

LES ÉQUIVOQUES DU « CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ » : UN DÉBAT TRANSLANTIQUE (I)

THE AMBIGUITIES OF « GRANTED CONSTITUTIONALISM » : A TRANSLANTIC DEBATE (I)

Oscar Ferreira
Université de Paris est

SOMMAIRE : INTRODUCTION – I. UN LEGS DESIRE DU CONSTITUTIONNALISME ANCIEN : LA NEGATION DU POUVOIR CONSTITUANT - 1.1. Le point de vue de l'Ancien Régime ou l'attachement à la coutume – 1.1.1- *Le rejet de tout pouvoir constituant produit par l'homme* - 1.1.1.1.- *Une constitution en dehors de la portée de l'homme* – 1.1.1.2.- *Le Roi, gardien surveillé de la constitution* - 1.1.2.- *La Charte, acte additionnel des lois fondamentales du royaume* - 1.1.2.1.- *La dépréciation de la Charte* - 1.1.2.2.- *La survivance de la constitution coutumière* – 1.2. L'enlisement des Modernes dans l'inventaire révolutionnaire – 1.2.1- *La confusion entre pouvoir législatif et pouvoir constituant* – 1.2.2.- *La Charte, « loi des lois positives » ?* – II. ANCIENS VERSUS MODERNES : L'ILLUSION COMPROMISSOIRE DU CONSTITUTIONNALISME OCTROYE 2.1 La confiscation du pouvoir constituant – 2.1.1.- *Renouer la chaîne du temps*- 2.1.2.- *Éluder les effets juridiques du compromis* – 2.2. Un gage de garantie des droits publics des Français – 2.2.1.- *Le gardien des droits publics des Français*- 2.2.2.- *La publication erronée de la lettre de la Charte*

Résumé : Au Portugal et dans ses anciennes colonies, l'expression « *constitucionalismo outorgado* » fait partie intégrante du vocabulaire constitutionnel depuis l'octroi de la Charte de 1826. L'inspiration française est patente ; pour autant, aucune expression équivalente n'existe en France. Cette curiosité conduit à mesurer toute l'ambiguïté du concept de « constitutionnalisme octroyé », improbable oxymoron selon le président de la république portugaise Teófilo Braga. S'agit-il d'une simple prétention politique et linguistique, un compromis passager au sortir d'une Révolution frustrée ? Ou traduit-il un programme plus profond, visant à concilier les deux versants du constitutionnalisme, l'ancien et le moderne ?

Abstract : In Portugal and in its former colonies, the expression "*constitucionalismo outorgado* » is part of the constitutional vocabulary since the granting of the Charter of 1826. The French inspiration is obvious ; however, no equivalent expression exists in France. This curiosity leads to measure all the ambiguity of the concept of "granted constitutionalism", an improbable oxymoron according to the president of the Portuguese Republic, Teófilo Braga. Is it about a simple political and linguistic claim, a temporary compromise at the end of a frustrated Revolution? Or does it translate a deeper program, to reconcile both sides of the constitutionalism, ancient and modern ?

Mots-clés : Charte française de 1814 ; Charte portugaise de 1826 ; constitutionnalisme (ancien et moderne) ; constitutionnalisme octroyé ; pouvoir constituant.

Key Words : constituent power ; constitutionalism (ancient and modern) ; French Charter of 1814 ; granted constitutionalism ; portuguese Charter of 1826

INTRODUCTION

Au Portugal et dans ses anciennes colonies, l'expression « *constitucionalismo outorgado* » fait partie intégrante du vocabulaire constitutionnel. Le concept se réfère à un épisode historique majeur du droit constitutionnel du monde portugais : l'octroi, par D. Pedro, premier Empereur du Brésil (D. Pedro I) et éphémère roi de Portugal (D. Pedro IV), de la *Carta constitucional* de 1826. En dépit de sa vie pour le moins mouvementée, ce texte se présente comme la constitution libérale majeure du XIX^e siècle portugais¹, voire brésilien, dans la mesure où il s'inspire fortement de la Constitution du Brésil de 1824, en vigueur jusqu'en 1889². Sa durée de vie conséquente³ et ses concepts novateurs et progressistes, comme le pouvoir modérateur, ont rétrospectivement contribué à son image positive, en dépit de son adoption guère démocratique et des critiques républicaines. Depuis, et sous l'influence des contemporains de ces deux textes, les constitutionnalistes portugais et brésiliens rapprochent naturellement le mot « Carta » de celui de « Charte », établissant des liens concrets entre l'œuvre du héros libérateur à l'origine du cri d'Ipiranga et le célèbre octroi de Louis XVIII. Le goût, certifié, de D. Pedro pour les écrivains français de la Restauration⁴, ainsi que l'aura, quelque peu ambiguë, de la Charte de 1814 dans le monde lusophone⁵, ont tôt fait d'ériger l'expression mentionnée plus haut au rang d'héritage français⁶ et, à travers lui, d'étendard du constitutionnalisme moderne, en dépit de ses liens avec des méthodes du passé. Pour autant, il convient de le dire : en France, la formule « constitutionnalisme octroyé » n'existe pas en tant que telle. En 2014, le colloque parisien consacré au bicentenaire de la Charte⁷,

¹ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, 7^e éd., t. I, pp. 274-285 (qui la classe, de façon aujourd'hui classique, parmi les quatre « constitutions libérales » portugaises).

² Voir les reproductions présentées par Afonso Arinos de Melo Franco dans *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil et em Portugal*, éd. do Ministério da Justiça, 1972. Constitution brésilienne elle-même proche d'un octroi.

³ Même si son règne ne fut pas continu, cette constitution ne sera définitivement renversée qu'en 1910.

⁴ Oscar Ferreira, « *Le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824 et la Charte constitutionnelle portugaise de 1826 : les influences de Benjamin Constant ou de Lanjuinais ?* », *Revue française de droit constitutionnel*, n°89, 2012, pp. 1-40.

⁵ Voir, au sein d'un article foisonnant, Oscar Ferreira, « *Un vecteur de diffusion des cultures juridiques et politiques françaises au Brésil : O Farol Paulistano (1827-1831)* », *Droit et Cultures*, n°69, 2015-1, pp. 227-274.

⁶ Pour un cas récent : José Miguel Sardica, « *A Carta Constitucional portuguesa de 1826* », *Historia Constitucional*, n°13, 2012, p. 530. Nous renvoyons à la bibliographie de cet article.

⁷ Organisé en juin 2014 à l'Université de Paris II par l'Institut Michel Villey. Les articles issus de cette journée d'études sont désormais disponibles dans *Jus politicum*, n°13, 2014.

pourtant désireux d'appréhender l'ensemble de la question⁸, se retient d'ailleurs de prononcer l'expression.

Un tel silence peut-il s'expliquer par le dédain français pour l'histoire de sa monarchie parlementaire⁹ ? Occulté par le centenaire du début de la Première Guerre mondiale, le bicentenaire de la Restauration n'a pas déplacé les foules, en s'ajoutant à cette triste liste de colloques à moitié vides. Mais, en vérité, l'inexistence de l'expression tient à d'autres causes plus théoriques, raillant autant le procédé que sa filiation au constitutionnalisme moderne qu'il a pourtant accompagné. Sans même lire les remarques ironiques de Georges Burdeau¹⁰, le recours à la théorie de l'octroi prêtait à sourire en Europe¹¹. Difficile d'imaginer un roi disposant de la *plenitudo potestatis* et d'une marge de manœuvre suffisamment large, se délester de ses prérogatives en faveur des représentants d'une communauté politique qu'il incarnait seul jusqu'à présent¹². De la part d'un roi absolu, ce type de concession résulte en général de l'absence d'alternative, l'exemple d'Alexandre I^{er} de Russie étant suffisant pour comprendre l'indifférence des convictions politiques du prince en la matière¹³. La spécificité de la situation de D. Pedro explique en ce sens bien des choses : sa rupture consommée avec sa lignée dynastique et sa prétention typiquement cicéronienne d'initier une nouvelle famille en incarnant en quelque sorte un « homme nouveau » (*homo novus*), en font le modèle d'une Nation en quête d'identité, si ce n'est d'existence¹⁴. Les poèmes épiques de Luís de Camões semblaient même résonner en lui : *Torne-vos vossas forças o Rei novo ; Se he certo que co'o Rei se muda o povo*¹⁵. La France, pour sa part, s'annonçait rétive, goûtant peu

⁸ Du moins dans la sphère constitutionnelle, politique et administrative. L'importance de la Charte et de la Restauration dans le domaine des finances publiques n'a ainsi pas trouvé grâce aux yeux des organisateurs.

⁹ Même si elle persiste dans les manuels de droit constitutionnel en France, l'expression « monarchie parlementaire » ne paraît pourtant pas concluante pour l'expérience française allant de 1814 à 1848. Voir Alain Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1830)*, Paris, PUF, 2002, et Romain Neveu, *Benjamin Constant et la construction du régime parlementaire 1814-1830*, thèse, droit, UPEC, 2014.

¹⁰ Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1965, p. 81.

¹¹ Luigi Lacchè, « *Las Cartas otorgadas. La teoría de l'octroi y las experiencias constitucionales en Europa post-revolucionaria* », *Fundamentos*, n°6, 2010, pp. 269-305. De façon inexplicable et, selon nous fautive, l'auteur restreint le phénomène à la France (1814-1830), à l'aire germanique née des suites du Congrès de Vienne et portée par le développement du *Frühkonstitutionalismus*, et aux États italiens en 1848.

¹² Voir Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 184-185.

¹³ Et ce, indépendamment de son amertume vis-à-vis du conservatisme des Bourbons et de leurs prétentions. Voir ainsi ses propos rapportés dans les *Mémoires du général Lafayette*, Paris, Fournier, 1837-1838, t. V, p. 311.

¹⁴ Armelle Enders, *Plutarque au Brésil. Passé, héros et politique (1822-1922)*, Paris, Les Indes savantes, 2012.

¹⁵ Luís de Camões, *Os Lusíadas*, canto IV, XVII. Les traductions françaises présentent le vers ainsi : « Qu'un nouveau roi du moins vous rende à la vertu ; Un grand roi change tout chez un peuple abattu ».

l'introduction ou plutôt la réintroduction du thème du modèle vertueux associé à la famille royale¹⁶.

La définition et l'acceptation du concept de « constitutionnalisme octroyé » n'en demeure pas moins problématique. Au Portugal, le républicain Teófilo Braga, peu de temps avant d'endosser la magistrature suprême, l'appréhendait ainsi comme une expression antinomique, une équivoque du XIX^e siècle nourrie par des sophistes¹⁷ associant une approche libérale du droit public et un procédé d'édiction normative autoritaire, pour ne pas dire absolutiste. En un mot, il s'agit là d'un oxymoron. Le futur président portugais développait ainsi une idée déjà dégagée par Thomas Paine : « *A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution* »¹⁸. En s'en tenant là, son étude n'aurait pas grand intérêt et se limiterait au champ politique. Mais, dans une période de doute et d'hésitations faisant suite à deux révolutions frustrées, dans un terreau fertile qui a favorisé l'essaimage de l'éclectisme intellectuel dans le domaine juridique, en droit politique¹⁹ comme en droit civil²⁰, nous sommes tentés d'interroger d'une autre manière cet oxymoron. L'alliance incompatible ne tenterait-elle pas, en effet, de concilier un autre impossible ? D'allier, d'un côté, le constitutionnalisme moderne, adossé à une conception libérale du droit public où les pouvoirs publics sont limités et où les droits individuels sont garantis, si possible grâce à un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance indépendante, qu'elle soit politique et/ou judiciaire ; et, de l'autre, le constitutionnalisme ancien et médiéval, appréhendant toute une série de limitations de diverses natures (Dieu, tradition, coutume...) dans le but d'assurer le règne aristotélico-thomiste de la justice ou encore le règne de la loi²¹ ? Cette dernière approche serait devenue obsolète avec le développement de la première, l'État s'octroyant le pouvoir de dicter la norme, même en droit public, sans tenir compte des limitations traditionnelles contenant encore la monarchie

¹⁶ Oscar Ferreira, *Le pouvoir royal (1814-1848). A la recherche du quatrième pouvoir ?*, thèse, droit, UPEC, 2010, p. 131.

¹⁷ Teófilo Braga, *Soluções positivas da Política portuguesa*, Chardon, de Lello e Irmão, 1913, vol. 2, p. 123.

¹⁸ *Rights o man. Being a answer to Mr Burke's attack on the French revolution. Part I*, in *The Political writings of Thomas Paine*, New York, Solomon king, 1830, vol. II, p. 76.

¹⁹ Pour la France, voir Tristan Pouthier, « *Le droit naturel des « Éclectiques » et la doctrine des libertés sous la monarchie de Juillet* », *Jus politicum*, n°5, 2010 (même si l'éclectisme ne peut se résumer à cette « école »). Pour le Portugal et le Brésil, la figure de Pinheiro Ferreira, qui a aussi trouvé un écho en France lors de son long exil parisien, est incontournable. Voir Luís Cabral de Moncada, *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, Lisbonne, INCM, 2003, p. 50-57 et Oscar Ferreira, « *Un Sieyès rouge ? Regards sur le système politique de Silvestre Pinheiro Ferreira* », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n°146, 2013-1, pp. 91-131.

²⁰ Particulièrement fécond au Portugal et au Brésil, sous la dénomination (trompeuse et équivoque) de krausisme juridique et politique. Voir Maria Clara Calheiros, *A filosofia jurídico-política do krausismo português*, Lisbonne, INCM, 2006 et, en dernier lieu, Oscar Ferreira, « *Le Code civil portugais de 1867 : un code « français » ou un « anti-code » français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : Antonio Luis de Seabra* », *Revue historique de droit français et étranger*, 2014, n°1, pp. 55-98.

