

françaises. A ce sujet, il faut encore comprendre la raison qui motive la compétence exclusive des chambres en la matière. Là encore, la théorie de l'octroi est mise à mal, tant ces deux principes sont inconciliables. La constitution est par essence une norme qui concerne l'ensemble de la société en ce qu'elle précise et institue son mode de fonctionnement. En ce sens, elle ne peut se voir confisquée au profit d'une seule autorité, quand bien même il s'agirait du roi. Il faut alors comprendre que la nation a accepté la Charte, puisqu'elle n'a pas manifesté son refus. Chateaubriand inverse même la présomption à propos de la loi des élections. Puisque le roi ne s'est pas opposé aux amendements apportés par la chambre des députés et que la proposition de loi a même été transmise à la chambre des pairs, il en est présumé l'instigateur. La théorie de l'approbation tacite, qui vaut déjà pour la Charte, voit donc son champ d'action s'étendre :

«Enfin, si le Roi avait trouvé inconstitutionnels les amendements de la Chambre des Députés, il les eût gardés, et il n'eût pas envoyé la Loi amendée à la Chambre des Pairs. Bannissons donc toute crainte. Le Roi a pris évidemment l'initiative sur la question du renouvellement intégral. Le Roi n'a point rejeté les amendements ; le Roi paraît désirer que nous nous occupions de la Loi d'élection, puisqu'il a daigné nous en soumettre le Projet »¹¹⁸.

En second lieu, il est nécessaire de bien apprécier sur quoi porte précisément la confusion entre loi et constitution afin de déterminer le domaine de compétence du législateur. Et c'est sans doute ici que le droit naturel peut refaire son apparition. Chateaubriand est partisan d'une différenciation entre dispositions fondamentales et secondaires de la constitution. La seconde catégorie relève de la sphère de compétence du législateur, dans la mesure où elle ne fait que consacrer les choix et les préférences d'une population donnée, réformables à loisir selon ses propres vœux. Il s'agit là d'une partie, certes importante, de la législation positive, mais son auteur doit être délié des lois conformément à la tradition antique reprise par nos légistes. En revanche, la première catégorie comprend une transposition du droit naturel, ne pouvant en conséquence être modifiée par qui que ce soit. Cela permet sans doute de relativiser la position de Chateaubriand, dont chacun connaît l'attrait répété pour la Charte qu'il expose ici aux aléas des volontés humaines. Certes, il l'approuve, mais n'y perçoit à aucun moment un caractère à proprement parler sacré, à la différence des doctrinaires. C'est une préférence qu'il exprime, mais qui ne vaut que pour les temps présents et qui ne lie pas la société française.

L'intérêt de cette réfutation est double mais n'apparaît toutefois sensible qu'à partir de 1830, période d'émancipation de cette opinion. Son intérêt a trait, en premier lieu, à la place du peuple ou du roi dans la procédure ; débat dont l'importance était patente compte tenu de l'emploi récent du pouvoir constituant par la chambre des députés, elle qui se montrait soucieuse de le confisquer afin de préserver l'ordre établi. Distinguer la loi ordinaire de la loi constitutionnelle aboutit à affirmer l'intervention plus ou moins directe du peuple (référendum ou

¹¹⁸ Opinion de M. le vicomte de Chateaubriand sur le projet de loi relatif aux élections, séance du 3 avril 1816, in Fr.-R. de Chateaubriand, *Écrits politiques (1814-1816)*, op. cit. , p. 387. Soulignons que le rôle de gardien de la constitution apparaît ici en filigrane en faveur d'un roi censeur de l'innovation.

mandat spécial concédé à des députés), parfois du roi, dans l'œuvre constituante pour marquer sa différence avec les procédures de la représentation législative. Les rares publicistes soutenant cette dissociation, à l'instar d'Hello et de Berriat-Saint-Prix, estimaient qu'une telle intervention était de nature à heurter les tenants de « l'omnipotence parlementaire », diatribe qui vise surtout Guizot et les doctrinaires. En effet, l'implication du roi ou du peuple relègue les députés à un rôle de subordonné et empiète sur leur champ de compétence, ce qui, pour des personnalités jalouses de leur pouvoir, ne se conçoit pas¹¹⁹. De plus, cette intervention marque bien la force d'une collectivité ou d'une individualité qu'on ne peut contrôler et qui, de ce fait, paraît bien dangereuse ; le vocabulaire employé notamment par Guizot afin de qualifier le pouvoir constituant de « pouvoir extra-constitutionnel et extralégal »¹²⁰ le démontre amplement, en plus de maintenir la confusion de nature entre la loi et la constitution. La crainte de l'arbitraire, c'est-à-dire du caractère inconstitutionnel, les conduit tout naturellement à condamner cette théorie ou plutôt à prouver que l'existence, en certaines périodes de notre histoire, de pouvoirs constituant n'était autre que l'émanation outrageante de la force. Cette admonestation se dévoila le plus nettement lors du débat de la chambre des députés de 1842 relatif à la régence où les positions de Thiers et de Guizot furent pour une fois très proches. Celui-ci en convenait lui-même dans ses mémoires, n'hésitant pas à reproduire le discours de son principal rival afin d'illustrer leur accord, bien que Thiers accorde plus volontiers une supériorité théorique aux articles de la Charte :

«[...] j'admets la différence qu'il y a entre l'article de la Charte et un article de loi ; mais cela ne fait pas que je croie au pouvoir constituant. Le pouvoir constituant a existé, je le sais ; il a existé à plusieurs époques de notre histoire ; mais, permettez-moi de vous le dire, s'il était le vrai souverain, s'il était au-dessus des pouvoirs constitués, il aurait cependant joué par lui-même un triste rôle. [...] Sous la Restauration, il a pris une autre forme, il s'est caché sous l'article 14 de la Charte ; c'était le pouvoir d'octroyer la Charte et de la modifier. Voilà les divers rôles qu'a joués le pouvoir constituant depuis 50 ans. Ne dites pas que c'est la gloire de notre histoire, car les victoires de Zurich, de Marengo et d'Austerlitz n'ont rien de commun avec ces misérables comédies constitutionnelles. Je ne respecte donc pas le pouvoir constituant »¹²¹.

Dans un passage passé à la postérité, Guizot n'hésitait pas à employer les termes connotés de révolution ou d'usurpation, dénonçant l'hypocrisie des tenants de cette position doctrinale :

¹¹⁹ A.-Fr. Perny le démontre bien dans *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, *op. cit.*, pp. 124-133. Berriat-Saint-Prix et Hello fustigent l'attitude et l'état d'esprit des députés en vertu de leur « haine de l'omnipotence parlementaire ». Aussi ont-ils tendance à exagérer le propos.

¹²⁰ Voir de préférence son discours du 29 décembre 1830 devant les députés, in François Guizot, *Histoire parlementaire de France*, Paris, Michel Lévy frères, 1863, tome I, pp. 166-178.

¹²¹ Discours sur la régence, 20 août 1842 in *Discours parlementaires de M. Thiers*, Paris, Calmann Lévy, 1879, tome VI, pp. 214-215. Voir aussi le commentaire de Guizot qui reproduit ce même passage dans ses *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, Paris, Michel Lévy frères, 1860-1870, tome VII, pp. 27-28.

« [...] si on prétend qu'il existe ou qu'il doit exister au sein de la société deux pouvoirs, l'un ordinaire, l'autre extraordinaire, l'un constitutionnel, l'autre constituant [...] on dit une parole insensée, pleine de dangers et fatale. [...] J'ai vu dans le cours de ma vie, trois pouvoirs constituants : en l'an VIII, Napoléon ; en 1814, Louis XVIII ; en 1830, la Chambre des députés. Voilà la vérité, la réalité ; tout ce dont on vous parle, ces votes, ces bulletins, ces registres ouverts, ces appels au peuple, tout cela c'est de la fiction, du simulacre, de l'hypocrisie. [...] nous, les trois pouvoirs constitutionnels, nous sommes les seuls organes légitimes et réguliers de la souveraineté nationale. Hors de nous, il n'y a qu'usurpation ou révolution »¹²².

Cette dangerosité est plus clairement ressentie concernant la collectivité, la crainte d'un regain de la souveraineté du peuple étant présent dans tous les esprits¹²³, y compris et surtout sous la monarchie de Juillet qui cherchera toujours à effacer ses marques de naissance. Une telle logique devait les conduire à revendiquer, en faveur de la réunion des trois pouvoirs, le droit de modifier la Charte, seule procédure valable d'un point de vue juridique, du moins à la lumière de la souveraineté de la raison, et surtout à même de fournir des garanties :

« Quand il survient dans la vie d'un peuple quelque circonstance extraordinaire, quelque grande question imprévue, par qui convient-il, selon le simple bon sens, qu'elle soit traitée et décidée ? Évidemment par les pouvoirs les mieux instruits des intérêts de la société, les plus exercés à la gouverner. [...] Quand on a sous la main des pouvoirs qui réunissent ces conditions, les écarter au moment où l'on a le plus besoin d'eux, pour appeler un pouvoir extraordinaire, un pouvoir nouveau venu, messieurs, c'est de la folie ! »¹²⁴.

L'hypocrisie provenait pourtant de Guizot qui recherchait depuis 1830 à confisquer le pouvoir constituant dans le but de ralentir voire de conclure l'histoire¹²⁵. Le propos, sans doute, était bienveillant ; il s'agissait bien de sécuriser l'Etat et de forcer les pouvoirs publics à consolider leur légitimité sur la base de leurs actions quotidiennes, preuve d'un bon usage du pouvoir

« On ne fonde pas un gouvernement en un jour, d'un coup, par la baguette de ce qu'on appelle le pouvoir constituant ; on le fonde par la bonne conduite de ce gouvernement lui-même, par l'harmonie, par le jeu bien entendu de tous les pouvoirs permanents et habituels qui le constituent. On le fonde un peu chaque jour [...] ; c'est une œuvre qui ne peut être accomplie que par le

¹²² Discours de Fr. Guizot devant la chambre des députés, 18 août 1842, in *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, op. cit. , t. VII, pp. 26-27 et dans son *Histoire parlementaire de France*, op. cit. , tome III, p. 681.

¹²³ L'argumentation était devenue classique, y compris dans le milieu ultra, justifiant ici encore l'assimilation pouvoir législatif/pouvoir constituant. Voir Jean-Paul Clément, *Aux sources du libéralisme français : Boissy d'Anglas, Daunou, Lanjuinais*, Paris, LGDJ, 2000, p. 63.

¹²⁴ Discours de Fr. Guizot, 18 août 1842 in *Histoire parlementaire de France*, op. cit. , tome III, p. 679.

¹²⁵ Voir Pierre Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, pp. 285-290.

concours tranquille, régulier, non d'un pouvoir constituant, non d'un congrès, non de l'exercice extraordinaire de la souveraineté publique, mais des pouvoirs légaux, habituels, permanents »¹²⁶.

Paradoxalement, la défense de Guizot devait donner du poids à l'argumentation de la doctrine allemande¹²⁷ pour qui la confusion entre loi constitutionnelle et loi ordinaire est en réalité favorable au pouvoir royal en raison de son intervention dans le processus. La faille se situait au niveau du pouvoir de sanction. Prérogative incontestée, elle confère un veto absolu au roi lui offrant l'ascendant sur le pouvoir législatif, pour ne pas avouer l'emprise totale qu'il exercerait dessus. La confusion des deux normes finit par lui réserver la réalité du pouvoir constituant, sans le lui concéder en théorie. Plus subtile, cette vision des choses se révèle plus efficace que n'importe quelle prétention fondée sur le droit divin, laissant miroiter un possible regain du pouvoir royal à l'avenir. L'intérêt du roi le poussait ainsi à maintenir une certaine confusion entre loi et constitution, dans le creuset préparé par Montlosier :

«Qu'est-ce que la Charte ? N'est-ce pas un don du Roi ? Croyez-vous que le roi qui a donné la Charte, et les deux chambres qui, par leur participation au pouvoir législatif, sont ses premiers conseils, n'ont pas le droit d'y apporter des modifications ? S'ils ont ce droit, et qu'ils l'exercent, ne sera-ce pas sur certains points que l'expérience et la réflexion leur auront fait juger défectueux ? »¹²⁸.

Le second intérêt de la réfutation porte sur la véracité des propos tenus sur l'inviolabilité de la Charte et de la loi ; elle nous offre la possibilité de mieux distinguer les partisans de cette thèse. Une première catégorie, les conservateurs au sens moderne du terme, veulent adosser la constitution aux fondements même de la société, assurant ainsi sa stabilité. La seconde catégorie est plus équivoque, réunissant en son sein les personnalités déçues tant par le contenu des deux chartes que par le programme mis en œuvre. Celles-ci luttent contre le pouvoir constituant non en raison de leur hostilité au changement, mais parce qu'elles comprennent que la théorie du pouvoir constituant finit par renforcer la Charte en réduisant les possibilités et la facilité de modification de celle-ci (conditions restrictives, détenteurs moins nombreux et moins influençables...). Leur véritable dessein consiste à tout réformer. Or, nier l'existence d'un pouvoir constituant leur permet de ravalier la Charte au rang de loi et de pouvoir la modifier suivant une procédure plus simple à appliquer, propre à satisfaire leur ambition dans un délai modéré, le temps de remporter une élection. Les jeunes doctrinaires, suivant la tendance initiée par Rémusat, s'inscrivent dans cette tendance. Rémusat fonde son opposition aux libéraux sur une objection tirée de

¹²⁶ Discours de Guizot à la chambre des députés, 5 octobre 1831, in Fr. Guizot, *Histoire parlementaire de France, op. cit.*, tome I, p. 321.

¹²⁷ Jacky Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918). Le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002, p. 56.

¹²⁸ Comte de Montlosier, *De la monarchie française au 1^{er} janvier 1821*, Paris, Gide fils, 1821, p. 289.

la supposée nature de la Charte, assimilée à un contrat social. Certes, il comprend la réflexion doctrinale alimentant le refus des indépendants de confier aux pouvoirs constitués le pouvoir constituant. Si ce dernier a réellement existé au moment de l'élaboration de la Charte ou si ce texte constitutionnel résulte d'un contrat social dans son essence la plus pure et la plus solennelle, alors les pouvoirs constitués n'ont effectivement aucun droit dessus :

«Poussons le raisonnement : d'où infère-t-on que la Charte ne peut être modifiée ? Ressusciterait-on les théories de 1789, qui n'ont ici pourtant qu'une application forcée, et soutiendrait-on par hasard que la Charte est un contrat ? J'y consens ; mais alors n'ont-ils pas le droit de modifier un contrat, ceux qui l'ont conclu ? S'il eût été passé dans les formes inventées par ces publicistes spéculatifs, qu'on pourrait appeler les notaires de l'état de nature ; si la naissance de la Charte eût été une représentation réelle de la fiction du Contrat social de Rousseau, si seulement elle eût été délibérée et décrétée par une assemblée réunie *ad hoc*, les scrupules des ultra-libéraux se concevraient : rien ne serait plus simple que leur répugnance à donner au pouvoir constitué le droit de changer l'ouvrage du pouvoir constituant ; et l'on comprendrait leur projet de réunir une nouvelle assemblée de législateurs primitifs »¹²⁹.

