est lui qui souligne.)

L'AUTORITE DU PASSE

- La question semble détachée de la Constitution et n'être que provisoire ; mais l'autorité du passé sur l'avenir lie les faits à tous les temps. (P.-F. Blin le 7 novembre 1789, *Archives Parlementaires* 9, p. 716.)

PROPOSITION DE BLIN

- Aucun membre de l'Assemblée Nationale ne pourra passer au Ministère pendant le cours de la session.

AVANTAGE DU HUIS CLOS

- Si les membres [de la Convention Fédérale] s'étaient engagés publiquement dès le début, ils auraient ensuite supposé que la cohérence exigeait d'eux de maintenir leurs opinions, alors que, grâce au secret des discussions, nul ne se sent obligé de conserver ses opinions s'il n'est plus convaincu de leur pertinence et de leur vérité, et chacun peut céder à la force des arguments. Aucune constitution n'aurait jamais été adoptée si les débats avaient été publics (James Madison lors d'une conversation avec Jared Sparks, le 19 avril 1830.)

DEUX ASSEMBLEES OU UNE?

- [La] Convention Nationale est forcée de laisser exister en même temps qu'elle l'Assemblée législative, et c'est en effet le plan des comités.
- Or, je ne connais rien de plus funeste que cette existence simultanée des 2 Assemblées nationales. Que de troubles, que de factions un tel ordre de choses ne pourrait-il pas engendrer ?
- Une Assemblée nationale n'existe que pour déclarer la volonté de la nation : elle a, dans le corps politique, la faculté de vouloir. Cette faculté peut-elle se diviser ? Je ne le crois pas. [...]
- Cette difficulté se lèverait peut-être si les lois constitutionnelles pouvaient se distinguer très exactement des lois réglementaires ; mais l'Assemblée vient d'éprouver cette impossibilité : eh bien, Messieurs, cette difficulté insoluble entraînerait les plus terribles conséquences. Des disputes de compétence s'élèveraient bientôt entre les 2 assemblées. (J.-B. Salle le 31 août 1789, *Archives Parlementaires* 30, p. 105-6.)

- Arnaud Le Pillouer, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, 2005.