²¹ Opposition classique depuis Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1940. Le constitutionnalisme ancien peut aussi renvoyer à une conception plus organique, que nous verrons en France avec les ultras. Pour le cas français, voir l'ensemble des travaux de François Saint-Bonnet.

administrative des derniers rois de France²². Faut-il néanmoins souscrire sans réserve à cette lecture progressiste, voire linéaire, sassée et ressassée²³ ? L'étude du pouvoir modérateur lors du premier XIX^e siècle, souvent appréhendé comme l'une des avancées de ce constitutionnalisme moderne, nous a déjà permis de mesurer les limites d'une vision trop abrupte de cette thèse : le propre de ses théoriciens (une constellation oubliée, ne pouvant se limiter à Benjamin Constant) n'était pas nécessairement de rompre avec le constitutionnalisme antique, mais parfois d'opérer une synthèse, souvent assumée, y compris par certains libéraux²⁴. Le « constitutionnalisme octroyé » teste à son tour les contours de cette thèse, en se recentrant cette fois sur le problème central du pouvoir constituant. L'envergure de l'étude, et notre volonté de produire une histoire à parts égales éloignée de notre européocentrisme²⁵, nous incite à y répondre en deux temps au sein d'articles jumeaux, le premier consacré à la France, le second dédié au Portugal et au Brésil ; ce dernier, moins connu et plus typique car éloigné de notre *axis mundi*, nous permettra en outre de conclure.

Au-delà des débats politiques, la Charte française apparaissait, dès 1814²⁶, comme l'œuvre assagie de la Révolution. Les libéraux ne se lasseront jamais de le répéter²⁷ malgré la défense du principe inverse par les ultras²⁸, animés par le désir de protéger l'autorité royale. En raison du poids de la conjoncture, le roi de

²² Voir Philippe Raynaud, « Constitutionnalisme » in Denis Alland/Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 266-271 ; Olivier Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in Philippe Raynaud/Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 133-142.

²³ Oubliant ainsi les mises en garde de Horst Dippel, « *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita* », *Historia constitucional*, n°6, 2005, pp. 181-199.

²⁴ O. Ferreira, *Le pouvoir royal (1814-1848). A la recherche du quatrième pouvoir ?*, *op. cit.*, pp. 556-639.

²⁵ En tentant, autant que faire se peut, de suivre la méthode dégagée par Romain Bertrand, *L'histoire à parts égales. Récits d'une rencontre Orient-Occident XVI^e-XVII^e siècle*, Paris, Seuil, 2011.

²⁶ Sur la Charte et la question du pouvoir constituant, voir notamment E. Roux, *Le pouvoir constituant sous la Restauration*, thèse, Droit, 1908 ; Pierre Simon, *L'élaboration de la Charte constitutionnelle de 1814*, Paris, Cornély et Cie, 1906, p. 51 et s. ; Paul Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Paris, Sirey, 1954, p. 144 et s. ; Pierre Rosanvallon, *La Monarchie impossible*, Paris, Fayard, 1994, p. 123-135 ; A. Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France*, *op. cit.*, pp. 37-76.

²⁷ L'opinion de Kératry suffira pour illustrer la position modérée du parti libéral qui, tout en reconnaissant la paternité de la révolution, n'est guère emprunt d'animosité envers l'initiative royale : «La révolution tout entière, avec ses principes et ses conséquences, est en effet dans la Charte ; c'est elle qui l'a inspirée, dictée, proclamée. C'est avec cet aliment, qu'un sage l'a calmée et soumise ; si on le lui retirait, elle en appèterait bientôt un autre. [...] A la rigueur, il était possible que les Bourbons se dispensassent de donner la Charte ; mais il est bien plus probable qu'on la leur eût demandée, et ils ont le noble mérite d'avoir pris une belle initiative. Puisse-t-on le leur laisser ! car dans la pensée publique, les Bourbons et la Charte sont déjà identiques ; c'est plus, ils sont solidaires ». Auguste-Hilarion de Kératry, *La France telle qu'on l'a faite...*, Paris, Maradan, 1821, 2^e éd., pp. 19-20.

²⁸ «La Charte est l'œuvre libre et entière de la volonté royale. Louis XVIII n'est point remonté sur son trône par une transaction faite avec la révolution [...]. Ce n'est donc pas le *terrain révolutionnaire qui a produit la Charte*, mais bien la volonté du monarque ; et c'est ainsi surtout que doivent la présenter les personnes qui veulent réellement qu'on l'aime. La douce magie des Lys lui fera plus de partisans que toute autre origine ». Article du vicomte de Castelbajac, paru dans *Le Conservateur*, 1818, tome I, pp. 66-67. Souligné par l'auteur.

France ne pouvait se permettre de refuser un octroi qu'il convient de qualifier de concession forcée comme le sous-entendait Rémusat : « Peu importe que le trône l'ait dictée ; il l'a dictée parce que seul il avait la parole. Mais il n'était pas libre de ne pas la dicter »²⁹. Louis XVIII, en d'autres circonstances il est vrai, s'était d'ailleurs épanché sur ce thème, semblant abonder dans le sens des libéraux :

« Réprouver dans une déclaration ce qui répugnerait au vœu du peuple, serait une extrême imprudence. Un gouvernement sage doit connaître le vœu du peuple et y déférer, quand il est raisonnable, mais toujours agir *proprio motu* ; c'est le secret de se concilier l'amour et le respect, seuls mobiles que doit employer un souverain qui veut tenir un juste milieu entre la faiblesse et la tyrannie. Mais abandonner d'avance tout ce qui répugnerait, ce serait dire au peuple : « Je ne veux d'autorité que ce qu'il vous plaira de m'en laisser [...] ». C'est ce que je ne dirai jamais. Si je suis un jour roi de fait, comme je le suis de droit, je veux l'être par la grâce de Dieu »³⁰.

Cet extrait d'une correspondance de 1799 témoigne pourtant de l'état d'esprit de la Charte : transiger dans le fond avec les mœurs et les désirs de la population, mais rester inflexible dans la forme, dans le souci de perpétuer le respect pour la fonction royale et le pouvoir qui doit lui être associé. En cédant sur la forme, le roi se serait incliné devant les *desiderata* du peuple, lui imposant ainsi les conditions de son règne, assorti de l'obligation de se conformer à la lettre de la constitution. Cela n'aurait eu de sens qu'en accordant du crédit à l'origine nationale du pouvoir, ce que la Restauration n'a jamais voulu admettre³¹. Tout bien considéré, il semblait préférable de mettre l'accent sur la signification symbolique de la Charte, reflet de la cohésion nationale que le roi souhaitait rétablir en la garantissant sur sa personne. Pour y parvenir, le fait de consacrer constitutionnellement les acquis révolutionnaires tout en ménageant les velléités des partisans de la contre-révolution ne s'avérait guère suffisant. Il fallait encore satisfaire les revendications devenues nécessaires par les progrès de la civilisation. Les thèses progressistes, alors en vogue, pénétraient même la pensée d'ultras lucides qui, comme Fiévée, jugeaient que la cohésion passait par des concessions au camp opposé³². Autrement dit, il importait d'exposer le

²⁹ Charles de Rémusat, article « France », paru dans *Le Globe*, t. VII, n°95, 28 novembre 1829, p. 754. Sur ce thème, voir Oscar Ferreira, « Le roi « dans » la Charte de 1814. Prisons imaginaires », *Jus politicum*, n°13, 2014.

³⁰ Observations du Roi sur le mémoire du comte de Saint-Priest du 5 juin 1799, in *Lettres et instructions de Louis XVIII au comte de Saint-Priest*, Paris, librairie d'Amyot, 1845, p. 82.

³¹ Cette position était pourtant défendue avant l'octroi par nombre de libéraux : « Le peuple français a le droit de choisir son roi [...]. Or, s'il peut le choisir, incontestablement il a le droit de convenir avec lui des lois qui le régiront, et d'exiger de lui le serment de les faire observer ». François Bernard Boyer-Fonfrède, *Des avantages d'une constitution libérale*, Paris, s. e., 1814, p. 17.

³² « [...] les politiques qui rêvent pour la France le retour au pouvoir absolu, sont plus fous encore. Ce qui s'est fait par la force des armes pourrait, à la rigueur, se détruire par les armes ; ce qui est le résultat nécessaire d'un état progressif de civilisation, ne pourrait se détruire qu'en détruisant la cause ». Joseph Fiévée, *Ce que tout le monde pense, ce que personne ne dit*, Paris, Le Normant, 1821, p. 73.

constitutionnalisme moderne au sein d'un texte et d'une pratique politique affilié au constitutionnalisme ancien, pour ensuite mieux le celer³³.

Dans une telle optique, la Charte ne pouvait plus être perçue que comme une reconnaissance d'un certain nombre de droits, une consécration juridique écrite comme le furent en leur temps les diverses déclarations. L'octroi, c'est-à-dire l'existence d'un pouvoir constituant au sens premier du terme, se devait donc d'être réfuté en raison des erreurs qu'il véhiculait : il fallait affirmer que le roi n'avait fait que déclarer et non constituer ces droits, en leur offrant une garantie. Il convenait de ne pas se laisser distraire par les prétentions d'un autre âge pour retenir l'essentiel d'un projet conciliateur scellant l'union des intérêts de tous :

«Par le développement naturel de la civilisation, la France possède toutes les conditions de ses libertés ; le Roi ne nous les a pas données ; il les a reconnues ; mais il avait profondément examiné l'état positif de son royaume, et il nous a donné la Charte, bienfait inappréciable, non par les paroles qu'elle contient, et qui pourraient n'être qu'un éternel objet de controverse entre des esprits divisés, mais parce qu'elle a tracé un cercle dont on ne peut sortir sans se précipiter dans de nouveaux malheurs. C'est dans ce cercle que les intérêts des anciennes situations sociales et des situations sociales nouvelles doivent longtemps se heurter et finir par se concilier, ne conservant de leurs préjugés réciproques que des souvenirs utiles, parce qu'ils seront une direction »³⁴.

La Charte devenait le symbole de l'histoire française, l'arche sainte sur laquelle tout repose. Même si la notion de *pouvoirs constitués* n'était pas consacrée, elle transparaissait à travers certains discours visant à rendre inviolable la Charte, niant de ce fait le pouvoir constituant³⁵. Précisément, ainsi était dégagé le fond du problème, à droite comme à gauche. Comme se plaisait à le rappeler Haller, les textes constitutionnels ne sont que la reconnaissance d'anciens abus que le gouvernant promet de ne plus réitérer. Autant dire qu'ils ne garantissent rien et détournent les sociétés humaines de ce qui les constitue et les préserve réellement :

«La plupart de ces promesses n'ajoutent, au fond, rien à l'obligation naturelle, mais elles prouvent cependant qu'on la reconnaît, que les actes antérieurs sont considérés non point comme la règle, mais comme une violation de la règle, et que par conséquent on ne veut pas les renouveler. [...] les lois positives viennent toujours à la suite des abus. C'est pourquoi les peuples les plus libres, ceux qui n'ont jamais été opprimés, ne possèdent ni diplômes pareils, ni charte, ni constitutions écrites. Leurs libertés et leurs droits n'ayant

³³ H. Dippel ose l'expression « constitutionnalisme antimoderne » (*op. cit.*, p. 192), sans résoudre le problème de fond : que signifie, ici, l'emploi, pourtant juste, du mot constitutionnalisme ?

³⁴ J. Fiévée, *Ce que tout le monde pense, ce que personne ne dit*, *op. cit.*, p. 84.

³⁵ Voir en particulier le discours de Royer-Collard sur la septennalité (1824), in Prosper de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard. Ses discours et ses écrits*, Paris, Didier et Cie, 1863, 2^e éd., t. II, p. 233. Voir aussi Michel Pertué, « Royer-Collard et la Charte de 1814 », *Historia constitucional*, n°15, 2014, pp. 23-69.

jamais été troublés, ils n'ont eu besoin ni d'une reconnaissance formelle, ni de restauration. La constitution et la sûreté de ces peuples sont dans la loi divine, et dans une multitude de conventions particulières ; il ne vient à l'esprit de personne que la première ne soit pas sainte et obligatoire, ou que celles-ci ne doivent pas être respectées ; or il nous semble que cette constitution serait la meilleure de toutes [...] »³⁶.

La loi positive simple baume des lois naturelles et divines qui ont été bafouées ? Reconnaissons-le : même si une discordance profonde divise l'argumentation des ultras et des libéraux, trahissant le conflit entre Anciens et Modernes, la négation du pouvoir constituant, quel qu'en soit le détenteur, s'effectuait souvent à l'aune du respect et de la supériorité du droit naturel et de l'œuvre divine ; elle unissait paradoxalement les deux camps (I). L'octroi devait ainsi focaliser les critiques en raison de son caractère irrespectueux des lois naturelles qu'il semble fragiliser voire remettre en cause, au point de nourrir autant les craintes de contre-révolution que celles liées au manquement à l'ordre divin. La rupture visible entre Anciens et Modernes tient à la nature prétendument compromissive du « constitutionnalisme octroyé », la figure arbitrale du Roi peinant ici à s'imposer (II).

I. UN LEGS DÉSIRÉ DU CONSTITUTIONNALISME ANCIEN : LA NÉGATION DU POUVOIR CONSTITUANT

«[...] il n'y a dans ce monde que deux pouvoirs constituants, la conquête et les révolutions, et c'est bien assez »³⁷. La formule lapidaire de Royer-Collard n'est qu'un reflet de l'hostilité des politiques de l'époque à l'encontre du pouvoir constituant temporel. Les hypothèses admises évoquent même l'usurpation d'un tel pouvoir : dans la tradition ultraroyaliste et pour les défenseurs de la raison contre la volonté ou, si l'on préfère, de l'école historique contre l'esprit de système, ce pouvoir ne pouvait provenir que de Dieu de façon plus ou moins indirecte. Antienne des Anciens ? En vérité, les Modernes n'étaient pas eux-mêmes insensibles à une telle argumentation, sans pour autant se laisser séduire par les fioritures des références du passé. Point d'attraction pour des constitutions coutumières perçues comme étant une œuvre divine, justifiant autant l'attachement des ultras à défendre les antiques lois fondamentales du royaume (1.1) que leurs turpitudes à l'encontre de la Charte ; les Modernes, dont l'héritage jusnaturaliste est pourtant patent, préféraient s'enfermer dans le legs de la Révolution (1.2), se querellant volontiers sur la nature de la constitution.

