



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master d'Histoire du Droit (mention droit public)
Dirigé par M. le Professeur ROUMY
2021**

***L'ordre ou la liberté : l'instrumentalisation par la
doctrine du contrôle de constitutionnalité devant
le juge judiciaire
(1814-1848)***

Lucie Boulangé

Sous la direction de M. le Professeur MERGEY



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

L'ORDRE OU LA LIBERTÉ :
L'INSTRUMENTALISATION PAR LA DOCTRINE
DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ
DEVANT LE JUGE JUDICIAIRE
(1814-1848)



« Levez le siège, polissons ! », C.J. TRAVIÈS, Becquet, Aubert, 1832, Illustration de périodique « La Caricature » N°87, Lithographie, Maison de Balzac

Lucie Boulangé

Mémoire de Master 2 – Histoire du droit

Sous la direction de Monsieur le Professeur Anthony MERGEY

2020-2021

« L'université Panthéon-Assas (Paris II) n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions contenues dans les mémoires, lesquelles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs. »

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Anthony MERGEY d'avoir accepté de diriger mon mémoire. Je lui suis particulièrement reconnaissante de la confiance qu'il a placée dans mes idées, m'ayant permis de bénéficier d'une autonomie de pensée et d'une grande liberté dans la réalisation de ce mémoire. Sans elles, la finalité d'un tel cheminement intellectuel m'aurait paru perdre de sa saveur et de son intérêt. Je le remercie pour la hauteur de ses attentes, qui m'ont communiqué la volonté de dépasser les obstacles auxquels j'ai fait face, et de tendre vers un constant perfectionnement. Enfin, je le remercie pour sa bienveillance et sa pédagogie, qui tant dans le cadre de ses cours à l'Université que dans celui de ce travail, m'ont sans cesse profondément inspirée.

Je remercie singulièrement Monsieur le Professeur François SAINT-BONNET d'être suffragant dans le jury qui se prononcera sur ce mémoire. Les discussions que j'ai eu la chance de pouvoir partager avec lui, lors des séminaires dispensés par lui à la faculté, mais également lors de la quête de mon sujet de mémoire, furent la source d'un enrichissement considérable.

Je ne saurais manquer d'exprimer ma profonde gratitude à Monsieur Louis TERRACOL, doctorant en histoire du droit à l'Institut Michel Villey (Université Panthéon-Assas), pour ses conseils et sa disponibilité. Sa joie de vivre, son humanité et son enthousiasme dans son travail, traduits dans l'échange qu'il souhaite entretenir avec la future génération de chercheurs et d'acteurs du monde juridique, se sont révélés particulièrement stimulants tout au long de mes recherches.

J'adresse mes sincères remerciements à l'ensemble des professeurs du Master 2 d'Histoire du Droit pour la richesse de leurs enseignements, ainsi qu'à mes compagnons de labeur, notamment Cécile, Sara, Jan, Victor, Guilhem, Amaury et Victoire, pour nos échanges et notre émulation réciproque.

Enfin, je remercie ma famille et mes proches pour la constance de leurs encouragements.

J'espère que la modeste pierre ici apportée à l'édifice immense de la recherche en Histoire du Droit pourra leur témoigner de ma reconnaissance, et les assurer du bien-fondé de la confiance dont ils m'ont honorée.

SOMMAIRE

Remerciements	3
Sommaire	4
Introduction	5
Première partie - Le contrôle de constitutionnalité comme arme à l'appui d'un conflit de légitimité	31
CHAPITRE I - PROMOUVOIR UN CONTRÔLE DIRECT PAR LE JUGE JUDICIAIRE : UNE VOLONTÉ D'INTERPRÉTATION LIBÉRALE DU RÉGIME.....	32
<i>Section I - Un objectif : l'ordre par la liberté</i>	32
<i>Section II - Une méthode : écarter l'application d'un acte réputé inexistant</i>	44
CHAPITRE II - PRÉFÉRER UN CONTRÔLE INDIRECT, NON-JURIDICTIONNEL : UNE VOLONTÉ D'INTERPRÉTATION CONSERVATRICE DU RÉGIME.....	55
<i>Section I - Un objectif : la liberté par l'ordre</i>	55
<i>Section II - Renforcer la légitimité d'un roi « inviolable et sacré » par des mécanismes indirects de défense de la Charte</i>	66
Seconde Partie - Le contrôle de constitutionnalité comme tentative d'apporter une résolution juridique à une crise constitutionnelle	80
CHAPITRE I - PENSER LE CONTRÔLE COMME ÉLÉMENT D'ANCRAGE D'UN JUGE JUDICIAIRE GARDIEN NATUREL DES LIBERTÉS ET ARTISAN DE L'ORDRE	81
<i>Section I - Le contrôle de la « légalité fondamentale » : une attribution naturelle du juge judiciaire ?</i>	81
<i>Section II - L'indépendance du juge judiciaire : source et finalité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité</i>	90
CHAPITRE II - ABANDONNER LE COMPROMIS : L'ÉCHEC DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ COMME POINT D'ÉQUILIBRE DU RÉGIME	101
<i>Section I - L'incompatibilité des représentations idéologiques nationales avec un contrôle juridictionnel de constitutionnalité</i>	102
<i>Section II - L'attachement à une vision subjective de la souveraineté, impasse à la modération politique</i>	116
Conclusion	126
Sources	128
Bibliographie	130
Annexe	133

INTRODUCTION

« Le roi, la Charte, le progrès, si vous voulez, tant que vous voudrez, mais par les moyens constitutionnels, et non par les émeutes, la guerre civile et tous les malheurs de l'anarchie. »
Dupin aîné, le 9 janvier 1834¹

Les multiples facettes et débats auréolant la première moitié du XIXe siècle rendent l'étude de cette période complexe. Si ce que l'on entend souvent est une recherche de modération par une conciliation entre tradition monarchique et acquis révolutionnaires, la réalité est celle d'une époque déchirée, presque inévitablement, entre ces deux pôles inconciliables.

Le laconisme du texte de 1814, comme celui de 1830, laisse libre cours aux interprétations, diverses voire contradictoires. Elles aggravent la difficulté à comprendre la vocation et la nature de ces écrits, et par extension, celles du régime lui-même. Ordre et liberté, au sortir de vingt-cinq ans de luttes quasi constantes, forment l'objectif commun, la citation de Dupin aîné en témoigne. Mais ordre par la liberté, liberté par l'ordre ? La tension entre ces deux impératifs ouvre une multitude de configurations possibles et de degrés permettant d'atteindre un équilibre qui pourtant ne se réalise pas, ni sous la Restauration, ni sous la monarchie de Juillet.

Les antagonismes, trop marqués, condamnent à la frustration les défenseurs les plus radicaux de chacun des « camps » (royalistes et républicains) et le libéralisme, que l'on retrouve pourtant de toutes parts, peine à trouver un point d'ancrage dans une société où l'apaisement ne semble pouvoir contenter les esprits.

Face aux libéraux, les tenants d'un conservatisme revitalisé par le sentiment que l'ère des révolutions a pris fin pour laisser place à une réelle « révolution » au sens

¹ A-M. DUPIN, *Révolution de Juillet 1830 : caractère légal et politique du nouvel établissement fondé par la Charte constitutionnelle de 1830*, 3e éd, Paris, Everat, 1835, p.17

V° « Dupin », *Nouvelle Biographie générale*, sous la dir. de J-C-F. HOEFER, Paris, Firmin Didot frères etc., 1852-1866, vol. 15, p.307 : « Ne laissant jamais échapper l'occasion de provoquer une amélioration des libertés publiques. » ; V° « Dupin », F. BRAMI, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, *op.cit.*, p. 280-283 : « La carrière de Dupin aîné est celle d'un brillant jurisconsulte : doyen de tous les docteurs en droit depuis 1806, bâtonnier de l'ordre en 1829, surtout, procureur général près la Cour de cassation de 1830 à 1852, puis de 1857 à 1865 [...]. Il semble impossible d'épuiser ses différentes fonctions qui dépassent le cadre juridique [...] aussi régulièrement désigné par les électeurs de ce département [la Nièvre] à la Chambre des députés [...] il est président de la Chambre des députés de 1832 à 1840 [...] ». Avocat libéral célèbre, il fit parti de l'opposition libérale modérée sous la Restauration et chef du Tiers-parti sous la monarchie de Juillet.

d'un retour à l'avant-1789, occupent une place incontestable dans le débat politique et dans la doctrine juridique. Cette situation de constante opposition idéologique exacerbe l'instabilité d'un régime à vocation de compromis – la monarchie constitutionnelle – qui peine à s'installer durablement.

L'opinion de Dupin aîné, largement partagée par les penseurs du temps, est limpide : faire cesser les troubles et entériner la liberté, en un mot, trouver le chemin de la modération qui permettrait de faire cohabiter « le roi, la Charte, le progrès ». Toute la difficulté se trouve dans la détermination du procédé afin de parvenir à cet objectif. Dupin insiste sur ce point : cet équilibre doit être trouvé « par les moyens constitutionnels ».

C'est au cœur d'une réflexion de la doctrine menée en réaction aux tentatives du juge judiciaire d'exercer un contrôle de constitutionnalité que l'on trouve les germes d'un élément de réponse. Et si le point d'équilibre du régime se trouvait dans cet examen ? Ses modalités, son étendue, ses effets, tous varient en fonction de la finalité, juridique mais aussi politique, que les auteurs entendent lui attacher.

Revenons tout d'abord sur la définition de ce que nous entendons ici par contrôle de constitutionnalité. Une réflexion d'Alain Laquière² mérite selon nous d'être soulignée avant d'entamer le traitement d'un sujet comme le nôtre :

« Outre le risque d'un anachronisme non maîtrisé, une recherche historique comme celle qui doit être menée ici soulève de nombreuses difficultés : elle nécessite d'abord de prendre en compte aussi bien l'histoire des représentations constitutionnelles que celle des faits constitutionnels, qui ne se déroulent pas au même rythme et qui ne se comprennent pas forcément l'une par l'autre, tant il est vrai que "Les hommes font les constitutions, mais ils ne savent pas les constitutions qu'ils font" (P. Avril) ».

Il est vrai, sauf à basculer dans l'anachronisme, que parler de « contrôle de constitutionnalité » concernant la période 1814-1848 peut paraître erroné, si l'on se réfère à sa définition contemporaine. Le *Dictionnaire juridique*, dirigé par Catherine Puigelier aux éditions Bruylant (3^e éd., 2020), le définit succinctement comme suit :

« Contrôle de conformité à la Constitution *lato sensu* des lois et des règlements des assemblées parlementaires, réalisé par le Conseil constitutionnel. »³

² Dans sa thèse sur les origines du « parlementarisme », sur la même période. A. LAQUIÈRE, *Les origines du régime parlementaire en France, 1814-1848*, Paris, PUF, 2002, p. 5

³ C. PUIGELIER V° « Contrôle de constitutionnalité », *Dictionnaire juridique*, sous la dir. de C. PUIGELIER, Paris, Bruylant 3^e éd, 2020, p. 291

Cette courte définition, posant des conditions strictes tant du point de vue de la norme contrôlée que de la norme de référence, mais aussi de l'organe de contrôle, n'a pourtant rien d'étonnant d'un point de vue positiviste. Comment prétendre parler de contrôle de constitutionnalité sans « Constitution » à laquelle se référer (mais une « Charte »), sans Conseil constitutionnel pour contrôler (mais un juge judiciaire), et, au surplus, en dépassant le contrôle des seuls « lois et règlements des assemblées parlementaires » (en considérant, par exemple, des ordonnances royales et des décrets impériaux) ?

En réalité, une autre approche permet d'envisager la définition du contrôle de constitutionnalité de deux façons. D'un côté, si l'on adopte un point de vue juridique du contrôle de constitutionnalité, on se rapproche alors de la définition précitée du *Dictionnaire juridique*. Le contrôle peut alors s'expliquer comme la fonction dévolue à un organe constitutionnel qui peut être juridictionnel ou non, et assure la conformité des lois à une norme supérieure qui fait partie du même ordre juridique, la Constitution⁴. D'un autre côté, il peut s'agir d'une définition idéologique du contrôle, qui s'envisage alors comme un système destiné à assurer la conformité à un ordre supérieur, des actes créateurs de droit pris par un souverain.

Il convient d'écarter de notre étude, sans les omettre, les premières traces d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, au regard de ces critères : on peut les entrevoir dès l'Ancien Régime dans l'action des Parlements, puis de façon épisodique et quelque peu hasardeuse entre 1789 et 1814⁵.

La définition « idéologique », qu'il convient de retenir pour une étude historique comme la nôtre, emporte trois constats. D'une part, le cadre posé est particulièrement large : peu importe que les actes objets du contrôle soient adoptés par une assemblée délibérante ou un organe unique, qu'ils soient généraux, impersonnels et permanents ou au contraire qu'ils soient personnels et circonstanciels (pour cette étude, nous retiendrons les ordonnances royales, les décrets impériaux, la loi ancienne et la loi nouvelle)⁶. D'autre part, le point de savoir si le corps de règles supérieures appartient au même ordre juridique que les normes inférieures n'est pas non plus un critère déterminant. Ce qui importe, c'est que ce

⁴ Cette définition est déjà heureusement plus large, car elle permet d'envisager le contrôle au-delà de nos frontières françaises, et d'élargir ne serait-ce qu'un peu la période qu'elle peut couvrir également. Mais, il est encore impossible d'y faire entrer les données de l'équation qui se présente à nous au début du XIXe siècle.

⁵ J.-L. MESTRE, « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « L'histoire du contrôle de constitutionnalité », n° 28, 2010 ; J.-L. MESTRE « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », *Administration et droit*. Textes réunis par François Burdeau, Paris, LGDJ, 1996, p. 122-133

⁶ Cf. *infra* p. 19

corps de règles supérieures s'analyse comme un ensemble de principes fondamentaux qui sont intangibles, permanents, et s'applique à une société politique donnée. Eu égard à cette définition, il est donc possible d'envisager un contrôle de la « chartabilité » des actes susvisés, que nous appellerons, par volonté simplificatrice mais également didactique, contrôle de constitutionnalité⁷.

La citation d'Alain Laquièze souligne également, avec intérêt, un second écueil possible, souvent rencontré dans l'histoire constitutionnelle, particulièrement en ce début de XIXe siècle. Il peut être source soit d'erreur, soit de révélation. C'est la question des « faits constitutionnels ». Il est clair et incontestable que le contrôle de constitutionnalité, y compris comme on vient de le définir afin d'éviter tout anachronisme, n'est pas prévu dans la Charte constitutionnelle en 1814, pas plus dans sa version de 1830. Certes, certains articles font pressentir la nécessité d'un tel contrôle : on pense notamment aux articles 68 (Charte 1814) et 59, 70 (Charte 1830) qui confirment l'effectivité des lois antérieures *sous réserve* de leur conformité à la Charte. Mais rien n'est dit des modalités d'une telle vérification, d'un tel *contrôle*. Pourtant, si la doctrine se tourne vers cette question au début du XIXe siècle, ce n'est pas de façon purement abstraite : en effet, elle part de l'observation d'un contrôle, que l'on pourrait qualifier de « sauvage » puisqu'il se fait en marge des prévisions juridiques, exercé à demi-mots, du moins tenté, par le juge judiciaire. Cet examen prend pour référence la Charte et concerne différents types d'actes. C'est d'ailleurs dans le prolongement d'une étude déjà approfondie de ce phénomène, réalisée notamment par Jean-Louis Mestre⁸, que nous avons jugé pertinent d'analyser la perception de cette activité par la doctrine et les réflexions générales sur l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité qui en sont l'aboutissement. Ainsi, bien qu'en marge de la Charte et irrégulier, le contrôle de constitutionnalité entre 1814-1848 est un fait, une pratique des juges (notamment des cours et tribunaux inférieurs) qu'il serait regrettable de mettre de côté.

Enfin, cette citation nous permet d'ores et déjà de souligner la mission « révélatrice », que la doctrine tente d'assigner au contrôle de constitutionnalité. Si les Hommes « ne savent pas les constitutions qu'ils font », ils vont par le biais de l'observation, de la critique et de la conceptualisation d'un contrôle de

⁷ En effet, si la Charte ne porte pas le nom de « Constitution », c'est essentiellement au regard d'arguments politiques. On y retrouve la matière constitutionnelle – organisation des pouvoirs publics et protection des droits et libertés, et par ailleurs elle se targue elle-même d'être « constitutionnelle » pour ne pas rompre totalement avec l'héritage révolutionnaire. La question de sa *fondamentalité* est autre, et nous y reviendrons.

⁸ Cf. *infra*, p. 18-26

constitutionnalité chercher à la découvrir, et même plus, à la faire comprendre dans le sens qui leur est politiquement favorable.

C'est pourquoi l'on a choisi de parler d'instrumentalisation : un regard, bien qu'il soit celui d'un juriste, ne saurait être parfaitement innocent. L'enjeu d'un tel sujet est donc bien de mettre en lumière le lien entre les réflexions sur le principe et les modalités d'un contrôle de constitutionnalité, et la volonté d'interprétation de la Charte, et même du régime, propre à chaque auteur.

Un aparté sur ce que regroupe et implique le terme de « doctrine » nous semble nécessaire. Nous écartons d'emblée le débat sur sa valeur normative, qui importe peu au regard de notre étude : les écrits et débats doctrinaux objets de nos travaux sont envisagés sous l'angle de la réflexion scientifique sur la naissance et les prémices du contrôle de constitutionnalité. Il est évident dès lors, que ces écrits ne forment pas de règle de droit (et n'ont d'ailleurs aucune prétention à le faire).

Dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, V^o « Doctrine »⁹, le Professeur Olivier Beaud lui donne trois significations. Pour les deux premières, il se réfère au doyen Carbonnier : le mot doctrine ferait à la fois référence aux ouvrages juridiques (contenant) ainsi qu'aux opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages (contenu). Olivier Beaud y ajoute une troisième signification, celle de « *science du droit* ou de *pensée juridique* ». Ainsi, la doctrine serait « l'organe de la science du droit » (Bonnecase). Le Professeur souligne ensuite que les deux notions seraient aujourd'hui devenues antagoniques : « La science du droit, "malgré un rapport à son objet initialement assez ambigu, entend se placer en dehors du droit, tandis que [la doctrine] entend, au contraire, s'impliquer délibérément en lui" (E. Picard, p. 123) ». Ainsi, on peut souligner la volonté et la capacité de la doctrine à influencer sur le droit positif. Les réflexions de nos auteurs sur le contrôle de constitutionnalité prennent donc un potentiel bien plus concret.

Olivier Beaud complète ensuite sa définition en choisissant de présenter la doctrine et la liberté comme un « couple indissoluble ». Il est difficile de garantir l'indépendance politique des auteurs : c'est pourquoi le corollaire de la liberté d'exprimer des opinions teintées politiquement - plus ou moins discrètement -, réside dans la liberté de critiquer ces opinions et d'émettre des avis contraires. En ce sens, la confrontation de la pensée d'auteurs provenant de différentes mouvances politiques permet de mieux faire le lien entre convictions politiques et pensée

⁹ O. BEAUD, V^o « Doctrine », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, PUF, 2003, p. 386

juridique, afin soit d'épurer les secondes des premières, soit, dans notre cas, de s'intéresser à cette relation et d'en tirer les conséquences.

La finalité du contrôle de constitutionnalité, matérialisée par la volonté de faire respecter la Charte, dépend intrinsèquement de son contenu. Il convient donc de s'intéresser « aux » Chartes. Que cherche-t-on à protéger, par le biais de leur défense ? Ce qui différencie « les » Chartes, de la façon la plus profonde, est la source de leur légitimité : cette distinction est lourde de conséquences quant à leur valeur, et même, à leur nature, question déterminante eu égard à notre sujet.

La Charte de 1814 dite « octroyée », fut un terreau particulièrement propice aux désaccords doctrinaux. Les arguments sont connus¹⁰ : soit il s'agit d'une concession purement arbitraire du roi, Louis XVIII, soit il s'agit d'un contrat formé entre la Nation et le monarque. Si la seconde conception gagna en popularité à l'aune de la Révolution de Juillet, notamment pour justifier la « légalité » de cette insurrection au regard de la rupture alléguée de ce « pacte d'alliance », la première semble la plus proche de la réalité juridique c'est-à-dire de la lettre comme de l'esprit de la Charte de 1814.

Dès le 2 mai 1814, la déclaration de Saint-Ouen manifeste avec clarté les intentions de Louis XVIII à l'égard de la future Charte : si ce dernier était prêt à accepter le projet de Constitution sénatoriale jusqu'ici, c'est uniquement car il la pensait condition *sine qua non* du retour de la monarchie et des Bourbons à la tête de la France. Quand il comprend que son accession au trône est actée, il s'empresse de renverser la logique consignée dans le texte du 6 avril 1814. Se plaçant d'emblée comme le digne successeur des monarques de droit divin d'Ancien Régime (« LOUIS, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre »¹¹) la Charte, octroyée par lui, loin d'être un traité d'alliance entre lui et la Nation, est destinée à être une concession, arbitraire et unilatérale. « La déclaration de Saint Ouen n'était pas seulement l'annonce de la mise en chantier d'un nouveau texte constitutionnel. Elle déterminait aussi une philosophie politique conservatrice, assurant par-là même au monarque une suprématie indéniable, dont la Charte devait fortement s'inspirer » précise A. Laquière dans sa thèse sur les origines du parlementarisme¹². Le futur monarque s'empresse cependant d'ajouter une liste de principes libéraux présents dans le

¹⁰ In P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible : Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, Fayard, 1994, p. 198

¹¹ Louis XVIII, *Déclaration de Saint-Ouen*, 2 mai 1814 in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.*, p.198

¹² A. LAQUIÈRE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, op.cit., p. 39

projet de Constitution sénatoriale, et qui doivent figurer dans la Charte : cela démontre dès l'origine, l'ambiguïté des fondements politiques du régime.

Sur la rédaction de la Charte de 1814, nous nous astreindrons à souligner deux éléments. D'une part, l'empressement particulier dans cette entreprise, dû aux pressions des puissances étrangères occupant alors le territoire français et à la volonté de rétablir l'ordre au plus vite au niveau interne¹³. D'autre part, l'influence incontestable de la volonté royale, décelable à la fois dans le choix de la composition des commissions de rédaction (Louis XVII a privilégié des royalistes, tels que Montesquiou, Dambray, Ferrand, Beugnot « franchement partisans d'une monarchie ancrée dans la tradition »¹⁴. Il a souhaité faire apparaître une certaine diversité en nommant par exemple Boissy d'Anglas, Barthélémy, Pastoret : mais ceux-là-mêmes sont modérés et « inoffensifs »), mais aussi dans le fait que certaines questions aient été discutées et décidées en dehors de ces commissions, le « roi étant dans son Conseil » si l'on veut¹⁵.

Les débats sur les modalités d'adoption et la dénomination de la Charte de 1814 sont particulièrement révélateurs des velléités d'interprétation conservatrice des concepteurs de ce texte. Le rapport Beugnot n'hésite pas à vanter les mérites de la proposition de Dambray, chancelier : plutôt que de passer par la convocation de collèges électoraux, l'approbation « populaire » de la Charte se fera sur simple présentation aux chambres de ce texte. La formule du rapport est, à cet égard, significative, et mérite d'être soulignée : « Le plan proposé par M. le Chancelier *a ce rare et très rare mérite d'absorber la Révolution dans la monarchie* ; tout ce qu'on oppose à ce plan et qui tiendrait à faire délibérer le sénat, ou le corps législatif ou les collèges électoraux, ou les assemblées primaires *tend au contraire à absorber la monarchie dans la Révolution (...)* Le roi veut être roi de France, c'est-à-dire successeur de Saint Louis, d'Henri IV ou de Louis XIV : il ne veut pas être roi de la Révolution, c'est-à-dire venir auprès des hommes que je n'ose pas nommer »¹⁶.

