

François Saint-Bonnet

Elina Lemaire, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010

Elina Lemaire propose une importante contribution à l'étude du libéralisme et à celle de la forme que peut prendre la liberté. Mais aussi un beau livre d'histoire qui exhume les discours et les stratégies de ce qu'il est convenu d'appeler la « grande robe », c'est-à-dire les hauts et nobles magistrats des cours souveraines de la fin de l'Ancien Régime. Le titre de l'ouvrage — *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales* — donne le ton d'un travail de redécouverte de ceux qui ont été détestés aussi bien par l'historiographie révolutionnaire et républicaine que par une bonne partie des nostalgiques de l'absolutisme. Les premiers ne pouvaient pas aimer ces nobles instruits, privilégiés, vivant à l'écart de monde en nourrissant un puissant esprit de corps et une haute conscience de caste. Et leur évaporation extrêmement rapide pendant l'été 1789 traduit bien le manque d'attachement pour ces grands juristes. Mais ils n'ont pas été aimés davantage par les sectateurs intransigeants de l'absolutisme pour qui ils sont coupables d'avoir, par un esprit de résistance illégitime et dépourvu de toute justification politique ou juridique, empêché les réformes nécessaires de la monarchie, lesquelles seules auraient pu permettre d'éviter le désastre de 1789. Bref, cette magistrature ancienne a joui d'une réputation exécrationnelle et l'étude de la pensée de ses meilleurs représentants n'est menée que depuis peu de temps. Le volet de la pensée constitutionnelle *lato sensu* et du libéralisme qu'elle charrie n'avait pas été étudié avec tant de précision et de finesse avant cet ouvrage d'Elina Lemaire. Ce livre vient donc combler une lacune historiographique importante. Et il le fait de la manière la plus convaincante qui soit.

Ce livre peut ravir aussi bien les philosophes et historiens des idées qui ont ainsi l'occasion de découvrir ou d'approfondir ce libéralisme bien peu individualiste qui a en commun avec celui du premier XIX^e siècle de chercher à promouvoir un État et des institutions libérales et qui contribuera à la marge à promouvoir l'autonomie du sujet. Il peut enchanter les historiens des institutions

et du politique car il leur est donné de revisiter sous l'angle d'une élégante et passionnante éristique ce qui est souvent perçu comme un âpre combat de factions puissamment réactionnaires et, malgré leur discours, seraient bien peu soucieuses de l'intérêt général. Mais il doit passionner aussi les juristes, constitutionnalistes et spécialistes des libertés publiques, qui ont l'occasion de voir déployer des techniques de contrôle du pouvoir politique très stimulantes pour qui s'intéresse à la protection juridique des droits et libertés fondamentaux.

Le fait qu'un juriste de formation et d'exercice ait réalisé une étude sur ce sujet ne doit rien au hasard. Le développement récent des mécanismes de contrôle du fond de la loi par le juge (constitutionnalité *a priori*, conventionalité, QPC) aiguise la curiosité pour les moments de notre histoire au cours desquels de tels procédés ont été mis en œuvre, ou, au moins, ont souhaité être mis en œuvre. Le « procès de trois siècles » que Maupeou pensait avoir fait gagner à la monarchie contre les parlements ne pouvait être conçu et compris, il y a encore peu de temps, que comme une lutte absurde et incongrue entre un organe politique (la monarchie) et des organes juridictionnels (les cours souveraines). Le fait qu'un juge s'oppose à l'entrée en vigueur d'une loi était perçu comme un droit de veto absolu, lequel devait nécessairement impliquer « une participation au pouvoir législatif »¹. Et pour longtemps encore, si tant est qu'elle ait entièrement disparue, l'idée d'un contrôle juridictionnel de la loi ferait automatiquement jaillir le spectre du « gouvernement des juges ». Si elle demeure, elle est toutefois largement marginalisée. Que le juge puisse contrôler la loi pour protéger les droits fondamentaux des citoyens est discuté, sans doute, mais on ne se pose plus la question politique de la légitimité du juge mais davantage celles, théoriques et juridiques, de l'ampleur du pouvoir normatif des juges, de la sécurité juridique, de l'évolution de l'ordonnement institutionnel ou encore du sens profond de la logique des « canaux par où coule la puissance » et du « dépôt des lois » dont parle Montesquieu à propos des Cours souveraines d'Ancien Régime (*De l'esprit des lois*, II, 4). Et précisément, puisque la doctrine constitutionnelle est confrontée à des questionnements nouveaux qui ne peuvent être éclairés à la lumière de l'histoire constitutionnelle française depuis 1789, c'est le grand mérite d'Elina Lemaire de franchir cette limite temporelle pour y dévoiler un monde dans lequel le contrôle des lois par les juges est, aussi, largement discuté. Ce n'est pas à dire que l'auteur franchisse un quelconque Rubicon en suggérant que le contrôle réalisé par les Cours souveraines sur les lois du roi préfigure celui qui existe aujourd'hui, en revanche, il y a des raisons de penser que ceux qui s'intéressent

¹ François Olivier-Martin, *Les lois du roi (1945-1946)*, Paris, rééd. Loysel, 1988, pp. 308-309.

aux mécanismes de notre époque seront particulièrement intéressés par celui qui est décrit dans l'ouvrage d'Elina Lemaire.