1.1. Le point de vue de l'Ancien Régime ou l'attachement à la coutume

« Serait-ce que la Charte est, sinon un mensonge, du moins une chimère, et que, voulant ce qu'elle a dit, elle ne peut pas ce qu'elle a voulu ? Ainsi le prétendent les plus hautains défenseurs de l'Ancien Régime. Ils refusent le droit à

³⁶ Charles Louis de Haller, *Restauration de la science politique*, Lyon, Rusand, 1824, tome II, pp. 460-461.

³⁷ Discours de Royer-Collard relatif à la loi sur la presse (1824), in Pr. de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard*, op. cit., tome II, p. 140.

la Charte elle-même, et soutiennent qu'elle a eu beau reconnaître, beau sanctionner les intérêts de la révolution, qu'elle n'a pu leur conférer une légitimité qui n'est pas dans leur origine ni dans leur nature. Aux yeux de ces hommes, l'Ancien Régime est encore le droit ; la révolution, la Charte, tout cela n'est qu'un fait qui peut commander la soumission, mais ne saurait aspirer au respect »³⁸. L'esprit pénétrant du jeune Guizot nous livre ici les clefs du débat interne aux ultras, entre tradition et tentation de détournement d'un « modernisme » désapprouvé. Si l'attachement envers l'Ancien Régime est si marqué, c'est en vertu d'une réalité que le parti ultra ne pouvait admettre : sans conteste, l'octroi de la Charte scellait l'alliance entre le trône et la Révolution³⁹, en consacrant les droits des vainqueurs tout en reprenant les nouveautés constitutionnelles. Le roi venait-il de trahir la cause royaliste ? Si la mémoire de Louis XVIII sera flétrie en raison de son erreur une fois la chute de la Restauration consommée, le propos initial consistait à concilier le roi à la cause des émigrés et ainsi tirer parti du pouvoir constituant qu'il s'était arrogé sans en avoir le droit. Profondément imprégnée de droit naturel classique, la pensée ultra ne pouvait décemment valider la théorie du pouvoir constituant humain, innovation introduite par la Révolution et produite par l'orgueil humain, dans la mesure où seul Dieu peut en disposer (1.1.1). La constitution coutumière était ainsi encensée dans la mesure où la coutume, induite de la nature, est la manifestation indirecte du Tout-puissant⁴⁰. Pour autant, le désir de mener à terme la contre-révolution inspira une tactique qui s'avérera préjudiciable à leur cause. Au lieu de nier la Charte et le pouvoir constituant du roi, il leur semblait plus judicieux de les consacrer en les plaçant dans la dépendance de la véritable loi fondamentale. Ce faisant, il leur sembla possible, dans un premier temps, d'absorber les réminiscences révolutionnaires de ce texte impie et vain, prélude à une abrogation rendue possible sur le long terme en prenant appui sur le roi et sur son prétendu pouvoir constituant (1.1.2.).

1.1.1.- Le rejet de tout pouvoir constituant produit par l'homme

«[...] supposons qu'une loi de cette importance n'existe que parce qu'elle est écrite, il est certain que l'autorité quelconque qui l'aura écrite aura le droit de l'effacer ; la loi n'aura donc pas ce caractère de sainteté et d'immutabilité qui distingue les lois véritablement constitutionnelles. L'essence d'une loi fondamentale est que personne n'ait le droit de l'abolir : or, comment sera-t-elle au-dessus de tous, si quelqu'un l'a faite ? L'accord du peuple est impossible ; et, quand il en serait autrement, un accord n'est pas une loi, et n'oblige personne, à moins qu'il n'y ait une autorité supérieure qui le garantisse »⁴¹. Appréhendant les

³⁸ François Guizot, *Des moyens de gouvernement et d'opposition...*, Paris, Belin, 1988 (1^{ère} éd. : 1821), p. 138.

³⁹ Guizot le répètera dans la plupart de ses livres, comme en ouverture de *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Ladvocat, 1820, p. 1 : «En donnant la charte à la France, le roi adopta la révolution. Adopter la révolution, c'était se porter l'allié de ses amis, l'adversaire de ses ennemis ».

⁴⁰ Voir Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁴¹ *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, in Joseph de Maistre, *Œuvres complètes*, Genève, Slatkine Reprints, 1979, t. I, p. 236. Sur sa critique des constitutions écrites : Yves Madouas, « *La critique de l'écriture chez Joseph de Maistre* », *Revue de métaphysique et de*

constitutions écrites comme des remplacements sans garantie des constitutions coutumières qui ne pouvaient, suivant les légistes d'Ancien Régime, être modifiées par la main de l'homme, la plupart des ultras⁴² nient la possibilité pour quiconque d'en élaborer une. Reprenant Bossuet, Bonald estimait ainsi qu'un tel pouvoir franchissait la frontière du pouvoir arbitraire, ce que n'avait jamais entrepris le pouvoir absolu sous l'Ancien Régime :

«Le pouvoir absolu est celui qui n'a aucun moyen légal de changer les lois fondamentales «contre lesquelles tout ce qui se fait, dit Bossuet, est nul de soi ». Le pouvoir arbitraire est celui qui a un moyen légal et toujours présent de changer ses lois même fondamentales »⁴³.

Une différence essentielle séparait ainsi les constitutions écrites des constitutions coutumières : si les premières consacrent l'existence d'un auteur visible et bien réel, les secondes sont l'œuvre du temps sur laquelle l'homme n'a qu'une emprise indirecte. Développant sa réflexion dans un autre ouvrage, Bonald en tirait la conclusion que la finalité du pouvoir différait substantiellement suivant qu'il contienne ou non le pouvoir constituant. Le bien commun ne serait suivi qu'en cas de négation de ce pouvoir usurpateur, manifestation de l'athéisme politique⁴⁴, puisqu'un tel pouvoir ne peut appartenir qu'à Dieu⁴⁵ :

«Le pouvoir absolu est constitué sur des lois fixes et fondamentales, «contre lesquelles, dit Bossuet, tout ce qu'on fait est nul de soi », et l'homme qui l'exerce doit administrer avec douceur et égard pour la faiblesse humaine. Le pouvoir despotique, au contraire, ne connaît ni fixité dans la constitution, ni tempérament dans l'administration ; et c'est ce qui rend si dure la condition des sujets, soumis à toutes les volontés d'un maître qui n'est soumis lui-même à aucune loi »⁴⁶.

morale, 1971, n°3, p. 344-361 ; Benjamin Thurston, « *Joseph de Maistre : critique de l'écriture comme signe de décadence et de corruption* », Revue des études maistriennes, n° 14, p. 233-242. Maistre s'appuyait notamment sur Platon pour affirmer le néant de l'écriture.

⁴² Aux tendances de Bonald et Maistre, il faudrait encore mentionner celle menée par Fiévée. Voir ainsi sa *Correspondance politique et administrative*, Paris, Le Normant, 4^e partie, p. 88. Faut-il y voir une radicalisation des suites de l'expérience révolutionnaire ? A la fin de l'Ancien Régime, la thèse de l'origine transcendante de la constitution n'était défendue que par quelques institutions, comme l'Assemblée du clergé de France. Voir Arnaud Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, 2006, pp. 292-298. Elle paraît plutôt le fruit du temps, sans nécessairement s'appesantir sur une éventuelle intervention divine dissimulée derrière.

⁴³ *Pensées sur divers sujets*, in Louis de Bonald, *Œuvres complètes*, Genève, Slatkine, 1982, vol. VI, p. 340.

⁴⁴ Robert Spaemann, *Un philosophe face à la Révolution. La pensée politique de Louis de Bonald*, Paris, Hora Decima, 2008, p. 180.

⁴⁵ Dans la conception médiévale, seul Dieu détenait une *potestas constituens*, le pouvoir constituant étant une nouveauté issue de la Révolution. Voir C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁶ *Législation primitive...*, tome I, in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, vol. II, p. 9.

Dans la tradition royaliste, une loi qui peut être reprise par la main de l'homme ne peut ni prétendre à ce statut de loi fondamentale, ni se prévaloir de la Raison, émanation là encore du Tout-puissant. Il convenait de toute manière de se reposer sur les saintes paroles du Psaume 81, 5 qui prédisait de terribles suites aux violations des lois fondamentales par les personnes censées les respecter et les faire exécuter⁴⁷. Là se situait de toute manière la différence essentielle entre les deux : le pouvoir absolu est un pouvoir indépendant des hommes, pour leur propre bien ; le pouvoir arbitraire est un pouvoir indépendant des lois en vertu desquelles il s'exerce, refusant ainsi les limites auxquelles Dieu lui-même se soumettait⁴⁸. En précisant le critère de l'arbitraire, les ultras suivaient, sans s'en apercevoir, le constitutionnalisme moderne : si l'adjectif désignait autrefois tout ce qui émanait d'une décision humaine, elle n'était pas nécessairement mal perçue dès lors qu'elle se fondait sur la Raison. Dans le langage de Bonald, et avec lui des ultras, le mot prend une coloration définitivement péjorative, dans un but polémique destiné à servir d'argument dans sa lutte contre les héritiers de la Révolution. Certes, il fustige l'orgueil des hommes qui souhaiteraient s'affranchir de la constitution, coutumière cela s'entend, en disposant du pouvoir constituant ; mais il tend manifestement à devenir une sorte de synonyme du mot inconstitutionnel, alors peu ou pas employé, sous-entendant nettement une différence de perspective. Peu importe en ce sens l'acception du terme de constitution qui diffère sensiblement entre les différents bords politiques : l'idée est formulée en des termes qui tendent à la modernité. Ce critère de l'arbitraire dans la pensée ultra ne pouvait qu'attiser les critiques portées à l'encontre de l'autolimitation du pouvoir constituant du roi contenu dans la Charte. Ce gage offert aux libertés publiques était nul de leur point de vue. Fidèle aux thèses des légistes d'Ancien Régime pour qui le roi ne pouvait grever la souveraineté, Maistre poussant le vice jusqu'à invoquer Rousseau à l'appui de ses idées : « L'autorité souveraine ne peut pas plus se modifier que s'aliéner : *la limiter, c'est la détruire. Il est absurde et contradictoire que le souverain reconnaisse un supérieur* (Contrat social, liv. III, ch. XVI) [...] »⁴⁹. Et si la promesse de limitation de ses prérogatives peut éventuellement l'obliger, suivant le droit naturel qui impose le respect de la parole donnée, celle-ci ne pouvait d'aucune manière grever sa succession et ainsi se transmettre à son successeur comme le professait déjà Bodin⁵⁰.

Aussi convenait-il de remettre de l'ordre dans les institutions afin de se prémunir contre les inepties du constitutionnalisme moderne. Pour lutter contre l'arbitraire de celui-ci, il importait de revendiquer l'inviolabilité de la véritable constitution (1.1.1.1), afin que son gardien, incarné par la figure étroitement surveillée du roi, soit incapable de lui porter atteinte (1.1.1.2).

⁴⁷ Bossuet déjà s'en inspirait dans sa *Politique*, livre I^{er}, art. IV, VIII^e prop. : changer ses lois fondamentales revient parfois à cesser d'être un peuple. Plus surprenant, le libéral Nicole de la Serve invoque lui aussi le livre des Psaumes afin de contester le pouvoir de reprise de la Charte par les rois. Voir son *De la royauté selon les lois divines révélées, les lois naturelles et la Charte constitutionnelle*, Paris, Baudouin frères, 1819, p. 9.

⁴⁸ Voir Michel Toda, *Louis de Bonald. Théoricien de la contre-révolution*, Étampes, Clovis, 1997, p. 148.

⁴⁹ *Étude sur la souveraineté*, in Joseph de Maistre, *Œuvres complètes, op. cit.*, tome I, p. 418.

⁵⁰ Jean Bodin, *Six livres de la République*, I, 8.

1.1.1.1.- Une constitution en dehors de la portée de l'homme

Pour Maistre, les constitutions coutumières étant les œuvres de Dieu, aucun pouvoir terrestre ne peut y porter atteinte, interdisant le pouvoir constituant comme le pouvoir de révision :

« Telle est l'image naturelle de la plupart des réformes ; car non seulement la création n'appartient point à l'homme, mais la réformation même ne lui appartient que d'une manière secondaire et avec une foule de restrictions terribles »⁵¹.

La création est divine par essence. Or, cette origine qui lui fournit la stabilité et la force nécessaires pour résister au temps, trahit également sa présence originelle : elle est présente depuis le début. Comme Bonald, Maistre ne conçoit pas l'existence d'une société sans constitution, mais celle-ci n'a rien de commun avec sa constitution écrite, boursouflure qui se contente, au mieux, de reprendre les principes de la constitution naturelle d'un pays :

«La constitution naturelle des nations est toujours antérieure à la constitution écrite et peut s'en passer : jamais il n'y eut, jamais il ne peut y avoir de constitution écrite faite toute à la fois, surtout par une assemblée ; et par cela seul qu'elle serait écrite toute à la fois, il serait prouvé qu'elle est fautive et inexécutable. Toute constitution proprement dite est une *création* dans toute la force du terme, et toute *création* passe les forces de l'homme. La loi écrite n'est que la déclaration de la loi antérieure non écrite. L'homme ne peut se donner des droits à lui-même, il ne peut que défendre ceux qui lui sont attribués par une puissance supérieure, et ces droits sont les *bonnes coutumes*, bonnes parce qu'elles ne sont pas écrites, et parce qu'on ne peut en assigner ni le commencement ni l'auteur »⁵².