¹³ Précipitation dénoncée notamment par Vitrolles et à l'origine des incertitudes latentes sur la nature du régime, car ainsi rendu propice aux interprétations les plus variées : « En d'autres temps, on n'avait pas mis autant de légèreté à la confection d'une loi ordinaire » Mémoires et relations politiques du baron de Vitrolles in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.*, p. 43 : On notera que cette citation est également intéressante en ce qu'elle fait transparaître une volonté de souligner la nature particulière de la Charte, par opposition à la « loi ordinaire » et une forme sous-jacente de prestige de la première sur la seconde.

¹⁴ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848, op.cit.*, p. 45

¹⁵ *Ibid.*, p. 53

¹⁶ Archives nationales, Papiers Beugnot, 40 AP7, fol. 114 à 117 in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.* p. 47

Par ailleurs, les raisons ayant motivées le rejet du terme de « Constitution », en faveur de « Charte octroyée »¹⁷ constituent la preuve éclatante d'une volonté de s'inscrire dans une logique d'Ancien Régime. L'ajout du complément « constitutionnelle » (considéré comme un « sacrifice à la faiblesse du temps » par Vitrolles¹⁸) ne saurait occulter la décision de présenter la Charte, dès son Préambule (dans sa version définitive rédigée par Beugnot¹⁹), comme étant le pur produit de la souveraineté royale, rétablie dans sa légitimité par l'effet incontestable de la « divine Providence », combinée à l'autorité de la tradition monarchique²⁰. A ce sujet, le Professeur Lauvaux écrit :

« La charte est un acte de pleine grâce du souverain attribuant un droit perpétuel, concédé "à toujours". [...] Ainsi, une Constitution octroyée réalise une *contradictio in terminis*, sauf à employer le substantif par manière de dire, comme fait d'ailleurs le préambule ("en même temps que nous reconnaissons qu'une constitution libre et monarchique" ...). D'où l'expression "Charte constitutionnelle". Le qualificatif y répond simplement à l'objet même de cette charte, ce dont s'explique suffisamment le préambule »²¹.

Enfin, le choix, hautement symbolique, de dater la Charte de la « dix-neuvième » année du règne de Louis XVIII, paraît achever d'anéantir l'espoir selon lequel ce texte serait une conciliation entre héritage d'Ancien Régime et acquis révolutionnaires (puisqu'elle semble vouloir par ce biais ignorer purement et simplement la Révolution Française). Toute prétention contraire semble alors frôler le ridicule ou, du moins, l'aveuglement obstiné.

Pourtant, l'interprétation de la Charte de 1814 en tant que « pacte solennel » unissant le roi et la Nation, gagne en popularité au fil de la Restauration, jusqu'à atteindre son paroxysme lors de la Révolution de Juillet. Comment cette vision, quasi « *contra-legem* » *a priori*, a-t-elle pu atteindre les rangs de la crédibilité constitutionnelle ?

¹⁷ Voir sur ce point P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.*, p. 49 où il cite notamment Beugnot « Le mot de Constitution suppose le concours pour établir un nouvel ordre des choses, entre le roi et les représentants, soit du peuple, soit du peuple et des grands ; et il est bien évident que rien de tel ne se rencontre ici. » - nous soulignons.)

¹⁸ P. ROSANVALLON, *loc.cit.*

¹⁹ Le projet de Préambule proposé par Fontanes (le premier), se plaçait quant à lui dans la logique d'un « pacte social ».

²⁰ « En cherchant ainsi à renouer la chaîne des temps, que de funestes écarts avaient interrompue, nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire, tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence. », nous soulignons. Préambule de la Charte de 1814.

²¹ P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », *Jus Politicum*, n° 13, 2014 ; P. LAUVAUX, « Les débats interprétatifs autour de la Charte constitutionnelle de 1814 », Colloque international organisé par le Centre de recherche Léon Duguit, Université d'Evry, *Les conflits doctrinaux du XIXe siècle – Une analyse des fondements politiques du droit*, sous la dir. de T. PASQUIET-BRIAND, 20 et 21 mai 2021

C'est la dichotomie entre forme et fond de la Charte qui a permis, de façon plus ou moins volontaire, cette dualité d'interprétations. Tandis que la forme de l'octroi tendait à satisfaire les nostalgiques de l'Ancien Régime, le fond de la Charte (les nouveaux droits garantis) encourageait les libéraux à promouvoir la thèse du compromis. Il est vrai que l'attitude même du pouvoir royal ne fut pas sans équivoque, malgré la tentative d'affirmer une ligne stricte en faveur de la souveraineté royale lors de son adoption. L'exemple le plus significatif est sans doute celui du 16 mars 1815, jour où Louis XVIII jura fidélité à la Charte, et qui devint un point d'ancrage sans pareil pour les libéraux dans leur défense du caractère synallagmatique de ce « contrat ».

Néanmoins, la doctrine de l'autorité, de la souveraineté du roi, reste difficilement contestable durant la Restauration : la loi du 22 mars 1822 va jusqu'à délictualiser²² le fait d'attaquer les « droits en vertu desquels le roi a donné la Charte » (c'est-à-dire l'origine providentielle et historique de la légitimité). L'interprétation libérale de la souveraineté royale, telle que réalisée par certains auteurs (notamment Isambert, sur l'opinion duquel on reviendra plus en détails²³), parvient cependant à concilier les deux interprétations en considérant de façon extensive, que puisque le concours entre le roi et le peuple est une caractéristique à part entière de la tradition monarchique française, il devient naturellement à nouveau un principe fondamental du régime en 1814.

Il existe un paradoxe saisissant chez ces auteurs à vouloir défendre leur thèse respective sans concession, cela pourtant sous couvert d'un prétendu « compromis » organisé par la Charte. Selon P. Rosanvallon, plus que tenter de marquer du sceau de la vérité absolue une de ces deux conceptions - en faisant ainsi un choix plus politique que juridique - c'est, en tant qu'historien, l'ambiguïté de la Restauration qu'il faut relever avant tout. L'auteur fait référence à l'opinion de Louis XVIII et parle de « fait historique ²⁴» pour qualifier ce régime, plutôt que d'une organisation politique et institutionnelle identifiable par des critères positifs et juridiques. « Elle ne s'appuie sur aucun corps de principes nettement élaborés parce qu'elle a été considérée comme une simple œuvre de circonstance, presque comme une "formalité", pour reprendre l'expression de Joseph Barthélemy », observe-t-il. Plus loin, il ajoute « en 1816 la France ne se perçoit pas encore comme entrée dans

²² P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 55

²³ F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire, ou De la nature et de la force des ordonnances*, Paris, Corrèard, 1821, p. 11

²⁴ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 60 et suivantes

Le parallèle, mais aussi le principe d'interdépendance, ainsi posé entre droit et fait, est une clé de lecture immanquable pour cette première moitié de XIXe siècle, précisément pour notre sujet.

l'ère postrévolutionnaire, dans laquelle les vrais débats constitutionnels peuvent être dissociés des affrontements sociaux et politiques » : c'est avec à l'esprit cette particularité que l'étude du contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire *via* les débats doctrinaux se révèle la plus pertinente, pour en mesurer l'utilité théorique comme pratique.

Quoi qu'il en soit, cette divergence d'interprétation de la Charte de 1814 pose problème à de nombreuses reprises durant la Restauration, notamment concernant la compréhension de l'article 14 sur les ordonnances royales. A la suite de l'immobilisme occasionné par l'impossible concertation entre les ministres et les chambres²⁵, l'Adresse du 18 mars 1830²⁶, dite « Adresse des 221 » en référence aux deux-cent vingt et un députés ayant participé à sa rédaction, témoignent la façon dont « le conflit politique s'était progressivement transformé en crise constitutionnelle »²⁷. Duvergier de Hauranne note à cet égard : « [...] entre ceux qui disaient que le dernier mot appartenait au roi par droit de naissance et ceux qui disaient qu'il devait appartenir à la chambre en premier ressort, en appel au pays consulté par le roi, il n'y avait pas de transaction possible »²⁸. La réponse du roi Charles X à ce discours l'invitant à revoir ses choix politiques (et de façon indirecte à renvoyer le ministère Polignac), qu'il prend comme une injure à sa majesté malgré les marques de respect employées, ne se fait point attendre. Il choisit de dissoudre la Chambre des députés, mais le succès sans pareil des libéraux aux élections suivantes confirme et renforce la logique ainsi que la gravité de l'Adresse. Pour la *Gazette de France*, journal ouvertement royaliste depuis le début de la Restauration, le 24 juillet 1830 « L'offensive est le seul parti possible » pour restaurer l'autorité du monarque et de « son » conseil. En effet Charles X n'entend pas courber le dos et se refuse, une nouvelle fois, à renvoyer le ministère. L'affrontement est alors inévitable.

Le 25 juillet 1830, quatre ordonnances royales sont publiées au *Moniteur universel*, comme quatre balafres infligées à un régime déjà intrinsèquement,

²⁵ Notamment depuis l'avènement du ministre Polignac, ultra, le 8 août 1829, face à une chambre à dominante libérale depuis les élections de 1828.

²⁶ Archives parlementaires, 2^e série, t. 61, p. 618-619 : « Sire, la Charte que nous devons à votre auguste prédécesseur, et dont Votre Majesté a la ferme résolution de consolider le bienfait, consacre, comme un droit, l'intervention du pays dans la délibération des intérêts publics. Cette intervention devait être, elle est en effet indirecte, largement mesurée, circonscrite dans des limites exactement tracées, et que nous ne souffrirons jamais que l'on ose tenter de franchir ; mais elle est positive dans son résultat, car elle fait du concours permanent des vues politiques de votre gouvernement avec les vœux de votre peuple la condition indispensable de la marche régulière des affaires publiques. Sire, notre loyauté, notre dévouement, nous condamnent à vous dire que ce concours n'existe pas. »

²⁷ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 96-97

²⁸ P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France (1814-148)*, Paris, 1857-1871, t.X, p. 426 in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p.101

institutionnellement suffoquant. Elles sont portées de la main de Charles X, incité par ses plus proches ministres et juristes (notamment Cottu), à « gouverner par ordonnances » : celui-ci fait, en particulier, appel aux « circonstances exceptionnelles » entourant la période. En effet, selon les royalistes, l'Adresse met en danger le régime car elle menace la souveraineté du Roi, ce qui justifie l'usage de cette prérogative d'exception - autorisant le monarque à légiférer seul - y compris contre la Charte elle-même²⁹. Pour « l'opposition » au contraire, c'est le roi lui-même qui met en danger la Charte en refusant la lecture libérale, du régime : il serait donc impossible de justifier les ordonnances comme Charles X entend le faire. Celles-ci, contraires à la Charte en tous points (elles le sont à la fois formellement, allant à l'encontre de la répartition fonctionnelle prévue par la Charte -le pouvoir législatif appartenant au roi secondé des chambres - ; mais aussi matériellement, que ce soit par la suspension de la liberté de presse ou la modification de matières *constitutionnellement* réglées, comme la procédure électorale) pourraient donc être dites nulles et non avenues. Les appliquer ferait bel et bien office de coup d'Etat de la part du gouvernement. On comprend ici comment le conflit d'interprétation évoqué plus haut est à l'origine de la lutte juridique, puis de l'insurrection qui mettra fin à la Restauration.

Dans un dernier élan afin d'éviter une révolution, des hommes politiques et des juristes libéraux tentent de passer par une résolution juridictionnelle de cette situation au potentiel conflictogène élevé. Convaincus de la contrariété de ces ordonnances à la Charte, ils vont, de manière fort notable, tenter de faire procéder à un contrôle de la constitutionnalité, de la « chartabilité », de celles-ci.

Sous la Restauration, si le Tribunal de cassation s'y est refusé jusqu'en 1829³⁰ (annonçant, en quelque sorte, une volonté de faire évoluer le régime dans un sens libéral peu de temps après la révolution), les cours et tribunaux inférieurs s'étaient déjà aventurés de multiples fois à réaliser un tel contrôle sur les ordonnances royales³¹.

²⁹ Que le roi la tienne de l'article 14 qui prévoit que le roi prend des ordonnances « pour la sûreté de l'Etat » ou bien même sans texte, elle ne peut être justifiée que par une telle urgence/état de nécessité.

³⁰ Ch. Requ., 15 janvier 1829, S. 1829.I.172 Les avoués de Saint-Michel/Ministère public

³¹ Pour de plus amples développements, voir les articles de Jean-Louis MESTRE « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n° 15, p. 451-461 ; « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », *Administration et droit*. Textes réunis par François Burdeau, Paris, LGDJ, 1996, p. 122-133 ; « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix, PUAM, 1995, p. 35-67 et G. BIGOT *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration - Vicissitudes d'une ambition*, Paris, LGDJ, 1999, p. 176 et s.

Nous sommes face à la construction, quasiment de toutes pièces, d'un procès devant le juge judiciaire, afin de l'associer au conflit politique et constitutionnel alors en gestation. Les mots de Chateaubriand sont, à cet égard, explicites : « Les rédacteurs des journaux après avoir consulté MM Dupin, Odilon Barrot, Barthes et Mérilhou se résolurent de publier leurs feuilles sans autorisation *afin de se faire saisir et de plaider l'illégalité des ordonnances*³² ». C'est l'avocat libéral Mérilhou qui parvint, devant le Tribunal de commerce de Paris, avec une grande finesse alliée à une tout aussi féroce fermeté, à mêler argumentation juridique et conviction politique dans une plaidoirie qui devait faire date. La citation du long extrait qui suit nous paraît immanquable au regard de notre sujet :

« M. Gaultier-Laguionie (imprimeur) devrait savoir qu'en France les lois ne se détruisent pas par ordonnance. Qu'une poignée de factieux, élevés aux sommités de l'ordre social, ait dans son orgueil conçu un pareil projet, c'est ce qu'on ne peut révoquer en doute ; mais ces insensés auront bientôt reçu la peine due à leur téméraire tentative. C'est à une fantaisie illégitime, à un caprice inconcevable, qui a germé dans je ne sais quelle tête, que nous devons ces monstrueuses ordonnances qui ont paru dans le *Moniteur* et qui ont soulevé l'indignation de tout ce qui a cœur de citoyen [...]. Il ne se trouvera pas un seul tribunal qui veuille prêter l'appui de son autorité à une si folle et si sacrilège audace, car les tribunaux ne protègent que les ordonnances rendues en exécution des lois et non pas les ordonnances qui violent les lois³³ ».

Le juge Ganneron fit alors suivre un jugement « non moins mémorable ³⁴», qu'il convient également de souligner : « L'ordonnance du 25 juillet *étant contraire à la Charte, n'était point obligatoire pour les citoyens aux droits desquels elle portait atteinte* » (nous soulignons).

En dépit de l'évitement d'une insurrection armée, qui eut lieu malgré tout du 27 au 29 juillet 1830, cette décision a le mérite de venir la « légaliser », au moins dans les esprits, et de marquer un pas en avant considérable en faveur du contrôle réalisé au regard de la Charte, qui se présente alors réellement comme un acteur à part entière dans la vie constitutionnelle.

La question majeure qui se pose au sortir de cet « éclair de juillet »³⁵, est pour nous de connaître ses effets constitutionnels. Y a-t-il eu ou non un changement constitutionnel après juillet 1830, ou bien la « Charte de 1830 » n'est-elle qu'une version modifiée de celle de 1814 ? Ses rédacteurs vont, dès le 3 août, mettre un

³² F-R. de CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, Paris, Gallimard Collection Pléiade, 1990, TII p.400, cité par G. BIGOT dans *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op.cit.*

³³ Tribunal de commerce, 28 juillet 1830, S. 1830.II.223 Laplouze et Chatelain/Laguionie

³⁴ A-M. DUPIN, *Révolution de Juillet...*, *op.cit.*, p. 8

³⁵ MICHELET, *Préface de 1869 à l'Histoire de France*, Œuvres complètes, IV, Flammarion, 1974, p. 11.

point d'honneur à faire ressortir la continuité constitutionnelle existant entre les deux périodes, le caractère de « remaniement » de la Charte de 1814, plus que celui d'un nouveau texte³⁶.

Le but n'est plus, comme en 1789, de faire une « tabula rasa », c'est-à-dire de recommencer la Révolution, mais bien d'entériner, et de mettre finalement un terme, à celle entamée quarante et une années plus tôt. L'objectif était en réalité d'établir des « garanties sévères » pour améliorer des institutions jugées « incomplètes et vicieuses » (l'énigmatique article 14 est supprimé et le pouvoir réglementaire du roi strictement limité, la responsabilité ministérielle n'est plus bornée aux seuls actes de « trahison » et « concussion » ...), et, principalement, de mettre fin au règne de Charles X, réputé avoir bafoué le « pacte constitutionnel ». Il s'agissait ensuite de placer sur le trône une nouvelle dynastie, qui respecterait ce contrat. La Charte, elle, bien que modifiée, se devait d'être conservée : sa défense (contre les abus de Charles X) était en effet, on l'a vu, l'origine même et la justification de la révolution de 1830. La principale conséquence de Juillet est ainsi décelable dans ces quelques mots : c'est du changement du titulaire de la souveraineté, et donc de l'origine de la légitimité du régime qu'il s'agit.

Quid de cette transaction ? Guizot parle de « quasi-légitimité » : en effet, tout le dilemme s'articule autour du rejet de la souveraineté royale telle qu'elle a été instaurée par la Charte de 1814, mais également de refus d'une souveraineté venant du peuple, qui viendrait « dénaturer » le régime en le démocratisant (puisque les rédacteurs de cette Charte remaniée, en majorité des doctrinaires, ne souhaitent pas la fin de la monarchie. Ils désirent, pour reprendre l'expression de Laquière, une forme de « régime de balance des pouvoirs à exécutif monarchique »³⁷). Le projet de Bérard (plus à gauche que celui de Broglie) est significatif dans cette volonté d'entre-deux. Il rejoint Dupin, qui désire marquer la rupture entre la monarchie limitée de la Restauration et le nouveau régime fondé par la Monarchie de Juillet (Louis-Philippe est roi non parce que Bourbon mais « quoique Bourbon »³⁸). Aussi, contrairement au projet de Broglie, la mention de l'acte de déchéance de Charles X et de renonciation du Dauphin est écartée du projet de Charte.

Il y a donc continuité mais aussi rupture : l'avènement au trône de Louis-Philippe n'est pas le fait d'une succession monarchique traditionnelle, par effet de la déchéance de Charles X, mais bien parce qu'il est « appelé » par la Nation elle-même : « [...] c'est une Nation en pleine possession de ses droits, qui dit, avec autant de

³⁶ A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, op.cit., p. 102

³⁷ A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, op.cit., p. 104

³⁸ A-M. DUPIN, *Révolution de Juillet...*, op.cit. p. 22

dignité que d'indépendance, au noble prince auquel il s'agit de déférer la couronne : A CES CONDITIONS écrites dans la loi, voulez-vous régner sur nous ? »³⁹. Le renversement de la logique de l'octroi est donc total, et la recherche d'un compromis entre souveraineté royale et souveraineté populaire laissait miroiter l'espoir – enfin – d'une possible modération et d'un compromis durable entre ordre et liberté⁴⁰.

Il importe enfin d'exposer quelles sont les conséquences d'un tel constat. Le conflit d'interprétation autour de la Charte de 1814, sa nature et sa légitimité, en réalité se déplace en 1830, sur la nature de la révolution de Juillet elle-même : « C'est en dénonçant la révolution "confisquée" de Juillet que les opposants au régime allaient désormais mener le combat »⁴¹. » Pour ne citer que Barrot sur ce sujet : « L'avenir de la révolution dépendait de la manière dont ceux qui devaient la diriger l'appréciaient. Tout dépendait du point de départ. Si la révolution n'était que la continuation de la Restauration, alors il était naturel de s'en éloigner le moins possible [...] que si au contraire on reconnaissait dans l'évènement de Juillet tous les éléments d'une grande révolution nationale, qui changeait complètement le principe et la condition du gouvernement de la France, alors on ne devait plus craindre d'en étendre les effets, d'en élargir les bases, de lui faire plonger ses racines constitutives aussi avant que possible dans les masses : il ne s'agissait plus alors de continuer et d'imiter la Restauration, mais de s'en séparer radicalement »⁴².

Comme exprimé avec limpidité par P. Rosanvallon, l'opinion de chaque auteur sur cette question peut aisément être associée à son inclination politique (parti de la résistance, libéraux radicaux, républicains). Le laconisme du texte de 1830 sur ce qu'il apporte de changement ou de continuité à la Restauration (inévitabile, au regard de l'empressement de sa réalisation ; volontaire, quant à un déni délibéré de la question du titulaire de la souveraineté et donc de l'origine de la légitimité de la monarchie de Juillet), permet ces diverses interprétations. La tentative d'atteindre un juste milieu dans l'idéologie du régime après 1830 ne pouvait, encore une fois, qu'échouer au regard des idiosyncrasies nationales du temps (extrémisme partisan et incapacité à envisager la souveraineté de façon objective et abstraite). Si tout cela explique en partie « l'impossibilité » de la monarchie constitutionnelle en France⁴³, cet état de fait éclaire aussi quant au systématique abandon du contrôle de

³⁹ Rapport du 7 août à la Chambre cité *Ibid.*, p. 24

⁴⁰ S'agissant du compromis idéologique et théorique – dont la fragilité est déjà néanmoins facilement concevable – ainsi réalisé au sujet du titulaire de la Souveraineté en 1830, nous y reviendront plus en détails dans la suite de notre développement.

⁴¹ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, op.cit., p. 121

⁴² Mémoires posthumes d'Odilon BAROT, Paris, 1875-1876, t. I, p. 203 -204 cité par P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, op.cit., p.143

⁴³ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, op.cit., p.149

constitutionnalité, malgré les réflexions nourries au sein des différents mouvements sur ce sujet dans le but de l'utiliser pour tenter de résoudre la question de la nature du régime.

Cette brève tentative de brosser un tableau de la période 1814-1848, fait entrevoir l'intérêt attaché au traitement de notre sujet. L'étude des réflexions de la doctrine sur le contrôle de constitutionnalité, partant, sous la forme d'un raisonnement inductif, de l'observation du contrôle spontané réalisé par le juge judiciaire durant cette période, permet de retracer le cheminement de cette pensée et ses conséquences concrètes. C'est, en effet, quasi unanimement en réaction à ce contrôle « sauvage » tenté par les juridictions ordinaires, que les auteurs se penchent sur celui-ci, pour valider ou invalider son principe, puis discuter ses modalités, et enfin aboutir à une réflexion détachée de cette pratique, de ce « fait constitutionnel ». C'est uniquement en examinant ces trois étapes que l'on parvient à saisir toutes les subtilités de cette discussion. Nous nous proposons d'en esquisser les principales implications.

Les réflexions des auteurs que nous serons amenés à commenter portent sur les différents types d'actes qui font l'objet du contrôle réalisé par le juge judiciaire, dans des proportions variables. L'enjeu attaché au contrôle sur chacun d'entre eux est en effet différent. C'est pourquoi il est crucial de proposer une définition succincte pour chacun de ces actes (ordonnance royale, décret impérial, loi ancienne et loi nouvelle), afin de mieux en saisir les particularités. Profitons de ces précisions pour revenir, en quelques phrases, sur cette pratique constitutionnelle des juges judiciaires⁴⁴.