Mais tel n'est pas le cas : Rémusat relève, non sans raison, que la Charte a simplement fait l'objet d'un assentiment de la part des deux chambres dont se compose le Parlement. Aucune assemblée constituante n'est intervenue pour donner plus de solennité à cette entreprise. Et s'il accepte néanmoins, non sans ironie, l'idée du contrat, c'est pour contrer non seulement la dangerosité d'un pouvoir constituant confié au roi seul, mais également pour lutter contre celui d'une assemblée réunie spécialement pour l'occasion :

«Si l'on ne peut modifier la Charte par une loi, c'est qu'apparemment elle est supérieure aux lois. Il y a donc dans notre pays, un pouvoir supérieur au pouvoir législatif, plus absolu que le pouvoir souverain. On l'ignorait jusqu'à présent, et il est étonnant que ce soit les indépendants qui l'aient découvert. Or, ce pouvoir, s'il existe, quel est-il ? Apparemment celui qui a fait la Charte : qui l'a pu faire, peut la changer ; ce pouvoir, c'est le Roi. Cela étant, dans le raisonnement des indépendants, le Roi pourrait changer la Charte ; à la bonne heure. Mais nous leur demanderons de vouloir bien lui permettre, s'il en a la volonté, de prendre l'avis des deux Chambres »¹³⁰.

La représentation nationale et le roi peuvent donc, à tout moment, modifier la Charte comme n'importe quelle autre loi, conformément à son adoption initiale en 1814 :

¹²⁹ Charles de Rémusat, article du *Courier*, n°160, 27 novembre 1819, p. 1. Reproduit par Darío Roldán, *La pensée politique doctrinaire sous la Restauration. Charles de Rémusat- Textes choisis*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 98.

¹³⁰ *Ibid.*

«La Charte résulte de la volonté du Roi et de l'assentiment national, exprimé par les deux Chambres. Mais cette même volonté, cette même nation n'ont-elles plus les mêmes droits ? Ne sont-elles plus les mêmes aujourd'hui qu'il y a cinq ans ? D'où vient que l'on exagérât leur pouvoir en 1814, pour les restreindre en 1819 ? »¹³¹.

Qu'ils soient ou non sincères dans leurs propos, les tenants de la confusion des normes rencontraient de fins critiques comme Hello qui se plaisaient à souligner l'inanité d'une position qui ne faisait que déplacer le problème soulevé :

«La Charte se tait sur le mode de révision. [...] on en tire une conclusion contre la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, c'est-à-dire contre le pouvoir constituant lui-même ; car on ne peut le concevoir que séparément ; et l'abaisser jusqu'au pouvoir qu'il a créé, pour l'identifier avec lui, c'est l'annuler. Or, comme on ne voit rien de plus élevé dans l'organisation constitutionnelle que le pouvoir législatif, c'est à lui que l'on remet le droit de révision. Mais on ne s'aperçoit pas qu'on retombe dans l'inconvénient dont on veut sortir. Si, pour fuir les assemblées de révision, on fait l'offrande de leur attribution au pouvoir législatif, on ressuscite l'institution sous un autre nom et à une autre place ; on aura toujours une assemblée de révision, et on l'aura plus vicieuse »¹³².

L'aporie des Modernes n'était guère mieux résolue que celle des Anciens : vouloir préserver la transaction de 1814 en réfutant le pouvoir constituant contribue à renforcer la difficulté en lui offrant une solution des plus perverses, soumettant la Charte aux aléas de la conjoncture. A propos de la Charte, Luigi Lacchè a pu, de façon plaisante mais justifiée, lui refuser le statut de « *constitución constituyente* » (constitution constituante)¹³³ ; mais on peut de même s'interroger quant à la réalité du « constitutionnalisme octroyé » qui, finalement, n'est pas un véritable octroi du point de vue des Modernes : le concept sert, comme le Roi lui-même, à consolider un compromis constitutionnel, en éludant deux potentiels de troubles, les élections du chef de l'État et la modification de la constitution. N'était-il pas plus sensé de reconnaître à cette « arche sainte » une supériorité juridique sous les auspices du droit naturel ?

1.2.2.- La Charte, « loi des lois positives » ?¹³⁴

«Il y a donc une différence entre la Charte et la loi, puisque si elles avaient un caractère identique, elles auraient été comprises toutes les deux, dans le même formulaire du serment. Or, quelle est cette différence, si ce n'est que l'une est immuable, et que l'autre peut recevoir des modifications ? Et une preuve de la

¹³¹ *Ibid.*, p. 98-99.

¹³² Charles-Guillaume Hello, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, Auguste Durand, 1848, 3^e éd., tome II, p. 22.

¹³³ L. Lacchè, « *Las Cartas otorgadas. La teoría de l'octroi y las experiencias constitucionales en Europa post-revolucionaria* », *op. cit.*, p. 288.

¹³⁴ L'expression est de J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française*, *op. cit.*, t. I, p. 261.

justesse de cette conséquence, c'est que le législateur constituant ne permet de faire des changements qu'à un seul article de la Charte, qui est celui relatif à l'institution du jury ; or, si la Charte n'avait pas plus de force qu'une loi, quel besoin aurait eu son fondateur de faire cette seule réserve ? L'exception ne confirme-t-elle pas la règle ? »¹³⁵. Au même titre que leurs adversaires, les partisans de la différenciation entre loi et constitution prenaient eux aussi appui sur le texte de la Charte. En l'occurrence, Mézard se référait au serment du Roi pour souligner la différence de valeur qui devait démontrer l'existence d'une supériorité de la Charte sur toute loi ordinaire : elle se présentait comme la norme positive supérieure. Si l'idée d'une hiérarchie des normes n'est pas effectivement consacrée en France, il n'en demeure pas moins vrai que la plupart de ses partisans voient en la Charte un texte de nature presque inviolable et sacrée. La première affirmation mérite bien quelques nuances : depuis l'Ancien Régime, la plupart des jurisconsultes et des penseurs politiques établissaient la supériorité des lois divines et naturelles sur toute norme terrestre. Les contre-révolutionnaires dans leur ensemble sont ainsi parfaitement conscients d'une hiérarchie des normes, fondée sur une hiérarchie des autorités, de laquelle découlerait le reste des sources du droit. Cet état d'esprit entraîne une certaine indifférence à l'encontre des différentes normes humaines, toutes placées à un niveau d'égalité et plus ou moins insufflées par Dieu par l'intermédiaire de la raison humaine et plus particulièrement celle du roi. Cette conception avait ainsi inspiré Joseph de Maistre qui s'évertuait à concilier les partisans de l'origine divine et ceux de l'origine humaine des lois et du pouvoir souverain lui-même, expliquant l'indifférence affichée par certains ultras quant à la nature du régime, pourvu qu'elle soit conforme à sa constitution naturelle :

«Les lois viennent donc de Dieu dans le sens qu'il y ait des lois et qu'on leur obéisse ; et cependant ces lois viennent aussi des hommes puisqu'elles sont faites par des hommes. De même la souveraineté vient de Dieu, puisqu'il est l'auteur de tout, excepté du mal, et qu'il est en particulier l'auteur de la société qui ne peut subsister sans la souveraineté. Et cependant cette même souveraineté vient aussi des hommes dans un certain sens, c'est-à-dire en tant que tel ou tel mode de gouvernement est établi et déclaré par le consentement humain. [...] Il paraît donc que ces deux propositions : *la souveraineté vient de Dieu*, et *la souveraineté vient des hommes*, ne se contredisent pas absolument [...] »¹³⁶.

Le débat doit pourtant se recentrer, pour des raisons évidentes, sur les libéraux et les personnalités issues de la Révolution. Ceux-ci tendaient à remettre en cause le dogme de la loi tout en soulignant le danger et l'inanité d'une constitution qui ne serait pas érigée au rang de loi des lois. Dans une telle hypothèse, et dans la mesure où la Charte n'est pas censée varier dans le temps, n'importe quelle loi ordinaire est capable de lui porter atteinte ou de lui désobéir, sans que la réciproque soit vraie. Une telle situation la reléguait, elle et son

¹³⁵ Pierre-François Mézard, *De la Charte et de ses conséquences*, Paris, Tétot, 1830, pp. 24-25.

¹³⁶ *Étude sur la souveraineté*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, op. cit. , t. I, pp. 313-314. La position évoque celle prônée autrefois par Nicolas de Cusa. Cf. Otto von Guericke, *Les théories politiques du Moyen âge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 170.

contenu, au rang de fiction, les rédacteurs du *Censeur européen* n'hésitant pas à parler de mensonge¹³⁷. Il fallait en conséquence, ici encore, contester le pouvoir constituant du roi en ce que ce prétendu reflet de sa *plenitudo potestatis* remettait en cause cette force de la constitution, position défendue par Hello :

«[...] j'aperçois deux degrés de notre édifice politique ; le premier est occupé par la constitution, et le second par la loi ; celle-ci agit dans la sphère inférieure que la première a créée, et qu'elle ne peut surveiller sans la maintenir au-dessous d'elle. Ceux qui tiennent pour la plénitude de la royauté tombent ici dans une étrange inconséquence ; ils ne reconnaissent qu'au prince le droit de faire la constitution, et cependant ils conviennent que le prince seul ne peut faire la loi ; ce qui se réduit à attribuer le plus et à lui refuser le moins »¹³⁸.

De façon plus emblématique, Daunou et surtout Lanjuinais présentent clairement une pyramide normative qui devrait être (et qui est selon eux) en vigueur en France. Après avoir rappelé la supériorité de la Charte sur toutes les autres normes¹³⁹, Lanjuinais rajoute :

«Les lois que cette autorité fait elle-même comme autorité constituée, ne sont que des lois ordinaires ou secondaires ; elles ont pour modèles et pour régulateurs la loi de la nature et la loi constitutionnelle. Les ordres ou les commandements du pouvoir exécutif doivent être conformes aux lois tant constitutionnelles qu'ordinaires, et préférablement à la loi constitutionnelle »¹⁴⁰.

Il plaçait au sommet de la pyramide des normes la Charte et le droit naturel, sans qu'il ne soit fait une réelle distinction de force entre les deux, la Charte faisant sans doute figure, à l'instar de l'opinion de Royer-Collard, de *ratio scripta* (raison écrite). Vient ensuite la loi : si elle bénéficie des faveurs psychologiques de nombreux auteurs, la pratique du pouvoir sous la Révolution a toutefois démontré les limites d'une norme à la fois fragile et fugace, reléguée en conséquence au second rang. Lanjuinais termine avec les règlements, dont il

¹³⁷ « Une constitution n'est évidemment rien du tout, si ce n'est pas la loi de toutes les autres lois. Dès que celles-ci peuvent se soustraire à son empire, la restreindre, la transgresser, la suspendre, elle n'est plus qu'une fiction, qu'un mensonge. Entre toutes les lois, elle seule est inefficace, puisqu'elle ne peut rien contre les autres qui peuvent tout contre elle. [...] Une loi immuable est celle que l'on observe, et l'on commence à renverser une constitution du moment où on viole ». Anonyme, « *Des garanties individuelles dues à tous les membres de la société* », *Le Censeur européen*, t. X, p. 34. Attribué à Daunou, qui reprend ce passage dans son *Essai*.

¹³⁸ Charles-Guillaume Hello, *Essais sur le régime constitutionnel ou introduction à l'étude de la Charte*, Paris, Le Normant, 1827, pp. 84-85.

¹³⁹ La Charte « remplace toutes les constitutions précédentes ; elle abroge expressément les lois secondaires qui la contredisent ; elle est supérieure à toutes nos autres lois, et conséquemment à tous les actes d'exécution, c'est-à-dire, aux ordonnances royales, aux arrêtés administratifs, et à la jurisprudence des tribunaux ». J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française...*, *op. cit.*, tome I, p. 3.

¹⁴⁰ *Ibid.*, tome I, p. 12.

perçoit bien les dangers, en les reléguant à la base de la pyramide et lui commandant un strict respect des autres normes ; en cas de conflit de normes, la préférence devait être accordée à la Charte, sans pour autant imaginer un contrôle de constitutionnalité des lois. Daunou s'inscrit dans la même perspective et déplore de même le manque de moyens de défense de la constitution face à la loi et au pouvoir législatif, continuellement actif, sans suivre, lui aussi, la voie du contrôle de constitutionnalité¹⁴¹ :

«Une constitution n'est évidemment rien du tout, si ce n'est pas la loi de toutes les autres lois. Dès que celles-ci peuvent se soustraire à son empire, la restreindre, la transgresser, la suspendre, elle n'est plus qu'une fiction, qu'un mensonge. Entre toutes les lois, elle seule est inefficace, puisqu'elle ne peut rien contre les autres qui peuvent tout contre elle [...]. Une loi immuable est celle qu'on observe ; et l'on commence à renverser une constitution du moment où l'on désobéit à quelqu'une de ses dispositions littérales. Ce qui contredit la lettre d'une loi constitutionnelle, n'est jamais conforme à son esprit ; et l'on renverse son autorité si, dans les questions qu'elle a positivement résolues, on consulte autre chose que son texte »¹⁴².

La difficulté est pourtant grande pour savoir comment faire respecter ce principe qui semble devoir rester lettre morte. Il serait pourtant faux de croire qu'aucune solution n'est avancée. Celle que présente Daunou est ainsi fidèle à la pensée libérale de l'époque et nous expose une nouvelle fois le rôle que doit désormais jouer le monarque. L'idée consiste simplement à associer le prestige du trône au prestige de la constitution, lui faisant profiter au passage de sa principale caractéristique, à savoir sa stabilité. Loin de s'offusquer du procédé de l'octroi, Daunou y perçoit un avantage certain pour la protection de la constitution, désormais associée au devenir de la monarchie, contraignant cette dernière à lui assurer sa protection face à ses ennemis, tant partisans d'un pouvoir législatif omnipotent que de la raison d'Etat :

«[...] les sentiments de confiance, de respect, d'amour, qu'inspire une loi fondamentale qui a promis les garanties individuelles¹⁴³, environne[nt] toujours le trône, consacre[nt] surtout la puissance d'un prince dont cette loi serait l'ouvrage, et qui aurait signalé son avènement par un tel bienfait. Nul n'est plus intéressé que lui à ce qu'elle se maintienne inviolable. Il recevrait le contrecoup de toutes les atteintes qu'elle subirait. Non, il ne saurait avoir

¹⁴¹ Ce refus, dans la continuité des débats de l'an III, n'en est pas moins curieux. Daunou et Lanjuinais, sous la Restauration, ne semblent plus dans le même état d'esprit qu'au moment où ils siégeaient dans la commission des Onze. Voir M. Troper, *Terminer la Révolution*, op. cit., p. 63. A la différence des constituants de 1791 et 1793, ils perçoivent désormais la Charte comme une norme obligatoire, et non plus comme une norme qui s'impose en raison de l'équilibre interne qu'elle met en place. La question des garanties internes, liée à l'organisation des pouvoirs, semble ainsi perdre de son attrait : la Charte doit être une garantie externe, ce qui peut naturellement s'expliquer par la particularité de la monarchie et par les doutes sur le pouvoir «constituant» du Roi. Le recours au droit naturel, écarté en 1795, trouve aussi un sens.