Ainsi, la « création » humaine ne peut perdurer sans reposer sur les lois divines qui soutiennent tout⁵³. A défaut, sa création provisoire détruit l'œuvre divine sans réussir à lui substituer des institutions durables ; un pouvoir constituant humain serait donc un non-sens :

«L'homme en rapport avec son Créateur est sublime, et son action est créatrice : au contraire, dès qu'il se sépare de Dieu et qu'il agit seul, il ne cesse pas d'être puissant, car c'est un privilège de sa nature, mais son action est négative et n'aboutit qu'à détruire. [...] Aucune institution humaine ne peut

⁵¹ *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, in Joseph de Maistre, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. I, p. 285. Sur ces critiques, voir Jesus Ma Osés Gorraiz, « *Joseph de Maistre : un adversaire de l'État moderne* », in AFHIP, IX, *Europe et État* (II), PUAM, 1993, pp. 557-578.

⁵² *Étude sur la souveraineté*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes, op. cit.*, t. I, pp. 373-374. Il souligne.

⁵³ Bonald dit de même. Voir M. Toda, *Louis de Bonald. Théoricien de la contre-révolution, op. cit.*, p. 41-42.

durer si elle n'est pas supportée par la main qui supporte tout ; c'est-à-dire si elle ne lui est spécialement consacrée dans son origine. Plus elle sera pénétrée par le principe divin, et plus elle sera durable »⁵⁴.

Il est ainsi aisé de définir le sens du mot constitution dans le langage ultra : le mot renvoie principalement à la notion aristotélicienne de *politeia*, qui renferme la structuration du Pouvoir, signification qui prévalait jusqu'au XVIII^e siècle⁵⁵.

En recourant à Dieu et à la nature dont il est le créateur, les héritiers de la pensée d'Ancien Régime avaient cru résoudre le problème de la garantie de la constitution dans laquelle s'épuisaient les libéraux. Celui-ci se scindait en deux difficultés distinctes : la question de la sanction des actes qui lui sont assurément contraires ; la garantie contre les abus de son éventuel gardien. Point de pouvoir préservateur ou de jury constitutionnaire pour les ultras⁵⁶ : le garant des lois fondamentales n'était autre que le Roi, en ce qu'il incarne un pouvoir conservateur, ses limites résidant dans Dieu, et ceci à un double titre. D'une part, le roi était soumis aux lois divines, lui imposant le respect des serments et conventions passées. Il serait possible de rétorquer qu'une telle obligation subsiste et a même été expressément inscrite dans la Charte ; mais celle-ci manque son but car elle reposait sur une promesse devant se concrétiser lors du sacre, sacre n'ayant jamais eu lieu pour Louis XVIII. Le choix de cette cérémonie n'était pourtant pas le fruit du hasard : il s'agissait bien de prendre Dieu à témoin. D'autre part, pour que la garantie fonctionne, elle doit être assortie d'un corollaire indispensable, une constitution provenant du temps, auxiliaire de Dieu, afin qu'elle ne puisse se placer sous le joug de l'homme :

«[...] c'est dans ce sens que la loi pourrait être dite au-dessus du roi, comme le concile est au-dessus du Pape ; c'est-à-dire que ni le roi ni le Souverain Pontife ne peuvent revenir contre ce qui a été fait parlementairement et conciliairement, c'est-à-dire par eux-mêmes en parlement et en concile. Ce qui, loin d'affaiblir l'idée de la monarchie, la complète au contraire, et la porte à son plus haut degré de perfection, en excluant toute idée accessoire d'arbitraire ou de versalité »⁵⁷.

Le propos de Maistre, s'il rejoint Bonald sur le thème de l'arbitraire, évoque étonnamment le débat portant sur la *lex regia* et son caractère inaltérable, même pour le roi, qui renforçait paradoxalement le pouvoir de ce dernier⁵⁸. Ce paradoxe

⁵⁴ *Essai sur le principe générateur...*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, tome I, p. 285.

⁵⁵ Sur la notion de constitution et son historique, voir Paul Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985. Concernant l'approche monarchiste et/ou contre-révolutionnaire, voir Gérard Gengembre, *La contre-révolution ou l'histoire désespérante*, Paris, Imago, 1989, pp. 185-200.

⁵⁶ Nuançons toutefois en la présence des « pouvoirs modérateurs » qui constituent l'héritage des théories parlementaires d'Ancien Régime. Cf. Eric Gojoso, « *Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire* », in AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, PUAM, 2001, p. 231 et s.

⁵⁷ *Du Pape*, in Joseph de Maistre, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, tome II, p. 28.

⁵⁸ Sur la *lex regia*, voir *Les deux corps du roi* de Ernst Kantorowicz, in *Œuvres*, Gallimard, 2000, p. 768. Dans le Digeste (D. 1, 4, 1), cela désigne l'acte par lequel le peuple confère son

devait déboucher sur un autre : l'arbitraire du pouvoir constituant fustigé par Bonald, loin de viser le roi, semble en vérité poursuivre une autre cible dans la mesure où la Charte n'est pas une constitution à ses yeux. L'ultra s'évertue plutôt à retenir le pouvoir d'innovation du peuple et de ses représentants, propre à modifier la constitution du régime au détriment du Roi. Les ultras, en ce sens, ont bien compris que le pouvoir constituant se présentait avant tout comme une arme révolutionnaire portée à l'encontre du Pouvoir, autrement dit du roi pour reprendre le triptyque de Bonald. Aussi est-il intéressant de relever que la question du respect du serment de la Charte n'est véritablement soulevé que par les libéraux, du fait de leur contestation de la théorie de l'octroi, débat qui était appelé à être vidé de sa substance dès 1830. A partir de cette époque, les libéraux iront jusqu'à avancer que le serment n'est qu'une formalité destinée à informer le roi de son obligation, qui pèse de toute manière sur lui, le reléguant au statut d'un simple magistrat. Le droit public se substitue alors au droit privé des contrats ou encore à la morale liée au respect de la parole donnée :

«En droit public, les obligations du magistrat sont écrites dans la loi, à laquelle ils sont tenus d'obéir, même avant d'en avoir juré l'observation, et par cela seul qu'ils ont accepté leur place. Le serment n'est donc à leur égard qu'une précaution destinée à les empêcher plus tard de prétendre cause d'ignorance, et à les retenir par la honte de violer un engagement confirmé en public. Cette précaution [...] doit paraître indispensable, quand il est question de celui qui occupe le sommet de la hiérarchie administrative, d'autant mieux qu'il n'est pas responsable de la violation de ses engagements »⁵⁹.

Les hostilités des ultras sous la Restauration trouvent ici une justification postérieure et nous font comprendre la signification de cette formule frappante de Joseph de Maistre : «Le peuple le mieux constitué est celui qui a le moins écrit de lois constitutionnelles ; et toute constitution écrite est nulle »⁶⁰. La pensée ultraroyaliste se focalise moins sur le contrôle de constitutionnalité, pourtant présent dans leurs écrits à l'origine, que sur les limites imposées au gardien de la constitution. Bien que morales, ce qui n'est pas sans évoquer Bossuet et même Hobbes⁶¹, ces limites sont pourtant fondées sur une véritable hiérarchie des

pouvoir et son *imperium* à l'empereur. Le propos a été repris puis appliqué par les civilistes du Moyen Âge (Azon, Bracton...) au roi, suivant un fondement plus religieux, faisant régulièrement mention à son statut de vicaire de Dieu. Son utilisation fut toutefois contrastée entre les XIV^e et XVI^e siècles avec deux débats majeurs : le transfert est-il définitif ? Concerne-t-il l'usage (*usus*) du pouvoir ou sa propriété (*dominium*) ? Voir Henri Morel, « *La place de la lex regia dans l'histoire des idées politiques* », in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 545-555.

⁵⁹ Félix Berriat-Saint-Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Delaunay, 1836, p. 452.

⁶⁰ *Les soirées de Saint-Pétersbourg*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes, op. cit.*, tome V, p. 116.

⁶¹ Pour ces deux auteurs, dont le premier a une influence indiscutable sur la pensée ultraroyaliste, tout le système politique repose sur les devoirs moraux du souverain, tirés de la loi naturelle. Sans elle, et puisque le roi ne peut être valablement soumis à aucune obligation civile, tout l'édifice institutionnel s'effondrerait sur lui-même et dégènerait en anarchie ou en despotisme. En ce sens, voir Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, p. 603. Voilà justement ce que reprochent les ultras au système de la Charte, qui semble renier la loi naturelle tout en étant incapable de lui opposer une obligation positive qui leur semble impossible.

normes dans la mesure où les lois fondamentales, produit de la nature, sont une création divine indirecte. Cette nature les porte au sommet de la hiérarchie des normes, en dehors de la portée de l'homme. Leur philosophie du droit aboutissait nécessairement à cette solution : le droit n'est pas pour eux rationnel, l'homme ne le découvre pas dans sa raison ; les lois positives ne sont donc pas au cœur de leur système juridique et ne sont qu'accessoires ou plutôt complémentaires, et de ce fait révocables puisque ce ne sont que des concessions du pouvoir royal. En revanche, ce qui est « naturel » à l'homme, ses mœurs et ses manières, ne peut être repris ; Bonald s'en prend implicitement aux tsars de Russie et, à travers eux, aux philosophes comme Diderot qui les soutenaient :

«Les privilèges, les franchises, les lois sont des concessions ou des actes de l'autorité publique, et elle peut les révoquer ou les changer. La barbe et l'habit appartiennent à l'homme, et l'Etat n'y a aucun droit »⁶².

Au contraire, le droit se rencontre dans la nature par l'observation. Les solutions modestes que les hommes trouvent en son sein les contraignent à recourir aux lois positives afin de pallier ces lacunes. Voici l'explication du nombre limité de lois fondamentales et la difficulté à saisir la constitution coutumière en son ensemble : ces lois fondamentales (hérédité, primogéniture, masculinité, continuité, indisponibilité de la couronne, catholicité⁶³) sont les seules à devoir être appréhendées comme issues d'une observation de la nature, donc hors de portée ; le reste ne constitue que ce qu'il serait convenable de qualifier de conventions de la constitution⁶⁴, que le temps a certes élaboré, mais sur lesquels l'homme peut toujours se manifester. Pour adopter le vocabulaire de la Restauration, il ne s'agit que d'articles réglementaires de la constitution.

La clef de la compréhension de la pensée ultraroyaliste et, à travers elle, de la lutte idéologique sous la Restauration, se situe dans ce conflit de philosophie du droit opposant les Anciens aux Modernes. Leur combat, loin de se limiter à des conférences à l'Athénée royale, est alors une réalité au sein de la

⁶² *Pensées sur divers sujets*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes, op. cit.*, vol. VI, p. 31. Voilà qui a son importance dès lors que les ultras assimilent la Charte à une simple loi. Ces convictions, récurrentes, perdurent après 1830 ; voir par ex. la 5^e lettre de Saint-Roman, in *Lettres sur la patrie, la légitimité, et la souveraineté du peuple par Messieurs le comte de Saint-Roman et Rédarès*, Paris, Dentu, 1835, p. 110. Contrairement aux idées reçues, la dissociation entre la sphère publique et privée n'est pas propre au constitutionnalisme moderne.

⁶³ Il conviendrait sans doute d'exclure la règle de catholicité en ce qu'elle apparaît comme le produit de l'homme, imposé par la conjoncture propre au XVI^e siècle, et ne méritant pas ce statut de loi fondamentale suivant cette philosophie. Pour autant, et pour des raisons évidentes, aucun ultra n'a jugé bon de l'écarter.

⁶⁴ Pierre Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997. Dicey, père de la notion née en 1885, employait aussi l'expression «code de moralité politique» pour désigner ces normes de l'ordre constitutionnel relevant de la politique. Ce concept est cependant concurrencé par celui de «coutume constitutionnelle ». P. Avril, (*Ibid.*, pp. 142-145) en expose bien les différences : les conventions de la constitution ne sont pas sanctionnées par des tribunaux et relèvent pour l'essentiel du domaine politique ; un éventuel manquement n'engage en ce sens que des sanctions politiques, qu'il s'agisse de la responsabilité ministérielle ou du vote défavorable de l'électorat. La coutume, en principe, devrait relever des tribunaux ; puisque tel n'est pas le cas, la préférence doit être accordée aux conventions.

représentation politique. Bonald souligne ainsi l'opposition entre ces deux conceptions du droit, ces deux visions de la souveraineté, mettant en lumière le problème de la conception moderne dont les libéraux sont les héritiers, et qui les empêche de trouver une solution à la limitation de la souveraineté tout comme au contrôle de constitutionnalité :

«Ces deux systèmes sur la souveraineté dans la société, correspondent parfaitement à deux systèmes sur la souveraineté de l'homme sur lui-même ou sur sa raison : les uns ne donnent d'autre règle à sa raison que sa raison même ; les autres lui donnent, dans une loi divine, une règle supérieure à sa raison. De là suivent, pour l'homme et pour la société, deux effets entièrement semblables ; l'impossibilité de redresser la raison humaine si elle s'égare, et le peuple souverain s'il abuse de son pouvoir : et parce que tout être irréformable est nécessairement infaillible, puisqu'aucun être ne peut le faire apercevoir qu'il a failli, les mêmes philosophes ont été entraînés à soutenir la rectitude naturelle de la raison humaine, et l'infaillibilité du peuple, et en sont venus à ces deux principes, l'un religieux, l'autre politique, textuellement avancés et hautement soutenus par les réformateurs religieux du XV^e siècle et par les législateurs révolutionnaires du nôtre [...] l'un «Que la raison des hommes n'a pas besoin d'autorité visible pour régler sa croyance religieuse », principe de la révolution religieuse de Luther et Calvin, qui abolit l'autorité visible de l'Église, et consacre le sens privé et l'inspiration particulière ; l'autre «Que l'autorité des hommes n'a pas besoin d'avoir raison pour valider leurs actes politiques », principe de la révolution politique avancé par Jurieu contre M. Bossuet, et répété dans les mêmes termes à l'assemblée constituante par des orateurs qui ont péri victimes de ses conséquences »⁶⁵.