Les décrets impériaux font l'objet d'un contrôle par les tribunaux et cours royales dès le début de la Restauration : les juges cherchent à savoir si l'exécutif (Napoléon), en les prenant, avait ou non « excédé les bornes du pouvoir que les lois constitutionnelles lui attribuaient », notamment en empiétant sur le domaine de la loi. Pourtant, en 1819, la Cour de cassation exclut la possibilité d'un tel contrôle, en

⁴⁴ Pour une chronologie détaillée et une réflexion plus poussée sur l'aspect contentieux de ce contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire nous renvoyons à nouveau vers les articles de Jean-Louis MESTRE et l'ouvrage de Grégoire BIGOT, en particulier (*op. cité*), puisque nous ne reviendrons pas plus en profondeur sur cette étude, déjà très complète, et nous ayant permis d'aboutir nous-même à la recherche ici exposée. Il pourrait cependant être intéressant de traiter, dans d'autres travaux, de la motivation de ces décisions, particulièrement stimulante d'un point de vue de la technique juridique, et de la vision de la définition de la « Constitution » durant cette période.

conférant valeur législative aux décrets impériaux « dès lors qu'ils ont été promulgués et exécutés comme lois sans opposition de la puissance législative »⁴⁵. Cette solution est motivée par la crainte des juges suprêmes d'un vide juridique : elle a pour but de conserver « l'ordre, la stabilité, la paix intérieure de l'Etat » (conseiller Mangin⁴⁶).

D'emblée, une nuance est apportée à ce principe de non-annulation juridictionnelle : les dispositions dudit décret ne doivent pas être « contraires au texte de la Charte constitutionnelle ». Cette condition fait naturellement référence aux articles 68 de la Charte de 1814 puis 59 et 70 de la Charte de 1830 : cependant, sous la Restauration, aucune décision n'est prononcée dans le sens de l'inconstitutionnalité d'un décret impérial. Sur le principe, le contrôle des décrets impériaux vis-à-vis de la Charte est difficilement contestable en raison de la volonté de donner une réalité à la fin de l'Empire oppresseur. Mais en pratique, la fiction juridique conférant valeur législative à ces décrets - fruits d'un excès de pouvoir de l'exécutif - alliée à l'extrême prudence des juges dans leur examen de l'exception d'inconstitutionnalité susvisée, font de ces actes des fantômes d'Empire au potentiel particulièrement dangereux et, par là même, une première curiosité juridique dont il sera traité plus en détails.

La doctrine, désarmée devant ce principe à la motivation critiquable et critiquée, a tendance à chercher à distinguer différents types de décrets impériaux, plus ou moins susceptibles d'annulation, voire de disséquer la matière même dans un seul et même acte. Nous y reviendrons⁴⁷.

Demante⁴⁸, après avoir repoussé le bien-fondé juridique de la présomption de « législativité » des décrets impériaux adoptée par la Cour de cassation, se demande : « [...] Faut-il en s'appuyant sur l'absence de formes législatives, les considérer comme nuls en principe, au moins dans toutes celles de leurs dispositions qui ne peuvent passer pour réglementaires ? ou faut-il pour appliquer

⁴⁵ S.1819.I.347 Journal du Palais 2^e éd 1843, T15 p. 295. Quand les juges suprêmes parlent d'opposition de la puissance législative ils visent le mécanisme prévu par la Constitution de l'an VIII selon lequel tout acte posant question quant à sa constitutionnalité devait être déféré au Sénat pour examen, sur initiative du Tribunat ou du Sénat lui-même.

⁴⁶ S.1828.I.309

⁴⁷ Cf. *Infra*, p. 83 et suiv.

⁴⁸ V^o « Demante », N. HAKIM, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle, op.cit.*, p. 241-243 : avocat sous la Restauration puis obtient en 1821 la chaire de droit civil dans la faculté de droit de Paris en 1821. « [...] siège à la commission des Hautes Études. Il y défend [...] une conception relativement conservatrice de l'université. [...] en intime liaison avec son statut de professeur de droit, il mène une carrière politique de 1848 à 1851. [...] Loin d'être hostile aux progrès scientifiques, Demante conjugue une modestie jugée excessive par ses contemporains, une méthode exégétique rigoureuse tempérée par un légalisme modéré et une foi chrétienne devant fonder et borner le système juridique. »

l'article 68 de la Charte de 1814 et 59 de la Charte de 1830 les considérer en général comme maintenus en en retranchant seulement les dispositions incompatibles avec le droit actuel ? »⁴⁹. Rappelant « l'utilité » de la position de la Cour de cassation, il cesse donc de la combattre pour mieux la nuancer. Il distingue trois types de dispositions, et avec elles, des conséquences qui doivent suivre : les dispositions incompatibles avec la législation actuelle et dont l'abrogation est immédiate, les dispositions purement réglementaires qui, « n'ayant rien de contraire à la législation actuelle, et n'étant infectées d'aucun vice d'origine, doivent naturellement être considérées comme maintenues par cela seul qu'elles ne sont pas abrogées » et enfin les dispositions « introductives d'un droit nouveau qui, ne contenant rien d'absolument incompatible avec la législation actuelle, quelque éloignées qu'elles puissent être de son esprit, peuvent passer, suivant la théorie ci-dessus, pour maintenues par les articles 68 et 59 » et c'est selon lui celles qui posent problème.

En écho à cette volonté chirurgicale de la part des auteurs, on peut constater l'émergence d'une forme de contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence (l'intensité du contrôle de la constitutionnalité interne du décret vis-à-vis de la Charte va dépendre de la gravité des conséquences de son application, notamment sur les droits et libertés individuelles) : l'idée née avec l'affaire Connard en 1831⁵⁰ puis se trouve renforcée par l'affaire Marin en 1847⁵¹.

L'un des principaux enjeux des décrets impériaux vis-à-vis du contrôle de leur constitutionnalité est bien entendu la valeur qui leur est conférée : il est idéologiquement moins complexe de procéder à l'examen d'un acte ayant valeur réglementaire (le contrôle de légalité faisant partie des attributions évidentes du juge judiciaire), que de s'aventurer à contrôler la validité d'un texte de valeur législative... on peut d'ailleurs voir dans la combinaison de la nature législative attribuée aux décrets impériaux et de l'exception d'inconstitutionnalité formulée par la Cour de cassation une possibilité, dès le début de la Restauration, d'imaginer un contrôle de la constitutionnalité d'une « loi » !

Nous venons de faire remarquer que le contrôle d'un texte de valeur infra-législative, au regard de la loi, entraine dans les missions ordinaires du juge judiciaire. La Charte étant elle-même considérée comme une « loi », spéciale, la vérification de la conformité de ces actes aux Chartes pose donc a priori, moins problème que s'agissant des textes de valeur législative. Cela se vérifie assez bien concernant les

⁴⁹ A. DEMANTE « Des décrets législatifs rendus antérieurement à la Charte de 1814. Jusqu'à quel point leur force est-elle indépendante de leur constitutionnalité ? », *Revue étrangère et française de législation (Revue Foelix)*, T7 ; 1840 p. 417-445

⁵⁰ S.1831.I.175

⁵¹ S.1847.I.465

règlements municipaux par exemple. Pourtant, s'agissant des ordonnances royales, si les cours inférieures tentent un contrôle discret dès le début du règne de Charles X, la Cour de cassation là encore s'y refuse catégoriquement. Nous ne reviendrons pas en profondeur sur la tentative d'assimilation entre ces deux types de règlements, car elle est fermement écartée dans l'arrêt Connard de 1831⁵².

Dans une décision de 1829⁵³, la Cour de cassation, indépendamment de la question des règlements municipaux, ouvre la possibilité du contrôle des ordonnances royales. Sous la monarchie de Juillet, bien qu'elle n'énonce pas de formule de principe telle que les cours inférieures peuvent le faire⁵⁴, ce contrôle devient néanmoins largement accepté et considéré comme découlant de ses attributions naturelles, y compris par la Cour de cassation. En effet, la barrière politique⁵⁵ étant écartée, la juridiction suprême s'autorise à faire preuve de libéralisme, sans crainte d'attenter au principe de légitimité même qui fonde le régime.

Pour comprendre cela il convient de dire quelques mots de la nature des ordonnances. L'article 14 de la Charte de 1814 énonce que « le roi est le chef suprême de l'Etat, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ». L'essentiel des débats sur l'étendue de la prérogative royale sous la Restauration s'articule autour de l'interprétation de cet article. Aussi, les interventions doctrinales à ce sujet sont particulièrement prolifiques et fournies, et il est plus rare de lire un auteur de cette période ne traitant pas de cette question que le contraire. C'est pourquoi, nous ne reviendrons pas, à un stade introductif, sur toutes ces interventions. Afin de clarifier les termes du débat néanmoins, nous avons choisi de citer quelques passages d'Isambert⁵⁶, avocat

⁵² *Op.cit.*, S.1831.I.175. Pour plus d'informations concernant le débat sur la possibilité de faire ou non une analogie entre règlements municipaux et ordonnances royales, voir le désaccord entre Henrion de Pansey (qui parle de différence de nature) ; P-P-N. HENRION DE PANSEY, *Compétence des juges de paix*, Paris, T. Barrois Père, 1820 p. 629 et Isambert (qui parle de différence hiérarchique) F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire, ou De la nature et de la force des ordonnances*, Paris, Corréard, 1821, p. 21

⁵³ *Op.cit.*, S. 1829.I.172

⁵⁴ Cour de Rennes S. 1834, 2, 27 « en droit il est de principe et de jurisprudence qu'aucune peine ne peut être établie par ordonnance », Cour de Nîmes S. 1834, 2, 27 « ce grand principe conservateur et fondamental de l'ordre constitutionnel, savoir : ce qui est établi par une loi ne peut être abrogé, changé ou modifié que par une autre loi » et plus loin « « attendu que, toutes les fois que l'application d'une ordo royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité ; que ce devoir ne cesse pas pour eux, parce qu'ils auraient déjà ordonné l'exécution d'un pareil acte en d'autres circonstances où sa légalité n'aurait pas été mise en cause »

⁵⁵ La référence est ici faite à l'interprétation absolue de la Souveraineté royale sous la Restauration

⁵⁶ V° « Isambert », J-L. HALPÉRIN, *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle, op.cit.* p. 418 Devient en 1818 avocat aux Conseils du roi et à la Cour de cassation. « Il soutient les libéraux et les

libéral ayant avec ferveur combattu les ordonnances de Charles X, qui nous paraissent former un résumé des plus exhaustifs⁵⁷. Il commence par faire le commentaire de la quatrième partie de l'article 14. Isambert ne relève aucune différence « en droit » entre ordonnance et règlement : « Tous ces actes, quel que soit leur nom et leur forme, émanent d'un pouvoir défini, de la puissance exécutive. ». Cependant il s'empresse d'apporter une nuance : « Toutefois comme le pouvoir exécutif se manifeste extérieurement de diverses manières, suivant les objets auxquels il s'applique », il remarque que généralement le terme « ordonnance » renvoie aux « actes revêtus de la signature du roi ». Suivant cette première définition, il dégage trois types « d'ordonnances » : les actes de simple administration (nomination etc.), les arrêts du conseil – dont il dénonce la qualification d'ordonnance comme abusive -, et enfin les actes par lesquels le roi « statue par application d'une loi, d'une manière générale, dans des vues de prévoyance et pour l'avenir : ce sont là véritablement les règlements d'administration publique dont nous voulons étudier la nature, le caractère et les effets. » Nous en profitons pour également écarter les deux premiers types « d'ordonnance »⁵⁸ de notre étude, avec les règlements municipaux, pour nous concentrer sur lesdits « règlements d'administration publique ».

Sur la définition du pouvoir réglementaire, il repousse l'interprétation d'Henrion de Pansey⁵⁹, mais ne parvenant pas mieux à le définir, il se contente de mettre en garde, avec lui, contre les abus dont il est susceptible d'être la source : « Il est surtout presque impossible que le pouvoir administratif, qui doit se montrer au même instant, partout où l'appellent les besoins de la société, que les circonstances entraînent dans sa toutes les directions, et dont l'action doit être aussi rapide que le cours des événements, ne se trouve pas plus ou moins souvent transporté, malgré

républicains en procès sous la Restauration, ce qui lui vaut des poursuites [...] après avoir été soutenu par Dupin, il est finalement acquitté. » Il est plus en adéquation avec la monarchie de Juillet et devient conseiller à la Cour de cassation en 1830, fonction qu'il cumule avec plusieurs mandats de député. Il est membre de l'Assemblée constituante en 1848 et siège parmi les républicains modérés. « Dans un opuscule de 1821 [...] Isambert s'attache à rappeler la subordination des ordonnances émanant de l'exécutif aux lois. Il en conclut avec audace que les citoyens ont droit de désobéir aux ordonnances illégales et que les tribunaux peuvent les écarter par une exception d'inconstitutionnalité. »

⁵⁷ Pour l'intégralité de cet essai (la citation des opinions de ses adversaires étant particulièrement informative) : F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire, ou De la nature et de la force des ordonnances*, Paris, Corrèard, 1821. Voir aussi L-M. (DE LAHAYE) DE CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818, p. 60

⁵⁸ Nous décidons, avec Isambert, d'écarter également les décisions du Conseil de notre étude pour nous consacrer pleinement au contrôle réalisé sur des actes ayant une valeur normative reconnue.

⁵⁹ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, Paris, Théophile Barrois Père, 1828, Chp. XXVII et XXVIII

lui, et même à son insu, soit dans la sphère législative, soit dans le domaine de l'autorité judiciaire. »⁶⁰. Il cite également Portalis, encensé pour sa clarté :

« Les lois proprement dites, diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales, et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables ; en un mot toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance législative, qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements. *Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois, des actes de souveraineté.* »⁶¹

En peine d'apporter une définition plus précise encore, Isambert finit par définir la matière par la négative : la Charte prévoyant que la puissance législative s'exerce par le roi et par les Chambres, le Gouvernement n'a naturellement pas le droit de régler par ordonnances le domaine du législateur. Il ajoute qu'il est « encore incontestable que les droits garantis par la Charte sont hors de la puissance des ordonnances puisqu'ils sont même hors la puissance du législateur constitué »⁶².

S'agissant de la dernière partie de l'article 14, enfin, la question de sa signification est de la plus haute importance. Selon Isambert, toujours, il ne s'agit « rien de moins que de savoir si la dictature existe dans le Gouvernement qui nous régit, et si cette dictature est permanente ». Contre l'interprétation restrictive de cette disposition formulée par Henrion de Pansey⁶³, l'auteur libéral met en garde contre la réalité de l'étendue d'une telle disposition qui « confère au Gouvernement un droit bien autrement grave, bien autrement dangereux ; celui de prendre, sans le concours du pouvoir législatif, toutes mesures de salut public. ». S'il valide le principe d'une telle disposition (découlant selon lui de la loi première de toute société politique, qui est de se sauver), il déplore l'absence totale de précision quant aux conditions de mise en œuvre de ce pouvoir (durée, modalités). S'en suit alors une énumération de conditions, tant matérielles (« "Le chef du Gouvernement n'est en droit de déployer son pouvoir dictatorial, qu'autant qu'il y aurait invasion, ou quelque autre nécessité pressante qui eût trompé tous les calculs de la prudence humaine, et qui compromît l'existence du corps social" Cormenin, du Conseil d'Etat, p.61 ») que procédurales (« Les Chambres doivent être aussitôt convoquées; [...] on doit leur soumettre, dans le plus bref délai, ces actes d'attribution extraordinaire,

⁶⁰ *Ibid.*, p. 463

⁶¹ Nous soulignons. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*

⁶² Cette interprétation donne à penser que l'auteur serait donc favorable à un contrôle du respect de ces droits par la loi elle-même....

⁶³ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire, op.cit.*, p. 502 et 505 « en fait seulement dériver, pour le Gouvernement, le droit de rompre un traité de fournitures, de conclure des marchés d'urgence, de fortifier une Ville, etc ».

pour en légaliser l'exercice [...] doivent être motivées et discutées en conseil des ministres ; les citoyens doivent être avertis qu'on use de l'art. 14 de la Charte. ») étant selon lui la condition *sine qua non* de l'exercice d'une telle prérogative. Enfin, il fait un bref rappel du droit naturel de résistance à l'oppression pour justifier la possibilité de chaque citoyen de désobéir à pareille mesure puisque « qui dit pouvoir dictatorial, dit pouvoir extra-légal ». Si la compétence prévue par l'article 14 venait à être utilisée contre la Charte prévient-il, « la Nation toute entière serait en droit de demander vengeance d'un pareil attentat. ». Le 3 mars 1830, avec quelques autres éminents juristes, Isambert renouvellera ses exhortations à libérer la France du régime « légal » du « bon plaisir », en demandant une interprétation législative de l'article 14⁶⁴. La Révolution de Juillet eut raison de cet article, et clarifia assez le pouvoir de faire des ordonnances⁶⁵ pour que la question d'un potentiel « pouvoir dictatorial constitutionnel » du roi ne se pose plus.

Sur la question de la conscience de procéder à un contrôle de constitutionnalité, on peut déceler une volonté de reconnaître le caractère spécifique de la Charte par rapport aux lois, même si la confusion dans le langage entre les deux types d'actes est encore prégnante. La Charte est souvent désignée comme la « loi fondamentale », les auteurs parlent souvent de « contrôle de légalité » plus que de constitutionnalité s'agissant des ordonnances royales voire de « légalité constitutionnelle »⁶⁶. Comme si c'était la Charte qui faisait partie du bloc de légalité en premier lieu, avant de se démarquer comme étant une « loi spéciale », à la valeur juridique supérieure aux autres. Cette difficile compréhension voire confusion entre loi ordinaire et loi constitutionnelle est repérable chez de nombreux auteurs alors, peut-être plus volontaire qu'innocente, et sera traitée plus en profondeur dans le corps de ce mémoire.

S'agissant de la loi, une distinction doit être faite entre ce que nous appelons « loi ancienne » et « loi nouvelle ». En effet, les implications d'un potentiel contrôle de constitutionnalité sur l'une et l'autre ne sont pas les mêmes et ainsi, il est logique que les opinions des auteurs sur la question varient en fonction de ce critère.

⁶⁴ F-A. ISAMBERT, *Pétition pour l'interprétation législative de l'article 14 de la Charte, contre la dictature ; déposée à la chambre des députés*, le 3 mars 1830

⁶⁵ Article 13. - Le roi est le chef suprême de l'Etat ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, *sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution* [...]

⁶⁶ Cour de Nancy, 27 juillet 1827 précisant plus loin que la « Charte est la première de toutes les lois » cité par J-L MESTRE, « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales... », *op.cit.*, p. 457

La « loi ancienne » est la loi promulguée et entrée en vigueur antérieurement à la chute de Napoléon, et à l'entrée en vigueur de la Charte. Les articles 68 (Charte 1814) puis 59 (Charte 1830) maintiennent en vigueur « le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte [...] jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. ». L'article 70 de la Charte « version 1830 » ajoute « toutes les lois et ordonnances, en ce qu'elles ont de contraire aux dispositions adoptées pour la réforme de la Charte, sont dès à présent et demeurent annulées et abrogées. ». Il s'agit donc d'une confirmation expresse des lois antérieures (l'inverse aurait pu être décidé, notamment face à la législation de l'Empire, mais le risque de vide juridique aurait été trop grand) avec une réserve formulée à l'égard de potentielles contrariété à la Charte (témoin de la volonté de concilier sécurité juridique et protection accrue des libertés en donnant une réalité aux avancées réalisées à la Restauration : la recherche d'équilibre entre ordre et liberté était donc bien présente dans les Chartes). Cette réserve est particulièrement intéressante puisqu'elle sous-entend de façon étonnement explicite la possibilité d'effectuer un contrôle de la conformité aux Chartes de la loi ancienne.

Devant ces dispositions, le juge judiciaire a été tenté de constater l'abrogation implicite de certains actes ou morceaux d'actes, s'essayant ainsi à une forme de contrôle de constitutionnalité silencieux. Là encore, si les cours et tribunaux inférieurs s'aventurent à être téméraires, la Cour de cassation fait montre d'une prudence particulière, en raison de la crainte de laisser un vide législatif notamment.

L'essentiel du débat se cristallise autour du caractère dit « inconciliable » des articles 291, 292, 294 du Code Pénal et l'article 5 « des » Chartes (liberté de culte), sous le règne de Charles X puis de Louis-Philippe par des avocats (Isambert⁶⁷, Crémieux) et des juristes (Sirey, Devilleneuve). Comme pour les décrets impériaux (dont le contrôle est assimilable si l'on suit la thèse de la valeur législative de ces décrets), une forme de contrôle de proportionnalité se met en place rapidement, entre la nécessité de concilier les articles du code pénal avec la liberté de culte, et le « besoin de surveillance et de police, dans tout ordre social sagement organisé »⁶⁸. De façon générale, pour plus de sécurité, la doctrine comme la Cour de cassation appellent de leurs vœux à une clarification par le législateur, c'est-à-dire une confirmation ou abrogation expresse des lois anciennes en fonction de leur conformité à la Charte.

⁶⁷ Isambert devenu conseiller auprès de la Cour de cassation après la Révolution de Juillet a soutenu cette thèse dans un rapport S. 1836.1.617, cité notamment dans J-L. MESTRE, « La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité », art.cit.

⁶⁸ S.1826.I.341

La « loi nouvelle », quant à elle, est naturellement définie par le texte constitutionnel. Aux termes, respectivement de l'article 15 puis 14 de la Charte de 1814 et 1830, « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs et la Chambre des députés. ». Le roi seul la sanctionne. L'évolution majeure en 1830 à ce sujet est la proposition, qui désormais « appartient au roi, à la Chambre des pairs et à la Chambre des députés » (article 15 après juillet 1830), alors qu'auparavant la préséance du roi dans la procédure législative était nette « Article 16. - Le roi propose la loi. [...] 19. - Les chambres ont la faculté de supplier le roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qu'il leur paraît convenable que la loi contienne. ».

Un contrôle de constitutionnalité sur ce type d'acte est évidemment tout sauf silencieux : si le juge judiciaire trouve à redire sur un texte réputé depuis la Révolution française être l'œuvre du souverain, il a intérêt à avoir de bons arguments... ou à se faire discret. En outre, les implications de la nature et de la valeur assignées à la Charte sont majeures ici : si elle est considérée comme un texte réellement fondamental, œuvre d'un pouvoir souverain constituant, supérieur par essence au pouvoir souverain constitué (législateur), alors le contrôle de constitutionnalité trouve sa légitimité et peut être défendu. Si, a contrario, la Charte n'est qu'une « loi spéciale » (par les matières qu'elle renseigne), théoriquement à la merci du souverain, unique et tout-puissant (puisqu'on abolit alors la différence entre pouvoir constituant et constitué), alors le contrôle de constitutionnalité peine à se détacher d'un simple contrôle de légalité, et il ne trouve aucune justification face à la loi ordinaire. Certains penseurs, nient purement et simplement l'existence d'un pouvoir constituant. Rosanvallon y voit un raccourci politique visant à calmer les passions insurrectionnelles et révolutionnaires : « Pour conjurer le spectre d'un retour des orages révolutionnaires, ces derniers en venaient à nier la notion même de pouvoir constituant »⁶⁹, qu'ils qualifient même de « vaine utopie ». Si la distinction entre ce que nous appelons aujourd'hui « souveraineté d'origine » et « souveraineté d'exercice » commence à germer dans certains esprits féconds, elle implique des constructions théoriques trop éloignées des cadres de pensée constitutionnelle des auteurs du début du XIX^e siècle, et, par manque de précision, de cohérence ou de neutralité, elle échoue. Enfin, l'absence de prévision d'une procédure de révision particulière pour la Charte, en 1814 comme en 1830, fait pencher les auteurs pour la seconde option.

Quoi qu'il en soit, il est clair que c'est relativement à ce type d'acte que l'on trouve le moins d'activité juridictionnelle de contrôle de constitutionnalité. Un arrêt

⁶⁹ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.*, p.132

mérite néanmoins d'être souligné : il s'agit de l'arrêt Paulin, rendu le 11 mai 1833 par la Cour de cassation, après dix heures de délibéré. Les juges suprêmes, à compter de ce jour, se considèrent compétents pour examiner la constitutionnalité externe de la loi. Ils reprennent la réflexion de l'avocat général Voysin de Gartempe, selon laquelle « il n'appartient pas au juge judiciaire de *juger le travailleur du législateur* à partir du moment où la loi invoquée a été votée *constitutionnellement* c'est-à-dire selon formes prescrites par Charte »⁷⁰.