¹⁴² P. Daunou, *Essai sur les garanties individuelles*, op. cit. , p. 147.

¹⁴³ Daunou dénombre trois garanties individuelles : l'institution du jury ; l'inamovibilité et l'indépendance des juges ; le consentement à l'impôt. Voir *Ibid.*, pp. 161-162.

d'ennemis plus perfides [...] que ceux qui oseraient la modifier, la tourmenter sans cesse [...] ; à la longue, ces fluctuations ébranleraient le trône le plus solide, celui même qui n'aurait encore jamais vacillé, puisqu'elles déplaceraient perpétuellement les bases sur lesquelles il doit reposer. Où sont les nouveaux soutiens que lui donneront des lois d'exception, quand elles lui ravissent le plus sacré de tous, celui qu'il avait acquis en confondant ses intérêts avec ceux de tous les citoyens, ses garanties avec les leurs ? »¹⁴⁴.

L'intérêt pour Daunou est moins la reconnaissance du pouvoir constituant du roi, sur laquelle il ne revient pas, que la consécration du pouvoir conservateur du roi, dont la mission consiste à protéger son œuvre face aux menées des autres institutions. Sans doute, l'octroi épuise le pouvoir constituant du roi. Mais l'essentiel réside dans l'obligation qui prend le relais de ce pouvoir exorbitant initial, ce devoir de conservation de la loi fondamentale façonnée par ses soins. Daunou inscrit sa réflexion dans un cadre autrement plus global : ce n'est pas uniquement la constitution qu'il souhaite protéger, mais l'ensemble de la société. Or, ceci ne peut se faire qu'en cristallisant la loi fondamentale sur laquelle elle repose dès lors que celle-ci a consacré les garanties individuelles que réclame l'état de la société sous la Restauration. En procédant ainsi, Daunou associe certes les destinées de la monarchie et de la Charte, mais il rejoint nettement la pensée en vogue de l'époque sur le roi conservateur de la société, dans une approche qui évoque plutôt celle des ultras. Ceci présente, à n'en pas douter, un certain paradoxe, qui ne peut s'expliquer que par le fait que Daunou accepte clairement la monarchie, dès lors que celle-ci consacre, maintient et protège les garanties individuelles : sa démarche se veut avant tout pragmatique.

Reste un dernier débat sur la constitution en elle-même. Si le roi est astreint, comme il l'a toujours été en principe, au droit divin et au droit naturel, la constitution peut-elle y déroger ? La réponse serait, *a priori*, négative, dans la mesure où toutes les lois positives, c'est-à-dire émanant du pouvoir étatique, doivent être conformes aux lois de nature. Les ultras ne sont pas les seuls à en convenir, et nous citons délibérément Destutt de Tracy, en ce qu'il représente le lien entre le XVIII^e et le XIX^e siècle :

«Or, dans nos sociétés, nous faisons ce que nous appelons des lois positives, c'est-à-dire des lois artificielles et conventionnelles, au moyen de nos autorités, de nos tribunaux, de nos forces factices. Il faut donc que ces lois soient conformes aux lois de notre nature, qu'elles en dérivent, en soient les conséquences, et ne leur soient pas contraires [...]. C'est là ce qui fait que nos lois positives sont bonnes ou mauvaises, justes ou injustes. Le juste est ce qui produit le bien, l'injuste est ce qui produit le mal »¹⁴⁵.

La constitution ne peut en ce sens déroger à la règle. A cet argument traditionnel, adopté autant par les tenants du droit naturel classique que par l'École moderne du droit naturel, s'ajoute une raison propre au roi qui ne peut

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 158-159.

¹⁴⁵ Antoine Destutt de Tracy, *Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu*, Liège, Desoer, 1817, p. 4.

violer, même indirectement, une norme qui s'impose à lui. Naturellement, son pouvoir constituant se voit ainsi limité par ce respect dû au droit naturel et au droit divin. Pour autant, une solution pragmatique semble devoir s'imposer. En effet, si la constitution est reconnue comme allant à l'encontre des préceptes divins et naturels, le droit aura beau mettre en avant sa sécularisation, la loi fondamentale risque de ne pas être acceptée de tous et notamment des chrétiens. C'est ainsi que les ultras Jules de Polignac et le comte de la Bourdonnaye refusèrent de prêter serment à la Charte en 1815, affirmant qu'elle était incompatible avec leur foi¹⁴⁶. Si la constitution est immorale et contraire au droit naturel, elle sape les fondements idéologiques de certaines institutions. Pour autant, si elle est déconsidérée, la France n'a plus de constitution et sombrerait dans l'anarchie. La voie du compromis, prônée par Lanjuinais, semble donc acceptable : une présomption irréfragable doit peser sur la constitution, attestant de son respect du droit naturel et du droit divin, afin de lui assurer le soutien de tous. A charge pour le pouvoir constituant de s'assurer en amont que le produit de son travail ne soit pas en opposition caractérisée avec un des principes clés du droit divin et du droit naturel, auquel cas la population risque de toute manière de refuser de prêter son concours. De la sorte, la constitution peut parfois entrer en désaccord avec le droit naturel et le droit divin, pourvu qu'elle ne se permette pas de porter atteinte à un de leurs principes fondamentaux :

«Il se peut qu'en de certains articles, la constitution ne soit pas d'accord avec quelque réelle ou prétendue vérité-principe. Ce n'est rien, si la prétendue anomalie n'est pas précisément un crime, une violation évidente des premières lois de la nature. Rien n'est parfait sur la terre ; il faut absolument se soumettre aux lois imparfaites, constitutionnelles, qui ne violent pas ces premiers commandements, ces premières prohibitions de la raison : autrement, il n'y aurait pas de loi certaine, il n'y aurait point de fin aux discordes, point de remède à l'anarchie »¹⁴⁷.

Les Anciens ou les Modernes, sans nécessairement se comprendre, portaient manifestement leur réflexion sur des thèmes concomitants. Les deux bords s'évertuaient à respecter le droit naturel, qu'il soit ou non retranscrit dans la Charte, en veillant à exclure le pouvoir royal du processus constituant. En même temps, ils lui enjoignaient de respecter et de protéger la véritable constitution. L'attention devait naturellement se porter sur le problème de l'octroi, en ce qu'il

¹⁴⁶ Jean-Jacques Oechslin, *Le Mouvement ultra-royaliste sous la Restauration*, Paris, LGDJ, 1960, p. 143.

¹⁴⁷ Jean-Denis Lanjuinais, *Examen du système de M. Flaugergues établissant la dictature du roi et des chambres, ou leur pouvoir de changer la constitution, sans observer aucunes formes spéciales*, Paris, Baudoin frères, 1820, p. 16-17. Faut-il y voir la dernière critique portée par Lanjuinais à l'encontre de l'emploi, sous la Convention, du droit naturel comme loi positive, utilisation invoquée pour justifier les lois rétroactives de l'an II ? Dans son rapport du 2 messidor an II, il estimait ainsi que « le droit naturel doit être sans doute le principe et le régulateur de la législation. Il n'est cependant pas la loi même, et si, à la faveur de ce mot vague de retour au droit naturel, il était permis de renverser toutes les lois positives qui, jusqu'à ce jour, ont dirigé des transactions sociales, réglé l'ordre des successions, fixé les rapports des citoyens entre eux, qui de nous ne serait pas effrayé du chaos où nous irions nous plonger ? ». Cité par Gustave Aron, « *Étude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil* », Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1903, p. 699.

heurtaient tant les croyances ultraroyalistes, pourtant enclins à y adhérer dans une perspective contre-révolutionnaire assumée, que les convictions libérales.

II. ANCIENS VERSUS MODERNES : L'ILLUSION COMPROMISSOIRE DU CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ

«La Charte, pour la plus grande partie de la nation, avait l'inconvénient d'être *octroyée* : c'était remuer, par ce mot très inutile, la question brûlante de la souveraineté royale ou populaire. Louis XVIII aussi datait son bienfait de l'an de son règne, regardant Bonaparte comme non avenu [...] c'était une espèce d'insulte aux souverains qui avaient tous reconnus Napoléon [...]. Ce langage suranné et ces prétentions des anciennes monarchies n'ajoutaient rien à la légitimité du droit et n'étaient que de puérils anachronismes »¹⁴⁸. Il n'est pas vain de citer ici les mémoires de Chateaubriand, en ce qu'il nous éclaire, au terme de sa réflexion¹⁴⁹, sur la teneur des débats et les errements dans lesquels ont sombré les soutiens de Louis XVIII. Le terme d'octroi, retenu par Beugnot¹⁵⁰, n'était pas neutre et soulignait le besoin de renforcer l'autorité royale. Acte unilatéral, la Charte était dès lors appréhendée comme un don gracieux du Roi envers ses sujets, faisant reposer sur elle une épée de Damoclès, celle de sa reprise, qui induira Charles X en erreur. Autant dire qu'il s'agissait initialement d'une sorte de remède aux maux de la France révolutionnaire, que le Roi se chargeait d'appliquer suivant sa mission antique. Hélas, comme le déplorait Bonald, la charte octroyée cristallisa rapidement le conflit opposant ultras et héritiers de la Révolution, la détournant ainsi de son objet : «Le Roi a voulu faire de la Charte un baume pour adoucir des plaies, et ils en font un caustique pour les irriter [...]»¹⁵¹. La terminologie retenue ne pouvait en effet séduire les chantres du constitutionnalisme, déjà meurtris par les camouflets de Bonaparte. Le mot *charte* dissimulait mal la volonté d'annihiler l'invention de Sieyès, en écartant la connotation du mot *constitution* qui reflétait le pouvoir constituant de la Nation¹⁵² ; aussi s'agissait-il d'écarter l'esprit révolutionnaire, détournant fatalement la voie du compromis qui devait prévaloir à l'origine¹⁵³. En ce sens, si l'archaïsme de la forme de la Charte n'est plus à démontrer¹⁵⁴, son contenu mérite toute notre attention en ce qu'il replace le texte dans une continuité historique. En plus de nourrir la foi en la survivance de l'antique constitution du royaume, cette prétention engendrait son lot d'incompréhensions sur les plans politiques et juridiques, servant ainsi d'arène à la joute à laquelle se livreraient bientôt ultras

¹⁴⁸ Fr.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe*, livre XXII, chapitre 21.

¹⁴⁹ Dans ses *Réflexions politiques sur les écrits du jour* de 1814, Chateaubriand, au nom de la tradition et sans doute aussi de la nécessité, avait défendu l'octroi (cf. *Écrits politiques (1814-1816)*, *op. cit.*, p. 145).

¹⁵⁰ Sur cette paternité et sur les raisons des mots d'octroi et de charte, objet d'un important débat, voir P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, *op. cit.*, p. 48-50 et P. Simon, *L'élaboration de la Charte constitutionnelle de 1814*, *op. cit.*, p. 112 et s.

¹⁵¹ L. de Bonald, « *Sur le changement de ministère* », article paru dans *Le Conservateur*, t. II, p. 55.

¹⁵² Cf. P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵³ Voir de préférence P. Bastid, « *La théorie juridique des Chartes* », *op. cit.*, pp. 163-175.

¹⁵⁴ Voir A. Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France*, *op. cit.*, pp. 60-66.

et libéraux¹⁵⁵. Dès lors, l'aphorisme en apparence désabusé de Mahul n'était qu'un appel à poursuivre le conflit : «Le roi a donné la Charte, et ils s'y résignent comme à un Lit de justice»¹⁵⁶. Pour reprendre Chateaubriand, cette bataille de l'octroi prit appui autant sur le «langage suranné», dont le propos visait à confisquer le pouvoir constituant à la Nation (2.1) que sur les «prétentions des anciennes monarchies», faisant planer le doute sur la garantie des droits publics des Français qu'il s'agissait pourtant de renforcer en les plaçant sous l'égide du Roi (2.2).

2.1. La confiscation du pouvoir constituant

«Si Louis XVIII date ses actes du jour où il a été rappelé au trône, il sanctionne ce rappel et reconnaît à une autorité le droit de le rappeler. Or, quelle est cette autorité si ce n'est celle du peuple ? Mais si le Roi reconnaît un acte aussi grave, il faut qu'il reconnaisse tous les autres qui sont émanés du même pouvoir. Donc la légalité de la Convention et [...] celle de l'Empire [...]»¹⁵⁷. Bien que contestable d'un point de vue politique, la position officielle incarnée par Beugnot se proposait d'esquiver le droit du peuple et, à travers lui, les prétentions et l'héritage de la Révolution¹⁵⁸. Or, pour pouvoir annihiler le pouvoir du peuple (2.1.2), la solution retenue fut de mettre un voile sur la période révolutionnaire, renouant artificiellement une chaîne du temps qui faisait fi des problèmes juridiques qu'elle engendrait (2.1.1).

2.1.1.- Renouer la chaîne du temps

En affirmant être dans sa dix-neuvième année de règne, Louis XVIII se satisfait lui-même de renouer la chaîne du temps et de continuer une dynastie que l'on croyait enterrée avec Louis XVI ou plutôt avec son fils si l'on s'en tient au droit d'Ancien Régime et au principe de continuité de la couronne¹⁵⁹. Au

¹⁵⁵ L'incompréhension entre les deux camps perdurera pendant la Restauration, alimentée par les hésitations remarquées des discours de Louis XVIII. Voir P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, op. cit., p. 54.

¹⁵⁶ Alphonse Mahul, *Des partis en France et dans la chambre des députés pendant la session de 1822*, Paris, 1822, p.16

¹⁵⁷ *Mémoires du comte Beugnot ancien ministre (1783-1815)*, Paris, Dentu, 1866, tome II, p. 222.

¹⁵⁸ Pasquier rapporte qu'aucun arrêté ou ordonnance ne furent insérés au *Moniteur* ou au *Bulletin des lois* afin d'indiquer la réunion de la commission chargée de rédiger la Charte, car «on craignait de créer une espèce de pouvoir constituant » dans la lignée de la Révolution. *Mémoires du chancelier Pasquier*, Plon, 1893, t. II, p. 415.