Comment présenter en juriste ce matériau historique que sont les écrits de grands magistrats et les remontrances des Cours souveraines ? Comment parvenir à ne pas écraser la chronologie, si importante, dans une période de combats fréquents sur des questions qui font l'actualité de la période ? En présentant très opportunément, selon un plan qui rappelle à certains égards la *summa divisio* proposée jadis par Hauriou, une première partie consacrée à la constitution *politique* en montrant les voies et moyens par lesquels les parlementaires, condamnant le despotisme, rejettent le principe de l'unicité du pouvoir, et une seconde partie réservée à la constitution *sociale* en développant une « conception fédérative » de la monarchie au plan territorial et l'importance de l'hétérogénéité sociale (la société d'ordres, la question de la noblesse comme rempart contre l'autorité). C'est dire que les moyens par lesquels la liberté est garantie et préservée par le droit n'ont pas le même périmètre que ceux d'aujourd'hui : ils n'en sont pas moins abordés par leur versant juridique.

La première partie de l'ouvrage, qui décrit la vision qu'ont les parlementaires de la constitution politique de la monarchie, traite de la modération avec laquelle la puissance royale peut et doit se déployer : elle ne peut contredire les fondements mêmes de la monarchie française pas plus qu'elle ne peut ignorer les droits dont disposent les sujets et les lois fondamentales et constitutionnelles (pp. 19 et s.). La monarchie française, soutiennent les parlementaires, est fondamentalement libre, elle ne saurait être un despotisme.

Mais cette liberté conçue comme l'antonyme du despotisme mérite quelques éclaircissements que l'auteur propose très opportunément. Il ne saurait s'agir, évidemment, d'une liberté-participation à la manière de Rousseau. Pas davantage d'une liberté-indépendance telle que la pensent les libéraux contractualistes, à la manière de Locke. La liberté des parlementaires n'est pas définie *in abstracto* comme le feraient des philosophes, son sens doit être débusqué dans les recoins des remontrances. Elle est avant tout « sûreté », c'est-à-dire une garantie juridique de la personne et des biens des sujets du roi. « La liberté du sujet du roi, écrit l'auteur, était avant tout propriété — propriété de soi, de ses biens et de ses droits — de la même façon que la propriété était liberté » (pp. 26-27), celle d'administrer librement sa fortune. Mais cette liberté-sûreté du sujet ne s'analyse pas comme un droit individuel qui précéderait la société : il s'agit d'un principe conçu pour freiner la puissance monarchique, étant entendu que la communauté politique continue de primer sur ses membres. Pas de droits absolus pour les sujets : au XVIII^e siècle, l'individu n'était pas, selon la jolie formule de l'auteur, « l'unité de compte du politique et du social » (p. 27). Même si une partie du

lexique des Lumières — « droit naturel », « citoyen », etc. — fait son apparition dans les remontrances, le cadre intellectuel reste profondément classique.

En revanche, les grands robins partagent une conviction avec les futurs révolutionnaires : la loi est libératrice, la liberté a pour asile inviolable une loi qui la met ainsi à l'abri de l'oppression. Mais cette loi, ces lois, dont les juges ont le dépôt, ne sont pas purs actes de volonté du prince. Elles sont les outils qui, au contraire, permettent de brider une volonté qui pourrait s'égarer et être surprise par de mauvais conseillers. Autre thème sur lequel le lexique parlementaire est proche de celui des Lumières : le « contrat ». Le terme est employé dans les remontrances, non pour évoquer un quelconque « contrat social », mais pour souligner l'idée de « contrat entre le roi de France et ses peuples », c'est-à-dire une relation, réglée par la tradition, dans laquelle par égard pour les libertés légitimes des Français, le roi agit avec modération. Elina Lemaire présente avec beaucoup de finesse les nuances de sens des mots utilisés par les parlementaires comme par les Lumières pour mettre en garde contre ces faux-amis qui altèrent une interprétation reposant sur une lecture trop hâtive.