De son côté, la pensée doctrinaire adopte une autre posture, synthèse improbable entre philosophie du droit classique et moderne, mais débouche sur le même résultat via le concept de raison et son incarnation physique, la Charte. Pour Royer-Collard, la loi doit obéir à une norme supérieure, qu'elle prenne la dénomination de droit ou de justice, qui n'est autre que la Charte et, à travers elle, le droit naturel :

«Il s'agit de savoir si, moralement, la loi peut tout. Nous disons, nous, que la loi ne peut pas tout ; qu'elle est elle-même soumise au droit, ou, en d'autres termes, à la justice, et que là où le droit est renversé par elle, il y a oppression, il y a tyrannie »⁶⁶.

Et si la dénonciation de la tyrannie ressemble à celle de l'arbitraire employée par les ultras, aucune garantie, si ce n'est morale, n'est prévue par eux. Si les libéraux raisonnent en terme de séparation des pouvoirs, notamment via

⁶⁵ *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou Du pouvoir, du ministre et du sujet dans la société*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes, op. cit.*, vol. I, pp. 56-58. Paradoxe : à la différence des autres ultras, Bonald limite la source du droit à la Révélation et ne permet pas à la raison de la chercher dans la nature.

⁶⁶ Discours de Royer-Collard sur la loi sur la presse (1827), in *Archives Parlementaires*, tome L, p. 24.

l'institution d'un pouvoir modérateur, c'est parce que les révolutionnaires ont consacré la sécularisation du droit ou plutôt parce qu'ils ont déplacé le dogme religieux vers l'entité nationale : la loi étant l'expression de la volonté nationale, il n'était plus possible de raisonner en termes de hiérarchie des normes, tout étant ramené à la loi. Il est nécessaire de se reporter à leur philosophie du droit, rappelée *a contrario* par Bonald, pour comprendre que le droit, produit rationnel issu de la raison de l'homme, se résume dans les lois positives. En établissant pour dogme que la loi est l'expression de la volonté générale, celle-ci devenait nécessairement la norme suprême. Défendre une norme supérieure à la loi devenait alors absurde, car l'idée se voyait délestée de tout fondement doctrinal et philosophique : la raison humaine peut tout faire et rien ne peut l'enchaîner, neutralisant d'avance le contrôle de constitutionnalité, conclusion pourtant logique d'une garantie fondée sur la hiérarchie des normes⁶⁷.

1.1.1.2.- Le Roi, gardien surveillé de la constitution

« On a bientôt dit : « Il faut des lois fondamentales, il faut une constitution ». Mais qui les établira ces lois fondamentales, et qui les fera exécuter ? le corps ou l'individu qui en aurait la force serait souverain, puisqu'il serait plus fort que le souverain ; de sorte que, par l'acte même de l'établissement, il le détrônerait. Si la loi constitutionnelle est une concession du souverain, la question recommence. Qui empêchera un de ses successeurs de la violer ? Il faut que le droit de résistance soit attribué à un corps ou à un individu ; autrement il ne peut être exercé que par la révolte, remède terrible, pire que tous les maux »⁶⁸. Maistre se faisait-il l'écho du « Qui gardera les gardiens ? » de Thibaudeau, prélude à son mémorable conte indien ? Quoique triviale, la question était parvenue à réduire à néant le jury constitutionnaire de Sieyès. Il ne pouvait en être de même dans la perspective ultraroyaliste, le gardien étant suffisamment établi en la personne du roi. Le problème du gardien de la constitution devait obligatoirement rencontrer une réponse satisfaisante pour les ultras, afin de sanctionner les éventuels abus des rois et réprimer les tyrans avérés. Nous l'avons suffisamment compris, Dieu accomplit déjà ce rôle ; mais la constitution écrite que représente la Charte a fait perdre une partie de l'efficacité de cette garantie, justifiant pour Maistre et autres ultras le recours à un juge du roi en la matière si le besoin s'en fait ressentir. La difficulté réside alors dans l'autorité chargée de juger de la réalité de la violation du serment, de veiller donc sur le gardien de la constitution, le juge du souverain devenant par contrecoup le souverain lui-même. Ne souhaitant pas de juges internes pour ce motif, et bien qu'il semble avoir réfléchi

⁶⁷ Les libéraux avaient aussi conscience que cela serait favorable aux juges ou plutôt à l'ancienne noblesse de robe. Voilà sans doute la clef du mystère qui environne le ralliement, allant de Maistre à Tocqueville, à cette idée, sans qu'ils croient à son acclimatation en France (voir *De la démocratie en Amérique*, t. I, chap. VI et la fin du chapitre VIII). Les ultras et la partie la plus craintive des libéraux souhaitaient accorder une plus grande influence aux magistrats (serait-ce d'ailleurs une extension du droit des magistrats de juger des causes ouvrant la voie du droit de résistance ?) soit par appartenance à ce corps (Maistre), soit par volonté de modération de la société démocratique (Tocqueville), soit, de façon générale, par l'espoir d'un esprit de corps. Foi, plus que conviction, l'idée était qu'un rehaussement d'une partie de la noblesse pourrait, dans un futur proche, aboutir à ressusciter l'aristocratie, point commun de tous ces auteurs.

⁶⁸ *Du Pape*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, op. cit. , tome II, p. 171.

sur un système qui se serait inscrit dans le droit international⁶⁹, Maistre ne pouvait donc admettre que le Pape en tant que chef du Spirituel en ce bas monde⁷⁰. Le voici investi de ce que nous pourrions presque nommer une *potestas directiva*, en faisant référence à Francisco Suarez⁷¹, idée reprise par Lamennais qui préférerait faire référence à Gerson⁷² :

«Il paraît donc que, pour retenir les souverainetés dans leurs bornes légitimes, c'est-à-dire pour empêcher de violer les lois fondamentales de l'Etat, dont la Religion est la première, l'intervention, plus ou moins présente, plus ou moins active de la suprématie spirituelle, serait un moyen pour le moins aussi plausible que tout autre »⁷³.

A la différence du prêtre malouin, qui ne pouvait accepter l'intervention *proprio motu* du Pape, ce dernier ne pouvant agir que sur la demande expresse du peuple, Maistre ne semble pas exclure totalement cette hypothèse, acceptable parmi tant d'autres. Le Souverain Pontife pourrait ainsi devenir un curieux organe de contrôle « constitutionnel » sanctionnant de son propre chef les manquements du roi à la constitution de l'Etat, comprise dans un sens large. Cela est d'autant plus plausible que l'intervention du successeur de saint Pierre est, selon lui, la meilleure que l'on puisse imaginer, son caractère magnanime associé à son éloignement étant des garanties jugées suffisantes qui ne pourraient se retrouver dans aucune institution temporelle et nationale⁷⁴, soucieuse, quant à elle, d'empiéter sur le pouvoir du roi :

⁶⁹ Maistre ironise sur une procédure assimilable au droit d'ingérence qui verrait les rois étrangers devenir les juges d'un roi accusé par son propre peuple : «Si la Souveraineté est amenable devant quelque tribunal, elle n'existe plus. Si les Rois ont le droit de juger les Rois, à plus forte raison ce droit appartient aux peuples. Pourquoi pas ? D'ailleurs, la chose revient au même ; car, puisque tout juge légitime peut toujours être invoqué par toute partie lésée, si les Rois sont juges légitimes d'un autre Roi, tout peuple a droit d'invoquer tout Souverain contre celui dont ce peuple aura à se plaindre. Alors nous verrons de belles choses ? ». Lettre au marquis de Saint-Marsan, 16 (28) octobre 1814, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, op. cit. , t. XII, p. 463.

⁷⁰ Encore est-il utile de préciser que toute sa construction doctrinale s'élabore autour de l'idée d'une monarchie européenne, unie sous l'égide d'une même religion, situation qui n'existe plus depuis la réforme protestante.

⁷¹ Suarez avait développé, dans son *Defensio fidei* de 1613, une théorie du pouvoir indirect du pape en matière temporelle, lui permettant de diriger d'un point de vue moral la conduite politique des rois : la *potestas directiva*. Il s'agissait du reste de la thèse jésuite classique, déjà esquissée avant lui par Bellarmin et Mariana. Soit les auteurs de trois ouvrages, dont le *Defensio fidei*, qui furent brûlés en place publique à Paris en 1610 et en 1614.

⁷²« Ainsi, l'Église ne destituait, ni n'instituait les princes laïques ; elle répondait seulement aux peuples qui la consultaient sur ce qui touchait la conscience, à raison du contrat et du serment. Or ce n'est pas là une puissance civile et juridique, mais la puissance directive et ordinative qu'approuve Gerson ». *De la religion considérée dans ses rapports avec l'ordre politique et civil* in *Œuvres complètes de F. de La Mennais*, Paris, Pagnerre, 1843, t. V, p. 241.

⁷³ *Du Pape*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, op. cit. , tome II, p. 184.

⁷⁴ Lamennais professait la même idée fondée sur l'intérêt des papes à la conservation : « La monarchie spirituelle du Pape est le fondement et la garantie des monarchies temporelles des rois ». *De la religion considérée...* in *Œuvres complètes de F. de La Mennais*, op. cit. , tome V p. 254.

« On pourrait aller plus loin, et soutenir, avec une égale assurance, que ce moyen serait encore le plus agréable ou le moins choquant pour les souverains. Si le prince est libre d'accepter ou de refuser des entraves, certainement il n'en acceptera point ; car ni le pouvoir ni la liberté n'ont jamais su dire : C'est assez. Mais à supposer que la souveraineté se vit irrémisiblement forcée à recevoir un frein, et qu'il ne s'agit plus que de le choisir, je ne serais point étonné qu'elle préférât le Pape à un sénat colégislatif, à une assemblée nationale, etc. car les Souverains Pontifes demandent peu aux princes, et les énormités seules attireraient leur animadversion »⁷⁵.

Ces propos ne pouvaient toutefois être repris par la doctrine française qui, profondément gallicane, n'aurait jamais pu admettre l'immixtion du Pape dans les affaires du royaume de France. De plus, et bien que Maistre défende le contraire⁷⁶, l'histoire tumultueuse entre les chefs de l'Église et ceux de sa fille aînée démontrent que le Pape est loin d'être désintéressé par le pouvoir temporel ; le roi de France n'aurait jamais accepté une telle subordination.

Tout bien considéré, il semblait plus simple de se fonder sur la légitimité d'exercice. Suivant en cela la doctrine quasi unanime des légistes d'Ancien Régime, la loi fondamentale de l'Etat constitue la principale limite au pouvoir souverain détenu par le roi. Il doit donc régner selon elle, ce qui lui impose son obéissance, suivant en cela l'exemple de Dieu qui se soumet lui aussi à une loi, celle que les hommes découvrent dans les sciences physiques. L'exercice de son pouvoir est donc délimité en amont par des règles qu'il ne fixe pas lui-même et qui sont le produit du temps, cet auxiliaire bien connu de la divinité. En revanche, cela n'implique pas qu'il règne par elle : cette loi fondamentale n'a pas vocation à lui confier le pouvoir, car c'est bien de Dieu et de lui seul qu'il détient le pouvoir, fût-ce indirectement. A considérer que le roi détient le pouvoir constituant, il faudrait assumer l'idée que s'il peut créer la constitution, de laquelle il tient son pouvoir, il peut également envisager de la détruire, indiquant au passage qu'il se place au-dessus d'elle donc au-dessus du pouvoir :

« Autre chose est de régner selon la loi de l'Etat, ou de régner par elle. Le premier est le devoir du souverain ; il suit en cela l'exemple de Dieu même. Le second est une absurdité palpable dans le système des lois populaires ; car il s'ensuivrait qu'une pareille loi confère le pouvoir, ou plutôt il se trouverait que c'est celui qui l'a faite qui serait au-dessus du pouvoir même »⁷⁷.

Comme le sous-entend Delalot, la garantie n'existe plus. Or, celle-ci conférerait la preuve que, dans la monarchie française d'Ancien Régime, le roi était limité et

⁷⁵ *Du Pape*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, tome II, p. 184.

⁷⁶ Il fonde d'ailleurs sa position sur des arguments pour le moins déroutants : «[...] le veto du Pape pourrait être exercé contre tous les souverains, et s'adapterait à toutes les constitutions et à tous les caractères nationaux. [...] la puissance pontificale [...] est par essence la moins sujette aux caprices de la politique. Celui qui l'exerce est de plus toujours vieux, célibataire et prêtre, ce qui exclut les 99 centièmes des erreurs et des passions qui troublent les états ». *Du Pape*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, tome II, p. 183.

⁷⁷ Charles Delalot, *De la constitution et des lois fondamentales de la monarchie française*, Paris, Le Normant, 1814, p. 24.

se devait de respecter ses obligations ; bref, que l'exercice de son pouvoir était légitime par l'existence même d'une loi fondamentale qu'il ne pouvait guère altérer⁷⁸, là où les divers systèmes révolutionnaires ont tous échoué faute de garde-fous réels placés aux côtés de la souveraineté du peuple. Le concept d'autolimitation, omniprésent dans la doctrine allemande et reprise par les grands publicistes français de la fin du XIX^e siècle, ne pouvait donc être approuvé dans la pensée ultraroyaliste, pour qui seul Dieu peut s'imposer des limites par le simple fait qu'il est le seul être de l'univers à bénéficier d'un pouvoir sans limites et que sa nature particulière permettait de croire à la réalité de l'autolimitation. Le roi ne détient, quant à lui, qu'un pouvoir délégué, et c'est justement cette délégation qui permet à la monarchie française de ne pas dégénérer en despotisme. Le concept d'autolimitation est clairement impraticable, car il conduit inexorablement au résultat que l'on se proposait d'éviter, ce qui explique les critiques ultraroyalistes, notamment celle de Villèle, formulées à l'encontre de la Charte :

« Je regarde la Charte, exécutée de la manière dont l'entendent le Roi et ses ministres, comme la machine à despotisme la plus complète qu'on puisse imaginer ; la Révolution a fait disparaître toutes les barrières que rencontrait autrefois l'autorité royale ; si celles que le Roi s'est imposées par la Charte, sont éludées, nous tombons sous le despotisme le plus intolérable, parce qu'il aura l'apparence des formes représentatives »⁷⁹.

