

Grégoire Bigot

PHILIPPE PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e–XIX^e siècles). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, préface de FRANÇOIS SAINT-BONNET, Paris, LGDJ, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, tome 24, 2011, 519p.

L'histoire du droit, en tant que discipline mais surtout en tant que méthode scientifique, parle au présent du passé. C'est à la fois tout son intérêt et toute sa difficulté. L'intérêt de cet ouvrage repose sur une thèse ; il est patent. Il s'agit de démontrer que la question du contrôle de constitutionnalité, en France, embrasse un sujet plus vaste qui tient à la fois à la question de savoir ce qu'il faut entendre par constitution et à celle de son ou de ses interprètes. Alors que les travaux de droit comparé foisonnent qui soulignent les spécificités et/ou les limites du modèle français, aucun ouvrage ne s'était jusqu'à présent résolu à rechercher dans une histoire au long cours les éventuelles origines d'une telle spécificité. Par une sorte de réflexe, conditionné par l'enseignement académique du droit dans nos facultés, il est généralement entendu que, d'une part, le contrôle de constitutionnalité ne puisse remonter en amont de la Révolution, qui aurait fait table rase de l'ordre ancien. Le culte de la Constitution écrite continue de renvoyer dans l'oubli l'« ancien régime » ; comme les révolutionnaires, qui inventèrent cette expression dès 1789, nous continuons pour une large part à dénier à l'histoire toute autorité, toute valeur exemplaire. D'autre part, les idées constitutionnelles de la Révolution feraient obstacle au principe même d'un contrôle de la loi en tant qu'expression absolue – sans lien – de la souveraineté de la nation et/ou du peuple. Enfin, la défaite historique et politique du judiciaire – celle des parlements d'Ancien Régime, celle de l'autorité judiciaire, sans pouvoir, érigée en août 1790 – accrédirait définitivement l'idée selon laquelle il serait vain de chercher dans notre passé un tiers arbitre entre le souverain constitué et le souverain en action.

Ce sont ces obstacles intellectuels, entre autres, que se propose de lever le présent ouvrage. Pour ce faire il fallait décroquer les catégories juridiques traditionnellement admises, ce dont l'auteur s'acquitte dès l'introduction en

expliquant chaque terme du titre retenu pour son étude. D'abord il prend le parti de ne pas s'enfermer dans une étude du contrôle de la constitutionnalité mais d'élargir ce sujet à la conservation de l'ordre constitutionnel. La notion même de conservation permet de resituer le sujet dans le temps long puisqu'elle renvoie à l'histoire en tant qu'elle véhicule des valeurs ; une histoire en elle-même constitutive puisqu'elle dévoile la transmission d'un héritage. D'où ensuite l'expression d' « ordre constitutionnel » préférée au terme de constitution. Elle suppose effectivement un agencement où chaque chose est à sa place régulière, et dont la transgression provoquerait le chaos, à raison des origines immuables de cet ordre et qui fondent sa légitimité. On ne peut que souscrire à une telle démarche qui contraint à prendre au sérieux un ordre donné – ou du moins la croyance en cet ordre donné – basé sur le droit naturel classique, sur l'origine divine de tout ordre constitué. C'est du moins ce qui autorise à rouvrir le dossier de l'ancien droit dont l'ordre ne saurait être effectivement compris comme relevant de la seule volonté d'hommes sans Dieu. C'est ce qui permet ensuite de confronter efficacement l'ancien droit à un ordre révolutionnaire qui suppose l'ordre constitutionnel bâti sur la raison humaine ; un ordre constitutionnel désacralisé, fondé sur sa seule finalité. Mais la rupture ne se situe pas uniquement où d'ordinaire la placent les manuels d'histoire des institutions, à savoir en 1789. S'agissant d'une rupture entre tradition et modernité, elle se situe quelque part aux alentours du XVI^e siècle ; le politique, traumatisé par l'instabilité religieuse, cherche dans son siècle les moyens appropriés pour résoudre l'équation d'un retour à l'ordre, qui passe par ce que l'auteur appelle la sacralisation de l'État. La sécularisation du politique est donc affaire d'ancien droit, et la constitution sur laquelle elle fait fond est bien le propre de l'absolutisme monarchique d'Ancien Régime. Si le pouvoir constitué en France tire ses origines d'un ordre qui est précisément sans attaches, y a-t-il encore un intérêt à consacrer tout un ouvrage à l'étude de sa conservation, étant sous-entendu qu'il ne saurait être par principe menacé ? Cet intérêt est à la vérité d'une grande importance pour deux raisons. La première raison tient au fait que, comme le mentionne le sous-titre retenu par l'auteur, il est question de se pencher sur « les discours, les organes et les procédés juridiques » de la conservation de l'ordre constitutionnel. L'éclairage de ce point de vue sera double : revisiter le discours de l'opposition politique, celui des organes qui entendaient tempérer l'avènement de l'absolutisme au nom d'une autre tradition ; dévoiler ensuite le discours du ou des organes du pouvoir absolu en tant qu'ils se présentent comme les seules garanties d'un ordre qui construit sa tradition à mesure qu'il s'impose sans liens. La seconde raison, de loin la plus importante, et qui fait toute la valeur de ce livre, tient justement au fait que l'absolutisme monarchique éclaire et surtout explique l'absolutisme révolutionnaire (cette expression devant être entendu des différentes constitutions qui se succèdent à compter de 1791). Il y a en effet dans l'histoire de la conservation de l'ordre constitutionnel une spécificité toute française qui