Quant aux droits dont disposent les sujets et aux lois fondamentales de la monarchie, censés limiter le champ des possibles du gouvernement monarchique, l'auteur leur consacre des pages de belle facture. Les sujets ne s'entendent pas comme des individus (*in-dividus* = ce qui ne se divise pas), titulaires de droits subjectifs, mais comme des membres de corps, de communautés, historiquement et quasi naturellement constitués qui, en tant qu'ils appartiennent à ces corps intermédiaires, sont à l'abri des interventions royales. L'aptitude d'un corps à l'autonomie *stricto sensu* est une garantie fondamentale de la liberté des sujets du roi : on lui donne même le nom de *libertés* (toujours au pluriel) des corps et des communautés. Ces libertés ainsi que d'autres droits, comme les garanties pénales, sont hissées par les grands robins au rang de lois fondamentales de l'État, disposant d'un statut proche de ce que l'on qualifierait aujourd'hui de principe de valeur supérieure à celle de la loi. Ces lois ou principes, aux contours d'ailleurs très incertains, sont la meilleure garantie de la pérennité de l'État pour les parlementaires. L'auteur, qui ne s'interdit jamais une heureuse distance critique, tente de tracer fidèlement le pourtour de ce *corpus* qu'ils vont tenter d'opposer à la volonté du roi.

Les développements très riches d'Elina Lemaire qui tente de mettre en lumière ce qu'est la liberté et ce que sont les libertés dans l'esprit des grands juges de la fin de l'Ancien régime sont assurément un apport historiographique majeur et original.

Une chose est de définir les libertés, une autre est de les protéger. C'est à l'étude de ces procédés qu'est consacré le second moment de cette première partie. Mais contrairement à un ouvrage de droit constitutionnel écrit qui décrirait et commenterait des mécanismes, des procédures, l'ouvrage propose une analyse du rôle de l'histoire dans les rapports entre les institutions sous l'Ancien Régime, et ensuite, ce que les parlementaires déduisent juridiquement de cette histoire. On est ici dans la pure logique de la constitution coutumière, telle qu'évoquée pour l'Angleterre par Denis Baranger². C'est dans ce débat que se noue la question de l'étendue du contrôle que réalisent les cours souveraines au moment de l'enregistrement des lois du roi. Très soucieuse d'éviter tout anachronisme mais ne renonçant jamais à identifier la dimension proprement juridique des débats, Elina Lemaire peut dépeindre, en s'appuyant sur les remontrances, la constitution de la monarchie française comme un « heureux mélange de liberté et de puissance souveraine » qui réalise une « relation perpétuelle entre le prince et ses sujets », bref, « un dialogue institutionnel grâce auquel la liberté pouvait s'épanouir » (p. 200). Et de reprendre la suggestive image de Mathieu Molé au début du XIX^e siècle : « l'autorité s'adoucit par la transmission, comme les échos affaiblissent les sons qu'ils répètent ». Bravant le risque de l'anachronisme, ce que ne fait pas l'auteur, on serait tenté de rapprocher une telle vision de la constitution de celle que développe Dominique Rousseau évoquant la Constitution comme « le point nodal de la communication de la société, le point par où la société communique avec elle-même »³.

La seconde partie de l'ouvrage consacrée à la constitution sociale de la monarchie, relativement plus brève sans être moins riche, développe des questions très peu connues de l'historiographie constitutionnelle de la France. En effet, l'opposition classique entre pays unitaires et pays fédéraux peut être revisitée à la lumière de cette « conception fédérative » (p. 211) de l'État monarchique des rois qui a des implications institutionnelles et constitutionnelles très considérables. C'est encore l'autonomie des corps, corps territoriaux ici, qui vient limiter la puissance monarchique et garantir les libertés. Hétérogénéité territoriale, mais aussi hétérogénéité sociale qui a des conséquences constitutionnelles et un impact sur la préservation des libertés. La noblesse et la magistrature — qui ne se recoupent qu'en partie — sont évidemment des « remparts » de la liberté contre l'autorité (pp. 285 et s.). Elina Lemaire dévoile dans ces passages toute la richesse d'une conception ouverte du droit constitutionnel qui n'hésite pas à repérer dans

² *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2009.

³ Dominique Rousseau, « Les transformations du droit constitutionnel sous la V^e république », *RDP*, 1998, n° 5-6, p. 1783.

l'épaisseur sociale d'une communauté politique des étaies juridiques solides pour les libertés.

En définitive, ce livre — rédigé dans un style économe et élégant — marquera d'une empreinte très durable tant l'étude de l'histoire du droit constitutionnel en franchissant, en juriste, la barrière symbolique et, pendant longtemps politique, de 1789, que celle de l'épistémologie juridique en renouvelant en profondeur les études sur le droit constitutionnel coutumier en France. Désormais, la grande robe a son grand livre.

François Saint-Bonnet

Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)