Admettre que le roi possède le pouvoir constituant n'est pas, loin s'en faut, une reconnaissance du pouvoir du roi et de sa souveraineté. Pour les ultras, il s'agissait d'une manœuvre révolutionnaire destinée à séculariser le droit public en introduisant une idée révolutionnaire dans la constitution monarchique, véritable cheval de Troie destiné à évoluer en admettant un nouveau propriétaire, la nation, une fois le moment venu. Voilà qui explique le ton désabusé et le portrait en demi-teinte qu'esquisse le comte de Villèle de Louis le Désiré dans ses mémoires, qui s'est laissé attendrir par des marques feintes de respect qui ont flatté son orgueil au point de commettre cette erreur fatale :

« Tel était Louis XVIII ; il eût renoncé au trône plutôt que d'y monter en transigeant sur la déclaration et la reconnaissance de ses droits [...] mais il consentit à tout ce qu'on lui proposa d'octroyer lui-même. Et tandis que cette usurpation du pouvoir constituant par la royauté ne servait qu'à préparer dans l'avenir de nouvelles usurpations par les émeutes, les assemblées et les gouvernements provisoires [...] le Roi ne parut même pas se douter de la portée des concessions qui lui étaient arrachées »⁸⁰.

⁷⁸ « Cette élévation et cette majesté du pouvoir ne le rendent ni absolu, ni indépendant des lois ; car c'est une autre maxime, aussi ancienne et aussi sacrée que la monarchie, que le pouvoir n'agit que par des lois établies et selon des formes déterminées. Tel est l'objet de la constitution. Elle ne confère pas le pouvoir ; elle en règle seulement l'exercice, selon les principes consacrés dans l'État ». *Ibid.*, p. 19.

⁷⁹ Lettre du 3 déc. 1815, in *Mémoires et correspondance du comte de Villèle*, Paris, Didier, 1888, t. I, pp. 393-394.

⁸⁰ *Mémoires et Correspondance du comte de Villèle, op. cit.*, tome I, pp. 251-252.

Louis XVIII a commis l'insigne erreur de s'accaparer le pouvoir divin, ne réalisant pas qu'en plus de nourrir la révolution future, il fondait son trône sur du sable. Or, ce sable, c'est la Charte ; elle seule protège encore le roi contre les menées révolutionnaires. Aussi convenait-il de soutenir ce texte écrit en prônant son caractère rigide. Ainsi se justifie l'étrange ralliement des ultras qui, conscients de la dangerosité de la Charte et critiques à son encontre, sont contraints de la défendre afin de protéger le roi qui s'est détourné de Dieu, son principal allié. Encore eurent-ils à cœur de vitupérer sa nature, origine d'une ambiguïté déroutante.

1.1.2.- La Charte, acte additionnel des lois fondamentales du royaume

« Il faut dire encore que les royalistes ont été les premiers à déclarer que le retour à l'Ancien Régime est impossible ; qu'aucun élément de la vieille constitution n'existe aujourd'hui, et que la réédification d'un monument aussi complètement détruit, ne pourrait être entreprise sans exposer la France à d'interminables révolutions »⁸¹. N'en déplaise à Chateaubriand, celui-ci incarnait à la perfection l'inutile Cassandre lorsqu'il tenta, au sein même du *Conservateur*, de mettre tacitement en garde les ultras face à la tentation de l'Ancien Régime. Malgré les brimades libérales, prolongement de l'opinion révolutionnaire, et le vain plaidoyer de l'académicien, une partie conséquente des ultras, parfois empreinte de cynisme, estimait que la constitution coutumière devait être appréhendée comme étant toujours en vigueur, voie qui semble avoir été préservée par Montesquiou lors de la rédaction de la Charte⁸². Même si la pensée ultraroyaliste s'exprime le plus nettement par le biais d'ouvrages anonymes⁸³ ou dans les journaux acquis à la cause tel le Drapeau Blanc⁸⁴, cette croyance est

⁸¹ François-René de Chateaubriand, « Politique intérieure », in *Le Conservateur*, tome V, p. 292.

⁸² Voir P. Rosanvallon, *La Monarchie impossible, op. cit.*, p. 37. L'abbé aurait obtenu le retrait de l'article 1 du deuxième projet de charte, portant sur les lois de primogéniture et de masculinité, prétextant que les y inscrire revenait à les affaiblir. Il admet ainsi la valeur positive des lois fondamentales du royaume. De surcroît, parmi les anciens parlementaires ayant participé à l'élaboration de la Charte (de Ferrand à Faget de Baure, en passant par Sémonville), il est possible de rencontrer Dambrey qui appréhendait le nouveau texte comme une simple « ordonnance de réformation ». Voir Elina Lemaire, *Grande robe et liberté*, Paris, PUF, 2010, pp. 318-320.

⁸³ « [...] nous avons bientôt reconnu qu'une Charte [...] n'était point l'abrogation de cette constitution ancienne, qui seule a conservé ses droits [ceux du roi] et ceux de son prédécesseur, au milieu de tant de lois usurpatrices de ce nom ; mais qu'elle était seulement une Ordonnance, relative à la manière d'exercer l'autorité royale, et que si elle semble ne garantir qu'une partie de la constitution légitime, elle n'a pas la prétention d'en anéantir les points sur lesquels elle garde le silence. Et comment le prétendrait-elle, puisque le roi, qui ne règne que par les lois fondamentales, n'en a jamais reçu le pouvoir de les changer sans le concours de la nation légitimement assemblée ? ». Anonyme, *Constitution du temps, garantie des mœurs nationales*, Paris, Méquignon, 1814, p. III.

⁸⁴ Guillaume de Bertier de Sauvigny (*La Restauration*, Paris, Flammarion, 1999, p. 294) souligne que le *Drapeau blanc* était à la solde du ministre des Affaires extérieures. Par ailleurs, selon la même source, bon nombre de journaux de l'époque appartenaient en fait, mais au su de tous, à différents ministères. Il faudrait en vérité distinguer différentes périodes dans ce journal, ce que démontre Pascal Simonetti dans un article consacré à son fondateur, « *Alphonse Martainville et le Drapeau blanc (1819-1830)* », Revue de la société d'histoire de la Restauration, n°2, 1988, pp. 55-66. Il semble toutefois certain que le *Drapeau blanc* cesse, dès 1824, d'être un

donnée pour acquise par les études les plus récentes⁸⁵, parfois fondée sur le serment du sacre de Charles X⁸⁶ et confirmée par le témoignage de Louis-Philippe⁸⁷. En vérité, cette croyance ne se limitait pas aux seules sphères ultras, Royer-Collard abondant également en ce sens :

«Certes nous possédons [...] la plus antique des races royales, comme la plus féconde en bons et sages princes ; cependant sa source n'est pas cachée [...] ; nous la découvrons, et nous voyons au delà d'autres races de rois, et la France avec un droit public, très imparfait sans doute, mais qui était à elle, qu'elle ne tient pas de son nouveau roi, et qu'il n'aurait pas pu lui ravir. Ce droit public [...] reposait tout entier sur la doctrine du contrat et de la réciprocité ; il a traversé les longs âges de la monarchie féodale, et quelque progrès qu'ait fait le pouvoir royal dans les derniers temps, il n'a jamais été entièrement détruit. Eut-il péri dans les lois, il se serait conservé dans les esprits, asile inexpugnable de la dignité de l'homme contre les entreprises de l'autorité »⁸⁸.

Respectant le préambule de la Charte, sans doute appréhendé comme un exposé des motifs comme sous l'Ancien Régime, son raisonnement aboutissait à deux conséquences logiques. En premier lieu, le droit public d'Ancien Régime existe toujours car il s'est réfugié « dans les esprits ». Reprenant la méthode historique, Royer-Collard estimait que sa survivance est une donnée rationnelle. La raison redécouvre nécessairement ce droit dans l'étude de la nature propre à la France, prouvant sa conformité à la constitution naturelle du pays⁸⁹. En second lieu, si ce droit public subsiste, il conserve ses caractéristiques : déclaré intouchable, il se voit placé, pour céder à un anachronisme éclairant, au sommet de la pyramide des normes.

journal d'opposition critique comme en attestait sa devise *Vive le Roi...quand même !* , pour devenir ministériel.

⁸⁵ P. Bastid, «*La théorie juridique des Chartes* », *op. cit.*, p. 169 ; Stéphane Rials, *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle*, DUC, 1987, p. 107 ; A. Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France*, *op. cit.* , p. 67.

⁸⁶ En s'engageant à «gouverner conformément aux lois du royaume et à la Charte constitutionnelle». La référence aux lois fondamentales est attestée par Marcel Morabito, *Le chef de l'État en France*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 55-56.

⁸⁷ « Louis XVIII s'était soigneusement abstenu de rien insérer dans la Charte qui fût relatif soit à la succession à la Couronne, soit au maintien de la loi salique, soit à la régence [...]. Il ne voulait pas que la Charte fût un nouvelle loi fondamentale du royaume, afin qu'elle ne pût être considérée comme une dérogation aux anciennes lois, coutumes ou usages de la Monarchie ». Article « *Le système politique de Louis XVIII. Extraits inédits des Souvenirs de 1814* », Commentaire, n°63, p. 582. Les confidences livrées par Louis le Désiré à Lord Macartney pendant son séjour anglais achèvent de confirmer ce fait. Sur ce témoignage aux contours parfois savoureux, voir André Lebon, *L'Angleterre et l'émigration française de 1794 à 1801*, Paris, Plon, 1882, p. 113 et s.

⁸⁸ Discours de Royer-Collard sur les crédits extraordinaires (1823), in Pr. de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard*, *op. cit.* , tome II, p. 187.

⁸⁹ La formule est donc à la fois proche et éloignée de celle proposée par le Parlement de Paris en 1764, pour qui les lois fondamentales du royaume étaient « écrites dans le cœur des Français ». Voir A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 300.

Bien que cela paraisse paradoxal dans la bouche de Royer-Collard, une telle conception aboutissait à déprécier la valeur constitutionnelle de la Charte, reléguée, au mieux, à un acte additionnel (1.1.2.1). Loin d'être politiquement neutre, cette thèse était appelée à répéter le débat mythique de 1789 sur la survivance de la constitution coutumière (1.1.2.2.).

1.1.2.1.- La dépréciation de la Charte

Si le droit public d'Ancien Régime se voit reconnu et placé au sommet de la pyramide des normes, il ne pouvait en être de même des textes écrits à l'instar de la Charte pour lesquels le roi détient un « pouvoir constituant » qu'il se doit d'employer afin de conserver et de perfectionner la société. Bonald étayait régulièrement cette opinion sur la base de rapports parlementaires⁹⁰. Malgré certains jeux de mots, une partie des ultras comprenait la Charte comme un texte de nature inférieure, de même force que la loi, donc relevant du pouvoir législatif. Bonald l'admet explicitement, fondant son opinion sur la pratique du début de la Restauration : autant dire que son analyse procède implicitement de la méthode du droit naturel classique. Quant à la Charte, elle dispose tout au plus d'une solennité plus grande, à l'instar des antiques ordonnances ou de nos actuelles lois organiques⁹¹ dont le but semble d'ailleurs être sensiblement le même, à savoir préciser certains points dans le fonctionnement des institutions, si l'on se réfère à la pensée ultra :

«Elle [la Charte] est donc, sous ce rapport, un organe essentiel du pouvoir. Elle offre à l'autorité du prince des définitions faites, des limites précises, des formes de législation qui lèvent tous les doutes, une puissance d'exécution qui écarte tous les obstacles ; en un mot, le seul instrument qui ait manqué à l'ancien gouvernement pour consolider les conquêtes faites pendant tant de siècles sur l'ignorance et l'anarchie »⁹².

La Charte est donc ravalée au statut de complément d'une constitution déjà formée, attendu qu'aucune nation ne peut survivre sans norme fondamentale, assurant le lien entre passé et présent dans le but de revivifier une monarchie

⁹⁰ Ainsi s'appuyait-il sur cet extrait du Rapport fait au nom de la Commission centrale, sur la proposition de M. Hyde de Neuville, tendant à réduire le nombre des Tribunaux, et à suspendre l'Institution royale des Juges (séance du 15 novembre 1815), in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, vol. VII, p. 28-29 : «Prétendrait-on que cette modification est une dérogation à la Charte ? Mais ce droit de modifier la loi est dans les attributions du pouvoir législatif, et ce principe a été consacré par l'autorité royale elle-même, lorsqu'elle a soumis à la Chambre l'article 16 de la Charte, dont la modification lui a paru utile ou nécessaire ».

⁹¹ Nous prenons cette notion dans son sens actuel, insérée dans une hiérarchie des normes bien établie, et non suivant l'acception de l'époque révolutionnaire qui n'établissait que peu de différences entre lois organiques et constitution. Les premières pouvaient ainsi modifier la seconde, tout en étant tenu de respecter ses principes fondamentaux. Voir Michel Troper, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 42-47.