¹⁵⁹ Soullignons, sur ce point, la divergence entre la Charte et la constitution sénatoriale. En rappelant le «frère du dernier roi » (article 2), cette dernière omet volontairement Louis XVII, pour se référer aux faits. N'en déplaise à la constitution coutumière, les sénateurs n'ont pas cherché à rappeler l'oncle mais bien le frère du dernier roi « effectif », en l'occurrence Louis XVI. La perspective n'était donc pas la même et semblait accréditer la thèse d'une monarchie élective qui devait tant déplaire aux royalistes. Vitrolles relate ainsi un entretien obtenu auprès de l'empereur Alexandre afin d'obtenir le retrait de cette disposition à défaut de celui de la constitution sénatoriale. *Mémoires et relations politiques du baron de Vitrolles*, Paris, Charpentier, 1884, t. I, pp. 390-393.

demeurant, il ne faisait ici que consacrer la protestation de Varsovie de 1804, dans lequel il faisait état de la nullité de tous les actes frappés du sceau de la Révolution¹⁶⁰. Cependant, Louis XVIII oublie qu'en poursuivant la logique de cette théorie, le droit en vigueur n'est plus le droit d'Ancien Régime mais celui du début de la Révolution française que son frère a légalement accepté, en particulier la constitution de 1791. Les libéraux, sur le fondement de l'article 68 de la Charte¹⁶¹ et, plus encore, les sénateurs de Bonaparte, iraient rapidement le lui rappeler. Qu'il efface d'un trait de plume l'histoire de France depuis l'exécution de Louis XVI est une chose que le droit public peut s'efforcer de justifier¹⁶². Mais, à supposer que cette faveur lui soit accordée, il ne peut prétendre renouer la chaîne des temps en occultant les dernières années de son aîné. D'ailleurs, Beugnot estimait que la position officielle devait aboutir à ratifier le droit révolutionnaire une fois purgé :

«Il vaut mieux se rattacher au vieux principe. Le Roi a régné dès que son droit au trône a été ouvert ; maintenant, qu'il soit censé avoir été toujours présent et ratifie ce qui s'est fait pendant son absence, il imprimera par cette fiction même une sanction toute monarchique aux actes émanés d'autorités différentes. Le passé rentre ainsi dans l'ordre, et la législation retrouve son ancienne origine et son uniformité »¹⁶³.

Dans un cas comme dans l'autre, le roi ne peut plus prétendre au pouvoir constituant. L'option offerte au Roi était restreinte. Soit il persiste à renouer la chaîne du temps et doit en accepter toutes les conséquences, c'est-à-dire renoncer au pouvoir constituant, à l'octroi de la charte et régner selon les termes de la constitution de 1791, légalement acceptée par le roi¹⁶⁴, comme le lui

¹⁶⁰ «En prenant le titre d'empereur, en voulant le rendre héréditaire dans sa famille, Buonaparte vient de mettre le sceau à son usurpation. Ce nouvel acte d'une révolution où tout dès l'origine a été nul, ne peut sans doute infirmer mes droits [...] ». Protestation adressée aux souverains, Varsovie, 5 juin 1804, in *Correspondance et écrits politiques de S.M. Louis XVIII, roi de France et de Navarre*, Paris, Rapilly, 1824, p. 119.

¹⁶¹ Par exemple François-André Isambert, *Du pouvoir réglementaire, ou de la nature et de la force des ordonnances*, Paris, Corrèard, 1821, p. XI-XIII (démonstration également fondée sur l'histoire du droit). Nicole de la Serve (*De la royauté...*, *op. cit.*, p. 265 et s.) estimait même que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen perdurait et n'hésitait pas, en fin d'ouvrage, à reproduire la Charte délestée de son préambule au profit de la DDHC !

¹⁶² En ce sens, Prosper de Barante, *Des divers projets de constitution pour la France*, Paris, Mame, 1814, p. 11-13. Dans cet opuscule, il était favorable à l'effacement de l'interrègne (fiction juridique), sans renier le droit.

¹⁶³ *Mémoires du comte Beugnot ancien ministre (1783-1815)*, *op. cit.*, tome II, p. 222.

¹⁶⁴ En plus de la théorie statutaire (le roi ne peut rien soustraire à ses droits), déjà agitée par les députés « noirs », les ultras invoquaient deux éléments pour contrer cette argumentation. D'une part, Louis XVI avait déclaré les délibérations du Tiers état du 17 juin 1789 « illégales et inconstitutionnelles » (*Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 142 et s.). D'autre part, sa correspondance avec Charles IV d'Espagne, en particulier une lettre du 12 octobre 1789 (Albert Mousset, *Un témoin ignoré de la Révolution, le comte de Fernan Nuñez*, Paris, F. Champion, 1924, p. 228) révélait que le roi estimait que son acceptation des articles de la constitution et de la Déclaration du 26 août lui avaient été « arrachés par la force ». Cela présente-t-il une incidence juridique ? Si l'on se réfère aux thèses des légistes lors de la conclusion du «honteux traité de Troyes» de 1420, la capacité du consentement du roi, tant celle de jouissance que d'exercice, est à prendre en considération pour apprécier la validité d'un acte portant sa signature. Si Louis XVI a

rappelaient volontiers les sénateurs de l'Empire :

«Mais admettons pour un moment que les Bourbons n'aient pas cessé de régner sur les Français ; alors, au moins, ils doivent reprendre les choses dans l'état où elles étaient lorsqu'on proclama la république. Ils doivent rentrer sous l'empire de la constitution de 1791, acceptée et jurée par Louis XVI. La conséquence est nécessaire. Pourquoi donc les partisans outrés de la dynastie Capétienne repoussent-ils cette conséquence ? Leur motif me paraît évident : ils veulent rayer des fastes de la France et les travaux de cette belle assemblée constituante qui a tant honoré l'espèce humaine, et ceux de l'assemblée législative, dont les membres les plus sages regardaient la constitution de 1791 comme une ancre sacrée à laquelle il fallait se rattacher »¹⁶⁵.

Soit il part d'une idée neuve, d'un véritable pouvoir constituant destiné à substituer un régime solide à l'anarchie¹⁶⁶. Dans cette hypothèse, évoquer le droit public d'Ancien Régime constituerait un non-sens puisque le propos consiste manifestement à prôner une troisième voie, incarnation du compromis qui semblait l'option choisie par Louis XVIII¹⁶⁷. Elle devait trouver en Bourbon-Busset, un défenseur soucieux de brocarder l'attitude des camps opposés :

«Ce prince pouvait incontestablement régner, ou, d'après les maximes de l'ancienne constitution monarchique, en ne laissant à sa puissance d'autres limites que celles que ces maximes elles-mêmes avaient posées, ou faire revivre la constitution de 1791, acceptée par Louis XVI. Il pensa au contraire qu'il fallait suivre le mouvement imprimé par les opinions dominantes et ne

effectivement dû céder face à des sujets en révolte, la violence pourrait être invoquée, thèse présente dans *Développement des principes fondamentaux de la Monarchie Française*, Neuchâtel, 1795, p. 32, qui consacrait les idées des parlementaires émigrés. Elle ne devait pas être reprise en 1814, les ultras préférant éluder la question afin de placer le débat sur un autre terrain.

¹⁶⁵ Charles Joseph Mathieu Lambrechts, *Principes politiques*, Marchand et Hacquard, 1815, pp. 56-57. Pour lui, si Louis XVIII s'inscrit dans la continuité du droit, c'est la constitution de l'An VIII qui devrait retrouver sa vigueur compte tenu de l'abdication de Napoléon et de la fin présumée de son empire et de son droit. *Ibid.*, p. 57.

¹⁶⁶ Engendrant cette réflexion de Montlosier : «Louis XVIII date son installation au trône de l'époque de son avènement légitime. La révolution a frémé : en ce point, la conscience politique a été satisfaite. Cependant une réflexion se présente aussitôt : Avant la révolution, n'y avait-il en France que le trône de légitime ; ou bien la révolution n'aurait-elle envahi que le trône ? ». *De la monarchie française au 1^{er} janvier 1821, op. cit.* , p. 172. Autrement dit, cette prétention de Louis XVIII à vouloir signer de sa dix-neuvième année de règne ne vise-t-elle pas à retirer toute légitimité au peuple, en considérant que celui-ci, sans son roi, n'est rien de plus qu'un agglomérat d'individus rentrés dans l'état de nature ? En l'occurrence, cette voie semble la plus sensée pour comprendre le positionnement des royalistes visant à réfuter l'héritage de la révolution (la constitution de 1791) tout en prétendant renouer avec le droit d'Ancien Régime : si le seul organe légitime est et ne peut être que le roi, tous les actes passés par une autre institution, ou imposés par elle, sont réputés non écrits. La nation ne dispose, dans cette optique, d'aucun pouvoir : tout en plus en obtient-elle en communion avec le roi.

¹⁶⁷ Voir *Mémoires du comte Ferrand, ministre d'Etat sous Louis XVIII, op. cit.* , p. 84.

garda, pour ainsi dire, de l'ancien droit constitutionnel, que ce qui légitime en sa personne l'exercice du pouvoir souverain »¹⁶⁸.

Or, opter pour le compromis conduisait à adopter l'interprétation contractuelle de la Charte et à reconnaître implicitement l'importance juridique de son acceptation par les chambres et, à travers elles, le pouvoir de la Nation¹⁶⁹. Cela revenait à affaiblir l'autorité et les prérogatives du Roi¹⁷⁰, ce à quoi il ne pouvait se résoudre¹⁷¹, enfermant Louis XVIII dans une impasse des plus singulières, tenu entre le désir du compromis et la crainte des conséquences s'il était prôné officiellement. Conjoncture oblige, Louis XVIII irait toutefois céder de façon implicite : une première fois le 16 mars 1815, en jurant devant les chambres de protéger la Charte toute sa vie¹⁷² puis, une seconde fois, à travers l'ordonnance du 5 septembre 1816, où il reconnaissait la nécessité de conserver intacte la Charte et de ne pas altérer ses principes. Voilà qui fournirait le point d'appui des thèses contractualistes présentes et futures¹⁷³ qui offraient le pouvoir constituant à la Nation. Précisément, le piège que les ultras avaient senti devait se refermer sur le Roi. Comme le démontrera Carl Schmitt, le pouvoir constituant, inexistant sous l'Ancien Régime, n'est qu'une transposition de la théorie démocratique professée sous la Révolution. Sa reprise en faveur de la monarchie ne doit être perçue que comme un moyen de défense destinée à préserver le principe monarchique des prétentions démocratiques¹⁷⁴. Mais cette transposition artificielle ne pouvait perdurer¹⁷⁵. Il convenait donc pour les ultras

¹⁶⁸ Gabriel de Bourbon-Busset, *Les ultra-royalistes, les indépendants et les ministériels, au tribunal de l'opinion publique*, Paris, 1817, p. 19. Fils naturel d'un Bourbon-Busset, l'avocat Gabriel Leblanc (1775-1862) fut un soutien fidèle de Louis XVIII, l'accompagnant à Gand. Il fonda par ailleurs la *Tribune politique*.

¹⁶⁹ Ce que sous-entendait l'acceptation de la Charte par la Chambre des pairs du 4 juin 1814. Voir Marc Suel, « *L'adresse et sa discussion de 1814 à 1830* », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n°11, 1953, p.177 et s.

¹⁷⁰ C'est le principe monarchique qui était visé, voir C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, pp. 184-185.

¹⁷¹ Voir A. Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, *op. cit.* pp. 55-56.

¹⁷² Selon Pasquier, ce serment avait également pour but d'entraîner celui de Monsieur, notoirement hostile à la Charte. L'entreprise allait réussir. Voir *Mémoires du chancelier Pasquier*, *op. cit.*, t. III, pp. 140-141.

¹⁷³ P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, *op. cit.*, p. 54 ; P. Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française*, *op. cit.*, p. 147 ; du même, « *La théorie juridique des Chartes* », *op. cit.*, pp. 171-172. Pour autant, si les libéraux y faisaient régulièrement référence, l'argument leur servait aussi pour soutenir l'immutabilité de la Charte au nom du contrat, face à la thèse de l'omnipotence parlementaire que défendaient certains ultras comme Frénilly. En ce sens, voir le discours de Foy sur la police des journaux et des feuilles périodiques, 12 février 1822, in *Discours du général Foy*, Paris, Moutardier, 1826, tome II, pp. 41-43.

¹⁷⁴ Louis XVIII en avait pleinement conscience, et n'hésita pas à conseiller à Ferdinand IV de Naples de poursuivre la même voie, déclarant ne pas avoir voulu être « roi par la grâce du Sénat, mais qu'il avait donné une constitution à ses peuples parce que c'était l'esprit du siècle et qu'il valait toujours mieux la donner que la recevoir ». Cité par Philip Mansel, *Louis XVIII*, Paris, Pygmalion/Watelet, 1982, p. 192.

¹⁷⁵ «[...] la nation peut changer de forme d'existence et se donner des formes toujours nouvelles d'existence politique ; elle a une entière liberté d'autodétermination politique, elle peut être «

d'éluder les effets juridiques de ce compromis, afin de sauver le Roi contre lui-même sous le cri de *Vive le Roi ! Quand même...*

2.1.2.- Éluder les effets juridiques du compromis

L'option choisie fut de recourir à la loi : celle du 22 mars 1822 transforme en délit toute critique de l'octroi¹⁷⁶. Comprendre les raisons d'un tel expédient s'avère nécessaire afin de saisir ce que les ultras souhaitaient éluder. Pour les tenants du compromis, la Charte n'était pas nécessairement appréhendée comme un nouveau pacte social ou le renouvellement du contrat originel¹⁷⁷. Certes, une personnalité comme Lanjuinais considérait que toutes les constitutions ne sont que l'énonciation des conditions du pacte social originel, que l'on corrige éventuellement en tenant compte de l'évolution des mœurs¹⁷⁸. Mais il semble plus sensé de penser que les libéraux défendaient avant tout l'idée de pacte constitutionnel¹⁷⁹. Le symbole devait pourtant prendre le dessus. Pour reprendre une distinction en vogue au Moyen Âge, la Charte apparaissait autant comme un *pactum subjectionis* (pacte qui contient les droits et obligations des gouvernés

l'informe qui donne une forme » (*formlos Formende*). En revanche, la monarchie héréditaire est une *institution* liée à l'ordre de succession d'une famille, en soi déjà formée. A la différence du peuple et de la nation, une dynastie ne peut pas être considérée comme l'origine de toute la vie politique». C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁶ Voir P. Rosanvallon, *La Monarchie impossible*, *op. cit.*, pp. 54-55 qui cite notamment l'article 2 de la loi. Celui-ci fixait une peine de trois mois à cinq ans d'emprisonnement pour de tels propos.