Un mot enfin, sur le choix des auteurs de doctrine sur lesquels nous avons décidé de faire reposer cette étude. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on s'est efforcé de réunir un groupe pertinent et représentatif de la pensée doctrinale de cette période.

D'une part, nous avons choisi de citer des auteurs de notoriété variable. Pour certains, le nom fera écho dans la pensée de plus d'un. Il s'agit tant de juristes reconnus (tels qu'Hello, Sirey, Tocqueville, ou encore Henrion de Pansey), que d'hommes politiques ou d'auteurs généraux s'étant penchés sur des questions juridiques (tels que Chateaubriand ou Guizot). Ces penseurs dont le nom a marqué les esprits ne doivent pas occulter certains juristes plus méconnus (par exemple Félix Berriat-Saint-Prix ou Foucart) voire inconnus, dont l'étude nous a paru intéressante, soit pour corroborer les opinions des plus connus, soit au contraire pour la nuancer. L'absence de notoriété autorise en effet parfois à assumer des opinions plus tranchées (par exemple un magistrat du nom d'Yzard, sur l'opinion duquel nous reviendrons à plusieurs reprises). Par ailleurs, la réunion des auteurs cités dans ce mémoire ne fait figurer que peu de privatistes (Demante uniquement), simplement car il n'est pas ressorti, lors de nos recherches, que d'autres auteurs non-publiciste se soient intéressés au sujet qui fait l'objet de notre étude sur cette période. Cependant, il n'est pas rare, en particulier s'agissant des professeurs de droit cités, qu'ils aient d'abord exercé le droit civil avant d'obtenir une chaire de droit administratif, chose commune alors que la matière commence tout juste à être reconnue officiellement (à l'université) comme discipline et branche du droit à part entière⁷¹.

D'autre part, nous avons prêté un soin tout particulier à regrouper les pensées d'auteurs aux inclinaisons politiques et constitutionnelles variées⁷². Le spectre

⁷⁰ S.1833.1.358

⁷¹ Des précisions seront données sur ces aspects à propos de chaque auteur en notes de bas de page.

⁷² A chaque citation d'un nouvel auteur, un mot sera dit de ces aspects, pour rendre la mise en relation plus limpide entre opinion sur le sujet du contrôle et volonté d'interprétation, d'évolution pour le régime.

idéologique balayé par cette étude part ainsi de royalistes conservateurs convaincus (comme un Chateaubriand sous la Restauration) à de futurs acteurs de la révolution républicaine de février 1848 (comme Isambert ou Cormenin), en passant par de nombreux auteurs modérés, soit qu'ils penchent plutôt vers le « centre-gauche »⁷³ (par exemple Dupin aîné sous la Restauration, qui représente ensuite sous la monarchie de Juillet le Tiers-parti, réellement centriste) ou le « centre-droit » (Henrion de Pansey, Dufour). La confrontation des diverses opinions recensées au sein de ce large panel – que nous n'avons ici présenté qu'en partie - mises en relation avec leurs multiples orientations idéologiques, constitue l'essentiel de l'approche nous ayant permis de mettre en exergue la volonté d'instrumentalisation politique qui sous-tend la réflexion juridique menée sur ce sujet.

Enfin, l'intérêt contemporain d'un tel sujet peut être soulevé à double titre. D'une part, l'arrivée du juge ordinaire (judiciaire et administratif) sur la scène constitutionnelle *via* la mission de filtre qu'il remplit dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité relance depuis une dizaine d'années les débats sur la légitimité et l'efficacité de cet organe au sein de cette procédure⁷⁴. D'autre part, le sujet des relations entre politique et droit, et en particulier des rapports qu'entretiennent droit et contentieux constitutionnel avec les débats politiques est toujours à l'heure actuelle un terrain propice aux affrontements doctrinaux et à l'étude. Porter un regard historique sur ces discussions sujettes à controverse comporte un intérêt scientifique certain.

⁷³ Nous utilisons ces termes de centre-gauche et centre-droit ici en introduction par mesure de simplification pour placer plus aisément ces auteurs sur l'échiquier politique, mais cette désignation n'apparaît officiellement que sous la III^e République. Avant, les affiliations politiques paraissent très éclatées et fluctuantes. Sous la Restauration on parle plutôt de « constitutionnels » et de « doctrinaires » du côté du centre droit et du parti du mouvement jusqu'aux libéraux indépendants du côté gauche ; et sous la monarchie de Juillet, au centre, on part du centre-droit avec le parti de la Résistance, on atteint un « vrai centre » avec le Tiers-parti, puis on s'oriente vers la gauche avec le parti du mouvement puis l'opposition dynastique.

⁷⁴ J-L MESTRE, « Juridictions Judiciaires et Contrôle de Constitutionnalité en France de 1715 à 1814 », *in* *Toward Comparative Law in the 21st Century, The 50th anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan*, Tokyo, Chuo University Press, 1998, p. 499 : Le parallèle avec des débats plus contemporains à l'auteur avait déjà été soulevé en 1998 par Jean-Louis Mestre, huit ans après la déposition du projet Badinter, préfigurant la réforme de 2010 instaurant la question prioritaire de constitutionnalité. L'auteur soulevait déjà : « Il [le projet de réforme] aurait eu pour effet, ce qui lui a été reproché par certains parlementaires, de faire exercer par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat un contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où ces deux hautes juridictions auraient apprécié le caractère sérieux de la contestation soulevée. ». Après la mise en vigueur de la procédure de la QPC, les débats se posent quasiment dans les mêmes termes : A. ROBLLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, p. 80

Dans quelle mesure la réflexion formée par la doctrine entre 1814 et 1848 autour d'un « contrôle de constitutionnalité » devant le juge judiciaire permet-elle de mettre en exergue l'instrumentalisation politique qui sous-tend la conceptualisation d'un tel outil juridique ?

Les incertitudes entourant le début du XIXe siècle se cristallisent autour de deux débats en particulier. La doctrine, dans cette méditation autour du contrôle de la « chartabilité » des ordonnances royales, des décrets impériaux et des lois, propose de l'envisager comme la réponse à l'un comme l'autre de ces débats.

D'une part, la difficile compréhension de la nature du régime qu'on essaie de mettre en place, la « monarchie constitutionnelle » (par certains qualifiée de « limitée », par d'autres de « libérale »), la rend insaisissable. Il s'agit de tenter d'identifier sa source de légitimité, pour dépasser le simple « fait historique ». Chaque mouvement d'auteurs, en fonction du sens dans lequel il souhaite voir être résolue cette question, élabore une réflexion autour du contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire et imagine les modalités de défense de la Charte les plus susceptibles de l'aider à y parvenir. Le contrôle est ici synonyme d'affrontement (Première Partie).

D'autre part, on assiste à la recherche d'une solution juridique (par opposition à une solution insurrectionnelle) à ce conflit d'interprétation, politique, devenu crise constitutionnelle peu avant l'été 1830⁷⁵. Il s'agira d'étudier comment la doctrine envisage puis rejette le contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire comme susceptible d'accomplir cette prétention. Le contrôle est ici étudié comme un point d'équilibre (Seconde Partie).

⁷⁵ En raison de l'échec absolu à concilier l'inconciliable, pour résumer : une monarchie d'Ancien Régime avec les acquis révolutionnaires.

Première Partie - Le contrôle de constitutionnalité comme arme à l'appui d'un conflit de légitimité

« L'esprit dans lequel la Charte sera exécutée, la direction qu'on suivra en se conformant à ses prescriptions sont donc les seules questions à traiter ici, car il ne faut pas oublier que les formes extérieures des lois laissent souvent une telle latitude pour le maniement réel des affaires que, sans paraître s'en écarter, on arrive à des résultats tout différents. »⁷⁶

Prosper de Barante, dans cette réflexion formulée dès 1815, souligne la tare existentielle dont fut frappée la monarchie constitutionnelle en France dès ses origines, mais surtout et à nouveau à partir de la Charte de 1814. Ce texte constitutionnel lacunaire ne parvient pas à fixer la nature exacte du régime (la version « amendée » de 1830, si elle permet d'en clarifier quelques aspects, n'atteint pas mieux cet objectif). Pour reprendre les termes de P. Rosanvallon, plus que significatifs : « La référence à la tradition monarchique évite là de penser la spécificité de l'objet *monarchie constitutionnelle*. [...] Si Louis XVIII rompt avec la lecture "archaïque" de la tradition, il n'en définit pas pour autant l'interprétation "moderne" qui pourrait lui être opposée. Son rapport aux disciples de Bonald et à la contre-révolution militante reste flou. [...] A l'inverse, les ouvertures libérales ne sont pas plus justifiées et insérées dans une philosophie politique de la Restauration.⁷⁷ ». L'identité de ce régime de monarchie constitutionnelle fondé en 1814 vacille donc au gré des interprétations partisans jusqu'à échouer, en 1848.

Dans cette première partie, nous nous proposons d'examiner comment le contrôle de constitutionnalité a pu être perçu et utilisé par la doctrine comme un outil capable de faire pencher la nature de cette « monarchie constitutionnelle » vers l'interprétation que chaque mouvement d'auteurs souhaitait en faire, c'est-à-dire, libérale ou conservatrice. Nous écartons le terme de « monarchie parlementaire », qui n'apparaît que très discrètement à partir de la monarchie de Juillet (il commence alors à être utilisé dans le sens d'un ministère responsable politiquement devant la Chambre élue), en raison du flou voire de l'incompréhension qui entoure encore cette dénomination, déchirée entre les mains des anglophobes et des anglophiles. Pour simplifier (puisque l'objet de notre étude n'est pas, avant tout, d'étudier la

⁷⁶ P. DE BARANTE, *Mémoire sur les institutions politiques et constitutionnelles de la France, telles que le roi se propose de les établir définitivement, juillet 1815*, publié dans les *Souvenirs du Baron de Barante*, Paris, Calmann Lévy, 1890-1901, t. 2, p. 169-176 in A. LE DIVELLEC, « La Charte de 1814 dans l'histoire des constitutions politiques libérales », *Jus Politicum*, n° 13

⁷⁷ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible... op. cit.*, p. 57-60

nature du régime concerné) nous retenons une opposition entre « monarchie libérale » et « monarchie limitée ».

Revenons au cœur de notre réflexion. Il s'agira donc de voir comment la promotion d'un contrôle direct de constitutionnalité devant le juge judiciaire permet aux auteurs libéraux de servir leur interprétation du régime comme étant une « monarchie libérale » (Chapitre 1^{er}) ; puis, *a contrario*, d'étudier dans quelle mesure la préférence accordée à un contrôle indirect, non-juridictionnel, par les penseurs conservateurs, peut se comprendre comme le prolongement d'une stratégie de fixation du régime dans le sens d'une « monarchie limitée » (Chapitre 2nd).

Chapitre I - Promouvoir un contrôle direct par le juge judiciaire : une volonté d'interprétation libérale du régime

Lorsque les penseurs libéraux se penchent sur le contrôle « sauvage » réalisé par le juge judiciaire, ils ont pour première réaction de l'approuver, la plupart du temps. Dans le prolongement de cette étude pratique, leur objectif est simple : se servir au mieux de ce nouvel outil afin d'entériner le changement de régime, qu'ils associent à la fin de la période des insurrections mais surtout à une concrétisation des droits et libertés proclamés par la Révolution (Section 1). En outre, la méthode qu'ils proposent d'adopter consiste en la mise à l'écart de l'acte jugé contraire à la Charte, de ce fait réputé inexistant. Ce raisonnement permet à la fois de protéger le juge contre de potentielles accusations d'empiètement sur les autres pouvoirs, et également de donner un impact concret et immédiat au contrôle de constitutionnalité (Section 2).

Section I - Un objectif : l'ordre par la liberté

A première vue, il s'agit donc en premier lieu de consacrer et défendre les droits et libertés individuels, unique façon selon les libéraux de s'acheminer vers l'ordre (§1.). Cependant, lorsque l'on approfondi l'étude de leur réflexion, on se rend compte que, par le biais de la défense des droits et libertés, si certains sont en quête d'un apaisement, conséquence logique de la mise en œuvre des acquis révolutionnaires, d'autres voient au contraire dans le contrôle de constitutionnalité un moyen de poursuivre et de dépasser le combat entamé vingt-cinq ans plus tôt (§2.)

§1. Consacrer les droits et libertés individuels avant tout

Au sortir de vingt-cinq ans de révolution dont un an de Terreur (1793-1794) et dix années d'Empire (1804-1814), un quart de siècle de troubles entrecoupé de trop passagers mirages de paix, les Français n'aspirent qu'à un but : trouver le moyen de faire coexister l'ordre et la liberté. Les penseurs libéraux, ne considèrent l'ordre atteignable qu'une fois les droits et libertés effectivement mis en œuvre et défendus. Afin de parvenir à cet objectif, si fidèlement bafoué par chaque régime s'étant inexorablement dégradé puis succédé depuis 1789, il convient de donner une réalité à la Charte de 1814.

Le contrôle vise non seulement à garantir les droits et libertés placés dans la Charte (a), mais son intensité et l'urgence de l'instaurer sur les différents types d'acte, va jusqu'à s'ordonner à cet impératif (b).

a) Protéger la Charte afin de garantir les droits et libertés qu'elle renferme

Cette Charte, pour la première fois dans la pensée de Tocqueville⁷⁸ notamment, n'est plus uniquement considérée comme un « corps de procédure réglant les pouvoirs entre eux » mais également comme un « corps de principes protégeant les libertés et les droits des personnes face à l'emprise de l'Etat »⁷⁹. Aussi, il élargi (et anobli) le sens de la conservation de la constitution : il n'est plus question seulement de « veiller à ce que les pouvoirs constitués respectent le cadre qui leur est assigné par la constitution », « Tocqueville lie conservation de la constitution et garantie effective des droits ».

« Le contrôle cesse d'être, sous sa plume, une procédure formelle et acquiert une matérialité d'une grande densité qui permet de soumettre effectivement la volonté nationale à des principes qui échappent, normalement, à toute volonté. »⁸⁰

Les auteurs libéraux, on l'a vu, perçoivent la Charte comme un contrat scellé entre la Nation et le monarque, notamment depuis le 16 mars 1815, jour du serment

⁷⁸ V° « Tocqueville », L. JAUME, *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, sous la dir. de P. ARABEYRE, J-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2007, p.744-745 « Enfant d'une famille durement éprouvée par la Terreur [...] a très vite à cœur de comprendre, accepter ou réformer ce que, avec ses contemporains, il va appeler la "démocratie" [...] Ayant accepté [...] de prêter serment à Louis-Philippe [...] va observer la démocratie américaine avec son ami [...] Gustave de Beaumont. [...] carrière politique comme député de Valognes et conseiller général de la Manche [sous la monarchie de Juillet] [...] lorsque membre de la Commission de constitution (17 mai 1848), il s'emploie [...] à faire passer divers principes libéraux [...] ». Durant sa députation, il se positionne au centre gauche : J-L. BENOIT, *Tocqueville*, Perrin, 2013, p. 372

⁷⁹ P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVIe - XIXe siècle) - Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 454-464

⁸⁰ *Loc.cit.*

de fidélité de Louis XVIII à ce texte. Cet engagement solennel, de respecter et faire respecter la Charte n'est pas sans conséquence au regard de la mise en place d'une protection effective des droits et libertés. Reprenant droits et principes cités dans la déclaration de Saint-Ouen, ce texte est riche de garanties, du moins en apparences (d'où la dualité d'interprétations de ce texte, rendue possible par une opposition entre son fond – les droits et libertés qui y sont inscrits – et sa forme – l'octroi -). La première partie de la Charte « droit public des français », reprend quasiment à l'identique la liste figurant dans la déclaration susvisée : égalité des français devant la loi (article 1), liberté individuelle (article 4), liberté religieuse (article 5), liberté de presse (article 8), droit de propriété (article 9), droit à l'oubli (article 11). Par là-même, on peut déceler une forme de transposition dans le droit positif d'une partie de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – sous réserve bien entendu, de reconnaître la pleine valeur juridique de la Charte. Cependant, tous les Français, juristes ou non, savent bien désormais qu'une déclaration des droits est bien chimérique face à la volonté d'une Convention, d'un Directoire, d'un Empereur ou bien d'un peuple révolté. Il s'agit donc désormais d'établir des garanties effectives de ces droits et libertés réaffirmés.

La Charte reste, une fois de plus et presque fatalement, muette à cet égard. Pas d'organe ni même de procédure n'est prévue, ne serait-ce qu'à demi-mot, par le texte constitutionnel, pour sa protection ou pourrions-nous dire pour sa survie. Pourtant, la Charte prévoit elle-même la possibilité d'un examen de conformité des actes à son contenu (que ce soit explicitement dans l'article 68 à propos des lois anciennes, ou implicitement, chaque fois qu'elle pose une garantie de fond – en ce sens tous les articles précités de la première partie - ou de procédure – par exemple l'article 15 qui prévoit que la loi est l'œuvre combinée du Roi, de la chambre des députés et de la chambre des pairs -).

Le problème posé par cette lacune est perçu dès 1818 par Jean-Baptiste Sirey⁸¹ (avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation). Il s'inquiète de l'absence de prévision d'un organe pour faire respecter la Charte, dans le cadre d'une réflexion sur les abus susceptibles de se glisser dans l'exercice du pouvoir de faire des ordonnances, confié au roi (article 14). Nous avons déjà évoqué l'imprécision de

⁸¹ V° « Sirey », *Nouvelle Biographie générale*, sous la dir. de J-C-F. HOEFER, *op.cit*, Vol 44, p. 31 : Il adopta les principes de la révolution mais en blâmait les excès. Accusé tantôt de royalisme, tantôt de fédéralisme ; V° « Sirey », G-D. GUYON, *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle...op.cit*, p. 716-717 : « Son Recueil devant offrir un espace où seraient présentées, de manière incontestable, "les données d'une histoire interne de la législation et de la jurisprudence française depuis 1790" ». Dès 1828, aidé de M. de Clarette, il avait entrepris de tracer la voie d'une rédaction où les notes magistrales des professeurs de droit forment, entre la doctrine et la pratique, un pont grâce auquel l'autorité doctrinale ne cesse de s'amplifier et où les diverses Écoles de droit se dégagent des strictes limites de l'exégèse. »

cette disposition, source de nombreux conflits et irrégularités sous la Restauration (à l'origine, d'ailleurs, de la chute du régime lui-même en 1830). Sirey fait appel à « une réclamation universelle, une sage résistance ou même à l'action des surveillants constitutionnels », dont il ne précise pas l'identité. Presque menaçant, il gronde que l'autorité judiciaire ne resterait pas neutre si les règlements d'administration publique venaient à violer la constitution⁸², laissant entendre que la garantie de la Charte dans cette situation, se trouve dans les mains du juge judiciaire. Plus précisément, il s'étonne que l'autorité judiciaire, « chargée d'appliquer la loi et les règlements légaux » ne soit pas naturellement investie d'un tel pouvoir⁸³.

La volonté protectrice des droits et libertés dans l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité est présentée comme primordiale dans son discours, et son souhait de faire du juge judiciaire l'instrument de ce contrôle est explicite, mais ne concerne que les actes réglementaires :

« Comment se fait-il qu'après vingt-huit ans de mouvement vers la liberté nous soyons en fait moins garantis contre l'arbitraire qu'avant 1789 ? [...] jadis les Parlements étaient chargés de vérifier tous les actes destinés à avoir effet sur les droits et les obligations. [...] pourquoi ne pas autoriser par anticipation un examen calme et utile ? Entendons bien toutefois qu'il ne s'agit pas de rétablir l'enregistrement parlementaire, avec faculté de consentir, ou de neutraliser l'exécution des lois. Dans les faits ce ne sont pas des lois qu'il s'agit mais bien des règlements et d'ordonnances qui se présentent comme se confondant avec la loi, et destinées à avoir effet comme elle. D'ailleurs la Cour n'aurait ni à consentir, ni à rejeter ; elle déclarerait seulement si l'ordonnance ou le règlement est à ses yeux l'expression de la loi ; si la Cour peut y voir des règles applicables, en matière de droit à protéger, ou de peines à appliquer [...] beaucoup de bien résulterait de cette institution. »

Cette idée de passer par le contrôle de constitutionnalité afin de garantir le respect de la Charte, dans le but premier de protéger les droits et libertés, est réaffirmée par J-D Lanjuinais⁸⁴ en 1819 : selon lui, une ordonnance entrant dans le

⁸² J-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat*, chapitre IV, n° 93 et suivants, p. 108-124, in G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration...* *op.cit.* p.179 – puisque la Charte est alors régulièrement assimilée à une loi, spéciale.

⁸³ *Ibid.*, p. 122

⁸⁴ V° « Lanjuinais », G. BIGOT, *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, *op.cit.*, p. 462-463 : « Lanjuinais est l'oublié du libéralisme dont il est pourtant une des figures essentielles. » ; V° « Lanjuinais », *Nouvelle Biographie générale*, *op.cit.*, Vol. 29, p. 233 : Docteur en droit et avocat [...] Dès la convocation des Etats-généraux en 1788 "nous chérissons cette forme mixte tant désirée des anciens politiques, tant applaudie par les modernes, où du concours du roi, des grands et du peuple agissant par ses représentants, sortiront des résultats d'une volonté générale et constante qui feront régner uniquement la loi sur toutes les têtes de l'empire" [...] A la convention il résista aux excès qui lui paraissaient devoir entraîner la perte de la révolution. [...] En 1802 il combattit avec énergie le consulat à vie. Fit parti des instigateurs de déchéance

domaine législatif est nulle *ab initio* (ce que le juge judiciaire doit se contenter de constater, réalisant ainsi un contrôle silencieux de conformité à la Charte). Il insiste d'autant plus concernant les ordonnances intervenant en matière criminelle. Il met ainsi l'accent sur la garantie donnée à la liberté des individus par l'obligation inflexible de passer par la loi pour prévoir des peines. Ainsi, c'est en faisant respecter la Charte (qui prévoit selon lui que les ordonnances ne sauraient intervenir dans le domaine législatif), que la liberté individuelle (article 4) se voit défendue⁸⁵. L'auteur va même plus loin puisqu'il écrit que « les ordonnances et les règlements généraux du roi ne peuvent être obligatoires pour les magistrats, les juges, les citoyens, *que dans les dispositions qui ne sont pas évidemment contraires à la Charte ou aux lois secondaires* », et de préciser, non seulement « avec leur texte », mais aussi « avec leur esprit ».

Sous la monarchie de Juillet, toujours à propos des ordonnances royales, on retrouve cette dynamique chez les auteurs libéraux. Là encore, la volonté de protéger les droits et libertés *via* la défense de la Charte (permise par un contrôle de constitutionnalité) s'inscrit dans l'objectif plus large de donner une réalité tangible au changement de régime, post-révolution de 1830 cette fois. Cela s'illustre parfaitement sous la plume de Foucart⁸⁶, fondateur de l'Ecole dite de Poitiers (qui se démarque par son attachement particulier à la protection des droits et libertés)⁸⁷. Il considère l'autorité judiciaire comme la plus à portée des citoyens pour assurer cette protection.