⁹² Pierre-Vincent Benoist, article paru dans *Le Conservateur*, tome I, p. 552. Député de 1815 à 1827 acquis à la cause des ultras, cet ancien avocat au parlement (1758-1834) devint conseiller d'état en 1814 et membre du Conseil privé. Charles X le fera comte en 1828.

moribonde⁹³. Les rédacteurs de la Charte ont clairement pris position en ce sens dans leurs mémoires, non sans un semblant d'ambiguïté. Le comte Ferrand avait ainsi conscience de la mort effective des institutions d'Ancien Régime, et tenta, avec le même succès que Chateaubriand, de raisonner les ultras⁹⁴. Pour autant, il estimait que la Charte s'inscrivait dans la continuité de l'Ancien Régime :

«[...] deux choses essentielles devaient être clairement énoncées dans le préambule : l'une que c'était une suite des anciens usages monarchiques, qui, tantôt sous un nom, tantôt sous un autre, étaient toujours destinés à tempérer et à éclairer l'autorité royale [...] »⁹⁵.

Pour Ferrand, l'édifice résultant de la constitution coutumière était bel et bien éteint, mais ses usages, de nature constitutionnelle, subsistaient en pratique : l'ancien parlementaire préserve ce concept tardif de « maximes générales du royaume », cet ensemble de règles de conduite politique, sorte de conventions de la constitution qui conditionnaient et canalisèrent l'exercice du pouvoir royal. La Charte n'intervenait donc que pour rebâtir l'édifice constitutionnel, sans altérer nécessairement l'exercice du pouvoir en vigueur sous l'Ancien Régime. Cette solution s'avérait la seule à pouvoir résoudre une difficulté persistante : à la différence de la nation, informe par définition, la dynastie de Louis XVIII s'avère être non seulement une institution déjà formée, la loi salique étant clairement revendiquée, mais surtout la principale légitimation justifiant l'accaparement du pouvoir constituant par le roi, éclairant ainsi l'incapacité du duc d'Orléans en 1830 à reproduire le même schéma tactique. Dans ces conditions, considérer ce même pouvoir constituant comme étant à l'origine de toute vie politique semblait un non-sens, ébréchant ainsi la théorie du pouvoir constituant originaire⁹⁶.

Afin de bien mesurer cette vérité, il est utile de remarquer que les ultras, sous la Seconde Restauration, n'ont pas hésité à reprendre la dénomination douteuse qui avait valu pour la constitution rédigée pour partie par Constant sous les Cent-Jours⁹⁷ :

⁹³ «Il y a deux manières de considérer la Charte [...]. La première, c'est de la considérer comme le lien nécessaire du passé et du présent, et en même temps comme une libre concession faite par le premier pouvoir de la société aux deux autres. La lettre, comme l'esprit de la Charte, sont du côté de cette opinion, qui reconnaît en conséquence trois pouvoirs distincts dans notre constitution, la royauté, l'aristocratie et la démocratie. [...] Selon la première opinion, celle des royalistes, les nations ne peuvent s'interrompre. La nouvelle France continue l'ancienne France : mêmes autels, même trône, même drapeau. Les trois pouvoirs de la société, tels qu'ils ont toujours existé, mais mieux définis dans leurs limites et leurs attributions mutuelles, sont les ressorts de la constitution ». Vicomte de Suleau, *De la Charte selon les Royalistes et selon les Révolutionnaires*, Le Conservateur, tome VI, 1820, pp. 172-173.

⁹⁴ Voir *Mémoires du comte Ferrand ministre d'état sous Louis XVIII*, Paris, Picard, 1897, p. 163.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁶ C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, op. cit., pp. 216-217.

⁹⁷ Est-ce si étonnant quand on sait que Chateaubriand qualifia l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire de charte améliorée ? Voir *Mémoires d'outre-tombe*, livre XXIII, chap. 12 et son *Rapport sur l'état de la France, fait au Roi dans son conseil, par le vicomte de Chateaubriand, ministre plénipotentiaire de sa majesté très-chrétienne près la cour de Suède*, in

«La Charte est comprise dans les lois de l'Etat et les institutions octroyées par Louis XVIII. Il semblerait à entendre certaines gens que la Charte soit pour nous ce que le Coran est pour les Turcs. Que rien ne l'a précédé, que rien ne doit la suivre. La Charte n'est qu'un acte additionnel aux lois de la monarchie, ce n'est qu'une dérogation à ses droits anciens, à ses vieux privilèges. Ce sont de nouvelles libertés ajoutées aux antiques franchises nationales. La Charte n'a réglé ni le droit d'hérédité, ni la tutelle d'un Roi mineur [...]. On l'appelle la loi fondamentale. On a peut-être tort car elle n'a réglé que les formes du Gouvernement. C'est prendre le sommet d'un édifice pour sa base et sa configuration pour l'ensemble »⁹⁸.

Voilà qui a le mérite de la clarté ; mais cette formulation paraît maladroite, voire fautive, dans la mesure où elle nourrit les craintes des libéraux. Sans doute l'heure apparaissait propice, le sacre de Charles X venant sceller, à leurs yeux, le destin d'une Restauration désormais acquise, au point de ne plus prendre de précautions. A l'opposé, seuls les doctrinaires, malgré un point d'ancrage identique, lui reconnaissaient la même valeur, car pour eux la Charte est le produit de la raison, le fruit de la méthode historique ; en tant que continuité de l'antique droit public, elle reprenait en conséquence ses traits caractéristiques.

Dans les deux cas, à l'exception notable des doctrinaires, le but est en réalité le même : il s'agit de contrer, si ce n'est d'annihiler, la Charte, soit en niant sa valeur en tant que norme fondamentale l'inscrivant dans la dépendance de la constitution d'Ancien Régime⁹⁹, tout blanc du texte octroyé ou toute incertitude devant être interprété suivant cette antique constitution¹⁰⁰ ; soit en faisant mine de l'accepter tout en confiant au roi le pouvoir unilatéral de la modifier. Il est de fait normal de constater que seuls les ultras se positionnent en faveur de cette thèse, étant les plus désireux de se débarrasser d'un texte jugé indésirable. Tout au plus servira-t-il de moyen pour rétablir la constitution d'Ancien Régime qui n'a pu être reprise directement du fait de l'air du temps, mais que les royalistes ne désespèrent pas de faire renaître dans l'espoir, implicite, de réhabiliter la place de la noblesse au sein des institutions : «[...] cette Charte est l'instrument par lequel doit se rétablir la constitution réelle : ce n'est point la constitution de la France, mais celle du plan de sa restauration »¹⁰¹.

Écrits politiques (1814-1816), Genève, Droz, 2002, p. 260.

⁹⁸ *Drapeau Blanc*, numéro du 3 janvier 1825.

⁹⁹ «[...] quiconque accepte la Charte, reconnaît donc qu'elle est née sous l'empire de l'ancienne constitution : or cette acceptation est nécessaire, pour que l'engagement du Roi soit valide ; mais suivant l'ancienne constitution, les dispositions qui la changent ne peuvent être déterminées que par le concours des trois ordres. La charte ne peut donc point altérer les droits résultants de l'antique constitution, elle ne peut valoir que comme simple Ordonnance, relative aux circonstances, et aux temps qu'elles pourront durer ». Anonyme, *Constitution du temps, garantie des mœurs nationales*, *op. cit.*, p. VI.

¹⁰⁰ P. Bastid (*Les institutions politiques de la monarchie parlementaire*, *op. cit.*, p. 144) soulève un point d'importance : les ultras ont beau défendre ce point de vue, leurs actes y sont contraires, notamment leurs tentatives de renverser certains ministres.

¹⁰¹ Anonyme, *Constitution du temps, garantie des mœurs nationales*, *op. cit.*, p. VI.

1.1.2.2.- La survivance de la constitution coutumière

Afin de faire pièce à cette argumentation, la faction révolutionnaire prit le parti de démontrer, comme en 1789, l'inexistence de toute constitution coutumière :

« Il n'y avait donc ni constitution antique, ni constitution nouvelle ; il y avait seulement un roi, et un amas d'obstacles à toute constitution, à tout gouvernement, fondés sur la justice, et en harmonie avec l'état de la nation, avec les lumières du temps »¹⁰².

La démonstration leur semblait de fait plus simple que de réfuter la permanence ou, à défaut, la subsidiarité de la constitution coutumière, sur la base d'une interprétation extensive et contestable de l'article 68 de la Charte¹⁰³. Assimilée à de simples maximes, la constitution d'Ancien Régime se voyait ainsi critiquée pour son manque de force juridique, puisque dénuée de la moindre sanction : elle correspondait aux principes du droit naturel, dépendante de la seule volonté du roi, donc finalement assimilée à ces principes avant qu'ils n'aient pu obtenir une consécration juridique positive au sein de textes de nature constitutionnelle. A cette vérité s'ajoute l'histoire constitutionnelle mouvementée de la France, qui tend à prouver l'existence non pas d'une constitution de la France, mais de plusieurs, obscurcissant, jusqu'à enténébrer, la compréhension de la position des ultras qui ne défendent pas nécessairement la même constitution coutumière malgré l'emploi d'une dénomination commune pour la désigner¹⁰⁴. Il en va de même du pouvoir royal, dont le sens varie considérablement d'une constitution à une autre, véritable indicateur de la nature du régime selon Daunou¹⁰⁵.

¹⁰² Jean-Denis Lanjuinais, *Constitutions de la nation française*, Paris, Baudoin frères, 1819, t. I, pp. 32-33. B. Constant rejoint l'avis de Lanjuinais dans le compte-rendu de son ouvrage in *La Minerve française*, t. VI, mai 1819, p. 10.

¹⁰³ Cet article confirmait la valeur des lois qui ne seraient pas contraires à la Charte. Sur cette base, B. Constant défendit, contre Sismondi (*Examen de la constitution française*, Paris, Treuttel et Würtz, 1815, p. 13-15), l'abrogation de toutes les constitutions antérieures : « Parmi ces axiomes, celui-ci surtout est important, que la Charte remplace toutes les constitutions précédentes et qu'elle abroge expressément toutes les lois secondaires qui la contredisent ». Compte-rendu de l'ouvrage de Lanjuinais, in *Minerve française*, t. VI, mai 1819, p. 7. L'argument, pertinent pour les constitutions révolutionnaires, a moins d'emprise sur la constitution coutumière.

¹⁰⁴ Situation qui engendrait les bons mots des libéraux : « J'ai souvent entendu parler de l'antique constitution de la monarchie ; mais je n'ai jamais vu deux personnes qui l'entendissent de la même manière. Il n'y a point moyen de prendre pour base ce qui est si loin d'être arrêté ». Lettre de Sismondi à la comtesse d'Albany, en date du 17 mars 1814, in *Lettres inédites de J.C.L. de Sismondi*, Paris, Michel Lévy frères, 1863, p. 236.

¹⁰⁵ «S'il y a quelque peuple européen qui ait conservé durant quatorze siècles les mêmes lois, le même gouvernement, ce n'est assurément point le peuple français. Toute son histoire politique intérieure pourrait se réduire à l'établissement et au progrès du régime féodal sous les Mérovingiens, à l'affaiblissement momentané de ce régime sous Charlemagne, à sa renaissance et à ses développements sous les successeurs de ce prince, à sa décadence lente, intermittente, et graduelle, sous la dynastie capétienne. Or, chaque variation de ce régime a modifié l'état des personnes, les droits des communes, la prérogative nationale, et, bien plus encore, la puissance du monarque [...] [qui] exprime tous les divers degrés de pouvoir qui peuvent se trouver compris

La mise en lumière de cette donnée tend surtout à démontrer la fragilité et l'instabilité du contenu d'une constitution de nature coutumière, qui peut être aisément contesté ou modifié suivant les intérêts des partis en présence et/ou la volonté du pouvoir politique. Daunou avait à cœur de le démontrer en soulignant l'idée qu'une constitution non écrite est, par nature, le parfait auxiliaire du despotisme :

«[...] si nous demandions à ceux qui réclament si vivement l'ancienne constitution du royaume, en quoi elle consistait, sur 10 000 réponses, nous n'en pourrions obtenir deux qui fussent d'accord ou conciliables entre elles. Et voilà pourquoi l'on aime bien mieux que les lois fondamentales ne soient point écrites. On sait à merveille que les traditions seront tout ce qu'on voudra, se fléchiront au gré de toutes les prétentions et de tous les caprices. S'il suffit de deux ou trois faits, d'un seul peut-être, pour établir un usage, il n'y a point de maxime, libérale ou servile, équitable ou tyrannique, qu'on ne puisse extraire de quelques pages de notre histoire, et proclamer fondamentale. [...] dès qu'il y a plusieurs constitutions, il est permis d'espérer qu'il n'y en aura bientôt plus du tout, et que seulement cet amas de débris constitutionnels, confusément renversés l'un sur l'autre, deviendra un utile arsenal où l'on pourra choisir des armes [...] à volonté »¹⁰⁶.

La correspondance de Louis XVIII lui donnait en partie raison. Sans contester, le roi souhaitait, au nom de la tradition, accaparer le pouvoir constituant afin d'en tirer avantage suivant les circonstances politiques de son éventuel rappel et ainsi rétablir l'ancienne constitution délestée des abus qui s'y étaient introduits¹⁰⁷. Plus que jamais, la stabilité ou plutôt la réalité d'une constitution coutumière repose une nouvelle fois sur la bienveillance des acteurs politiques. Pour les libéraux, il convient donc de conclure que si la constitution coutumière existe réellement avant la constitution écrite, elle agit plus comme une donnée naturelle que comme une obligation positive, ce qui implique une révélation de son contenu en la transposant au sein d'une norme écrite. L'argumentation des ultras n'en prenait pas ombrage pour autant ; loin de capituler, elle redoublait d'efforts afin de soutenir l'existence de la constitution coutumière. Selon Bonald, démontrer le contraire constituerait même une absurdité eu égard à la pérennité même de la France, la justification de son assertion reposant sur les comparaisons physiologiques habituellement employées sous l'Ancien Régime :

entre l'impuissance absolue et le plein despotisme ». Pierre Daunou, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, Belin, 2000 (1^{ère} éd. : 1818), pp. 140-141.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 141.