¹⁷⁷ L'hypothèse fut toutefois avancée très tôt par le bonapartiste François Durbach, *Nécessité d'une constitution, ou pacte social*, Paris, 1814. A en croire les mémoires de Pasquier, cette brochure rencontra un certain succès.

¹⁷⁸ «Les lois humaines sont constitutionnelles ou ordinaires, autrement secondaires. Les lois constitutionnelles, qu'on appelle aussi lois fondamentales, sont celles qui énoncent les conditions premières du pacte social : ces conditions, que les autorités constituées sont dans l'heureuse impuissance de jamais changer légitimement, si ce n'est avec l'acquiescement de la nation, ou avec des formes particulières, qui doivent être établies par la constitution ». J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française...*, *op. cit.*, tome I, p. 100.

¹⁷⁹ Le pacte constitutionnel présuppose l'existence de l'unité politique qui, à travers ce pacte, se contente de déterminer de façon consciente la configuration globale scientifique qu'elle s'est choisie. Le pouvoir constituant se limite à retranscrire ce choix par écrit. Pour sa part, le contrat social ne se conçoit qu'au sein d'une société restée au stade d'état de nature, ne prenant véritablement sa forme, créant ainsi son unité politique, qu'après la conclusion de ce contrat. A vrai dire, cette dissociation n'a que peu d'intérêt dans la période qui nous intéresse, la notion de contrat social étant consacrée et employée dans des sens très divers, d'autant plus que la conséquence principale des deux théories est identique : l'affirmation d'un État dualiste. En effet, dans les deux cas, le pacte présuppose l'existence d'au moins deux parties au contrat et leur survivance à ce même contrat. Cela revient à dire que chacune des parties contient un sujet du pouvoir constituant, bref, une unité politique sur laquelle peut se fonder la légitimité de gouvernants politiques, les uns représentant le roi, les autres la nation. Ces théories fondées sur la notion de pacte ne pouvaient donc survivre à partir du moment où les publicistes ont estimé qu'un État devait être obligatoirement moniste et n'accepter qu'une seule unité politique donc une seule légitimité en son sein, reniant de fait la distinction entre *rex* et *regnum*. La notion de pacte constitutionnel, ainsi dégagée de son terreau historique, se voit cantonnée au seul pacte fédératif, celui conclu entre deux ou plusieurs États. Sur ces points : C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, pp. 195-209 ; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^eéd., p. 216 et s. et Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 246-253.

envers leurs gouvernants), que comme un nouveau *pactum associationis* (transformant une multitude en une véritable communauté). Ce dernier faisait écho au contrat social, brandi afin de mettre un terme au chaos dans lequel a plongé la société sous la Révolution, diluant ainsi la Nation française¹⁸⁰. D'ailleurs, pour être légitime, comme le soulignait Madame de Staël, Louis XVIII se devait de tout reconstruire afin de fonder le trône sur des bases mutuellement consenties :

«[...] un pacte devait être conclu, ou plutôt renouvelé, entre la nation et le roi ; car, si autrefois les barons fixaient les limites du trône, et exigeaient du monarque le maintien de leurs privilèges, il était juste que la France, qui ne faisait plus qu'un peuple, eût par ses représentants le même droit dont jouissaient jadis, et dont jouissent encore les nobles de plusieurs états de l'Europe. D'ailleurs, Louis XVIII n'ayant pu revenir en France que par l'appui des étrangers, il importait que cette triste circonstance fût effacée par des garanties volontaires et mutuelles entre les Français et leur roi. La politique, aussi bien que l'équité, conseillait un tel système [...] »¹⁸¹.

Le symbole servait initialement à purifier le roi des imperfections liées à son accession au trône tout en assurant les droits du peuple. Paradoxalement, la propagande royaliste visait au même but mais par des moyens différents. Reniant la notion de contrat, ils cherchaient à démontrer que Louis XVIII avait été rappelé par les vœux du peuple, ce qui lui valu, entre autres motifs, le titre de Louis le Désiré. Les libéraux souhaitaient au contraire une approbation franche du principe, aboutissant à une transaction mutuelle bénéfique aux deux partis, roi et nation. Dans une perspective optimiste, Salvandy n'hésitait pas à affirmer qu'à la responsabilité partagée des maux de la Révolution devait correspondre un sacrifice réciproque afin de sceller une transaction fondant la nouvelle société :

«La Charte fut donnée comme une transaction décisive ; elle en portait les caractères ; car toutes les prétentions y étaient restreintes. Une classe pouvait regretter des privilèges ; le trône, des prérogatives ; les intérêts nouveaux, de la sécurité. Il était tout simple que chacun fit des sacrifices à la réconciliation commune ! Qui par ses fautes n'avait pas contribué à nos malheurs ? »¹⁸².

D'une façon plus juridique, et pour reprendre la distinction effectuée notamment par Georges Vedel¹⁸³, les libéraux feraient une distinction entre «auteur » et «écrivain » de la constitution. Pour résumer, l'auteur de la constitution désigne l'autorité chargée de la sanctionner, et le ou les écrivain(s) ne

¹⁸⁰ Le propos révolutionnaire était pourtant contraire, puisqu'il s'agissait de donner naissance à la Nation au lieu d'un « agrégat de peuples inconstitués », pour reprendre l'expression de Mirabeau.

¹⁸¹ Germaine de Staël, *Considérations sur la révolution française*, Paris, Tallandier, 2000 (1^{ère} éd. : 1818), p. 456.

¹⁸² Narcisse-Achille de Salvandy, *Le ministère et la France*, Paris, Baudoin frères, 1824, p. 96.

¹⁸³ « *Neuf ans au conseil constitutionnel. Entretien avec Georges Vedel* », *Le Débat*, mai/août 1989, n°55, p. 53.

sont autres que les personnes qui ont participé à la rédaction de la constitution ou qui l'adoptent sans la sanctionner. La volonté de ces écrivains ne lie pas l'interprète de la constitution qui est tenu uniquement de respecter celle de l'auteur. En somme, la Charte a été rédigée par Louis XVIII, simple écrivain, mais a été acceptée par le véritable auteur, la nation, attendu qu'elle n'a pas manifesté sa désapprobation à l'annonce de sa promulgation¹⁸⁴. Malgré le caractère gothique du préambule, qui fournit pourtant quelques armes aux partisans de cette conception¹⁸⁵, il faut interpréter la Charte dans le sens de son auteur (la nation) qui y a vu un pacte constitutionnel.

Les conséquences de cette théorie qui semble dominer sous la Restauration¹⁸⁶ sont logiques : contrat synallagmatique, la Charte ne peut être rompue unilatéralement par le roi, sous peine d'engendrer sa responsabilité contractuelle, symbolisée en droit public par la résistance à l'oppression. Pour Lanjuinais, la Charte se présente ainsi comme «une convention réciproque, un contrat obligatoire pour tous les membres de la cité, la délégation et la détermination des grands pouvoirs. *Tous les peuples ont droit d'avoir une constitution*. Disons donc [...] que la révocation de la Charte ne saurait dépendre de la seule volonté des Rois, et que s'il pouvait arriver qu'elle fût révoquée, la nation ne manquerait pas de s'en procurer un autre, peut-être plus libérale dans ses dispositions, plus complète et plus exacte dans sa rédaction »¹⁸⁷. Selon lui, la Charte, loin d'être un octroi, est la création du roi et des deux chambres, puisqu'il s'agit d'une reprise de la constitution sénatoriale¹⁸⁸ dont seule la forme avait été modifiée :

«Le Roi modifia, en divers points, l'abrégé de constitution agréé par le Sénat et par le Corps législatif. C'est ce même acte, ainsi modifié, qui a été réellement accepté, sous le nom de Charte constitutionnelle, par les deux chambres. Ainsi, sans délégation expresse, mais selon la nécessité des circonstances, le Roi et les deux chambres ont exercé le pouvoir constituant »¹⁸⁹.

S'agissait-il d'une pique destinée à venger la relative suffisance, ressentie par des révolutionnaires comme Lanjuinais ou Lambrechts, avec laquelle la constitution sénatoriale de 1814 avait été traitée¹⁹⁰ ? En plus de consacrer la

¹⁸⁴ Il convient toutefois d'insister sur l'indifférence de la masse à l'égard de la vie politique sous la Restauration. Voir ainsi G. de Bertier de Sauvigny, *La Restauration, op. cit.*, p. 288 et s. Il cite notamment B. Constant qui, en 1824, écrivait : « Aujourd'hui, il n'y a de nation que dans la capitale ».

¹⁸⁵ Voir Lettres sur Paris n°22 par Charles-Guillaume Étienne dans *La Minerve française*, tome III, août 1818, pp. 132-133.

¹⁸⁶ P. Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française, op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁷ J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française, op. cit.*, tome I, p. 106. Souligné par l'auteur.

¹⁸⁸ Sur cette constitution, voir Jean de Soto, « *La constitution sénatoriale du 6 avril 1814* », Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle, n°12, 1953, pp. 268-304.

¹⁸⁹ J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française, op. cit.*, t. I, p. 182.

¹⁹⁰ Condescendance qui renforce la critique sénatoriale sur la supposée légitimité des Bourbons : «Les Bourbons, ainsi appelés au trône, au lieu d'accepter le nouveau mandat du Peuple, le repoussèrent avec dédain, prétendant régner par la Providence divine et par le droit de

subordination du roi envers la nation, ce projet conférait un caractère expressément contractuel à la monarchie par son article 29. Écartée pour être en pratique une « constitution de rentes », les idées qu'elle professait auraient néanmoins dû être présentes au sein de la Charte si l'on en croit la promesse de Louis XVIII¹⁹¹, colportée par son frère, qui tenait justement du Sénat son titre de Lieutenant-général du royaume. Les événements s'étant révélés plus propices aux intérêts de la monarchie, cela ne fut guère respectée¹⁹². Mais cet épisode justifiait la pérennité de l'assimilation de la Charte à un contrat : il convenait de respecter une obligation royale conformément au droit naturel, érigeant cette constitution sénatoriale au rang de pré-constitution¹⁹³ dont les principes devaient être repris par la constitution définitive¹⁹⁴. La position défendue par le libéral Charles Dunoyer dans un écrit anonyme de 1814 ne faisait que durcir le propos initial des sénateurs :

«[...] Louis Stanislas Xavier, loin de pouvoir, lui seul, régler nos destinées, est au contraire le seul Français qui ne puisse prendre aucune part active à l'acte qui les fixera ; qu'il suffit que nos vœux se tournent vers lui, et le désignent comme le Français le plus digne de la première magistrature de l'Etat, pour qu'il doive s'abstenir, ne fût-ce que par pudeur, de concourir à la formation des lois qui régleront ses pouvoirs, et dont il deviendra le dépositaire »¹⁹⁵.

Dans sa perspective, la constitution appelée à régir la France de 1814 est avant tout un pacte qui contient les droits et obligations des gouvernés envers leurs gouvernants, justifiant l'exclusion de ces derniers dans les débats constitutionnels. La présence du Roi créerait un déséquilibre dans la négociation qui se traduirait par un renforcement du pouvoir royal au détriment des droits de la nation. Manifestement dans l'air du temps, Dunoyer agitait la crainte d'un Roi qui n'agirait pas dans l'intérêt général et qui aurait, dès l'origine, vocation à se

leurs aïeux. Cependant ce nouveau mandat était indispensable pour légitimer leur autorité. Car si jamais des pouvoirs avaient été donnés à leurs ancêtres dans la personne de Hugues Capet, ils avaient été retirés par les actes les plus solennels ; si, au contraire, leurs ancêtres n'avaient régné que par la force, un mandat du Peuple devenait encore plus nécessaire ». Ch. J. M. Lambrechts, *Principes politiques, op. cit.*, pp. 70-71. En ce sens, «les Bourbons sont demeurés sans titre légitime ». *Ibid.*, p. 81.

¹⁹¹ Voir P. Bastid, « *La théorie juridique des Chartes* », *op. cit.*, p. 167.

¹⁹² P. Simon, *L'élaboration de la Charte constitutionnelle de 1814, op. cit.*, pp. 47-51 ; Prosper Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, M. Lévy frères, t. II, p. 125.

¹⁹³ Sur la notion de pré-constitution, voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, pp. 267-268.

¹⁹⁴ Il est possible d'établir un parallèle avec la constitution portugaise de 1822 qui était précédée des «Bases de la constitution» : cette somme d'articles, censée orienter le travail constituant, devait se retrouver au sein de la constitution finale. Plus qu'un brouillon de la constitution en gestation au sein des *Cortes* constituantes, ce texte fondateur du constitutionnalisme au Portugal contenait des dispositions à valeur constitutionnelle et avait même servi de constitution provisoire. Voir J. Miranda, *Manual de direito constitucional, op. cit.*, t. I, pp. 267-268.

¹⁹⁵ M. G. (attribué à Charles Dunoyer), *Réponse à quelques pamphlets contre la constitution*, Paris, 1814, p. 14.

prémunir et à lutter contre lui. Ce risque sérieux impliquait l'exclusion du roi de la procédure constituante, bien qu'il puisse apporter un éclairage avisé, étant entendu que ce devoir de conseil ne devait pas s'accompagner d'un pouvoir d'influence :

«Il peut, sans doute, comme tout autre Français, faire part à la nation des vues utiles qu'une longue expérience, de grandes lumières et de profondes méditations peuvent lui avoir données sur le gouvernement qui conviendrait le mieux à la France ; mais si, comme on l'assure, il nous apporte le tribut précieux de ses idées, son âme noble et délicate lui fera sans doute un devoir impérieux encore de ne point influencer les décisions des corps représentatifs auxquels il appartiendra de les discuter»¹⁹⁶.

Concrètement, le roi paraît exclu de la nation, appréhendé ici tel un interlocuteur extérieur. Le propos de Dunoyer aboutit à un État dualiste, mettant aux prises le roi et la nation, dans un affrontement qui doit bénéficier au second. En toute hypothèse, les conséquences du contrat semblaient désastreuses pour la prérogative : les chambres étaient appelées à s'émanciper, de même que les ministres. Surtout, la Charte devait apparaître comme le carcan du pouvoir royal, contraint par les dispositions constitutionnelles, y compris en temps de crise¹⁹⁷.