« En thèse générale, une ordonnance illégale n'est point obligatoire ; il n'y a pas de délit à faire ce qu'elle défend, et à refuser de faire ce qu'elle ordonne. La contravention ou le refus d'exécuter conduiront les opposants devant les tribunaux, qui devront les renvoyer absous, et condamner comme coupables d'attentat à la liberté ou à la propriété des citoyens les individus qui auront voulu en procurer l'exécution par la force. »⁸⁸

par le Sénat de Napoléon. Après son retour en 1815 il refusa les nouveaux serments mais quand même président de la chambre des représentants. [...] Lanjuinais continua de s'opposer aux débordements réactionnaires de la chambre introuvable [...] combattit toutes les tentatives rétrogrades des cabinets Richelieu et Villèle. »

⁸⁵J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française avec un essai de traité historique et politique sur la Charte*, et un recueil de pièces corrélatives, vol. 1, Paris, Baudouin frères, 1819, p. 67

⁸⁶V° « Foucart », J.-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, *op.cit.*, p. 340 : « Chargé de cours de droit civil pendant cinq ans, il est en 1832, pourvu de la chaire de droit administratif qui vient d'être créée. [...] Les différents développements reposent sur des tendances nettement individualistes, dont le but est de restreindre, autant que possible dans une vision libérale, les droits de l'Etat. »

⁸⁷J.-L. MESTRE, « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n° 15, p. 451-461

⁸⁸E.-V. FOUCCART, *Eléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq père et fils, 1843-1844, t.1, p. 106

Foucart, envisageant d'autres moyens pour s'opposer à une ordonnance inconstitutionnelle (soit une pétition aux chambres pour leur dénoncer l'acte inconstitutionnel et demander que le ministre qui l'a contre-signé soit poursuivi s'il ne le fait pas rapporter ; soit s'adresser directement au roi pour lui signaler l'acte inconstitutionnel et lui en demander la réformation) souligne que le moyen le moins lent et le plus efficace se trouve néanmoins dans le juge.

b) Un contrôle ordonné à la gravité des atteintes aux droits et libertés

S'agissant du traitement des décrets impériaux, l'impératif de donner vie au changement de régime, en renforçant la protection accordée aux droits et libertés, se fait particulièrement ressentir. La volonté commune des auteurs est d'user du contrôle de conformité à la Charte des décrets impériaux, afin de purifier l'ordre juridique de ces dispositions marquées intrinsèquement des abus du premier Empire. En effet, souvent ces décrets ne sont pas seulement inconstitutionnels car fruits d'un excès de pouvoir flagrant, mais aussi car ils prévoient des peines allant à l'encontre des principes contenus dans la Charte (dans sa version de 1814 ou de 1830). En clair : ils sont non seulement formellement contraires à la Charte, mais violent aussi matériellement celle-ci. C'est le cas notamment des décrets impériaux prévoyant le jugement par des conseils de guerre, allant à l'encontre tant de l'article 62 (Charte de 1814) que de l'article 53 (Charte de 1830), qui prévoient l'un comme l'autre que « nul ne pourra être distrait de ses juges naturels » (sous-entendu, les tribunaux judiciaires). Nous avons déjà abordé le parti pris de la Cour de cassation, dès la Restauration, à l'endroit de ces décrets impériaux (le contrôle de constitutionnalité ne prenant place que par exception).

Il est intéressant de souligner ici que les auteurs libéraux tentent d'instaurer un contrôle plus serré des décrets impériaux là où leurs conséquences sur les droits et libertés seraient les plus graves. On peut, en ce sens, parler d'un contrôle à géométrie variable, ordonné à l'importance des droits et libertés mis en jeu par l'application de ce décret, illustrant ainsi à quel point cet objectif est à la base de la volonté d'instaurer un contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire. Cette volonté de la part des auteurs a pour effet d'instaurer progressivement une forme de contrôle de proportionnalité devant les juges concernant ce type de décret⁸⁹.

Dupin aîné, grand défenseur des libertés publiques, propose dès l'arrêt Connard de 1831⁹⁰ de distinguer les « décrets organiques d'une partie du service publique » (dont le maintien en vigueur est nécessaire pour éviter la

⁸⁹ Cf. *supra*. p.19

⁹⁰ *Op. cit.* S.1831.I.175

désorganisation de l'administration) et les autres (qui ne peuvent « sous aucun prétexte » obtenir force de loi). Si la Cour ne suit pas son avis en 1831, il en est autrement en 1847 lors de l'affaire Marin⁹¹. Dupin aîné insiste sur la sévérité de l'espèce et invite la Cour, non pas à effectuer un renversement général de sa jurisprudence sur les décrets impériaux mais bien de se prononcer de façon exceptionnelle, *unique* : l'application du décret litigieux, en l'espèce, aurait pour effet de condamner à mort un individu, détourné par ledit décret de ses « juges naturels », si l'on se réfère à la Charte. Le procureur général s'exprime en ces termes sur la gravité de l'espèce : selon lui, elle « dépasse toutes celles qui vous ont été précédemment soumises et [...] par là-même prend un tout autre caractère ».

Cette fois, la Cour suit l'avis de ce dernier. Elle considère même, de façon fort explicite, le décret comme abrogé, *car* contraire à quatre articles de la Charte de 1830 : l'article 4 (car il crée une peine non prévue par une loi), les articles 52 et 54 (interdiction de créer des tribunaux d'exception et droit pour chacun de ne pas être détourné de ses juges naturels) et enfin 55 (publicité des débats en matière criminelle).

On pourrait tirer une conséquence supplémentaire d'une décision telle que la décision Marin, nous permettant de démontrer plus encore le poids de la protection des droits et libertés dans la conceptualisation (et l'exercice) d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité. En effet, la gravité de l'espèce pousse ici les juges à suivre l'opinion de Dupin aîné et à écarter l'application d'un décret impérial *alors même* qu'il a été publié au Bulletin des Lois : de façon sous-jacente, les juges suprêmes s'arrogent la compétence d'examiner la compatibilité avec la Charte d'un acte de valeur législative. Parler de contrôle de constitutionnalité de la loi serait sûrement présomptueux (la valeur *symbolique* de l'acte adopté expressément *par le législateur*, n'étant pas à sous-estimer, on y reviendra), mais d'un point de vue strictement juridique et logique, il ne semble déjà plus si loin...

Ce contrôle de proportionnalité, réclamé par les juristes et admis par la Cour de cassation, mettant en balance ordre public (nécessité de ne pas laisser de vide juridique en censurant les décrets impériaux) et libertés individuelles, est ainsi particulièrement illustratif de la volonté, libérale, de donner vie à un nouveau régime, où l'ordre, la stabilité, la sécurité, passent également et avant tout par la protection effective des droits et libertés.

⁹¹ S.1847.I.465

Ce nouvel ordre des choses, que les libéraux pensent possible par l'interprétation contractuelle qu'ils font de la Charte, signifie également conclure la Révolution française. En clair, au-delà d'entériner ses acquis, il s'agit de faire cesser les troubles définitivement. Cependant, il est possible de voir dans le discours de certains une volonté, plus ou moins discrète, non pas de conclure mais de poursuivre la Révolution, également au moyen de ce nouvel outil qu'est le contrôle de constitutionnalité.

§2. Parachever la Révolution... ou aller au-delà ?

Guizot, homme d'Etat doctrinaire⁹² parle, à propos de la Charte de 1814, d'un « *traité de paix* après une longue guerre, une série d'articles nouveaux ajoutés, d'un commun accord, au pacte d'ancienne union entre la nation et le roi »⁹³. De la même façon, un magistrat, Yzard, juge du tribunal civil de Bordeaux ayant rédigé en 1829 un essai « *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux* », partage cette vision de la Charte comme un acte de transaction. Il la présente comme l'espoir renouvelé d'atteindre enfin une voie médiane, la conclusion à quarante années de révolution :

« [...] la loi constitutionnelle de l'Etat, qui seule *nous offre une voie sûre entre les doctrines révolutionnaires et les doctrines du pouvoir absolu*. Après tant d'orages et d'oscillations politiques, nous avons besoin d'un *port de salut et de repos ; il est dans la charte.* »⁹⁴

Si le contrôle est envisagé comme un moyen de parachever la Révolution par la doctrine (a), il est également perçu par elle comme une possibilité de poursuivre son œuvre (b).

a) Un contrôle de constitutionnalité pour parachever la Révolution

Selon les libéraux, et notamment parmi eux les royalistes modérés comme les deux auteurs que nous venons de citer, protéger la Charte revient donc à protéger ce traité de paix qui scelle, par engagement réciproque, la fin de la période

⁹² V° « Doctrinaire », *Dictionnaire de l'Académie française*, sous la dir. de M. DRUON, 9e édition, Paris, Imprimerie nationale et Fayard, 1992 : « Nom donné, sous la Restauration, à des hommes politiques qui s'opposaient à la fois au principe de la souveraineté du peuple et à la monarchie de droit divin. »

⁹³ F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, I, p. 34. in E. WARESQUIEL, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », *Jus Politicum*, n°13, 2014

⁹⁴ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, Paris, Alexandre Mesnier, Bordeaux, Teycheney, 1829, p. 115. Parfois orthographié « Isard » ou « Izard », nous n'avons pas d'information précise sur cet individu, dont nous classerions les opinions politiques dans le camp des royalistes modérés de la Restauration, aux ambitions plutôt libérales, au regard du seul texte de sa part dont nous sommes en possession.

révolutionnaire⁹⁵. Le moyen de défense de ce « pacte » - et avec lui, de la paix – doit passer par le contrôle de constitutionnalité.

Pour justifier cela, il faut attacher une force supérieure, une certaine rigidité à la Charte, support de la paix. L'article 14 de la Charte de 1814 constitue, on l'a vu, une sorte de missile armé dirigé par la Charte contre elle-même. Son laconisme empêche en effet de définir avec précision ce qui peut être modifié de la seule autorité du roi, de la législation voire de la Charte elle-même. Il est particulièrement conflictogène et susceptible d'aboutir à une rupture de l'apaisement politique et institutionnel recherché par le biais de la Charte. Le premier objectif des libéraux est donc de limiter, d'empêcher les empiètements possibles du roi sur la Charte *via* cet article 14. La Charte est en effet pour eux un acte synallagmatique, le roi lui-même lui ayant juré fidélité et protection.

Les auteurs élaborent une réflexion générale, souvent fournie, sur cet article 14 et les moyens d'annihiler son potentiel destructeur. Isambert, par exemple, interprète les deux membres de la proposition « pour l'exécution des lois *et* pour la sûreté de l'Etat » comme intrinsèquement liés et indissociables « par la copulative »⁹⁶, sans quoi la « Charte est une ordonnance révocable », l'Ancien Régime est de retour et il faut reprendre les armes. En réalité, au regard de l'article 15 de la même Charte, il semble y avoir une contradiction dans les termes à considérer que le roi peut prendre des mesures législatives seul, par ordonnance...

La méthode que semblent privilégier la plupart des libéraux consiste en un contrôle juridictionnel, au cas par cas, des ordonnances royales. Plus souple, mais aussi plus concret que de fixer législativement une interprétation de l'article 14 (qu'Isambert appelle néanmoins de ses vœux, avec d'autres auteurs⁹⁷), cet examen paraît être le moyen le plus sûr pour sauver la Charte.

En effet, dans cette même pétition formulée par Isambert, il est demandé au législateur d'insérer une disposition prévoyant que les tribunaux ne peuvent « sous peine de forfaiture » donner force exécutoire aux dispositions des ordonnances

⁹⁵ P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », *Jus Politicum*, n° 13, 2014, p. 2 « En suggérant un parallèle obstiné avec les institutions anglaises, le dessein était cette fois d'interpréter cette constitution libérale et monarchique, comme s'en exprime son auteur lui-même, à travers le prisme de la Glorious Revolution. La Charte aurait nécessité d'être comprise, comme une transaction avec les idéaux de la Révolution française (ce qu'exprime une célèbre formule de Guizot : "En donnant la Charte à la France, le roi adopta la Révolution"). Un tel préjugé emportait la conséquence d'une constitution purement libérale (le "et monarchique" étant écludé), suggestion qui sera poussée au but en 1830, avec les suites glorieuses que l'on sait (Thiers en a dévoilé l'arcane dans l'une de ses formules triviales : "Enfermer les Bourbons dans la Charte au point qu'ils soient contraints d'en sortir par la fenêtre ") ».

⁹⁶ F-A. ISAMBERT, *Pétition pour l'interprétation législative de l'article 14 de la Charte, contre la dictature ; déposée à la chambre des députés, le 3 mars 1830*, p. 3

⁹⁷ F-A. ISAMBERT, *Ibid.*, p. 4

contraires aux lois établies. Cela signifie octroyer au juge judiciaire le pouvoir de contrôler la constitutionnalité formelle (en faisant respecter l'article 15 de la Charte) mais aussi matérielle (en assurant le respect des articles créateurs de droit contenus dans la Charte, considérée elle-même comme une « loi » spéciale), des ordonnances royales.

A la veille de juillet 1830, le contrôle de constitutionnalité dans sa dimension pacificatrice a pris toute son épaisseur. Le procès « fabriqué » du *Courrier français*⁹⁸, étudié en introduction, démontre de façon explicite la volonté des libéraux de passer par un contrôle de constitutionnalité des ordonnances de Charles X afin de rétablir l'ordre et la « légalité », sans passer par une nouvelle insurrection.

Dans le même sens, la source de l'enthousiasme de Tocqueville à l'égard du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois réside dans cette justification. Le juge judiciaire se voit confiée, par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois, une mission d'assurer la « paix sociale ». Nous reviendrons en détails sur cette réflexion déjà fort bien connue, notamment sur le refus de Tocqueville de transposer ce système en France⁹⁹.

Malgré tout, les exhortations des auteurs à procéder à un contrôle de constitutionnalité ne convainquent pas les juges de la Cour de cassation qui, craignant de se faire tacler d'excéder leurs attributions, laissent un « traité de paix » déjà partiellement artificiel, se déconstruire sous leurs yeux¹⁰⁰.

Aussi, on comprend que les auteurs les plus libéraux refusent de se résigner devant une telle situation. L'idée selon laquelle l'ordre ne saurait découler que d'une garantie effective des droits et libertés se retrouve dans le fait que certains de ces penseurs n'hésitent pas à remettre en danger – au moins temporairement - le premier, afin d'accroître les seconds. Devant l'impuissance à conclure de façon satisfaisante la Révolution – en raison de l'irrespect d'une Charte supposée réaliser la meilleure transaction possible - leur stratégie bascule rapidement vers une volonté d'aller au-delà.

b) Un contrôle de constitutionnalité pour poursuivre la conquête des libertés

Certains auteurs voient dans le contrôle de constitutionnalité, plutôt qu'un moyen immédiat de faire régner l'ordre, un outil pouvant permettre d'aller plus loin

⁹⁸ *Op.cit.*, S. 1830, 2, 223

⁹⁹ *Cf. Infra*, p.100 et suiv.

¹⁰⁰ G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...* art.cit. p. 184

que les acquis révolutionnaires fixés dans la Charte. Au lieu de se « contenter » de défendre les droits et libertés consignés dans celle-ci (Cf. §1), ils estiment que le contrôle de constitutionnalité peut permettre de poursuivre la Révolution et la conquête des libertés, tout en restant, en apparences du moins, dans le droit...

En restant dans le droit, car cette méthode permet, ce qui est non-négligeable, de se passer d'une nouvelle insurrection. Pour illustrer notre propos, Charles-Guillaume Hello est probablement l'auteur le plus représentatif. Opposant de la monarchie traditionnelle durant toute la Restauration, il s'estime – au moins au départ – comblé par la Révolution de Juillet : procureur général près la cour d'appel de Rennes, « il est l'un de nombreux avocats libéraux devenus magistrats à la suite de la chute de Charles X. ¹⁰¹ ». Au moment de décider des méthodes pour imposer l'ordre politique né des trois glorieuses en Bretagne il s'oppose à l'usage de procédés révolutionnaires, et considère qu'en toutes circonstances il faut respecter les formes légales.

Prenons un exemple où Hello promeut un accroissement du contrôle direct par le juge judiciaire, au soutien d'un dépassement des dispositions de la Charte (qui sont là, à l'origine, pour « servir de fanal au législateur »¹⁰² : cela ne suffit pas toujours).

Sa réflexion prend sa base au sujet de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les décrets impériaux. Il alerte sur le caractère flou de certaines dispositions de la Charte, qui empêche l'exception d'inconstitutionnalité imaginée par les juges suprêmes¹⁰³ d'être effective et suffisante. Il prend, en particulier, l'exemple de la liberté individuelle. Citons - longuement, car sa limpidité est appréciable pour illustrer notre propos - un passage du premier tome de son *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique* :

« Cette doctrine [celle de la Cour de cassation] se comprend à merveille, lorsque la Charte a une disposition qui lui soit propre, et que la loi elle-même soit obligée de respecter, comme en matière d'égalité, de liberté de conscience, de liberté de la presse,

¹⁰¹ C-A. CARDOT, *Documents inédits sur l'opposition légitimiste en Bretagne (février-avril 1832)*, Extraits des « Mémoires » de la société d'histoire et d'archéologie de Bretagne, Tome XLIX, 1969, p. 113-133

Après la révolution de Juillet, les magistrats ayant refusé de prêter serment à la Charte et à Louis-Philippe, sont *ipso facto* considérés démissionnaires. Les places vacantes sont attribuées, par préférence, à ceux qui avaient été les opposants de la Monarchie traditionnelle sous la Restauration.

V° « Hello », C. CHÉNE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, op.cit. p. 402-403 : avocat général à la Cour de cassation en 1837, et député en 1842, siégeant au centre. « [...] il laisse essentiellement une réflexion de nature publiciste qui, dans la mouvance Guizot, tente de persuader de l'excellence de la Monarchie constitutionnelle contre les nostalgies de l'Ancien Régime d'abord, puis des premières revendications socialistes ensuite. »

¹⁰² A. DALLOZ, V° « Association illicite », *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 5, p. 305

¹⁰³ Cf. *Supra*, p.18-19

de droit de propriété. Mais le malheur de la liberté individuelle est de n'avoir pour sa défense que l'imprudente formule de l'article 4 ; le mot de garantie s'y trouve ; la chose en est absente [...] Que fait le décret de 1810 ? Il le dit sans détour, il veut éviter les tribunaux ; pour que l'article 4 fût violé par cette déclaration, il faudrait qu'il eût remis la liberté individuelle à l'autorité judiciaire ; mais la lui a-t-il remise ? [...] D'aucune manière. Quelque énormité que l'on commette contre la liberté individuelle, on est sans reproche, pourvu que l'on ait l'autorité de la loi, et elle ne manque pas au décret de 1810. Il ne viole donc pas dans la Charte une disposition qui lui soit propre ; il n'est coupable que de cet excès de pouvoir qui est couvert par la jurisprudence ; il n'est donc pas compris dans l'exception. Il est en vigueur, il faut lui obéir. *Voilà où l'on arrive en droit constitutionnel, quand on rejette superstitieusement l'abrogation tacite, et que l'on renonce au bon sens pour s'enchaîner à un texte* »¹⁰⁴.

Confier la liberté individuelle au juge judiciaire, lui faire constater l'abrogation tacite de dispositions législatives, c'est, en creux, l'autoriser à réaliser un contrôle de constitutionnalité sur la loi ancienne (en l'espèce, les décrets impériaux étant considérés comme ayant valeur législative dans les conditions précisées en introduction). Il aurait selon lui fallu confier ce travail au juge, capable non seulement de lire la lettre mais aussi de comprendre l'esprit de la Charte, complément nécessaire selon lui à une réelle protection des droits fondamentaux. C'est donc en cela, également, que le contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire est envisagé comme un moyen de prolonger la marche révolutionnaire vers la liberté, et de garantir son effectivité, même par-delà la lettre de la Charte.

Précisément, ce que craignent les plus conservateurs dans ce contrôle direct c'est qu'il ne conduise à « des bouleversements révolutionnaires »¹⁰⁵. Cette ambiguïté dans la fonction première du contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire, entre conclure ou prolonger la Révolution, est donc particulièrement notable. Elle se retrouve de chaque côté de l'échiquier politique, qu'elle soit crainte (par les conservateurs qui recherchent l'ordre), ou qu'elle soit entretenue (par les libéraux qui font passer la marche vers la liberté avant tout, quitte à troubler l'ordre, mais sous couvert des formes légales et constitutionnelles).

¹⁰⁴ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, A. Durand, 1848, vol 1, p. 110 et suivantes

¹⁰⁵ J-L. MESTRE, « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », art.cit., p. 52, faisant référence à A. DALLOZ

Après avoir exposé l'objectif poursuivi par la frange libérale de la doctrine dans sa promotion d'un contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire, il convient de se pencher sur les modalités imaginées par ces auteurs pour sa mise en œuvre.

Section II - Une méthode : écarter l'application d'un acte réputé inexistant

La méthode la plus communément admise est empreinte de prudence et consiste en une mise à l'écart ou technique de « substitution » (§1). Par exception, la constatation de l'abrogation implicite, notamment concernant la loi ancienne et le cas particulier des décrets impériaux est également envisagée comme une méthode de contrôle silencieux (§2).

§1. La mise au point d'une technique prudente : écarter sans annuler

Le choix a été fait de qualifier la technique générale imaginée par les auteurs libéraux de « prudente ». La justification réside dans le fait que les penseurs, unanimement, penchent pour un contrôle qui n'aboutirait ni à une annulation ni à une abrogation (c'est-à-dire, une annulation pour l'avenir uniquement), de l'acte examiné. La doctrine défend ainsi la légitimité de la « faculté judiciaire d'apprécier » (a). Si cet argument est plutôt bien reçu concernant les actes réglementaires, l'examen, même ainsi borné, de la loi nouvelle, pose question au regard de sa dimension politique (b).

a) La prudence de la technique de contrôle : la « faculté judiciaire d'apprécier »

Il s'agit de constater l'inexistence de l'acte au sein de l'ordre juridique, et d'en tirer les conséquences logiques sur la résolution du litige : écarter l'acte litigieux, c'est-à-dire ne pas l'appliquer à l'espèce. Qu'est-ce qui en découle ? Soit la levée des poursuites (le juge étant naturellement dans l'incapacité de condamner un individu sur la base d'un acte inexistant, en clair, sans base légale), soit l'application d'un autre acte s'il existe, de valeur équivalente ou bien supérieure.

Ainsi, cette technique est prudente car elle permet, a priori, de faire taire les critiques éventuelles qui viseraient l'excès de pouvoir d'un juge anéantissant (par l'annulation ou l'abrogation) le travail du législateur, ou celui du pouvoir exécutif. Malgré tout, ce ne fut pas le cas, mais nous reviendrons sur cette question¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Cf. *Infra*, p.100 et suiv.

On retrouve cette méthode pour chaque type d'acte susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, selon la classification évoquée en introduction.

S'agissant des ordonnances royales, elle apparaît quasi unanimement chez tous les auteurs libéraux : à la fois chez Isambert¹⁰⁷ ou Sirey que l'on a déjà cités¹⁰⁸. Serrigny¹⁰⁹ ne fait pas exception. Il propose aux parties lésées par une ordonnance illégale de lui « opposer leur force d'inertie »¹¹⁰ en se refusant à son exécution. Les tribunaux devant lesquels les individus seront traduits en raison du refus d'exécution doivent alors vérifier si l'ordonnance est « viciée de l'excès de pouvoir qu'on lui reproche » et « en cas d'affirmative », « ils se refuseront à lui prêter le secours du pouvoir judiciaire, et renverront impunis les prétendus délinquants » (ce qui revient bien à écarter l'application de l'ordonnance pour l'espèce).

Le juge Yzard formule quant à lui une sorte de « guide pratique » à l'usage des tribunaux pour le contrôle des ordonnances. Il propose d'abord de différencier « l'ordonnance [qui] n'est qu'une déduction pratique et réglementaire d'une loi antérieure, conforme à ses principes, et destinée uniquement à régler des difficultés d'exécution que la loi n'a pu prévoir » (qui ne pose pas de difficulté) et « l'ordonnance empiétant sur le domaine législatif [qui] proclame des principes nouveaux, institue des droits dérogatoires ou contraires à ceux qu'a créés une loi positive ». Dans le second cas, l'ordonnance, parce qu'elle est illégale, a donc été prise inconstitutionnellement (même s'il convient de rappeler qu'à l'époque, la confusion entre illégalité et inconstitutionnalité est encore tenace) : Yzard commande alors aux juges : « [qu'ils] n'auront nul égard à l'ordonnance, qu'ils devront l'écarter pour s'en tenir au texte des lois existantes dont ils feront l'application selon leur conscience »¹¹¹.