¹⁰⁷ « J'ai dit que je voulais rétablir l'ancienne constitution dégagée des abus qui s'y étaient introduits. Cette phrase, que je n'ai pas mise sans dessein dans ma déclaration de 1795, me laisse toute la latitude dont j'ai besoin. Dire aujourd'hui que je me contenterai d'en rétablir les bases fondamentales et essentielles, ce serait dire trop ou trop peu : car enfin, de ces bases, il y en a qui, dans leur développement, favorisent la liberté ; d'autres l'autorité royale ; et le vague plus grand encore que le premier dans lequel je resterais ouvrirait le champ aux interprétations les plus arbitraires ». Observations du Roi sur le mémoire du comte de Saint-Priest du 5 juin 1799, in *Lettres et instructions de Louis XVIII au comte de Saint-Priest*, op. cit. , p. 81.

«La constitution d'un peuple est le mode de son existence ; et demander si un peuple qui a vécu quatorze siècles, un peuple qui existe, a une constitution ; c'est demander, quand il existe, s'il a ce qu'il faut pour exister ; c'est demander si un homme qui vit, âgé de 80 ans, est constitué pour vivre. La royauté en France était constituée, et si bien constituée que le roi même ne mourait pas. Elle était masculine, héréditaire par ordre de primogéniture, indépendante ; et c'était à cette constitution si forte de la royauté que la France avait dû sa force de résistance et sa force d'expansion »¹⁰⁸.

Mais l'essentiel ne réside plus dans cette question, mais dans celle de savoir si cette constitution, loin d'avoir été abolie, existe toujours et si elle doit retrouver officiellement ce statut. La conséquence logique de cette affirmation est ainsi clairement affichée : elle conduit à la réfutation du pouvoir constituant du Roi, donc au refus de reconnaître la Charte comme une constitution. Mais la démonstration de sa permanence posait problème. Selon Barruel, une constitution ne peut périr que de deux façons différentes. L'une d'elles fait directement écho à une idée dans l'air du temps, la conformité de la constitution aux mœurs françaises :

«Non, Louis XVIII même ne peut pas nous donner une nouvelle constitution ; il pourra, s'il le veut [...] renoncer à son titre de Roi de France ; mais la couronne des Bourbons est héréditaire par une constitution qui existe aujourd'hui dans toute sa force ; il ne peut pas priver son digne frère et ses dignes enfants de l'hérédité à laquelle un vrai droit les appelle. Je prétends qu'elle existe aujourd'hui encore dans toute sa force, cette ancienne constitution ; et pourquoi ? parce qu'elle n'a pu être abolie que par deux raisons. La première serait dans une vraie prescription ; la seconde, dans des circonstances qui l'auraient rendue désormais incompatible avec le bonheur de la nation »¹⁰⁹.

Autrement dit, soit elle s'éteint par le jeu de la prescription, ce qui laisse penser à une constitution en réalité abolie par la désuétude ; soit elle ne correspond plus aux mœurs de la nation, et mérite, au nom de critères sociologiques, de ne plus être appliquée. Dans la démonstration ultraroyaliste, il est évident que ces deux causes ne jouent pas. Le retour des Bourbons prouve que la monarchie d'Ancien Régime est conforme aux mœurs des Français, et qu'il en va de même, *a fortiori*, de l'antique constitution monarchique ; de plus la constitution qui l'a porté au pouvoir ne peut être que la constitution coutumière, dans la mesure où l'ordre de succession a été maintenu : preuve, si besoin est, que cette constitution existe toujours et qu'elle n'a guère sombré en désuétude. Sans pour autant se renfermer dans le déni, ces ultras reconnaissent que la constitution coutumière a été délaissée durant vingt-cinq ans. Pour autant, ils défendent l'idée que cette mise à l'écart ne s'est justifié que par des motifs d'ordre conjoncturel, qui n'ont pu engendrer que des gouvernements de fait. Le droit, lui,

¹⁰⁸ *Observations sur l'ouvrage de Mme de Staël*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, op. cit., t. XI, p.418.

¹⁰⁹ Augustin Barruel, *Du principe et de l'obstination des jacobins, en réponse au sénateur Grégoire*, Paris, s. e., 1814, p. 12. Il est singulier, au passage, de relever l'emploi du mot nation dans un sens assez ambigu.

s'est toujours placé du côté de la constitution coutumière ; il est donc logique qu'elle renaisse au moment où le gouvernement de droit resurgit¹¹⁰. Les Anciens n'étaient donc pas délivrés de leurs vieux démons ; au demeurant, ceux-ci hantaient également les Modernes.

1.2. L'enlissement des Modernes dans l'inventaire révolutionnaire

«[...] il est de l'essence du souverain, d'avoir un pouvoir légal, illimité. Il ne peut être borné que par l'impossibilité physique, ou par sa propre volonté, et non par aucune autre. [...] L'idée d'un pouvoir constituant, supérieur au pouvoir souverain constitué, imposant des lois à celui-ci lorsqu'il s'établit, lois que le souverain constitué ne peut enfreindre, cette idée, disons-nous, est absurde ; car le pouvoir constituant n'a pu être que souverain. Il n'a pas été plus fort que le souverain qu'il a créé ; et celui-ci sera aussi fort que le précédent »¹¹¹. Les propos tenus par Flaugergues trahissaient les raisons profondes emportant la réfutation d'une différence entre pouvoir constituant et pouvoir ordinaire. Sans nécessairement adhérer au dogme de la loi souveraine, legs d'une partie de la philosophie du XVIII^e siècle que la Révolution a porté à son paroxysme, les tenants de la confusion des normes s'appuyaient avant tout sur la théorie de la souveraineté. Assimilée à une puissance absolue et illimitée, dénuée de concurrence, la souveraineté devait en conséquence incorporer le pouvoir constituant. Pouvoir législatif et pouvoir constituant étaient ainsi indissociables, engendrant parfois à son tour une confusion entre loi et constitution que l'expression ambiguë de « loi constitutionnelle » trahit implicitement (1.2.1). Pour autant, si une partie conséquente des Modernes, pour des raisons parfois cyniques, n'adhérait pas à la hiérarchie des normes, un pan non négligeable d'entre eux se voulait les héritiers de l'École du droit de la nature et des gens. Dès le XVII^e siècle, des personnalités telles que Vattel ou Wolff s'étaient hasardées à reconnaître la différence entre lois ordinaires et lois constitutionnelles, ces dernières étant qualifiées le plus souvent de lois fondamentales et érigées au rang de source des pouvoirs constitués¹¹². Si la terminologie aura sans doute son importance sur la thèse officielle de la Restauration, nous nous attarderons ici sur les successeurs de ces idées, eux-mêmes empreints de jusnaturalisme, en particulier Daunou et Lanjuinais pour qui la Charte représentait la « loi des lois positives », n'étant ainsi soumise qu'au droit naturel (1.2.2).

¹¹⁰ «Que l'autorité conférée au souverain par cette constitution, ait cessé de faire pendant nos désastreuses révolutions, c'est malheureusement une vérité trop évidente ; mais tous ces longs obstacles n'ont pas détruit l'autorité de droit. Ces obstacles levés, la constitution, les devoirs, les droits du souverain, les droits et devoirs du peuples, les obligations de nos anciens serments, tout renaît à la fois ». *Ibid.*, p. 14.

¹¹¹ Pierre-François Flaugergues, *De la représentation nationale, et principes sur la matière des élections*, Paris, Barrois, 1820, p. 93-94.

¹¹² Adhémair Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Panthéon-Assas, 2001, p. 567 et s.

1.2.1- La confusion entre pouvoir législatif et pouvoir constituant

Cette confusion des normes semblait procéder de la lettre de la Charte : sa révision n'avait pas été expressément interdite, mais rien ne l'éclairait non plus. *A priori*, la loi constitutionnelle n'avait pas été exclue du domaine du législateur. Sans surprise, cette faille juridique va rapidement être exploitée, bien avant la monarchie de Juillet¹¹³, afin de lutter contre certaines prétentions ministérielles. Dès 1815 devant la chambre des députés, Kergorlay s'était employé à résumer l'ensemble de la doctrine, affirmant fièrement l'émancipation de l'être humain face aux prétentions des ultras fondées sur le respect de l'œuvre divine :

«C'est une prétention chimérique de prétendre enchaîner l'avenir. Dieu seul le pourrait ; mais il ne le voudrait pas, parce qu'il ne pourrait le vouloir sans ôter aux hommes la liberté qu'il leur a donnée, et qu'il leur conserve, bien qu'ils en abusent souvent, celle de faire et de défaire leurs lois. Il y avait avant 1789 des lois réputées immuables, que sont-elles devenues ? La Révolution les a détruites, et le Roi légitime a confirmé ou consommé la destruction. Ce qu'il a fait contre d'autres lois, comment ne pourrait-on pas le faire contre les siennes ? Un nouveau système a remplacé l'ancien, et, dans ce système, la puissance législative est illimitée sous la seule condition du consentement des trois pouvoirs, voilà tout »¹¹⁴.

A l'occasion du discours sur la loi des élections de 1816, Chateaubriand devait reprendre et développer cette position à l'encontre des objections du ministère :

«Votre Commission a établi que les Chambres n'ont pas le droit de prendre l'initiative, surtout quand il s'agit de changer un article de la Charte. C'est une théorie, très bonne peut-être ; mais enfin c'est une théorie : aucun article de la Charte n'interdit en effet, dans ce cas particulier, l'initiative aux deux Chambres [...] »¹¹⁵.

¹¹³ Sur la confusion pouvoir législatif/pouvoir constituant après 1830, voir Adolphe-François Perny, *Le pouvoir constituant sous la monarchie de Juillet*, thèse, droit, 1901, pp. 158-162. La faille du texte de 1830 se situe en son article 30 : «La Chambre des députés sera composée des députés élus par les collèges électoraux dont l'organisation sera déterminée par des lois ». Comme le soulignent de nombreux jurisconsultes de l'époque, ce renvoi permettait au pouvoir législatif de s'occuper de dispositions véritablement constitutionnelles, en ce sens qu'il lui était permis d'organiser les pouvoirs constitutionnels, ici les collèges électoraux, base de tout le système politique. Voir le commentaire de l'article par Silvestre Pinheiro Ferreira, *Observations sur la Charte constitutionnelle de la France*, Paris, Rey et Gravier, 1833, p. 84 : « Les rédacteurs de la Charte semblent ne pas avoir connu la distinction qui existe entre les lois *organiques* et les lois *réglementaires* des pouvoirs. S'ils l'avaient connue, ils auraient senti que les dernières seules pouvaient être renvoyées aux législatures ultérieures ; que les charger d'*organiser les pouvoirs constitutionnels*, c'était les charger de *parfaire*, ou plutôt de *faire la constitution* ». Il souligne.

¹¹⁴ Séance du 28 octobre 1815, *Archives parlementaires*, tome XV, p. 150.

¹¹⁵ 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. 384.

La conséquence qu'il en retire est cohérente : puisque la lettre de la Charte ne distingue pas les différents types de loi, ceux-ci doivent être tenus pour équivalents. Dès lors, le pouvoir constituant et son corollaire, le pouvoir de révision, sont présumés appartenir au pouvoir législatif simple. Pour qu'une réforme constitutionnelle soit valable, l'accord des trois branches du pouvoir législatif, le roi et les deux chambres, suffit. Poursuivant jusqu'au bout le parallélisme des formes, Chateaubriand estime que l'initiative de la révision constitutionnelle appartient, comme pour n'importe quelle loi, à chacune de ces trois branches :

«Or, si les Chambres ont la faculté de proposer une Loi sur quelque objet que ce soit (et la Charte n'est pas exceptée), à plus forte raison peuvent-elles se permettre d'amender un article dans un projet de Loi. De plus, je crois qu'on n'a jamais contesté en principe le droit que les trois branches de la législature (et chacune d'elles en particulier) ont de proposer la modification des Lois constitutionnelles »¹¹⁶.

En soi, ceci porte déjà atteinte au pouvoir constituant du roi que quelques ultras lui confiaient. Mais Chateaubriand va se révéler encore plus irrespectueux de la prérogative royale, niant implicitement la théorie de l'octroi. Pour lui, l'initiative de la révision de la Charte ne devrait pas appartenir au Roi, mais uniquement aux chambres, arguant en leur faveur une compétence exclusive et naturelle qu'il retire expressément du modèle parlementaire anglais :

«Allons plus loin encore, et disons que la véritable doctrine sur cette matière, me semble être précisément le contraire de celle que la Commission veut établir ; car, si l'initiative peut être quelquefois accordée aux Chambres, c'est précisément en ce qui concerne la Constitution. Ce sujet, par sa nature même, est de leur directe et absolue compétence. Quand l'Opposition, en Angleterre, fit la fameuse motion de la réforme parlementaire (réforme qui portait surtout sur les élections), s'avisait-on jamais de lui répondre qu'elle demandait une chose inconstitutionnelle ? Non sans doute ; on écarta seulement la motion par le vote de la majorité »¹¹⁷.

Le positionnement doctrinal de Chateaubriand appelle deux commentaires. En premier lieu, la théorie de l'octroi est concrètement rejetée. Chateaubriand s'y était certes montré favorable en 1814, et bien que le cheminement fut long jusqu'aux critiques acerbes de ses mémoires, force est de constater qu'en 1816, il ne lui accordait, si ce n'est aucun crédit, du moins aucune conséquence juridique. Sa lecture de la Charte s'effectue d'ailleurs le plus souvent à la lumière de l'esprit qui l'environne qu'à celle de sa lettre à proprement parler. Preuve en est, la compétence exclusive des chambres dans l'initiative de la révision constitutionnelle est une référence non plus à la Charte, qui d'ailleurs n'admet guère l'initiative des chambres en quelque matière que ce soit, mais au modèle anglais, dont l'esprit doit animer et servir de référence aux nouvelles institutions

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 385.

¹¹⁷ *Ibid.*

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 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, Baudouin 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 originairement 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.