La théorie de l'octroi s'imposait donc en raison de la conjoncture et des prétentions des tenants de la Nation¹⁹⁸. Toutefois, le choix du mot « charte » s'avérait malheureux. Malgré ce qu'en dit Beugnot, à qui l'on doit la dénomination définitive¹⁹⁹, ce terme désignait au Moyen Âge les accords conclus entre le seigneur et ses vassaux ou entre le prince et les ordres²⁰⁰. Fort éloignés des constitutions modernes, il s'agissait d'accords par réciprocité, appelés également *stabilimenta*, entre deux parties dans une relation que l'on pourrait qualifier d'intéressée : le prince octroyait des privilèges aux vassaux et aux ordres en

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁹⁷ Sur ces conséquences : P. Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁹⁸ Les ultras restaient malgré tout fidèles à leurs conceptions, certains s'obstinant à refuser l'octroi en dépit de ces raisons pratiques. C'est par exemple le cas de Genoude qui préférerait fonder la royauté sur un intérêt commun entre le trône et le peuple, hérité de l'histoire au lieu de rechercher à juxtaposer deux souverainetés. Aussi recherchait-il le droit du peuple dans la constitution primitive de la France, celle antérieure à l'absolutisme, afin de donner naissance à une monarchie représentative où le suffrage universel serait consacré. Cf. Patrice Vermeulen, « *Antoine-Eugène de Genoude. Un carlo-républicain sous la monarchie de Juillet* », *Revue de la société d'histoire de la Restauration et de la monarchie constitutionnelle*, n°6, 1992, pp. 32-34.

¹⁹⁹ Après avoir refusé de la qualifier d'acte constitutionnel, en raison du concours que cela suppose entre le roi et les représentants, et celui d'ordonnance de réformation, appliquée dans l'ancienne jurisprudence aux lois portant réforme des abus glissés dans l'État, Beugnot imposa le terme de Charte, qui désignait selon lui une concession faite librement par le Roi. Voir *Mémoires du comte Beugnot*, *op. cit.*, tome II, pp. 218-219.

²⁰⁰ Elles se présentaient certes sous la forme d'un acte unilatéral émané du seigneur, mais tout le monde s'entendait pour y voir en vérité l'accord intervenu après négociation. Les chartes étaient régulièrement employées pour fixer le statut des villes. Voir François Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, Paris, CNRS, 1992, n° 119, pp. 164-165 ; P. Bastid, « *La théorie juridique des Chartes* », *op. cit.*, pp. 163-164.

échange de prestations de leur part²⁰¹. Si le terme d'octroi n'est qu'une reprise sous cet angle, il ne dissimule pas la réalité d'un accord entre deux parties au contrat, rendant impossible toute reprise unilatérale, en théorie²⁰². Les ministres du roi en convenaient eux-mêmes comme en atteste l'intervention du ministre de l'intérieur Corbière lors de la séance du 23 janvier 1822 :

«L'autorité du roi ne peut pas être supérieure à la Charte, le Roi l'a octroyée à ses peuples, elle est un bienfait qui appartient à tous ceux qui l'ont reçue, par conséquent le roi ne peut pas avoir une autorité supérieure à la Charte, car cette autorité pourrait la révoquer et alors il aurait donné sans assurer ce don [...]. Et ce mot octroyée doit être respecté comme le texte tout entier dont il fait partie ; le roi avait donc le pouvoir de l'octroyer, le roi qui date son règne depuis vingt-sept ans avait donc un droit antérieur à la Charte »²⁰³.

Fidèles à leurs convictions, les ultras ne pouvaient se résoudre à confier au Roi un véritable pouvoir constituant ; mais, ils acceptaient de conférer au Roi le pouvoir d'octroyer une charte en vertu d'un droit antérieur fondé, de façon contestable, sur la *plenitudo potestatis*. Un temps le protégé de Fontanes, le doctrinaire Villemain le suggérait également :

«Le Roi légitime, rappelé sur le trône, revenait investi de la pleine puissance ; il en a usé par l'acte le plus imposant et le plus décisif de sa volonté personnelle. Il a donné la Charte [...]»²⁰⁴.

Cette approche maladroite fondée sur le droit antérieur mais non supérieur à la Charte n'était pas sans engendrer des incompréhensions quant à la nature du pouvoir royal : ne pouvant accepter d'en faire un pouvoir constitué, ce qui en aurait fait l'égal des autres institutions, les hésitations étaient grandes afin d'esquiver la reconnaissance de son pouvoir constituant. Après les deux corps du Roi, Cottu s'ingéniait ainsi à voir les deux pouvoirs du Roi :

«Il existe deux pouvoirs dans le roi : son pouvoir constituant, antérieur à la Charte, et son pouvoir constitutionnel, résultant de la Charte. Or, ces deux pouvoirs étant d'une nature différente, il est évident que ce que le roi peut faire en vertu du second, ne peut porter aucune atteinte à ce qu'il avait droit de faire en vertu du premier [...] »²⁰⁵.

²⁰¹ Voir C. Schmitt, *Théorie de la constitution, op. cit.*, pp. 171 et 184.

²⁰² Toutefois, comme nous le révèle Jacques Heers (*Le Moyen Âge, une imposture*, Paris, Perrin, 2008, p. 245), les chartes et autres concessions octroyées aux villes restèrent, au Moyen âge, souvent sans lendemain, reprises quelques années plus tard et sans coup férir par le seigneur, roi ou comte, et l'évêque qui avaient dû les concéder.

²⁰³ Cité par Maurice Barbé, *Étude historique des idées sur la souveraineté en France de 1815 à 1848*, Paris, LGDJ, 1904, p. 175.

²⁰⁴ Abel-François Villemain, *Le Roi, la Charte et la monarchie*, Paris, Didot, 1816, 2^e éd., p. 29.

²⁰⁵ Charles Cottu, *Des moyens de mettre la Charte en harmonie avec la royauté*, Paris, Gosselin, 1828, p. 170.

L'expression elle-même ne devait pourtant être admise. L'embarras ultraroyaliste, symbolisé ici par La Gervaisais, les poussait à recourir à des néologismes abstraits pour exprimer leurs théories et ainsi éluder la question du droit d'octroyer :

«La charte est l'œuvre du pouvoir incréé ; les pouvoirs créés sont l'œuvre de la charte. [...] Les pouvoirs créés n'ont de titre que par elle : le pouvoir incréé était en titre avant elle. L'un a fait la loi ; la loi est faite aux autres. La couronne est investie du droit : les chambres sont revêtues de droits. De là leurs droits sont essentiellement définis, sont formellement exprimés, et précisément limités. En ce qui revient aux chambres, tout est écrit : hors ce qui est écrit, tout appartient à la couronne »²⁰⁶.

L'argumentation rejoignait ainsi celle évoquée auparavant : La Gervaisais ne parle pas de constitution, mais bien de loi. Une loi qui s'imposerait aux pouvoirs constitués dans la mesure où elle les définit et encadre leurs prérogatives respectives. Mais aussi une loi qui leur confiait des droits, aux institutions comme aux Français. Des droits que le Roi se devait de préserver, à l'instar des privilèges d'Ancien Régime...

2.2. Un gage de garantie des droits publics des Français

«La promulgation des droits de l'homme par le pouvoir constituant a une toute autre portée : elle les transporte de l'ordre légitime dans l'ordre légal ; elle fait d'une maxime une loi ; transition qui nous conduit à la garantie politique »²⁰⁷. Pour donner de l'effectivité à un droit, les libéraux jugeaient nécessaire de le consacrer par le droit. Aussi, la théorie du pouvoir constituant ne semblait trouver grâce dans l'opinion publique qu'à la lumière des droits naturels et du principe de sûreté, propre à faire du roi et des libertés des « soutiens mutuels » pour reprendre l'expression de Pagès²⁰⁸. Il impliquait une garantie juridique mais également politique qui impose au roi une obligation de faire (protéger ces droits) et une obligation de ne pas faire (ne pas y porter atteinte). L'équilibre entre cette obligation positive et cette obligation négative n'en demeurait pas moins malaisé. Dans la pensée de la Restauration, ce n'est qu'au prix de ce pouvoir constituant originaire que le roi pouvait s'imposer face aux autres institutions en tant que principe conservateur. L'évidence, mais aussi l'expérience révolutionnaire, réprouvait toute autorité de substitution en ce domaine. Cette conviction emportait condamnation du modèle anglais dans la mesure où le roi, dénué de pouvoir constituant, s'est vu imposé différents textes de valeur constitutionnelle par le Parlement :

²⁰⁶ Marquis de La Gervaisais, *Le Retour à la Charte*, Paris, Delaforest, 1830, p. 9-10.

²⁰⁷ Ch.-G. Hello, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel...*, op. cit., t. I, p. 12.

²⁰⁸ Article de Jean-Pierre Pagès in *La Minerve française*, tome VI, mai 1819, p. 37.

«Ces rois d'Angleterre, que la théorie relègue dans une sphère inaccessible, ces rois, dont la volonté ne doit jamais paraître dans l'action de leur gouvernement, ne sont pas les auteurs de la constitution anglaise. Ils sont nés sous son empire. Ce n'est pas eux que l'on regarde comme une des sûretés de la liberté publique »²⁰⁹.

La pensée ultraroyaliste mais aussi certains doctrinaires, comme ici Villemain, abondaient dans le sens du préambule de la Charte : renouant avec la tradition, dans l'espoir d'un regain de la philosophie qui l'animait, il s'agissait pour le Roi d'accepter de distribuer et de garantir des droits aux Français et aux institutions, se plaçant tel Louis le Gros ou saint Louis à l'égard des droits des communes²¹⁰. Une façon pudique de reconnaître au Roi la mise en œuvre de la justice distributive et l'octroi des privilèges qu'elle impliquait. Autant dire que le mot *droits* ne se comprenait pas de la même manière entre les deux camps. Les ultras comprenaient le mot dans son acception romaine, imbibée des préceptes de justice distributive d'Aristote, n'appréhendant le droit que comme un *rappor*t entre membres d'une cité²¹¹ comme l'exposait le vicomte Tabarié : «Au lieu des droits naturels, il faut exclusivement dire des droits sociaux, car toute société suppose des rapports individuels et des usages ou des lois qui règlent les relations et les droits mutuels»²¹². Autant dire qu'il s'agissait de *privilegia*²¹³. En revanche, pour les libéraux, le mot correspondait à des droits naturels propres à la nature humaine et antérieurs à l'Etat. Le plaidoyer de Constant ne peut ainsi se comprendre qu'en ayant à l'esprit la théorie d'Aristote qu'il vise implicitement : «Il y a des droits qu'aucune loi ne peut ravir aux individus, sans perdre son caractère de loi. Ces droits ne sont ni civils, ni politiques. Ils appartiennent à l'individu indépendamment de la cité »²¹⁴. Promulguer une Charte et des droits ne peut s'assimiler à un octroi, mais à une déclaration, les droits existant antérieurement à l'acte juridique qui ne fait que les consacrer en droit positif :

«Certes, si jamais doctrine révolta la raison, c'est celle qui fait d'une Charte octroyée par le prince une concession révocable à sa volonté : reconnaître nos droits, ce n'est pas nous les donner ; et parce que le prince publie l'acte qui les déclare, ce n'est point à dire que nous les tenons de lui. Je n'avoue que Dieu pour l'auteur de ma liberté ; c'est la nature humaine qui en contient la preuve ; c'est son développement successif qui en manifeste le besoin. Nos

²⁰⁹ A.-Fr. Villemain, *Le Roi, la Charte et la monarchie*, *op. cit.*, pp. 29-30.

²¹⁰ Le baron de Vitrolles le disait autrement : « Les princes légitimes se présentaient, en effet, comme les restaurateurs des anciennes libertés qui avaient toujours subsisté en principe dans le royaume de France. Ils avaient seulement à en modifier la forme pour rattacher les temps nouveaux aux temps modernes ». *Mémoires et relations politiques*, *op. cit.*, tome II, p. 230.

²¹¹ Sur ces points : Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 37-104.

²¹² Vicomte Tabarié, *L'Anti-doctrinaire, et réponse à M. Guizot sur ses moyens de gouvernement*, Paris, Trouvé, 1822, p. 18.

²¹³ Sur la notion de privilèges : François Olivier-Martin, *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, 1997, pp.124-132. Le vocabulaire employé par l'entourage de Louis XVIII n'était pas neutre : les premiers Capétiens *octroyaient* des privilèges.

²¹⁴ B. Constant, 3^e article sur le livre de Lanjuinais, in *La Minerve française*, t. VI, mai 1819, p. 314.

droits sont dans nos facultés ; nos titres sont dans l'histoire ; et ce ne sera jamais une même chose, d'en être le protecteur, et d'en être l'origine. La Charte a proclamé et n'a pu créer ce qui existait avant elle ; et ce qui est vrai de nos droits, l'est également des institutions qui les garantissent. Celles-ci sont, comme les premiers et par la même raison, hors de la dépendance des princes »²¹⁵.

Les convictions libérales étaient manifestement froissées par le Roi, qui incarnait pourtant, aux yeux de tous, le gardien des droits (2.2.1). A la consternation devait ainsi succéder l'action, dont la particularité est d'avoir été larvée. L'éclairage doit effectivement être porté sur la curieuse affaire de la retranscription des *droits publics des Français* (2.2.2).

2.2.1.- Le gardien des droits publics des Français

Pour Haller, partisan de la conception patrimoniale, le pouvoir est la propriété du souverain. En conséquence, partie intégrante de son patrimoine, il peut en disposer à son gré :

«[...] il faut mettre encore sur la même ligne les promesses ou les concessions solennelles que les rois ont coutume de faire [...] par des chartes ou des lettres patentes ; promesses qui les obligent envers leurs sujets à des devoirs dont, sans elles, ils ne seraient point tenus, et que notre siècle révolutionnaire appelle des lois constitutionnelles ou fondamentales, quoique cependant elles ne fondent et ne constituent point l'Etat, et qu'elles soient même moins nécessaires et moins utiles qu'on ne le pense. Or, il va sans dire que tout souverain est autorisé à établir des lois de ce genre, puisque par là il ne dispose que de ce qui lui appartient ; il restreint sa propre liberté, il attache ses bienfaits à certaines conditions, il cède enfin de son propre droit et ne blesse celui de personne »²¹⁶.

L'auteur ravalait ainsi la Charte au rang des privilèges d'Ancien Régime, à la nuance près que celle de 1814 profitait à l'ensemble de la population. En filigrane, cela revenait à affirmer qu'à travers l'octroi, le roi récupérait le droit d'accorder des privilèges, qu'il n'avait au demeurant jamais perdu. En admettant une telle hypothèse, était-il permis au roi de rétablir la société et le droit d'Ancien Régime ? La réponse de Haller était ambiguë dans la mesure où elle paraissait se fonder sur la théorie des droits acquis :

«Un prince [...] peut renoncer à une partie de ses droits et favoriser quelques-uns de ses sujets dans des choses qui dépendent de son libre arbitre ; il peut en un mot changer sa volonté, pourvu qu'il ne blesse pas les droits d'autrui ;

²¹⁵ Ch.-G. Hello, *Essais sur le régime constitutionnel ou introduction à l'étude de la Charte*, op. cit., pp. 62-63. Même état d'esprit chez Tissot dans sa réfutation de Burke : *Minerve française*, t. VI, mai 1819, p. 306.