Ainsi cette technique semble permettre au juge d'examiner la constitutionnalité des ordonnances royales, sans trop de difficulté. La question de l'interdiction faite au pouvoir judiciaire de juger les actes du pouvoir exécutif est écartée puisque,

¹⁰⁷ F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire*, *op.cit.*, p. 33

¹⁰⁸ J-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat*, *op.cit.* : « D'ailleurs la Cour n'aurait ni à consentir, ni à rejeter ; elle déclarerait seulement si l'ordo ou le règlement est à ses yeux l'expression de la loi ; si la Cour peut y voir des règles applicables, en matière de droit à protéger, ou de peines à appliquer [...] beaucoup de bien résulterait de cette institution »

¹⁰⁹ V° « Serrigny », J-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, *op.cit.*, p. 709-710 : professeur titulaire de la chaire de droit administratif qui venait d'être créée à Dijon en 1837. A deux reprises bâtonnier de la barre de Dijon. « Il fait entrer le droit administratif dans les théories générales et le combine avec les règles particulières du droit civil [...] Le "Traité du droit public des Français" que Serrigny publie en 1846 (2 vol.), témoigne de l'intérêt que Serrigny porte au droit constitutionnel. C'est une vision libérale de la monarchie de Juillet, qui aujourd'hui vaut surtout pour l'historien. »

¹¹⁰ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842, t1, p. 6 et suivantes

¹¹¹ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales...op.cit.*, p. 83

comme le précise Foucart, sans « statuer principalement et d'une manière générale sur la validité d'une ordonnance »¹¹², il s'agit simplement de reconnaître au juge la faculté d'apprécier la valeur et l'existence de l'acte sur lequel on lui demande de baser son jugement. Cet argument apparaît également chez Serrigny, qui ajoute : « Ce droit d'examen et ce refus de concours sont reconnus formellement à l'autorité judiciaire par l'article 471 n°15 du code pénal, qui ne punit d'amende que ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* par l'autorité administrative »¹¹³.

C'est pourquoi cette action paraît naturellement découler des attributions du juge judiciaire. Cette forme de contrôle de constitutionnalité des ordonnances royales est présentée par certains auteurs presque comme la condition *sine qua non* de leur mission, juger :

« Tous les jugements doivent être motivés sur une loi ou sur une ordonnance qui puise sa force dans la loi, *et les juges ne doivent avoir aucun égard aux actes qui ne rentrent pas dans l'une ou dans l'autre catégorie*. Ainsi ils ne décident pas d'une manière absolue que telle ordonnance est illégale et ne devra point être exécutée ; mais, *placés par leur position dans la nécessité de prononcer que conformément à la loi*, il faut bien qu'ils apprécient la valeur de l'acte sur lequel on leur demande de baser leur jugement. Sinon les tribunaux, qui doivent être les protecteurs des droits et de la liberté des citoyens, ne seraient plus que les soutiens aveugles du despotisme »¹¹⁴

Foucart ajoute que cette appréciation porte à la fois sur le fond et sur la forme de l'ordonnance (par exemple si elle n'est pas revêtue de la signature d'un ministre¹¹⁵). Aux yeux de Lanjuinais, ce mécanisme s'impose avec la force de l'évidence :

« [...] il est presque inutile de dire que les ordonnances et les règlements généraux du roi ne peuvent être obligatoires pour les magistrats, les juges, les citoyens, que dans les dispositions qui ne sont pas évidemment contraires à la charte ou aux lois secondaires, inconciliables avec leur texte, antipathiques avec leur esprit. »¹¹⁶

Charles-Guillaume Hello décrit cette technique à la fois à propos des ordonnances royales, mais aussi des décrets impériaux¹¹⁷ : critiquant la jurisprudence adoptée depuis le 27 mai 1819¹¹⁸ par la Cour de cassation, il

¹¹² E-V. FOU CART, *Eléments de droit public...op.cit.*, p.106

¹¹³ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence...op.cit.*, p. 6

¹¹⁴ *Ibid.*, p.107

¹¹⁵ *Loc.cit.*

¹¹⁶ J-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation ... op.cit.*, p. 278

¹¹⁷ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel...op.cit.*, p. 98

¹¹⁸ S. 1819.1.347 Journal du Palais 2^e éd. 1843, t.15, p. 295

préconise de leur appliquer le même traitement qu'aux ordonnances. Quel est-il ? Naturellement, la mise à l'écart de l'acte litigieux.

Par ailleurs, Hello établit de façon plus approfondie que les autres auteurs, une différence de « nature » entre la « faculté judiciaire d'apprécier » et la « faculté politique d'annuler ». En sa qualité de magistrat, il explique, à l'intention du détenteur du pouvoir de faire des ordonnances :

« S'il vous plaît d'excéder vos pouvoirs et de faire la loi, au lieu de l'exécuter, c'est un tort, dont je ne suis sans doute par le redresseur, mais qui ne peut modifier ma condition, or, dans la condition qui m'a faite [...] je ne puis appliquer aucune peine non prononcée par la loi [...] si cependant je suis obligé de condamner indistinctement qui vous désobéit sous prétexte que je vous fait obstacle il vous suffira de sortir de votre orbite pour m'entraîner or de la mienne ; votre excès de pouvoir entraînera le mien ; c'est moi qui suis dans votre dépendance et c'est vous qui empiétez. A parler exactement, ce que je juge, c'est moins votre acte que ma compétence ; avec mon droit judiciaire d'apprécier, je ne sors pas de mes limites, j'y reste. »¹¹⁹

Le terme inexistant nous séduit car il nous paraît retranscrire au mieux l'idée qui sous-tend et légitimise tout ce système : le juge *n'agit* pas sur l'acte litigieux (en l'annulant ou l'abrogeant), il ne fait que *constater* l'inexistence de l'acte, devant laquelle il est impuissant et n'a d'autre solution que de lever, purement et simplement les poursuites (à moins qu'un autre acte, valide et de même valeur ou de valeur supérieure soit applicable). Dufour¹²⁰ fait une fine analyse juridique de cette technique :

« Leur droit, leur devoir même est donc de refuser d'appliquer tout règlement qui leur paraît illégal [...] on respecte ainsi jusqu'à la défense faite aux tribunaux de juger les actes administratifs et d'en entraver l'exécution, défense qui ne peut, d'ailleurs, s'entendre que des actes dont l'exécution ne doit pas être précisément, du fait des tribunaux. Le tribunal en se refusant à faire application d'un règlement, n'en prononce pas pour cela, l'annulation. »¹²¹

Cette attitude aurait pour effet *d'alerter* l'auteur de l'acte, qui pourrait alors soit décider de ne pas agir au risque de voir son acte rester lettre morte (mais encore eut-il fallu dans ce cas que les juges agissent de façon unanime, sans qu'aucun ne cède à appliquer l'acte oppresseur), soit le retirer ou le modifier. On peut entrevoir

¹¹⁹ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel...op.cit.*, p. 143

¹²⁰ V° « Dufour », J-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle, op.cit.*, p. 270-271 : en 1839 il acquiert une charge d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; « En 1850 [...] il vint s'asseoir dans les rangs du parti modéré et se fit remarquer par la rectitude de son esprit et son goût pour la liberté régulière [...] » V° « Dufour », *Nouvelle Biographie générale, op.cit.*, vol. 15, p. 69

¹²¹ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Delamotte aîné, 1843-1845, vol 1. Nous citons ici l'édition de 1854-1857 chez Cotillon (p. 66-67).

ici les germes de la théorie de l'aiguilleur introduite dans la doctrine française par Charles Eisenmann (Georges Vedel et Louis Favoreu s'y référant fréquemment), bien que les pouvoirs confiés au juge constitutionnel qui nous est contemporain soient plus larges.¹²²

S'agissant de la loi nouvelle on retrouve encore cette technique de mise à l'écart, de non-application de l'acte litigieux par le juge, mais on perçoit que la question est plus sensible.

b) Contrôler la loi nouvelle, un acte politique ?

Le juge Yzard parle en ce sens, encore, de vérification de *l'existence* de la loi : il explique que cela revient à s'assurer qu'elle émane du pouvoir législatif. Ainsi, le contrôle de la loi nouvelle n'implique, chez la plupart des auteurs, qu'une vérification des formes extrinsèques de cet acte. A contrario, vérifier la compatibilité du fond de la loi, de sa matérialité, vis-à-vis du texte constitutionnel, est considéré comme un acte politique et donc interdit au juge.

Plusieurs cas de figure permettent d'atténuer ce principe. La première hypothèse est implicite. La question a déjà été abordée : l'exception d'inconstitutionnalité prévue au sujet des décrets impériaux est ambiguë dans ses implications, puisque la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la valeur législative de ces actes du moment qu'ils ont été « promulgués et exécutés comme lois sans opposition de la puissance législative »¹²³ c'est-à-dire du Sénat.

Dès lors, il n'est pas étonnant que les plus fervents défenseurs d'un élargissement du contrôle matériel des décrets impériaux soient en général enclins à admettre un examen similaire sur les lois. Il s'agit de la seconde hypothèse d'atténuation du principe restreignant le contrôle de constitutionnalité des lois à un examen externe. Elle est cette fois explicite. C'est sous la plume de Félix Berriat-Saint-Prix¹²⁴ que l'on en trouve la présentation la plus limpide : il s'agit d'une technique dite de « substitution » (selon les mots de l'auteur) :

¹²² M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2010 : « [...] lorsque le juge constitutionnel déclare qu'une loi est inconstitutionnelle, il ne se prononcerait pas sur le fond, mais seulement sur la procédure. Il se bornerait en effet à indiquer qu'une certaine mesure ne pouvait être adoptée en forme législative, mais seulement en forme constitutionnelle. ». Appliqué à notre cas, si le juge écarte l'application d'une ordonnance réputée inconstitutionnelle, soit le roi devrait la retirer/modifier, soit le législateur serait dans l'obligation de modifier la loi, pour que l'ordonnance ne soit plus illégale, soit enfin, la Charte devrait être modifiée pour que la matière réglée par l'ordonnance soit considérée simplement de nature « réglementaire ».

¹²³ *Op.cit.*, S. 1819.1.347

¹²⁴ V° « Berriat », J-M. QUÉRARD, *La littérature française contemporaine - XIXe siècle*, Paris, Daguin Frères, 1842, p.353-354 : « L'ambition de son père était qu'il se préparât à l'enseignement du droit, mais le caractère du jeune docteur se prêtait peu aux exigences paternelles. [...] M. F. Berriat possède une qualité

« La conséquence de cette doctrine [Le pouvoir législatif est limité par le pouvoir constituant, p.118] est que toute loi inconciliable avec le texte de la Charte est inconstitutionnelle ; à la vérité, aucune autorité n'est compétente pour la déclarer nulle, puisque le pouvoir législatif ne relève d'aucun autre, mais il me semble que les juges *lorsqu'ils auront à opter entre le texte de la loi et celui de la Constitution, devront faire du dernier la base de leur jugement*. Par exemple, si une loi rétablissait la censure avec certaines peines, le jugement qui acquitterait un individu inculpé par le motif que l'article 7 de la Charte défend le rétablissement de la censure, ne serait pas, à mon avis, susceptible de cassation. Pareillement, si l'on alléguait devant les tribunaux un acte qualifié de loi, bien que manquant des conditions requises par la Constitution, ils devraient n'y avoir nul égard dans leur sentence. »¹²⁵

Berriat-Saint-Prix, établissant un parallèle en note de bas de page entre ce système et le système mis en place aux Etats-Unis¹²⁶, défend donc explicitement la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité matérielle *et* formelle de la loi. Berriat-Saint-Prix dégage ensuite une hiérarchie entre les deux normes, à la faveur de la norme constitutionnelle sur la loi. Aussi, en cas de contradiction entre les deux, c'est naturellement que le juge devra « substituer » le texte constitutionnel au texte législatif, sans avoir d'égard pour le second. Il s'agit une fois encore d'une forme de mise à l'écart de l'acte litigieux (la loi), sans annulation de celui-ci.

A ce stade, la réflexion de l'auteur libéral relève de la pure technique juridique. Mais, n'étant pas pour autant aveugle aux complications susceptibles de jaillir d'un tel mécanisme, en raison de la nature particulière de la loi, il adopte ensuite un raisonnement plus politique et anticipe le « double écueil » susceptible de se présenter au juge :

« [...] il est à craindre que les juges n'usurpent le pouvoir législatif en refusant d'appliquer des lois régulières, ou bien qu'ils ne reculent devant la nécessité de déclarer en quelque sorte une loi inconstitutionnelle. »¹²⁷

bien rare parmi les jeunes gens de l'époque actuelle : de la modestie vraie ; ajoutons à cela, un esprit d'indépendance très-prononcé. [reçu docteur en droit [...]. En 1836 [...] il publia sous le titre de *Commentaire sur la Charte constitutionnelle* le fruit de ses précoces et consciencieuses méditations sur les imperfections du pacte social, qui nous fut octroyé en 1814 à l'aide des baïonnettes étrangères, puis restauré à la hâte en 1830 [...]. Aux yeux de M. F. Berriat, la Charte est un acte de souveraineté nationale et non un contrat qui lierait la nation envers les autorités qu'elle établit. La plupart des dénominations monarchiques encore usitées sont pour lui des vestiges de l'ancien régime [...]. »

¹²⁵ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq Langlois et Delaunay, 1836, p. 119

¹²⁶ *Loc.cit.*, « Cette doctrine paraît admise sans contestation aux Etats-Unis, Voir M. Tocqueville Chapitre VI De la démocratie en Amérique »

¹²⁷ *Ibid.*, p. 120 : Face à ce constat, il envisage un organe sui generis qui serait le mieux susceptible de réaliser cette mission (sorte de « jury » ou « sénat », inspiré de celui de la Constitution de l'an VIII mais élu par les citoyens dans le but de ne pas tomber dans le même travers que ledit sénat conservateur, à savoir celui

Mettre à l'écart sans annuler : voilà donc la technique préconisée unanimement par les auteurs libéraux dans leur ébauche de contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire, à la fois concernant les ordonnances royales, les décrets impériaux, et la loi nouvelle.

S'agissant de la loi ancienne, la technique diffère quelque peu. On peut voir dans son abrogation tacite par la Charte une forme de contrôle de constitutionnalité silencieux exercé par le juge. Les auteurs libéraux sont ainsi généralement favorables à ce mécanisme empreint de prudence, afin de mettre en conformité l'ordre juridique avec le nouveau régime (la Charte) et en particulier, en adéquation avec l'interprétation progressiste qu'ils en font.

§2. L'exception : l'abrogation implicite

L'abrogation tacite, si elle n'est pas la conséquence directe de l'action du juge, trouve néanmoins à nos yeux sa place dans ce développement. En effet, la démarche intellectuelle qu'elle retranscrit consiste bien à examiner la conformité d'un acte au regard d'une norme de référence (ici la Charte). La résultante de ce mécanisme, en cas d'incompatibilité, est la mise à l'écart de l'acte examiné. Le rôle du juge est de « constater » cette abrogation implicite, réalisée par elle-même. En entérinant un état de fait antérieur il participe du contrôle de constitutionnalité (car il lui donne effet en écartant l'application de l'acte du litige), tout en restant prudent, c'est-à-dire sans annuler *de façon générale* l'acte dont il est question.

Ce mécanisme trouve son origine - on l'a déjà évoqué - dans l'article 68 de la Charte de 1814 puis 59 et 70 de la Charte de 1830. Il concerne les actes législatifs, c'est-à-dire les lois antérieures ainsi que, si l'on suit la jurisprudence de la Cour de cassation, les décrets impériaux dotés de force de loi. Les décrets impériaux, en raison de leur nature *sui generis* (entre valeur réglementaire et législative) font l'objet d'un traitement complexe, à mi-chemin entre la technique de mise à l'écart et la technique d'abrogation implicite. Revenons d'abord sur l'abrogation de la loi ancienne (antérieure au changement constitutionnel), puis sur ces derniers.

La plupart des auteurs libéraux envisagent la possibilité de l'abrogation implicite des lois *secondaires* ou *ordinaires*. Au travers de cette réflexion, on peut constater qu'il existe une appréhension de la distinction entre loi ordinaire et loi

d'une « servilité pour le héros de l'époque »). Dans tous les cas, à ses yeux, laisser l'omnipotence au pouvoir législatif est inimaginable excepté dans l'hypothèse d'un corps législatif issu du suffrage universel.

constitutionnelle : les auteurs insistent sur le caractère déterminant d'un changement constitutionnel pour autoriser l'abrogation implicite. Ces deux points sont particulièrement révélateurs d'une volonté d'affirmer la supériorité, la *fondamentalité*, de la loi constitutionnelle.

Si la doctrine, d'ordinaire, fait montre d'hostilité vis-à-vis de l'abrogation implicite de la loi (a), il en est autrement lorsqu'il s'agit de constater l'abrogation implicite d'une loi ordinaire par effet d'un changement constitutionnel (b). Ceci contribue à faire ressortir la spécificité de l'acte constitutionnel, en l'occurrence la Charte, et par suite, la nécessité pour la loi ordinaire de s'y conformer.

a) L'hostilité ordinaire de la doctrine vis-à-vis de l'abrogation implicite

D'abord, l'abrogation tacite d'une loi secondaire par l'usage, ou « abrogation par désuétude » est difficilement admise par les auteurs : « Toute dérogation expresse ou tacite à une loi, et toute abrogation d'une loi sans les volontés réunies des grands pouvoirs, est une usurpation de l'autorité législative, un crime ou un abus à réprimer [...] »¹²⁸. Berriat-Saint-Prix comme Foucart considèrent les promoteurs de celle-ci comme coupables d'une faute de logique juridique, menant à l'irrespect de la volonté du peuple sous couvert de l'autorité de l'habitude. L'argumentation principale des défenseurs de l'abrogation par désuétude se base sur le fragment 32^e §1 De Legibus au Digeste, écrit par Julien. La logique est la suivante : à Rome, « les lois ne tirent leur force obligatoire que de l'assentiment du peuple, or il importe peu que cet assentiment se manifeste par des votes ou des faits. [...] Aussi, on a admis avec beaucoup de raison, outre l'abrogation qui résulte du suffrage du législateur, celle qui s'opère par désuétude, en vertu du consentement tacite de tous. »¹²⁹.

Si les deux auteurs rappellent ce passage du Digeste, c'est pour mieux souligner l'inadéquation de cette justification avec l'état de l'ordre juridique qui leur est contemporain : si en 1830 le vœu du peuple est toujours à la « base de la Constitution »¹³⁰, l'argumentation de Julien « suppose une de ces Constitutions incertaines et vagues, dans lesquelles le pouvoir législatif n'est organisé par aucune loi positive »¹³¹. La situation diffère dans un pays où la constitution écrite « établit un Corps législatif qui se réunit chaque année pour faire des lois », il d'agit d'un « organe régulier » et donc à lui seul appartient « le droit de créer des règles

¹²⁸ J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française...op. cit.*, p. 260

¹²⁹ Julien, Dig. Fragm. 32, §1, de legibus in F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle...op.cit.*, p.123

¹³⁰ *Loc.cit.*

¹³¹ E.-V. FOU CART, *Eléments de droit public et administratif, op.cit.*, p. 82

obligatoires ou de les abroger »¹³². Aussi, « si un usage ne peut fonder une loi comment pourrait-il la détruire ? »¹³³. Et Foucart d'ajouter : « rien de semblable ne peut exister aujourd'hui, la loi ayant une source certaine, les juges n'ont d'autre droit que d'en faire l'application aux causes particulières qui leur sont soumises, sans pouvoir prononcer par voie de disposition générale et réglementaire »¹³⁴. On peut simplement noter, avec ces auteurs, que si les cours royales avaient validé le principe combattu, la Cour de cassation paraissait plutôt avoir résolu cette incertitude dans le sens de Foucart en agissant avec prudence.¹³⁵

Outre l'abrogation par désuétude, si elle est législative, elle peut être expresse ou tacite. « Elle est expresse lorsqu'elle désigne précisément la loi abrogée par son objet, son nom ou sa date. Elle est tacite, quand elle résulte de l'impossibilité d'appliquer simultanément deux lois de dates diverses »¹³⁶. De manière générale, l'abrogation tacite, par une loi nouvelle ordinaire, est également mal perçue par les auteurs¹³⁷.

b) La particularité de l'abrogation par la « loi constitutionnelle »

Il apparaît que la situation diffère en cas de changement constitutionnel : c'est là tout l'intérêt du thème de l'abrogation implicite au regard de notre réflexion sur le contrôle de constitutionnalité. Hello met en lumière l'idée que les changements en « matière constitutionnelle » étant plus radicaux, l'abrogation tacite devrait attiser moins de réticence dans ce cas¹³⁸ : on retrouve l'idée d'entériner, de donner une réalité concrète au changement de régime. Il tire des articles 68 et 59 /70 la déduction que des lois existantes peuvent être contraires au régime nouvellement fondé et que le juge doit donc, si elles sont invoquées devant lui, les considérer abrogées. Ne désignant pas nommément les lois concernées par le principe qu'ils portent, ces articles de la Charte impliquent que cette recherche ne peut se faire qu'en étudiant au cas par cas la conformité des lois anciennes non seulement à la lettre mais aussi à l'esprit de la Charte¹³⁹ et d'en conclure que le texte concerné a, ou non, implicitement disparu de l'ordre juridique par effet de l'adoption

¹³² *Ibid.* p. 83

¹³³ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *op.cit.*, p.124

¹³⁴ E-V. FOUKART, *op.cit.*, p. 83

¹³⁵ Pour les décisions des Cours royales voir 28 novembre 1825 Cour royale de Toulouse D26.2.32 et 30 juillet 1825 Rouen D25.1.185. La cour de cassation quant à elle « n'a admis formellement jusqu'ici l'abrogation par l'usage qu'à propos d'anciennes ordonnances ou coutumes non suivies par les Parlements » E-V. FOUKART, *op.cit.*, p. 85-86

¹³⁶ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *op.cit.*, p.124

¹³⁷ *Loc.cit.*, et C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, t.1, Paris, A. Durand, 1848, p. 107

¹³⁸ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel*, *op.cit.*, p. 107

¹³⁹ *Loc.cit.*

de la Charte (et doit donc être écarté de l'espèce). Selon lui, la commission instituée en 1824 pour harmoniser le droit (qui avait notamment pour mission de régler cette question de l'interprétation de l'article 68), si elle avait fini ses travaux, aurait confirmé la possibilité de l'abrogation tacite, dans ce contexte.