transcende largement la rupture supposée de 1789 : celle du refus de voir la souveraineté freinée ou partagée, notamment parce que l'expression constitutionnelle de la souveraineté en France, qu'elle soit celle des rois ou des organes constitués, se manifeste par un absolutisme législatif. La Révolution a transféré la simple titulature de la souveraineté : elle se refusait à repenser la souveraineté elle-même, dotée des mêmes attributs même si c'était au profit de la nation et/ou d'un peuple abstrait. L'absoluité de la souveraineté à la française constitue, si l'on peut se permettre cette expression, le fil conducteur de l'ouvrage. Il opte logiquement pour un plan chronologique en trois parties afin de nous dévoiler la façon dont cet absolutisme, immuable, puise les arguments de sa légitimité aux sources d'un ordre constitutionnel qui, lui, ne cesse d'être changeant en l'espace de trois siècles.

I - La première partie de l'ouvrage court logiquement jusqu'à la fin du XVI^e siècle. Il s'agit en effet, dans un premier temps, pour l'auteur, de planter le décor constitutionnel de ce qu'il appelle curieusement, ou précieusement, « la monarchie *de* France ». Si le mot Constitution, dans son sens actuel, n'existe pas en effet avant l'époque de Bossuet, rien n'interdit d'aller chercher la chose avant le mot. C'est ce que fait un premier chapitre (« L'ordre constitutionnel de la monarchie de France ») qui revient sur la constitution coutumière de la monarchie telle qu'elle s'est dégagée empiriquement des trois siècles qui ont précédé ce que nous appelons communément l'Ancien Régime. Il existe bien un ordre constitutif à cette monarchie. Sa principale caractéristique serait d'être tempérée sans être pour autant mixte. En effet, si l'origine et la légitimité des rois tiennent au sacre et au mystère de la religion, la royauté est encadrée. D'une part le monarque est contraint au respect de la religion et de la tradition, ayant des comptes à rendre à Dieu de son règne en vue du commun profit et/ou du salut de ses sujets. D'autre part et par voie de conséquence, la monarchie est obligée au règne de la justice. Parce qu'il est débiteur de justice, le roi doit savoir s'entourer de conseils (depuis les États généraux jusqu'aux conseillers de parlement) afin que sa volonté ne soit pas surprise. Autant de principes que l'auteur rappelle d'emblée dans les développements d'une première section (« le mystère de la monarchie absolue tempérée » p. 26 s.) et qui auraient peut être gagnés à être groupés avec ceux qu'il consacre aux lois fondamentales dans une troisième section (sous le titre un peu fasciné de « trésor constitutionnel de l'ancienne France » p. 59 s.). Les historiens du droit ne seront pas surpris du traitement réservé à ces lois fondamentales, à commencer par celles relatives aux règles de dévolution de la couronne où à l'inaliénabilité du domaine etc. sujet mainte fois étudié, même si l'auteur, qui entend déborder le seul pouvoir royal afin d'élargir la notion de constitution à l'ensemble de l'ordre social, y intègre ce qu'il appelle « la nature organiciste de la