²¹⁶ Ch. de Haller, *Restauration de la science politique ...*, op. cit., tome II, pp. 216-217.

et cette liberté qui sert de fondement au droit d'accorder des privilèges, en fixe aussi les limites »²¹⁷.

Le doute est néanmoins permis sur la motivation qui incitait les ultras à soutenir la Charte. En adoptant un tel point de vue, la Charte représentait un instrument malléable permettant au roi de reconstituer l'uchronie des ultras, cette vision sublimée de l'Ancien Régime. Assurément, l'idéologie de leurs théoriciens devait s'y prêter. Comme le répétait Joseph de Maistre :

«Toute institution importante et réellement constitutionnelle n'établit jamais rien de nouveau ; elle ne fait que déclarer et défendre des droits antérieurs : voilà pourquoi on ne connaît jamais la constitution d'un pays d'après ses lois constitutionnelles écrites, parce que ces lois ne sont faites à différentes époques que pour déclarer des droits oubliés ou contestés, et qu'il y a toujours une foule de choses qui ne s'écrivent point »²¹⁸.

Le jeu parlementaire du côté droit trouve ainsi une explication. La Charte n'est pas une constitution, mais un acte de contrition. Elle avait pour but de dresser un bilan des maux, toutes époques confondues, qui avaient brimé les droits reconnus par le Roi. Pour autant, elle n'était pas complète, devant subir les contrecoups du siècle que le temps devait précisément résorber. A travers la Charte, le Roi n'avait fait qu'employer un expédient légitimé par son pouvoir conservateur : il s'agissait bien de reconstituer ce qui n'aurait pas dû cesser d'être. Or, par des voies différentes fondées en particulier sur la théorie des climats de Montesquieu, le centre et le côté gauche rejoignaient les ultras sur cette approche du pouvoir conservateur du Roi. Prenant conscience que la constitution d'un pays est le fruit du temps, relevant d'une construction empirique comme le prouve la constitution anglaise²¹⁹, ils considéraient que la Charte n'était et ne pouvait être qu'un produit de l'histoire du pays, reflet des mœurs et de l'état de la société. Selon Royer-Collard, il s'agissait là du produit de la raison. Conséquence inévitable, la Charte n'est pas un octroi mais procède au contraire d'une alliance du trône et de la population sur la base de droits publics, renouant de fait avec le passé institutionnel français, d'aucuns diront sa constitution naturelle :

«La Charte n'est autre chose que cette alliance indissoluble du pouvoir légitime dont elle émane avec les libertés nationales qu'elle reconnaît et consacre. [...]

²¹⁷ *Ibid.*, tome II, p. 249.

²¹⁸ *Étude sur la souveraineté*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, tome I, pp. 347-348.

²¹⁹ D'où la difficulté des publicistes anglais dans l'analyse de leur propre constitution, les forçant à emprunter les études de Montesquieu ou de Delolme. L'embarras est le même pour tous les publicistes, qui n'ont aucune emprise sur l'inévitable évolution de la constitution naturelle d'un pays, qu'elle dispose ou non d'un support écrit : «Le génie de nos gouvernements modernes est le résultat combiné d'une foule de causes naturelles et de forces majeures ; non seulement nous ne le maîtrisons pas, mais le plus souvent nous ne pouvons ni le définir ni même le distinguer ; il se modifie imperceptiblement ; et, quand il est formé, tout l'effort de notre esprit est de le reconnaître». Ch-G. Hello, *Essais sur le régime constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 67.

Quoique la Charte soit écrite, et même que nous l'ayons vu écrire, elle n'est point arbitraire comme les conceptions systématiques de l'esprit ; il lui était imposée d'être vraie, d'exprimer fidèlement les intérêts, les mœurs, l'état de la société qu'elle devait régir. On peut dire encore que l'antiquité ne lui manque pas ; les premiers linéaments de la Charte furent tracés par Louis le Gros quand il affranchit les communes ; ils furent ineffaçables dès que Philippe le Bel eut appelé nos pères aux Assemblées nationales »²²⁰.

Précisément, cette alliance conférait toute sa garantie à la Charte. Pour le libéral Kératry, la Charte était un impératif conjoncturel destiné à satisfaire et à apaiser la Révolution, si bien que le roi ne s'était saisi du pouvoir constituant que momentanément et de façon pragmatique. Une fois promulguée, la Charte ne peut plus être conçue comme étant son œuvre : elle appartient désormais à la nation. Produit de l'histoire mais surtout bien national servant de socle aux libertés publiques, elle ne peut plus faire l'objet d'une modification unilatérale :

«La Charte, qui appartient à tous et à personne en particulier, est devenue dans la nation la première des puissances. Le Roi l'a très bien senti, en disant qu'il ferait des *propositions* de modifications dans ce grand traité entre le peuple et son monarque, et en effet, si elles sont rejetées, il ne lui reste qu'à s'incliner devant son propre ouvrage. Sans ce respect, sans cette garantie qu'il doit à ses sujets, il pourrait demain, tous les jours, ajouter ou retrancher au contrat social ; son successeur le pourrait également, et le peuple, jouet des caprices d'un ministère, ou de l'usurpation des grands, aurait bientôt à pleurer sur la ruine totale de sa liberté. Dès que *toute Chambre* est habile à délibérer sur la Charte, je n'y crois plus »²²¹.

La perspective de Royer-Collard était toutefois plus significative et plus suivie, du moins sous la Restauration. En dehors de la préservation des droits et libertés consacrés par l'histoire, que Hello préférerait appeler des titres, l'autorité qui promulgue la constitution s'assimilerait plutôt à un pouvoir reconstituant qui retrouve et régénère la constitution naturelle ou plus généralement le droit naturel qui existe et évolue sans lui. Si, aveuglé par l'orgueil, il s'écarte de la constitution naturelle, son œuvre est vouée à l'échec : il doit donc lui obéir, consacrant le temps au rang de véritable pouvoir constituant. Le seul avantage qui résulte de ce qui n'est finalement qu'un pouvoir de promulgation d'un genre particulier, réside dans l'initiative :

«Une constitution [...] prend un caractère d'irrévocabilité que ne lui assure aucune autre théorie, et qui la place à une hauteur au-dessus de toute atteinte ; elle n'est plus une condition délibérée par deux parties, ou dictée par l'une d'elles, et par conséquent sujette à leurs caprices ; elle est la fille du temps, elle ne dépend que de lui. Sa racine n'est pas dans un acte unilatéral ou synallagmatique, mais dans l'état social dont elle est une déclaration. Celle

²²⁰ Discours de Royer-Collard du 17 mai 1820 relatif à la loi sur les élections, in Pr. de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard, op. cit.*, tome II, p. 16.

²²¹ Auguste-Hilarion de Kératry, *Réflexions soumises au Roi et aux chambres sur le moment présent*, Paris, Baudoin frères, 1819, p. 8. Il souligne.

des deux parties qui prend l'initiative n'a sur l'autre que l'avantage d'avoir la première reconnu l'état social, signalé une vérité préexistante, découvert une propriété commune, dont elle ne peut disposer. En ce sens, une charte octroyée n'est l'ouvrage que de la nécessité ; et le prince qui la promulgue obéit au siècle, alors même qu'il semble lui commander »²²².

Pour les libéraux, l'essentiel du pouvoir public réside ainsi dans la constitution, *palladium* de la société pour Boyer-Fonfrède, qui attribue et fixe les droits et devoirs de chacun, à charge pour le Roi d'en assurer l'exécution. Le Roi est l'oracle et le protecteur de la constitution, qui a tant fait défaut sous la Révolution, mais non l'auteur, encore moins son propriétaire²²³. Au contraire, l'office du monarque semble en faire la propriété de cette même constitution :

« Une bonne constitution est le seul palladium ; c'est elle qui en établissant tous les pouvoirs fixera des bornes à toutes les prétentions, et réglera tous les intérêts ; le Roi sera l'exécuteur de la loi que la nation aura voulue, et chacun, ayant concouru à sa formation par son délégué, deviendra par le fait juge dans sa propre cause. Cette constitution, si elle est sagement établie, contiendra les moyens successifs de la réformer, et la dynastie, ainsi soutenue par des lois immuables auxquelles elle aura coopéré avec le peuple, deviendra, s'il est permis de s'exprimer ainsi, la propriété des Français, comme les Français seront la sienne. Les droits du Roi seront établis par les lois ; ses devoirs seront de les faire observer. Les droits du peuple seront garantis par ces mêmes lois, et son devoir sera d'y obéir »²²⁴.

En consacrant la propriété des Français, les libéraux cherchaient surtout à rehausser l'importance de l'opinion publique, en quelque sorte gardien du gardien qui devait, comme l'affirmait Benjamin Constant, brimer les prétentions « métaphysiques » liées à l'octroi :

« Ce qu'un prince octroie, son successeur peut le retirer. [...] Sans doute, ce dernier raisonnement qui est incontestable en métaphysique, a, dans la réalité, moins de valeur qu'on ne le suppose. Le respect du pouvoir envers les constitutions tient bien plus à la force de l'opinion publique qu'aux engagements explicites que ce pouvoir a contractés. La Charte n'aurait pas été octroyée, on eût déclaré formellement qu'elle était, non point une concession

²²² Ch.-G. Hello, *Essais sur le régime constitutionnel ou introduction à l'étude de la Charte*, op. cit., pp. 70-71.

²²³ Un débat en des termes proches eut lieu dans les années 1680 en Angleterre. Les adversaires déclarés de la monarchie absolue affirmaient le caractère immémorial d'une constitution qui, loin d'être le fruit de l'activité législative des rois, s'enracinerait dans le temps. Par voie de conséquence, la constitution obligeait le roi lui-même, qui en était le gardien et non l'auteur, ne détenant son pouvoir que dans la mesure où il respectait les lois et droits accordés au peuple. Les soutiens des Stuarts affirmaient, pour leur part, que la constitution était récente et octroyée par les rois du passé : ce faisant, dans la mesure où la loi n'oblige pas celui qui l'a fait, le roi pouvait la modifier selon sa volonté. Il en irait de même des droits et privilèges du peuple : loin d'être intangibles, ils résulteraient d'une série de concessions royales que la monarchie pouvait révoquer.

²²⁴ Fr. B. Boyer-Fonfrède, *Des avantages d'une constitution libérale*, op. cit., p. 33.

de la couronne, mais une reconnaissance des droits de la nation, qu'un prince trop ambitieux pour s'y soumettre et assez puissant pour la renverser, ne l'en aurait pas plus ménagée »²²⁵.

L'importance de ce « pouvoir constituant », proche d'un pouvoir conservateur, paraît donc infime. Ce serait pourtant une faute de sous-estimer l'importance de l'initiative dans le contexte de la Restauration. En effet, dans l'optique ultraroyaliste, il incombe au roi très chrétien de « constituer » la société ou, en l'occurrence, de la reconstituer après le passage de la Révolution : il s'agit de protéger les droits du faible contre le fort, thématique qui revendique l'héritage chrétien. C'est du moins dans cette voie que l'envisage Bonald : « Le patriarche Joseph, dit un ancien auteur cité par Eusèbe, défendit le faible contre le fort, c'est-à-dire qu'il constitua la société ; car la constitution n'est pas autre chose »²²⁶. Il serait ainsi réducteur de croire que le pouvoir constituant se limite à la question de l'auteur de la loi fondamentale d'un pays. Conformément à la doctrine de Thomas d'Aquin, Bonald nous explique que le pouvoir constituant (le Pouvoir tout court) doit également constituer les *causes formelles* afin de répondre aux exigences de la nature, donc de Dieu :

« Le pouvoir doit donc donner aux corps, et surtout aux corps chargés du ministère public, des constitutions particulières, des constitutions qui règlent les devoirs des corps envers l'Etat, ceux de la famille envers les corps, ceux de l'individu envers la famille : le pouvoir doit régler les corps, surtout celui du ministère public, parce qu'il doit tout régler dans des hommes qui doivent être la règle de tous. Le pouvoir le peut, parce qu'il ne serait pas pouvoir, s'il ne pouvait pas tout ce que demande la conservation et la perfection de la société »²²⁷.

En ce sens, ce sont des constitutions qu'il doit élaborer, chacune organisant les rapports des éléments épars de la nature vis-à-vis du tout. Mais cela n'implique pas le pouvoir d'édicter les lois fondamentales. La prérogative la plus élevée dans le domaine de la création du Pouvoir semble résider dans ce qu'on pourrait nommer loi organique ou ordonnance²²⁸, constituant ainsi cette organisation que Bonald nomme le ministère public ; mais il ne peut aller au-delà, sous peine de devenir un pouvoir véritablement arbitraire. Bonald refusait d'ailleurs l'inscription au sein des constitutions modernes des limites du pouvoir (comprendre celui unique qui appartient au roi) et du rapport qu'il entretient avec les autres institutions en vertu du danger que cela représenterait pour l'Etat :

²²⁵ Benjamin Constant, « *Seconde lettre sur les Cent-Jours* », La Minerve française, t. VII, août 1819, pp. 245-246.

²²⁶ *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, op. cit. , vol. I, p. 218 en notes.

²²⁷ *Ibid.*, p. 221.

²²⁸ Dans son sens premier, qui signifie mettre en ordre, instituer, constituer. Encore est-il possible d'imaginer qu'il fasse indirectement référence aux établissements (*stabilimentum*) du Roi sous l'Ancien Régime.

«C'est, je crois, une grande erreur de vouloir [...] poser à l'avance dans la constitution des sociétés, des limites fixes au pouvoir du chef, à la coopération de ses agents, aux devoirs des sujets. Si les limites sont marquées, chacun en temps de guerre se porte à son extrême frontière, les partis sont en présence et le combat s'engage ; et au lieu de disputer pour déterminer les limites, chacun s'efforce de les reculer »²²⁹.

Au terme de sa conclusion, il est possible de comprendre les raisons qui incitent les ultras à refuser l'idée même de constitution écrite. En dehors de conceptions religieuses ou relatives au droit naturel, ce qu'ils veulent, c'est un pouvoir royal non pas arbitraire, qu'ils condamnent fermement, mais discrétionnaire, un roi qui pourrait s'ériger en dictateur en cas de péril de la société : «Il faut, dans un État comme dans une famille, un pouvoir discrétionnaire, ou bientôt la société tout entière, chefs et subalternes, ne sera qu'un troupeau d'automates »²³⁰. Or, la minutie des constitutions écrites ne peut permettre cela. Aucune initiative n'est laissée au roi et l'on comprend la déception de Bonald qui ne peut apercevoir que des automates qu'il juge inapte à se sortir de situations de crise. Dans sa perspective, le roi ne peut être un simple secrétaire de la nature : c'est aussi un pouvoir conservateur qui doit assurer la fixité de la société en toutes circonstances. C'est également en ce sens que le comprenait Fiévée, en précisant toutefois les limites de l'association nécessaire entre pouvoir royal et libertés :

« Il y a vingt-cinq ans qu'on vous dit que pour jouir de la liberté, il faut avoir une constitution, et qu'on change sans cesse de constitution sans pouvoir trouver la liberté. Cet effet a une cause : les constitutions écrites ne donnent pas la liberté, parce que les paroles ne créent rien. Il n'y a que la parole de Dieu qui ait ce pouvoir : les constitutions constatent les libertés, et pour qu'on puisse les constater, il faut qu'il y en ait. Vous n'en avez plus et depuis longtemps : le pouvoir royal était une de vos libertés ; il s'est écroulé après avoir détruit les autres au profit de l'administration, qui le détruira encore, et avec lui tous les pouvoirs de la société, si on ne prend de vigoureuses précautions »²³¹.