Lanjuinais envisage lui aussi une possible abrogation implicite des lois antérieures dans le contexte spécifique du changement constitutionnel : « la dernière Constitution en date abroge toutes les autres et tout ce qui n'est fondé que sur elles »¹⁴⁰. Il en va de la cohérence du gouvernement : « Chaque Constitution a ses défauts ; si on les rassemble, on aura le monstre le plus bizarre. A chaque constitution suffit son mal ; et le bien de chacune doit rester pur de tous les vices réels ou prétendus des constitutions précédentes »¹⁴¹. La conséquence, c'est que la dernière constitution, la Charte, « abroge toutes les lois secondaires antérieures ou postérieures qui auraient leur base dans un système politique différent de celui de la Charte. »

Berriat-Saint-Prix, sur cette question, est plus méfiant et restrictif que les autres auteurs. Il considère que « toutes les lois qui ont précédé la Charte, n'étant pas émanées des autorités qu'elle établit, devaient tomber devant elle, si l'article 59 ne leur avait donné une nouvelle vie. »¹⁴² Cependant, au regard du mutisme de la Charte sur les lois concernées par l'article 68, l'abrogation expresse est devenue obligatoire, par effet de l'insertion de cette disposition dans la Charte. Néanmoins, pour éviter de considérer des lois d'Ancien Régime comme étant toujours valides par exemple, il prône l'annulation de tout texte antérieur au 4 août 1789, et pour le reste, soit une abrogation expresse, soit une nouvelle publication (il prévoit donc l'intervention du législateur dans les deux cas). Quoi qu'il en soit, si abrogation tacite il y a, l'incompatibilité absolue entre les deux textes doit pouvoir être établie.¹⁴³

Berriat-Saint-Prix n'est pas le seul à préférer une intervention législative, une abrogation expresse. Foucart, pour des raisons tenant à la sécurité juridique, en fait également partie : « [...] tant que la loi n'a point été formellement abrogée, ils ne peuvent se dispenser de lui obéir. Hors de là, il n'y aurait que désordre, incertitude et violation des principes constitutionnels.¹⁴⁴ »

Même des auteurs s'étant prononcés de façon assez explicite en faveur d'une abrogation implicite constatée par le juge ordinaire, s'empressent de souligner les

¹⁴⁰ J-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française...op.cit.*, p. 261

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 262

¹⁴² F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *op.cit.*, p. 408

¹⁴³ *Ibid.*, *op.cit.*, p.

¹⁴⁴ E-V. FOU CART, *Eléments de droit public et administratif, op.cit.*, p. 84

avantages qu'ils voient dans une intervention législative. Lanjuinais propose d'avoir recours à un système de tableau, établi par le législateur, qui recenserait à chaque session les lois devant être considérées comme abrogées¹⁴⁵. Il ajoute que cela vaut également pour les « décrets législatifs » : il s'agit, bien entendu, des décrets impériaux. Le flou entourant leur nature les place en effet dans une sorte de position hybride. Ils peuvent à la fois être considérés comme des « lois anciennes » par les tenants de leur valeur législative, ou bien des règlements, dont l'examen est moins contesté politiquement. Les conséquences du parti pris de chaque auteur sur leur valeur sont grandes et feront l'objet d'une étude approfondie¹⁴⁶.

Nous venons d'étudier dans quelle mesure les libéraux envisagent l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire, comme un moyen d'accéder à leur idéal de liberté (sans lequel l'accession à l'ordre leur paraît impossible), et de ce fait, à leur idéal d'interprétation du régime (une monarchie libérale). En effet, la sauvegarde des droits et libertés ayant la priorité dans leur cheminement, l'action immédiate du juge pour protéger la constitution est préférable (elle permet sans attendre d'écarter l'application d'un acte dans une espèce où sa constitutionnalité est contestée). Le potentiel « brutal » ne les effraie pas, elle reste proportionnée à l'objectif poursuivi, et n'est jamais déplacée vis-à-vis de la séparation des pouvoirs (car elle ne vaut que pour le litige particulier).

Pour reprendre les termes du rapport Beugnot, cité par Rosanvallon, l'alternative qui se présente au moment de la Restauration est soit « d'absorber la Révolution dans la monarchie » ou bien « d'absorber la monarchie dans la Révolution »¹⁴⁷. Tandis que les libéraux ont pour objectif d'atteindre le second résultat (avec pour mode de réalisation la monarchie libérale), les conservateurs penchent plutôt pour la première option.

Afin de parvenir à ce but (concrétisé cette fois dans une monarchie limitée), ils priorisent l'ordre sur la mise en œuvre des droits et libertés. Il y a une inversion du mouvement : aux yeux des conservateurs, la liberté ne peut pleinement s'exprimer qu'une fois l'ordre atteint. Il paraît alors naturel que ces derniers privilégient des moyens de défense de la Charte indirects : il faut éviter une action trop frontale,

¹⁴⁵ J-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française...op.cit.*, p. 264

¹⁴⁶ Cf. *infra*, p. 82 et suiv.

¹⁴⁷ Rapport BEUGNOT in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit.*, p. 47

susceptible de causer de nouveaux troubles ou de remettre en question la souveraineté royale.

Chapitre II - Préférer un contrôle indirect, non-juridictionnel : une volonté d'interprétation conservatrice du régime

Si les penseurs conservateurs ne sont pas unanimement réticents vis-à-vis d'un contrôle de constitutionnalité réalisé directement par le juge judiciaire, ils s'accordent en revanche pour y préférer un contrôle indirect. Il est important de souligner que s'ils mettent en avant, tout comme les libéraux, un objectif de stabilisation des institutions et de concrétisation du changement de régime, la teneur de l'ordre public qu'ils entendent défendre par ce biais diffère de celui de ces derniers : ils proposent, concrètement, d'atteindre la liberté par la restauration de l'ordre (Section 1.). Aussi, il conviendra de s'intéresser auxdites méthodes, indirectes, de défense de la Charte qu'ils souhaitent privilégier dans le but de réaliser leur objectif (Section 2.).

Section I - Un objectif : la liberté par l'ordre

L'objectif des conservateurs, sous les apparences d'une communauté de pensée avec les libéraux, se révèle dans les faits bien distinct. « Consacrer le changement de régime », selon l'interprétation qu'ils en font, signifie donner corps à une sorte de résurrection spirituelle de la monarchie, et mettre fin aux troubles, donner place à l'ordre : c'est selon eux l'unique voie *vers* la liberté (§1). La teneur de « l'ordre public » qu'ils souhaitent voir consacré fait obstacle au contrôle du juge à double titre : son action (*qu'ils envisagent comme résultant non pas dans une mise à l'écart mais dans une annulation*) serait trop abrupte, entraînant ainsi le risque d'un vide juridique qu'ils craignent au regard de la situation politique et sociale encore sous tension (§2). Ils mettent alors tout en œuvre pour l'éviter, parfois au sacrifice de certains droits.

§1. En finir avec la Révolution et « renouer la chaîne des temps »

Dans le préambule de la Charte de 1814, la Révolution n'est évoquée qu'en « creux et négativement »¹⁴⁸, sous des désignations telles que de « graves

¹⁴⁸ E. DE WARESQUIEL, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », *Jus Politicum*, n° 13, 2014, p. 6

altérations » ou encore de « funestes écarts ». Ainsi, nous rejoignons Alain Laquière lorsqu'il nuance l'idée de Barthélémy selon laquelle « aucun principe dominant » n'aurait dirigé la rédaction de la Charte. Il est en effet possible de souligner, avec lui, le fait que « ses créateurs entendaient la fonder sur le principe de légitimité, justifiant ainsi un aménagement institutionnel qui consacrait la toute-puissance du monarque »¹⁴⁹. Les libertés consacrées par ce texte, que les libéraux brandissent pour asseoir leur théorie d'une Charte-compromis, susceptible de conduire à l'établissement d'une monarchie libérale, sont plutôt présentées comme venant de plus haut. En clair, nullement associées à la Révolution (qui « n'avait fait que rompre la vieille continuité historique de la monarchie »¹⁵⁰), ces libertés sont présentées comme des concessions, *procédant*¹⁵¹ des droits souverains du Roi. La thèse de la souveraineté royale est par ce biais réaffirmée.

Les auteurs conservateurs, défenseurs de cette souveraineté royale, cherchent à entériner profondément ses bases, et à repousser les arguments proposés par leurs adversaires. Là encore, et de façon presque symétrique à leurs opposants, la réflexion des auteurs conservateurs sur le contrôle de constitutionnalité est orientée de façon à parvenir à leurs fins. Là où la priorité qui sous-tend la volonté de protection de la Charte s'oriente chez les libéraux vers la garantie et l'accroissement des droits et libertés, celle des conservateurs est de consacrer l'ordre et la stabilité monarchique.

Que signifie le retour à l'ancienne tradition française, ou encore « renouer la chaîne des temps » ? Selon Montlosier, royaliste : « Un roi, un Sénat, une chambre des représentants, c'est ainsi que la monarchie a existé sous Philippe Auguste et sous Charlemagne [...] »¹⁵². Emmanuel de Waresquiel ajoute : « Dans cette résurrection, l'ancienne noblesse occupe bien sûr toute sa place et retrouve une partie de ses droits »¹⁵³.

Pour se faire, tout en passant par la défense de la Charte telle qu'ils la lisent, il s'agit aux yeux des conservateurs de repousser le juge pour préserver le laconisme de la Charte (a). Aussi, la seule façon chez eux d'envisager un contrôle sous la forme d'un organe juridictionnel passe par une cour *sui generis*, aux membres résolument conservateurs (b).

¹⁴⁹ A. LAQUIÈRE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, op.cit., p. 75

¹⁵⁰ E. DE WARESQUIEL, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », art.cit., p. 6

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 5

¹⁵² MONTLOSIER, *De la monarchie française*, in E. DE WARESQUIEL, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », art.cit., p. 7

¹⁵³ *Loc. cit.*

a) *Repousser le juge pour préserver le laconisme de la Charte*

Le laconisme de la Charte, son « incomplétude » pour citer Stéphane Rials, est le « corolaire de l'octroi, lui-même conséquence de la souveraineté royale ¹⁵⁴ ». C'est comme cela que les royalistes interprètent le mutisme de la Charte, notamment sur la nature du régime : les mots sont superflus lorsque c'est de l'évidence dont il s'agit. Pire, ils peuvent devenir trompeurs ou menaçants. Le comte Beugnot l'explique sans équivoque :

« [...] Il serait inconséquent de remettre en discussion le pouvoir même à qui appartient le gouvernement et qui a réuni l'assemblée présente ; ensuite, il y aurait du danger car, quelle que fût la forme de déclaration qui sortirait de la discussion, elle diminuerait plutôt qu'elle ne fortifierait un principe qui a sa racine dans les siècles [...] »¹⁵⁵.

En conséquence, il est logique que les conservateurs cherchent à faire parler la Charte le moins possible (prenant ainsi le contrepied des libéraux). Dans cette optique, il n'est pas étonnant que les plus radicaux d'entre eux cherchent à éviter un examen juridictionnel de la constitutionnalité, puisqu'il leur serait difficile voire impossible de contrôler l'interprétation faite par le juge de la lettre de la Charte. Qui plus est, les juges étant réputés indépendants, leur lecture de la Charte est à leurs yeux d'autant plus dangereuse (les libéraux entendent au contraire user de cette spécificité : ils font confiance en l'autorité judiciaire, naturellement gardienne des droits fondamentaux, pour confronter lettre et esprit de la Charte de manière à en faire une interprétation libérale).

C'est pourquoi, afin d'atteindre cet objectif, la possibilité d'envisager un mécanisme de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des actes, n'est – à la limite – possible que sous la forme d'un organe spécial, qui donnerait une large place à des partisans du conservatisme. Massabiau donne un bon exemple de ce qui aurait pu y correspondre.

b) *Envisager un contrôle juridictionnel par le biais d'un organe spécial teinté de conservatisme*

Nous n'avons trouvé que peu d'éléments biographiques précis à propos de cet auteur¹⁵⁶. L'esprit conciliateur de cet auteur rend difficile sa classification politique,

¹⁵⁴ P. LAUVAUX, « Les débats interprétatifs autour de la Charte constitutionnelle de 1814 », Colloque international organisé par le Centre de recherche Léon Duguit, Université d'Evry, *Les conflits doctrinaux du XIXe siècle – Une analyse des fondements politiques du droit*, sous la dir. de T. PASQUIET-BRIAND, 20 et 21 mai 2021 ; P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », *Jus Politicum*, n° 13, 2014, p. 2

¹⁵⁵ BEUGNOT, Mémoires, in P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », *art.cit.*, p. 3

¹⁵⁶ Si l'on se réfère à V° « Massabiau », *Nouvelle Biographie générale, op.cit.*, vol. 34, p. 170, un court paragraphe nous enseigne qu'il est un « publiciste français [...] Zélé partisan des principes de 1789 [...] Après la révolution, il rentra dans la vie privée. Il fut nommé, vers la fin de sa vie, conservateur à la

malgré son engagement dans la Révolution de 1789. Quand on regarde de plus près son projet de constitution, difficile de parler de lui comme d'un fervent défenseur du progrès. C'est pourquoi nous citons ici sa « cour suprême » chargée de défendre l'acte constitutionnel : sans dire que Massabiau entend user de cet organe dans un but *personnel* d'enfermer le régime dans le conservatisme, on peut imaginer qu'un système tel qu'il le décrit aurait pu plaire aux conservateurs modérés. Expliquons pourquoi.

Cet auteur fait la promotion d'une interprétation ou plutôt d'une modification de la Charte ayant vocation à se rapprocher d'un régime mixte (concours de trois pouvoirs qu'il imagine lui-même à savoir le Conseil national, la Cour suprême et le Roi), mais prévoyant des règles de dévolution de la Couronne notablement archaïques¹⁵⁷. Nous ne reviendrons pas en détails sur les institutions qu'il espère voir établies, cela n'est pas notre propos.

Malgré une franche défense de la souveraineté royale (tant de façon fonctionnelle, le roi étant l'unique souverain, détenteur des pouvoirs exécutifs et législatifs ; que symbolique, il prévoit par exemple, reprenant la formule d'Ancien Régime, le droit pour le Conseil de « porter au pied du trône de respectueuses remontrances »¹⁵⁸), Massabiau envisage dès l'origine le danger qui réside dans une éventuelle toute puissance, naturellement portée à en abuser. D'emblée, il se positionne en faveur d'un concours des pouvoirs mis au service de cet équilibre :

« Tout ce qui est règle étant aussi gêne, il y a dans la nature de l'homme une tendance continuelle à s'en affranchir ; et c'est ce qui explique pourquoi tout pouvoir, soit [...] tend à se rendre [...] despotique : car le despotisme est proprement un pouvoir, qui, ne dépendant que de lui seul, est à lui-même sa règle. Or, la Constitution, ou la loi fondamentale, contient les règles qui doivent diriger le pouvoir. D'où il suit immédiatement, que si l'on veut que ces règles soient stables, il est de toute nécessité qu'elles ne demeurent livrées à la discrétion d'aucun des pouvoirs en particulier, et qu'elles soient mises sous la garde du concours de tous. »¹⁵⁹

bibliothèque Sainte-Geneviève » ; O. FERREIRA, « Quid leges sine moribus ? Jean Massabiau ou l'aporie constitutionnelle du républicanisme au premier XIXe siècle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2019, p. 223-271, nous apprend quant à lui qu'il est le promoteur d'une république sous forme monarchique et qu'au « plan constitutionnel, son idée [...] présente l'intérêt d'unir les différentes formes de garanties existantes [...] dans l'espoir de concilier les deux camps ennemis depuis la Révolution en les rassurant quant au potentiel libérateur de son projet républicain de constitution. »

¹⁵⁷ « La forme du Gouvernement est monarchique, et la couronne héréditaire, en ligne directe, de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture » J-A-F. MASSABIAU, *Le médiateur, ou Nouveau projet d'un système constitutionnel destiné à prévenir une lutte désastreuse, soit en elle-même, soit par les exagérations de la victoire... en offrant aux deux partis qui divisent l'Europe, pendant qu'il en est temps encore, un moyen acceptable de conciliation...*, Paris, Chez l'auteur, 1836, p. 15

¹⁵⁸ J-A-F. MASSABIAU, *Le médiateur...op.cit*, p. 41

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 55

La simple autorégulation des pouvoirs ne sachant, souvent, suffire, il assigne à une cour suprême une fonction de modération. En effet, selon lui, s'agissant des garanties contre les écarts du gouvernement « les chercher dans la division du pouvoir, c'est les chercher où elles ne sont point ». C'est pourquoi, tout en prenant soin de concilier la nature de l'organe avec sa philosophie politique, il prévoit un mécanisme permettant de protéger la Charte de ces inévitables abus.

Les informations données sur cette cour font ressortir une forme de traditionalisme, voire d'archaïsme saisissant : on le remarque notamment au niveau de sa composition. La Cour suprême est un « corps permanent composé de ce qu'il y a de plus puissant et de plus illustre dans l'Etat, et dont les membres, tous inamovibles, sont qualifiés de hauts et puissants seigneurs »¹⁶⁰. L'article suivant prévoit que les « princes du sang et autres en font partie par leur titre seul. Mais l'héritier présomptif du trône et, en cas de minorité de celui-ci, le premier prince du sang, ne peuvent y prendre séance et délibérer qu'avec la permission du Roi. ». Pour les autres membres, « le roi [...] nomme tous les autres [...], soit à vie seulement, soit héréditaires, sous la condition rigoureuse d'un cens élevé, dont ne dispense point le droit d'hérédité lui-même [...] ».

Dans son ouvrage de 1821¹⁶¹, il développait déjà le statut et les attributions de cette « cour suprême » modératrice, dont il reprend l'idée en 1836. Par référence à Montesquieu, il voit et veut la Cour suprême comme un « corps qui soit le dépositaire des lois, et le gardien des libertés publiques ». Il examine successivement ces deux points. Concernant la garantie des libertés publiques, la Cour suprême serait chargée de « veiller que les conseils nationaux¹⁶² ne tombent point en désuétude, et de faire au monarque, en cas de besoin, toutes les représentations convenables à ce sujet. [...] Cette obligation doit être imposée formellement par la loi fondamentale et chacun de ses membres en entrant en charge doit s'engager par serment à la remplir ». La Cour suprême serait aussi, en outre, dépositaire des lois, en ce qu'elle serait chargée de leur enregistrement, partie intégrante de leur promulgation (elle est autorisée à le refuser « toutes les fois que la loi n'aurait pas été soumise à la discussion du conseil national ou que le monarque aurait refusé d'entendre ce

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 21

¹⁶¹ J.-A.-F. MASSABIAU, *De l'esprit des institutions politiques*, t.2, Paris, Chez Maradan, 1821, p. 356 et suivants

¹⁶² Faisant partie des trois organes prévus par Massabiau dans son projet de réforme des institutions, le Conseil national a, outre son droit de remontrances, le pouvoir de juger les ministres mis en accusation pour des faits de trahison, concussion *mais aussi violation de la loi fondamentale*. Il est précisé que le Conseil, dans ce cas « est une partie intégrante de l'ordre judiciaire exceptionnel établi pour ce genre d'affaires ». J.-A.-F. MASSABIAU, *Le médiateur...op.cit.*, p. 4

conseil dans ses observations ou ses remontrances. Car alors il n'y a plus qu'une simple ordonnance : il n'y a point de loi »).

Ainsi, Massabiau envisage, par le biais d'un organe sui generis composé de façon fort peu innocente, différents mécanismes indirects de défense de la « loi fondamentale ».

Mais, si cet organe aurait pu convenir à la frange la plus modérée des conservateurs, la plupart d'entre eux, dans leur optique de mettre fin à la Révolution et de « renouer la chaîne des temps », refusent purement et simplement que le Roi, c'est-à-dire le souverain (et ses actes) fassent l'objet d'un contrôle. A plus forte raison, ils rejettent catégoriquement l'intervention du juge judiciaire.

Henrion de Pansey¹⁶³ n'hésite pas à déclarer, au sujet des ordonnances, que la « présomption est en faveur de l'autorité royale », et de surenchérir : « Une ordonnance est réputée légale par cela seul qu'elle existe ».

Il refuse l'intervention des juges car elle « porterait atteinte au pouvoir législatif, à l'administration et à l'inviolabilité et à la puissance du monarque » ainsi qu'à sa dignité. En effet, Henrion de Pansey attribue un caractère « secondaire » au pouvoir judiciaire : il fait remarquer – ayant ainsi une vision que l'on pourrait qualifier ici de réaliste – que la séparation des pouvoirs étant biaisée dans la Charte de 1814, elle prévoit que le roi détient une autorité supérieure. Il existe donc un lien de subordination entre le pouvoir judiciaire et celui-ci (qu'il distingue de l'indépendance dont doivent faire preuve les juges). Enfin, il souligne la « lenteur des formes judiciaires »¹⁶⁴, préjudiciable à un fonctionnement régulier et efficace de l'administration et du gouvernement (toujours dans une optique d'ordre et de stabilité).

Si le futur Président de la Cour de cassation parle dans le chapitre étudié des ordonnances rendues en matière contentieuse par le roi, on s'aperçoit bien vite que son raisonnement peut être entendu de façon globale. Il n'hésite pas à élargir son point de vue :

¹⁶³ P-P-N., *De l'autorité judiciaire*, Paris, Théophile Barrois Père, 1828, p. 463 ; V° « Henrion de Pansey », J-L. HALPÉRIN, Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle, *op.cit.*, p. 403-404 : « L'œuvre d'Henrion de Pansey, dont il faudrait étudier l'influence sur la jurisprudence, est caractéristique de la démarche des juristes de la Restauration, soucieux de relier les institutions napoléoniennes à l'ancien droit dans un esprit conservateur qui n'exclue pas des tendances libérales. » A partir de 1800 et de sa désignation par le Sénat pour rentrer au Tribunal de cassation, « toute la suite de sa carrière est liée à la Cour de cassation [...] »

¹⁶⁴ P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, *op.cit.*, p. 464

« S'il était donné aux juges de prononcer sur la légalité d'un acte de cette espèce, [une ordonnance rendue en matière contentieuse] subordonner la première des autorités à une autorité secondaire, choquer l'indépendance de l'administration : *et comme ce que l'on pourrait faire dans un cas, on pourrait le faire dans tous*, les tribunaux deviendraient les *arbitres de la plupart des mesures d'exécution* [les autres ordonnances], et l'administration passerait dans les cours de justice. »¹⁶⁵

On voit donc déjà poindre l'idée que, quand ils ne sont pas totalement opposés à un contrôle du souverain, les auteurs conservateurs refusent l'action du juge judiciaire pour exercer l'examen de constitutionnalité, afin de servir au mieux leurs objectifs. Ce rejet (en ce qu'ils envisagent l'action du juge judiciaire comme un pouvoir d'annulation ou au moins d'abrogation de l'acte litigieux, et non pas de simple mise à l'écart) s'explique car de ce fait, ils la considèrent comme trop brutale, imprévisible, absolue. La réunion de ces trois critères fait peser la crainte d'un vide juridique à l'endroit des actes examinés, particulièrement menaçant aux yeux des conservateurs dont l'objectif premier est le rétablissement de l'ordre.

§2. La crainte du vide juridique en cas de censure juridictionnelle de l'acte

Les conservateurs ne paraissent pas envisager le contrôle de constitutionnalité devant le juge comme susceptible de résulter en une simple mise à l'écart sans annulation ni abrogation. Aussi, la crainte du vide juridique comme conséquence de la censure juridictionnelle d'un acte semble être l'argument phare du discours de ses détracteurs.

Puisque les penseurs conservateurs entendent stabiliser le sens des institutions et de la Charte dans l'optique d'installer une monarchie limitée, ils estiment qu'avant de parvenir à une défense satisfaisante des droits et libertés il est nécessaire de passer par un retour à l'ordre strict et définitif. Le raisonnement est inversé par rapport aux libéraux. Dans cette perspective, il n'est pas étonnant qu'un vide juridique, susceptible de créer une discontinuité dans la stabilité du régime, soit craint plus que tout (à l'inverse des libéraux qui étaient prêts à sacrifier un peu de l'ordre si le but était de renforcer la garantie des droits, et la marche vers la liberté¹⁶⁶).

¹⁶⁵ *Loc.cit.*

¹⁶⁶ *Cf. Supra*, p. 40 et suiv.