société », l'ordre naturel et divin et, en toute logique, le culte de la tradition. On pourrait faire ici reproche à l'auteur de ne pas tenir suffisamment à distance son objet et de se laisser parfois emporter par sa description en quelque sorte trop élogieuse d'un ordre fondé sur la religion. Le lecteur, qui peut tenir la légitimité religieuse pour un système de représentation parmi d'autres, qui en un mot tient la foi pour relative dans le champ des sciences sociales, éprouve quelque embarras à lire notamment que « la tradition est le doigt de la Providence » (p. 80) où que l'ordre du monde serait « un perpétuel présent, reflet déformé de l'éternité divine à laquelle tous prennent soin de se préparer » (*id.*). Toujours est-il que l'idée d'une monarchie tempérée, d'une douce autorité, convainc. Notamment dans les passages que ce premier chapitre consacre au rôle du ou des parlements comme gardiens de la tradition constitutionnelle de gouvernement par conseil (p. 36 s.). Ce qui pourrait être une simple formalité – la publication et la vérification des lois – conduit les parlements, à commencer par celui de Paris, en tant que démembrement de l'ancienne *curia regis*, à exercer, en outre d'un contrôle formel, un contrôle matériel négocié avec le roi : les lois doivent se conformer à l'idéal de justice, à la droite raison, au bien commun. Le lit de justice, de ce point de vue, avant que d'être perçu comme la manifestation d'un conflit entre organes au sein de l'État, traduirait la symbiose d'un pouvoir constitué par le roi *et* son conseil.

C'est cette tradition, cette constitution coutumière que viennent remettre en cause les guerres de religion. Elles aboutissent effectivement « au renforcement de l'État » (chapitre II, p. 85 s.) dans la mesure où, pour remédier à la déchirure profonde du tissu social, ce dernier assoit une domination nouvelle – qui rompt avec le *regimen* médiéval – dans le but de faire tenir les hommes entre eux. On s'étonnera ici de l'ordre retenu par l'auteur pour traiter de l'avènement de la raison d'État. Les idées monarchomaques, en réaction à un crime qu'elles imputent à la monarchie, ne viennent que dans un second temps (section II, p. 126 s. et section III, p. 140 s.) alors qu'elles inaugurent, au moins chronologiquement, la remise en cause profonde du pouvoir traditionnel qui ne cessera dès lors de travailler la monarchie jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Le lecteur portera une attention toute particulière aux développements particulièrement riches, fondés sur des sources de première main, consacrés au tyrannicide et aux théories contractuelles du pouvoir, qu'elles soient celles des protestants ou de la Ligue, tout particulièrement à l'occasion des seconds États généraux de Blois en 1588. De façon plus anhistorique, l'auteur consacre les premières pages de son second chapitre (p. 86 s.) à rendre compte, précisément, de la mutation profonde du pouvoir. Une formule en résume le principe : la royauté traditionnelle s'étatise tout au long du XVI^e siècle, et tout particulièrement passé 1572. L'État « de domination », comme l'appelle l'auteur, souffre de moins en moins le consentement des corps ou des organes sur lesquels il aimait prendre appui en vu

d'exercer une puissance consentie. En réaction (p. 94 s.), le ou les Parlements commencent effectivement à tenir le discours de l'opposition à l'avènement de la raison d'État ; soit qu'ils rappellent aux monarques que ses « lois » doivent se couler dans un ordre préexistant dont ils dessinent par là-même les contours ; soient qu'ils commencent à bâtir sur leur compte une histoire légendaire pour plaider un pouvoir tempéré (cf. les pages relatives aux écrits de la Roche Flavin, arguant que le Parlement serait aussi vieux que la monarchie, p. 106 s.).