L'institution royale est donc une liberté elle-même, la clef de voûte du constitutionnalisme ancien, pourvu qu'elle maintienne son état naturel, lui interdisant de se laisser séduire par la centralisation administrative et par le constitutionnalisme moderne. Cette approche rappelle celle de Montlosier qui souhaitait ressusciter l'antique mission royale, gardien du droit mais aussi de la société d'ordres telle qu'elle était établie. La légitimité du roi repose, selon lui, sur l'ensemble des « légitimités civiles ». Cette notion obscure regroupe tout ce qui, dans l'ordre civil, lui semble légitime, et qui recouvre les droits civils de chacun²³², l'exemple qu'il donne étant fondé sur le droit d'un père de transmettre

²²⁹ *Pensées sur divers sujets*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, op. cit. , vol. VI, pp. 54-55.

²³⁰ *Ibid.*, p. 56.

²³¹ J. Fiévée, *Correspondance politique et administrative*, op. cit. , quatrième partie, p. 88.

²³² Bossuet déjà en faisait le protecteur des droits de tous. *Politique...*, Livre I, article III, Ve proposition.

ses biens à ses enfants. Ces légitimités agissent comme un tout indivisible, mues par un véritable esprit de corps :

« Je tiens pour doctrine que cette légitimité est la sauvegarde d'un État et le principal lien de la tranquillité publique. Mais en accordant toute ma foi au principe de la légitimité dans l'ordre politique, il m'est permis de croire qu'il est quelque chose dans l'ordre civil [...]. Le droit de la couronne ne peut, dans aucun cas, s'isoler des autres droits. Tout cela forme un ordre entier. La légitimité du trône garde les autres légitimités, et est à son tour gardée par elles »²³³.

Cette unité métaphorique cherche à éviter l'isolement du roi, seule institution légitime perdue au sein d'institutions créées ou stérilisées par la Révolution. Craignant un rapprochement de ces illégitimités entre elles, dans le but inavouable de détruire le Roi²³⁴ donc les libertés, il estime nécessaire de l'entourer de ses gardiens naturels dont il est lui-même le gardien :

«[...] dans aucun cas, la légitimité royale ne peut demeurer isolée. Si elle ne veut pas s'exposer à périr, il faut absolument qu'elle se donne pour cortège les autres légitimités : toutes se rappelant entre elles, comme étant naturellement en affinité »²³⁵.

Protéger le Roi revenait ainsi à protéger les libertés, mais assurément les libéraux et les ultras ne pouvaient guère s'entendre en raison d'une rupture profonde. Alliance naturelle pour les uns, leur union constituait au contraire l'objet d'un pacte social pour les autres. Surtout, le sens du mot *libertés*, preuve en est les multiples usages et les terminologies parfois curieuses pour se démarquer de l'adversaire, n'était guère compris de la même manière. Fallait-il dès lors s'étonner de voir que l'intitulé du Titre I^{er} de la Charte était régulièrement trahi ?

²³³ Comte de Montlosier, *De la monarchie française, depuis la seconde Restauration jusqu'à la fin de la session de 1816*, Paris, Nicolle, 1818, pp. 21-22.

²³⁴ L'essentiel est donc d'enraciner le roi dans le terreau des anciennes légitimités, si elles existent encore. Or, pour Montlosier, l'action politique sous la Restauration tend à faire l'inverse, manifestation qui lui fournit la preuve de l'existence d'un front commun des illégitimités qui cherchent à rendre le roi aussi illégitime qu'eux : «A la fin de nos deux premières races, par l'effet d'un mouvement régulier et légitime [...], lorsque des princes de la maison Carlovingienne et Capétienne se substituèrent aux princes de la race précédente, ils eurent soin de placer leur droit nouveau sur le sol de toutes les anciennes légitimités, afin de s'y enter et de s'y légitimer. [...] c'est la contrepartie qu'on propose à Louis XVIII. C'est son droit ancien, pur et légitime qu'on lui propose de déraciner, pour le planter dans une terre nouvelle et originellement illégitime, à l'effet d'en prendre la sève et la caractère ; c'est-à-dire de se délégitimer, autant qu'il lui sera possible ». Comte de Montlosier, *De la monarchie française au 1^{er} mars 1822*, Paris, Gide fils, 1822, pp. 59-60.

²³⁵ Comte de Montlosier, *De la monarchie française, depuis la seconde Restauration jusqu'à la fin de la session de 1816*, op. cit., pp. 148-149.

2.2.2.- La publication erronée de la lettre de la Charte

La querelle s'est probablement effectuée jusqu'au sein de la publication de la Charte de 1814, suivant un exemple inédit et déconcertant. Le texte original de la Charte présent aux Archives nationales intitule son titre premier *droits publics des Français* et non *droit public des Français*. Cette version est du reste attestée par les rédacteurs de la Charte²³⁶. La modification peut paraître subtile, mais se révèle d'importance : dans le premier cas, le roi reprend une des caractéristiques de sa mission d'Ancien Régime, en distribuant des privilèges²³⁷. Dans le second, c'est un système juridique organisé, cohérent et indivisible de libertés publiques qui est offert aux Français²³⁸, sur lequel le Roi ne semble pas avoir d'emprise. La perspective n'est plus la même²³⁹, ce qui souligne l'importance de la recherche des erreurs de reproduction de la Charte de 1814. Au lieu de nous attarder sur les recueils de constitutions modernes qui font pourtant autorité (l'erreur est, de toute manière, presque systématique...), il nous est apparu plus utile de comprendre les origines de l'écueil. Alain Laquière, déjà interpellé par cette erreur de diffusion, trouve sa source dans l'officiel *Bulletin des lois* (5^e série, tome 1, n°133, p. 199), reconnaissant au *Moniteur* une reproduction fidèle du texte original. En 1814, son importance n'était pas encore celle que lui confèrera l'ordonnance du 27 novembre 1816 selon laquelle la promulgation de la loi résultait de son insertion au bulletin. Elle n'en demeurerait pas moins, depuis sa création sous la Révolution, le recueil officiel des lois de la république puis de la monarchie. L'erreur est pour le moins gênante entre un texte dont le contenu exact ne peut être que celui que l'on retrouve aux archives nationales et sa publication la plus officielle, étant entendu que le *Moniteur* se limitait en théorie à la publication des décrets et actes du gouvernement. Il importe donc de déterminer si l'erreur n'avait pas été manifeste, ce que ne soulève à aucun moment Laquière.

Le *Bulletin des lois* dépendait de l'imprimerie royale, qui était chargée de son impression et de sa distribution, sous l'autorité du garde des sceaux sur qui les soupçons doivent se tourner afin de déterminer si, en cette période de transition trouble que constitue l'année 1814, se dissimule ou non une part de malice. Difficile de mettre en cause le garde des sceaux de l'époque, le fidèle Dambray, qui épousa toujours le sort des Bourbons. Mais était-il bien impliqué dans ce type d'exercice étranger à la monarchie ? C'est du côté du directeur de l'imprimerie royale que les doutes doivent éventuellement être portés. Or, Alexandre-Jacques-Laurent Anisson-Duperron est un personnage dont l'attachement à la cause des Bourbons peut être remis en cause. En tout cas, plus que ses capacités

²³⁶ *Mémoires du comte Beugnot ancien ministre (1783-1815)*, op. cit. , tome II, p. 165.

²³⁷ A. Laquière (*Les origines du régime parlementaire en France*, op. cit. , p. 64) y voit la « concession de droits subjectifs aux Français », ce qui ne semble pas exact si l'on s'en réfère à la philosophie du droit des ultras.

²³⁸ Par ailleurs, remarquons que Raymond Aron avait déjà souligné l'importance de l'emploi ou non du pluriel dans le mot *liberté* entre libéraux, conservateurs et contre-révolutionnaires. Voir *La définition libérale de la liberté* (1961) in Raymond Aron, *Études politiques*, Paris, Gallimard, 1972, p. 196.

²³⁹ François Burdeau, égaré par la mauvaise formulation du Titre I, en a ainsi déduit la consécration « solennelle » d'un État de droit par la Charte. Voir son *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 106. Cette approche ne correspond nullement aux intentions de Louis XVIII.

d'imprimeur, celui-ci étant l'héritier des Anisson, véritable dynastie dont les membres ont souvent été directeurs de l'imprimerie royale sous l'Ancien Régime. En effet, Anisson-Duperron avait été préfet sous l'Empire et n'hésitera pas à épouser la cause orléaniste lors de sa reconversion dans la politique. A ce stade, les preuves sont sans doute insuffisantes. Seul un faisceau d'indices nous permet de croire que le *Bulletin des lois* était dirigé par des hommes acquis à la cause révolutionnaire ou bonapartiste ; il en faudrait plus pour en déduire de l'erreur un acte politique. Notre intuition devait pourtant s'appuyer sur les attaques régulières contre le bulletin au sein des périodiques ultraroyalistes, parmi lesquelles nous retiendrons cet extrait évocateur issu du *Conservateur* :

«Le Bulletin des lois est la véritable image du chaos où nous avons été ensevelis pendant un quart de siècle. Là où sont entassés pêle-mêle tous les débris de la monarchie ; là se trouvent les documents confondus de toutes nos erreurs et de tous nos crimes. Le portique de ce monument est digne du monument lui-même : c'est le rapport de Couthon sur le tribunal révolutionnaire, et le décret de la Convention qui établit ce tribunal [...]. Quand donc arrachera-t-on ces pages du Bulletin des lois, où l'on n'a pas inscrit les ordonnances rendues à Gand, mais où l'on trouve les décrets des cent jours ? Quand cessera-t-on d'asseoir la monarchie sur les bases de la démocratie ? Quel étrange piédestal aux ordonnances du Roi, que la loi sur la formation du tribunal révolutionnaire ! »²⁴⁰.

Il faut relever qu'Anisson-Duperron faisait lui-même l'objet d'attaques en raison des avantages glanés par l'imprimerie royale, le motivant à démissionner en 1827. Qu'en était-il au sein des écrits des contemporains de la Charte ? Les enseignements butinés sont sans équivoques : les ultras, lorsqu'ils font référence à la Charte, parlent toujours des droits publics des Français, preuve que l'orthographe officielle était connue²⁴¹ ; la seule exception notable provient de Vitrolles, mais son erreur visait précisément à dissocier les prétendus droits des déclarations révolutionnaires des libertés historiques détenues par les Français²⁴². Les libéraux pour leur part emploient souvent le mot *droits* mais le font toujours par référence aux *droits naturels* voire, de façon moins répandue, aux *droits de l'homme* sans se rattacher au titre premier de la Charte²⁴³ qui, après tout, se contentait de les déclarer. En revanche, la reproduction intégrale du texte dans les recueils de constitutions publiés par des libéraux se révèle un témoignage précieux. Sans surprise, les reproductions de la Charte par Lanjuinais, La Serve et même Isambert comportent ainsi l'erreur²⁴⁴. De façon plus

²⁴⁰ Cinquième lettre sur Paris, in *Le Conservateur*, *op. cit.*, tome I, pp. 486-487.

²⁴¹ Voir notamment la reproduction de la Charte faite au début de l'année 1830 par Jean-Claude Clausel de Coussergues, *Considérations sur l'origine, la rédaction, la promulgation et l'exécution de la Charte*, Paris, Pihan-Delaforest, 15 juin 1830, p. X (additions). En raison de leurs réserves, les ultras ne reproduisent intégralement le texte que rarement ; de fait, par leur nombre, les recueils libéraux ont remporté cette bataille.

²⁴² Baron de Vitrolles, *Mémoires et relations politiques*, *op. cit.*, tome II, p. 250.

²⁴³ Par exemple, *Archives philosophiques, politiques et littéraires*, tome II, 1817, p. 72.

²⁴⁴ N. de la Serve, *De la royauté...*, *op. cit.*, p. 275 ; J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française*, *op. cit.*, t. I, pp. 307-320 ; François-André Isambert, *Charte constitutionnelle ; avec des notes servant de commentaire*, Paris, Baudouin fils, 1819. Un singulier tir concerté : ces trois

symbolique, il en va de même de l'ouvrage que publie Alphonse Mahul à la veille de la révolution de Juillet, conformément à son titre complet qui s'articule sur un jeu de mots : *Tableau de la constitution politique de la monarchie française selon la Charte ou Résumé du droit public des Français*. Finalement, nous relevons sans grand étonnement la consécration de la formulation libérale par la Charte de 1830, sans qu'elle fasse l'objet d'un quelconque débat : Simon Bérard, hautement impliqué dans le processus de modification de la Charte, n'en fait ainsi nullement mention²⁴⁵. Dans leur esprit, le titre premier de la Charte n'avait donc pas été modifié. Cette manière pour le moins occulte de procéder peut surprendre ; mais, face aux dissensions politiques, était-il réellement possible de réviser la Charte autrement ?

La complexité de l'exemple français provient autant des dissensions politiques, au demeurant attendues, que de la philosophie du droit articulant la pensée juridique des Anciens et des Modernes. L'éclectisme lusitain risque, en ce sens, de fournir une synthèse intéressante à même d'exposer les contours du « constitutionnalisme octroyé ».

Enviado el (Submission Date) : 26/02/2015

Aceptado el (Acceptance date) : 3/05/2015

ouvrages datent de 1819. Les ultras n'étaient pas dupes. En 1820, Saint-Roman fulminait : « On connaît les éditions de la Charte qu'on a répandues avec profusion dans le public, et où l'on a eu l'audace de retrancher et cette formule [référence à l'art. 14] et le préambule dont la sagesse fait le désespoir des fauteurs de la souveraineté et des révoltes du peuple ». *Suite de la correspondance de M. le comte de Saint-Roman et de M. Masuyer, sur la souveraineté*, Paris, Boucher, 1820, p. 377. L'erreur semble tardive : en 1814, le premier numéro du *Censeur* de Comte et Dunoyer (I, p. 1) livra une reproduction fidèle de la Charte.

²⁴⁵ Voir Simon Bérard, *Souvenirs historiques sur la Révolution de 1830*, Paris, Perrotin, 1834, p. 225 et s.