II – La seconde partie de l'ouvrage est toute entière consacrée au paradoxe d'un triomphe en trompe l'œil de l'État monarchique. Le triomphe, qui est l'objet du chapitre 1^{er} (p. 165 s.), revient longuement sur l'avènement de ce que les historiens nomment par commodité la « monarchie administrative ». La théorie de la souveraineté législative, forgée par Bodin et Le Bret, bénéficie effectivement d'abord à l'État, un État qui exige l'obéissance avant le consentement, à commencer par l'obéissance de l'Église qui doit être dans l'État. Avec la théorie du droit divin, et comme l'avait déjà magnifiquement démontré M.-F. Renoux-Zagamé, l'État se clôt sur lui-même (p. 186 s.). La monarchie « décisionniste » déploie alors toute son autorité (p. 200 s.) en cantonnant les parlements à un rôle judiciaire comme en témoigne la réaction particulièrement ferme de Louis XIII qui défend aux magistrats de se mêler des affaires d'État. De ce point de vue, l'ouvrage défend la thèse de rois fossoyeurs de la tradition constitutionnelle, exception faite, curieusement, de Louis XV, dont les lits de justice ne sont pourtant pas la manifestation d'une autorité tempérée. Un paragraphe (p. 215 s.) relatif à ce que l'auteur appelle « la naissance de l'État cartésien » aurait gagné à être beaucoup plus nuancé. D'abord parce qu'il prend appui sur une bibliographie étonnante pour un ouvrage de cette qualité. Pouvait-on traiter d'un sujet aussi important que l'avènement du cartésianisme à partir d'auteurs qui lui sont résolument hostiles et qui, pour certains d'entre eux (tel Jacques Maritain), relèvent du catholicisme fin de siècle ? En élargissant ses lectures à d'authentiques spécialistes de la philosophie cartésienne et à des auteurs versés dans l'étude du XVII^e siècle, l'auteur s'épargnerait quelques naïvetés qui relèvent malheureusement du jugement de valeur (ainsi p. 218-219 du « mythe du progrès » confrontée à « l'éternité divine » qui, elle, serait donc supposée vraie...).

Cet avènement contesté de l'État monarchique, bien connu des publicistes et des historiens, est ici raconté non sous un jour nouveau mais de façon partiellement inédite tant l'auteur prend plaisir à citer les auteurs nombreux (et parfois oubliés) et les très nombreuses remontrances et/ou harangues sur lesquelles se fondent ses développements. Tout particulièrement dans un second chapitre (p. 222 s.) relatif à la contestation, par les parlements, de la monarchie

absolue. Il faut lire attentivement ces pages où des parlementaires ou des avocats rodent en quelque sorte des théories constitutionnelles qui triompheront en 1789, à commencer par celles que développent des contractualistes d'ordinaire sous-estimés (par exemple Claude Mey et Gabriel Maulrot et leurs *Maximes de droit public* de 1772 figurent ici à leur juste place et valeur p. 315 s.).

III – Un des intérêts majeurs de l'ouvrage est de prolonger l'étude de la conservation de l'ordre constitutionnel après, précisément, la destruction supposée de la monarchie absolue (troisième partie, p. 332 s.). Si la conservation de cet ordre semble impossible pour la décennie révolutionnaire (chapitre I, p. 333 s.), n'est-ce pas pour cette raison, peut-être un peu mésestimée par l'auteur, que la souveraineté nationale présente les mêmes caractéristiques que l'ancienne souveraineté royale ? La constitution voulue par la nation est réputée parfaite et, partant, insusceptible de tout contrôle. La loi comme expression de la volonté générale ne saurait errer. Mais si elle s'impose sans contrôle, n'est-ce pas parce que, depuis Bodin, personne ne songe à remettre en cause l'idée selon laquelle elle est la première marque de la souveraineté ? Dans leur propension à vouloir agencer les organes et les fonctions de façon à ce que le pouvoir tende toujours au maintien de la liberté, les révolutionnaires se désintéressent du contrôle juridictionnel des actes des pouvoirs constitués. Ils y répugnent même comme en témoigne le funeste sort réservé au judiciaire, ravalé au rang d'autorité sans pouvoir (p. 355 s.). L'auteur insiste à juste titre sur l'influence ici quasi nulle de Montesquieu sur l'agencement constitutionnel de la Révolution. Le judiciaire est séparé de Louis XVI dans le dessein d'effacer jusqu'au souvenir de la souveraineté judiciaire des rois et parce que les Constituants se défient du rôle majeur qu'avaient pu jouer les parlements dans la contestation de l'ordre établi. Pour près de deux siècles, la Révolution dresse un mûr entre les juges et le contrôle de la loi (p. 365 s.). A défaut d'un organe juridictionnel, la conservation de l'ordre constitutionnel peut-il être le fait d'un organe politique ? C'était le projet des monarchiens au sujet duquel l'ouvrage consacre quelques unes de ses meilleures pages (p. 385 s.). Soucieux de concilier l'héritage historique et la nouveauté constitutionnelle, ils envisagent de conférer au roi un veto absolu, afin d'éviter que la séparation des pouvoirs ne vire à la lutte et à la destruction des pouvoirs. Il s'agit en un mot « d'établir un point d'union entre le législatif et l'exécutif », idée qui fera cruellement défaut à la décennie révolutionnaire et que les régimes suivants reprendront à leur compte en confiant, notamment, l'initiative de la loi au chef de l'État. Parallèlement, les monarchiens plaident le bicaméralisme comme moyen de conserver la Constitution. Un Sénat conservateur, composé de propriétaires, doit permettre à la volonté nationale de ne pas être surprise et à la Constitution de s'inscrire dans le temps. Par une ironie

dont l'histoire a le secret, Sièyes tient en échec ce projet alors qu'il échoue lui-même à imposer son jury constitutionnaire de 108 membres en l'an III (p. 397 s.). Ces projets ne furent pas vains, puisqu'ils trouvent leur concrétisation sous les deux régimes napoléonien avec l'institution d'un Sénat conçu comme gardien du pacte fondamental (p. 407 s. et p. 431 s.). Bonaparte, qui ne voulait pas se laisser enfermer dans le rôle de Grand Électeur que prévoyait Sieyès en 1799, instaure un Sénat sur le modèle d'un collège de conservateurs. Certes ce Sénat va être domestiqué ; il retaille la Constitution consulaire à la mesure des ambitions de l'Empereur. Mais l'auteur a raison d'insister sur le fait que les sénats sont en quelque sorte les conservateurs de l'ordre constitutionnel impérial, dont ils retravaillent sans cesse l'architecture pour tenter d'inscrire dans le temps la quatrième dynastie. Toujours est-il que les particuliers ne trouvent toujours pas de juges pour la préservation de leurs droits contre un ordre constitutionnel potentiellement oppressif. Ils faillirent en trouver en la personne des juges judiciaires sous les monarchies censitaires lorsque Cours royales et Cour de cassation acceptent de contrôler la conformité de certaines ordonnances royales aux Chartes (p. 424 s.). Les développements qu'y consacre l'auteur retiendront toute l'attention du lecteur à une époque où le judiciaire, par l'intermédiaire de la QPC, a été érigé en juge indirect de la constitutionnalité des lois (filtrer est interpréter, ou à tout le moins préjuger la conformité des textes à la Constitution). Lorsque l'autorité judiciaire décide d'écarter, à compter du règne de Charles X notamment, des ordonnances royales au motif qu'elles ne seraient pas conformes à la Constitution, elle livre de la Charte une lecture qui s'inscrit dans la tradition révolutionnaire et/ou libérale : le roi n'est que pouvoir constitué et sa compétence est liée ; il ne peut faire d'ordonnances qu'en application des lois, sans jamais pouvoir les suspendre comme prendra soin de le préciser la Charte dite révisée de 1830. Humilié, rabaissé politiquement, le judiciaire prenait ici, en quelque sorte, sa revanche. Elle sera de courte durée dans la mesure où le second césarisme ramènera les juges dans les bornes d'une autorité sans pouvoir.

Grégoire Bigot

Professeur d'histoire du droit de l'Université de Nantes et Membre junior de l'Institut Universitaire de France.