Si l'on peut imaginer ce discours s'appliquer à la fois aux ordonnances et aux lois anciennes (les arguments à l'encontre du contrôle juridictionnel des lois nouvelles se basent quant à eux pour la plupart sur des raisons d'ordre théorique plus que pratique¹⁶⁷), l'exemple le plus parlant de cette argumentation semble se trouver dans la réflexion des auteurs de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les décrets impériaux, dont la motivation repose sur une « raison sociale » (a). La validation par les conservateurs de cette jurisprudence peut logiquement s'expliquer par la priorité qu'ils donnent à l'ordre (b).

a) La compréhension de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les décrets impériaux

Inutile de revenir une fois de plus en détails sur la teneur de celle-ci¹⁶⁸. Attardons-nous plutôt sur les réactions de nos auteurs. La décision de principe de la Cour de cassation, qui fonde en quelque sorte la fiction juridique de la valeur législative des décrets impériaux, est bien plus motivée par des considérations de fait que par un raisonnement de droit. Cette stratégie de raisonnement est à la fois relevée par les auteurs libéraux et conservateurs mais appréciée de façon divergente (en accord avec leur priorité respective). Prenons, pour illustrer cette idée, les écrits d'Hello (libéral) et de Demante (conservateur).

Les juges, pour ne pas se faire tancer pour avoir excédé eux-mêmes leur compétence (« Ce n'est point par un abus que les abus doivent être réprimés »¹⁶⁹), cherchent, d'après Hello, « à ce système une base légale [...] »¹⁷⁰, une « raison constitutionnelle ». C'est-à-dire, poursuit l'auteur, à « convertir en droit la force de fait dont les décrets étaient en possession lors de la publication de la Charte et les comprendre ainsi sans difficulté dans le maintien des lois "alors existantes" [...] on veut trouver dans la Constitution même qu'ils avaient violée le moyen de couvrir leur vice d'origine. ».

Quelle est donc cette « raison constitutionnelle » dont parle Hello ? L'argumentation repose sur les articles 21, 7 et 44 de la Constitution de l'an VIII, et consiste à dire que puisque la Constitution admet le recours au Sénat pour inconstitutionnalité, a contrario les actes insérés au Bulletin des lois contre lesquels

¹⁶⁷ Cf. *Infra*, p. 99 et suiv.

¹⁶⁸ Depuis le 27 mai 1819 (S. 1819.1.347) les juges suprêmes ont décidé que les décrets impériaux « doivent conserver, jusqu'à ce qu'ils aient été révoqués, la plénitude de leur exécution » dès lors qu'ils ont été « promulgués et exécutés comme lois sans opposition de la puissance législative » c'est à dire du Sénat conservateur. La cour de cassation pose néanmoins une condition de fond à la survie des décrets impériaux : les dispositions de ces décrets ne doivent pas être « contraires au texte de la Charte constitutionnelle ».

¹⁶⁹ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, op.cit., p. 59

¹⁷⁰ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, A. Durand, 1848, t2, p. 98

ce recours n'a pas été enclenché doivent passer pour « réguliers et inattaquables ». Demante, tout comme Hello, soulèvent le caractère exceptionnel de ce raisonnement.

D'une part, si ce pouvoir est confirmé par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (article 70), aux termes de l'article 21 susvisé, c'est au Tribunal ou au Gouvernement de déférer les actes suspects d'inconstitutionnalité au Sénat. Après le sénatus-consulte du 19 août 1807 et la suppression du Tribunal, il n'existe plus que l'auteur des actes lui-même (le gouvernement) qui soit compétent pour les déférer au Sénat, laissant ainsi peu d'espoir quant à l'accomplissement d'une telle éventualité. Pour reprendre les mots d'Hello « [...] après sa désorganisation, quand le droit d'annuler a péri avec le droit de dénoncer, son corrélatif nécessaire, persister encore dans la présomption de constitutionnalité, c'est interpréter le silence d'un muet. »¹⁷¹. Et Demante d'ajouter « dégageant le fait du droit on veut de bonne foi se demander jusqu'à quel point une résistance constitutionnelle était possible sous le régime de la censure, des baïonnettes et des prisons d'état ¹⁷² » : d'un point de vue sociologique et politique, cette perspective semble limitée.

D'autre part, faire appel à un tel raisonnement revient selon Hello à confondre annulation politique (dont on vient d'exposer la procédure) et annulation juridictionnelle (a posteriori, devant le juge judiciaire) : or, l'une n'exclue pas l'autre car elles sont de nature différente. Cette « raison constitutionnelle » ne tient donc pas, aux yeux des deux auteurs. C'est donc bien sur la base d'une « raison sociale »¹⁷³, que la Cour de cassation a fondé sa jurisprudence :

« Quand l'excès de pouvoir a envahi l'administration toute entière, et qu'on ne saurait plus l'en arracher, sans tout déchirer autour de lui, ne vaut-il pas mieux le laisser à sa place, que de venger un principe aux dépens de l'ordre, et de détruire la règle, en haine de son origine ? »¹⁷⁴

Elle a « proclamé la nécessité des décrets, plus que leur légalité [...] », déclare Hello. On trouve, retranscrite dans ces quelques mots, toute la philosophie de la Cour de cassation vis-à-vis des décrets impériaux.

b) L'appréciation de la décision de la Cour de cassation : une validation par les conservateurs, justifiée par l'impératif du retour à l'ordre

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 100

¹⁷² A. DEMANTE « Des décrets législatifs rendus antérieurement à la Charte de 1814... », art. cit.

¹⁷³ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel... op.cit.*, t2, p. 98

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 100

Libéraux et conservateurs se retrouvent donc dans l'explication, la compréhension de la logique décisionnelle des juges suprêmes. Ce qui diffère, ce sont les conclusions tirées dans les deux « camps » vis-à-vis de cette stratégie. Elle convainc les plus conservateurs, aux yeux desquels l'impératif d'ordre permet de couvrir les abus attachés à ce raisonnement d'opportunité. Les libéraux quant à eux, s'ils comprennent le fond de la motivation de la Cour (la nécessité attachée à ne pas laisser de vide juridique trop important), trouvent néanmoins ses inconvénients disproportionnés au regard de l'apport réel des décrets impériaux à la législation.

Demante, légitimiste, s'interroge sur le lien entre la force des décrets impériaux et leur constitutionnalité¹⁷⁵. En accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation sur son principe, il cherche à aller plus loin dans le refus d'intervention du juge ordinaire. Sa thèse est la suivante : il faut admettre une distinction importante afin de justifier la « force de fait » qui a été attribuée aux décrets impériaux par les juges suprêmes. D'un côté, on trouve les décrets impériaux dont l'inconstitutionnalité et la « monstruosité » sont évidentes, dont l'émission a notamment été officiellement proclamée cause de déchéance contre leur auteur (Napoléon), à savoir ceux créant de nouvelles taxes ou prévoyant la peine de mort. De l'autre, tous les autres. Les premiers sont les seuls qu'il considère radiés de l'ordre juridique, en raison de la « réprobation éclatante » dont ils sont frappés par « le pouvoir même auquel il appartenait constitutionnellement de les annuler »¹⁷⁶ (c'est-à-dire, au sénat conservateur, ayant lui-même prononcé l'acte de déchéance susvisé : c'est suivre à la lettre le raisonnement de la Cour de cassation).

Ainsi, selon Demante, la survie des autres décrets impériaux devrait dépendre non pas d'un système de constatation d'exception d'inconstitutionnalité devant le juge (solution de la Cour, que les libéraux souhaitent voir élargie dans son application), mais d'un mécanisme d'abrogation par désuétude, en se référant à un faisceau d'indices.

Du côté des libéraux, on peut citer Berriat-Saint-Prix. Selon lui, la motivation fondée sur la nécessité de ne pas laisser de vide législatif est « exagérée » au regard du corpus législatif existant, qu'il qualifie d' « assez complet »¹⁷⁷. Il décline les décrets impériaux en trois catégories majeures, pour justifier son point de vue. Dans le cas où l'on a un décret intervenant en matière législative et une loi qui le modifie, point de lacune possible. Le problème relève des décrets créant des pénalités

¹⁷⁵ Cf. *Supra*, p.20 et suiv. ; A. DEMANTE « Des décrets législatifs rendus antérieurement à la Charte de 1814... art.cit.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, op.cit., p. 413

nouvelles, qui sont illégaux de ce seul fait : dans ce cas, leur suppression résulterait en une garantie supplémentaire pour les citoyens, et l'éventuel « vide juridique » se justifierait par cette fin poursuivie, qui le rend bénéfique (c'est un raisonnement purement libéral). Enfin, les décrets pris en matière civile dont la suppression pourrait nuire aux intérêts privés sont ceux qui paraissent, aux yeux de Berriat-Saint-Prix entrer le mieux dans la justification de la Cour de cassation. Cependant, une fois encore, la nécessité de purifier le nouveau régime des abus du précédent, l'emporte : on ne doit pas « perpétrer une erreur » et laisser survivre les anciens gouvernements despotiques. Cette réflexion forme chez l'auteur la base d'une critique de la partialité de la Cour de cassation dans son traitement des décrets impériaux, sur laquelle nous reviendrons¹⁷⁸.

Ainsi, sous prétexte de stabilité, les droits et libertés sont laissés à la merci de ces fantômes d'Empire, artificiellement ressuscités. Comme le souligne Odilon Barrot¹⁷⁹, avocat libéral : il faut écarter les décrets contraires aux garanties prévues par la Charte, sinon « la constitution ne sera qu'une chimère » or « une constitution ne vaut quelque chose que si elle est une vérité positive et pratique »¹⁸⁰.

Pour atteindre ce but sans pour autant trop risquer de blesser la sécurité juridique, on peut également souligner le fait que, si l'on se réfère à la technique juridique imaginée par les libéraux pour le contrôle de constitutionnalité juridictionnel (de « mise à l'écart »), le problème du vide législatif ne se pose pas. C'est ce que Dupin souligne par exemple à l'occasion de l'affaire Connard de 1831¹⁸¹, en faisant un parallèle avec les règlements municipaux : « On ne les annule point, mais on n'y a point égard ». Hello établit une mise en relation similaire, invoquant à propos des décrets la distinction qu'il établit au sujet du contrôle des ordonnances entre annuler et refuser d'appliquer¹⁸².

Le raisonnement des auteurs conservateurs se trouve ainsi d'autant plus fragilisé et on peut s'aventurer à envisager, de ce fait, une volonté de leur part de maintenir « pour eux-mêmes » (c'est-à-dire en raison de la pertinence qu'ils

¹⁷⁸ Cf. *Infra*, p.93 et suiv.

¹⁷⁹ V° « Barrot », J.-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, *op.cit.* p. 40-41 : au début de la Restauration, il reçoit la charge de Mailhe d'avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. « Opposant à la Restauration, Barrot s'occupe des pourvois en cassation déposés par les victimes des cours prévôtales. » Elu député dès le 28 octobre 1830, « il votera toujours, pendant les deux ministères Thiers, avec l'opposition et s'imposera comme le chef de la gauche dynastique. Il est l'un des principaux organisateurs de la campagne des Banquets, dont on connaît l'importance dans le déclenchement de la Révolution de 1848. »

¹⁸⁰ S.1832.I.428

¹⁸¹ *Op. cit.* S.1831.I.175

¹⁸² V. *Supra* : C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel...op.cit.*, p. 98

trouvent à leur contenu), une partie de ces décrets impériaux, à la force répressive indéniable.

L'objectif des conservateurs est donc de faire de la Charte une interprétation en faveur d'une monarchie limitée (c'est pour cela qu'ils réfléchissent malgré tout aux moyens de défense de la Charte), ayant comme corollaire de leur faire prioriser l'instauration de l'ordre sur la garantie des libertés (l'un permettant d'accéder à l'autre dans leur philosophie, opposée à celle des libéraux).

Nous avons vu que, dans cette optique, l'action du juge judiciaire par un éventuel contrôle de constitutionnalité ne leur paraissait pas constituer le mécanisme le plus opportun pour arriver à leurs fins. Ils lui préfèrent donc d'autres moyens de défense de la Charte, que l'on pourrait qualifier d'indirects. Ces derniers ont notamment pour effet, tout en permettant la défense de la Charte (essence du contrôle), de renforcer la légitimité¹⁸³ du Roi, réputé « inviolable et sacré » dans cette même Charte.

Section II - Renforcer la légitimité d'un roi « inviolable et sacré » par des mécanismes indirects de défense de la Charte

Ces méthodes de contrôle indirect leur paraissent les plus à mêmes d'atteindre leurs objectifs institutionnels et politiques. L'essentiel du débat sur le contrôle de constitutionnalité se cristallise sous cet angle autour des ordonnances royales. Au début de la Restauration, la défense de la Charte est envisagée par de nombreux conservateurs au moyen de la mise en place d'une responsabilité ministérielle élargie. Cet engouement inattendu des partisans de la souveraineté royale pour un mécanisme teinté de parlementarisme s'explique au regard d'un contexte politique tout aussi singulier (§1). Après l'accession au trône par Charles X, le gouvernement étant revenu aux mains des ultraroyalistes, la technique change : refusant tout contrôle du souverain, leur stratégie se mue en une reconnaissance d'un pouvoir quasi-constituant au roi, décelé par eux dans la Charte (§2).

¹⁸³ V° « Légitimité », *Dictionnaire de l'Académie française, op.cit.* : « Caractère de ce qui est fondé en droit ou de ce qui est conforme à l'équité, à la raison, aux règles établies, à la tradition. [...] En parlant d'une personne. *Il a perdu toute légitimité*, son pouvoir, son autorité, son prestige ne sont plus reconnus. »

§1. L'instrumentalisation de la responsabilité ministérielle par les ultraroyalistes : une « politique à front renversé » sous la Restauration

Le laconisme, l'incertitude entourant la responsabilité ministérielle dans la Charte de 1814, permet une fois encore une interprétation variable de celle-ci. Si sa lettre ne prévoit que leur responsabilité pénale (aux articles 55 et 56, respectivement pour des actes de concussion et de trahison), certains tenants de l'interprétation parlementariste de la Charte dénichent dans l'article 13 une responsabilité politique des ministres¹⁸⁴. Cependant, la majorité de la doctrine se rallie à l'interprétation de l'article 13 comme simple annonce de la responsabilité pénale des articles 55 et 56. En outre, « la doctrine contemporaine exclu de l'article 13 toute idée de responsabilité politique »¹⁸⁵ de cet article : il n'y a, en réalité, que dans la pratique constitutionnelle, que l'on peut éventuellement voir une responsabilité politique se développer.

Afin de comprendre la solution de défense de la Charte contre les ordonnances abusives passant par la responsabilité des ministres, il faut préciser le contexte politique (a). Sans cela, l'emprunt par ces auteurs conservateurs de cette technique parlementariste est difficilement compréhensible : il s'agit en réalité, une fois encore, d'adapter un mécanisme de contrôle de constitutionnalité pour servir une stratégie politique (b).

a) Un contexte politique singulier

Après les Cent-Jours, aucune nouvelle loi électorale n'est votée. C'est pourquoi les premières élections législatives suivant l'instauration de la Seconde Restauration entre le 14 et 22 août 1830 se déroulent selon le système des collèges électoraux de l'Empire. Le résultat est sans appel : 350 ultraroyalistes sont élus sur un total de 402 membres à la Chambre. C'est la fameuse « chambre introuvable », selon l'expression attribuée à Louis XVIII.

Par contraste, les ultraroyalistes ne sont pas représentés au sein du gouvernement qui entoure le roi. Les députés cherchent à étendre l'influence de la Chambre face à l'exécutif, par peur de l'adoption de mesures jugées trop libérales, et d'une interprétation de la Charte en ce sens¹⁸⁶. Barthélémy dit à ce propos : « Ils

¹⁸⁴ C'est-à-dire, notamment, que la perte de confiance pourrait concerner collectivement le ministère quand on constate une rupture entre lui et l'opinion majoritaire (représentée par la Chambre), « à l'anglaise » P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 86

¹⁸⁵ N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France, Contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres de la Révolution de 1789 à la Ve République*, Paris, Dalloz, 2012, p. 254

¹⁸⁶ F-R. de CHATEAUBRIAND, *La monarchie selon la Charte op.cit.*, p. 285 : « Les ministres ne pourront-ils pas voir la sûreté de l'Etat partout où ils verront la sûreté de leurs places ? il y a tant de constitutionnels qui

demandèrent le régime parlementaire parce qu'ils avaient la majorité et qu'ainsi ils auraient le pouvoir »¹⁸⁷. C'est de ce décalage singulier que naît une situation paradoxale, qualifiée de « politique à front renversé »¹⁸⁸, dont Proposer de Barante, libéral, fait une description révélatrice de l'étrangeté : « C'est nous qui étions dans le plus superstitieux respect de la prérogative royale, tandis que le parti royaliste réclamait la toute-puissance parlementaire »¹⁸⁹.

Si les conservateurs, en particulier les ultraroyalistes, défendent le mécanisme parlementariste de la responsabilité ministérielle à ce moment-là c'est donc par calcul politique. Au regard de ces explications, on comprend mieux pourquoi les auteurs conservateurs, s'agissant de la protection de la Charte (en l'occurrence contre les ordonnances royales inconstitutionnelles), favorisent un système reposant sur l'engagement devant la Chambre de la responsabilité du ministre cosignataire de l'ordonnance litigieuse. L'issue de la procédure de contrôle (dont les acteurs seraient majoritairement des ultraroyalistes) avait ainsi une plus forte probabilité d'être en adéquation avec l'interprétation conservatrice de la Charte qu'ils entendaient asseoir, plutôt que de passer par le juge judiciaire dont l'indépendance présumée rendait la solution plus imprévisible.

Chateaubriand est un des auteurs qui s'exprime le plus clairement sur le mécanisme de responsabilité ministérielle utilisé comme moyen de défense de la Charte (c'est-à-dire pour sanctionner les ordonnances royales contraires à celle-ci et, en creux, contrôler leur constitutionnalité). Sainte-Beuve, pour décrire la vie politique de cet auteur, distingue trois périodes : « 1° du 30 mars 1814 au 6 juin 1824, la période royaliste pure ; 2° du 6 juin 1824, jour de son renvoi du ministère, jusqu'à la chute de la Restauration, la période libérale, en contradiction ouverte avec la première ; 3° la période de royalisme et de républicanisme après juillet 1830 »¹⁹⁰. Au moment de la rédaction de *La monarchie selon la Charte*, publié en 1814, nous nous situons donc en plein dans le premier moment.

b) Un mécanisme juridique comme appui d'une stratégie politique

veulent gouverner aujourd'hui avec des ordonnances, qu'il est possible qu'un beau matin toute la Charte soit confisquée au profit de l'article 14 ». Il est intéressant de remarquer que quelques années plus tard, à la veille de la Révolution de Juillet, ce sont les royalistes qui inciteront Charles X à « gouverner par ordonnances » pour garantir leurs places...

¹⁸⁷ J. BARTHELEMY in N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...op.cit.*, p. 264

¹⁸⁸ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 81

¹⁸⁹ PROPOSER DE BARANTE, *Souvenirs du baron Barante* in N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...op.cit.*, p. 263

¹⁹⁰ V° « Chateaubriand », *Nouvelle Biographie générale*, *op.cit.*, Vol. 10, p. 79

L'intérêt de cette doctrine de la responsabilité ministérielle, consiste en la conceptualisation d'une méthode de contrôle et de sanction des ordonnances royales abusives (empiétant sur le champ législatif notamment mais aussi allant à l'encontre de garanties présentes dans la Charte) sans pour autant blesser la souveraineté royale¹⁹¹.

Les penseurs de ce mécanisme s'appuient sur l'article 13 de la Charte¹⁹² qui consacre l'inviolabilité et la sacralité du roi à côté de la responsabilité des ministres, afin de détacher juridiquement les ministres de la personne du Roi.

« La doctrine sur la prérogative royale constitutionnelle, est que rien ne procède directement du roi, dans les actes du gouvernement, que tout est l'œuvre du ministère, même la chose qui se fait au nom du roi et avec sa signature, projets de lois, ordonnances, choix des hommes. *Le roi dans la monarchie représentative, est une divinité que rien ne peut atteindre ; car s'il y a erreur, cette erreur est du ministre et non du roi.* Ainsi on peut tout examiner sans blesser la majesté royale ; car tout découle d'un ministère responsable.¹⁹³ »

Cela veut dire qu'au sein de son Conseil le roi ne forme pas d'avis contraignant. Aussi, si une ordonnance royale est inconstitutionnelle, on peut la censurer à la suite de l'engagement de la responsabilité du ministre l'ayant co-signé sans ternir l'autorité du roi ni sa légitimité. Si le ministre n'a fait que suivre l'avis du roi, il n'engage pas moins sa responsabilité, unique et personnelle. Le discours de Chateaubriand sur ce point fait écho à l'Ancien Régime de façon saisissante :

« [...] quand bien même le roi, dans le conseil, eût adopté l'avis du ministère ; si cet avis a entraîné une fausse mesure, le roi n'est encore pour rien dans tout cela : *ce sont les ministres qui ont surpris sa sagesse, en lui présentant les choses sous un faux jour, en le trompant par corruption, passion, incapacité [...]* »¹⁹⁴

Tout citoyen a le droit d'examiner les ordonnances (qui ne sont « qu'une mesure des ministres »¹⁹⁵), et « ce qui est un droit pour chaque citoyen est un devoir pour les pairs et pour les députés ». Ainsi, « si une ordonnance mettait la France en péril, les chambres pourraient en accuser les ministres ». Il ajoute : « Ceux-ci sont donc les véritables auteurs de ces ordonnances puisqu'ils peuvent être poursuivis pour ces ordonnances ». Si la responsabilité des ministres peut être engagée *parce qu'ils en*

¹⁹¹ C'était l'argument d'Henrion de Pansey par exemple pour refuser tout contrôle de constitutionnalité Cf. *supra*, p.57

¹⁹² « La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive ».

¹⁹³ F-R. de CHATEAUBRIAND, *La monarchie selon la Charte op.cit.*, p. 8

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 10. Cette logique rappelle en effet celle des physiocrates.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 280

sont les seuls auteurs (chapitre IV), mais qu'ils en sont précisément considérés comme les « véritables auteurs » *car ils peuvent être poursuivis* en raison de celles-ci, nous ne sommes pas loin d'une aporie, et il importe de souligner cette faiblesse juridique de l'argumentation.

La motivation politique qui sous-tend son raisonnement est affirmée de manière explicite : « Cette école [libérale] professe hautement la doctrine que les deux chambres ne doivent être qu'un conseil passif ; qu'il n'y a point de représentation nationale qu'on peut tout faire avec des ordonnances. Les royalistes ont défendu les vrais principes de la liberté dans les questions diverses qui se sont présentées [...] ; tandis que la doctrine de la passive obéissance a été prêchée par les hommes qui ont bouleversé la France au nom de la liberté »¹⁹⁶. Le ton ironique de l'auteur conservateur est acerbe : il omet pourtant le contrôle juridictionnel des ordonnances pensé au même moment par ces libéraux qu'il fustige...

Ces derniers ne sont pas restés muets face à ce mécanisme imaginé par les conservateurs. L'argument phare porté à la barre dans leur procès de ce système se base sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs que caractériserait la mise en accusation des ministres devant les chambres. On peut citer Cormenin¹⁹⁷ « mais vous convertissez les Chambres en tribunal »¹⁹⁸ ou encore le juge Yzard, qui reprend à son compte cet argument l'année suivante¹⁹⁹. Du point de vue de la logique juridique, l'inefficacité du projet est ensuite visée : à défaut de rendre les Chambres juges du pouvoir exécutif, on peut imaginer qu'elles réaliseraient un renvoi devant l'administration. Ceci aurait pour effet de la rendre juge de sa propre cause, et on connaît l'inutilité d'une telle configuration. En outre, Isambert ajoute : « Celles-ci [les chambres] n'ont pas le droit d'annuler l'ordonnance [elles ne peuvent] guère ordonner qu'un renvoi inefficace, ou décréter le ministre d'accusation, ce qui n'aura lieu que quand on aura érigé en loi l'article du projet sur la responsabilité des ministres de 1814 [...] qui qualifie de trahison, tout acte d'empiétement sur

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 93

¹⁹⁷ V° « Cormenin », J.-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français Xlle-XXe siècle, op.cit.*, p. 206-208 : maintenu au Conseil d'Etat par la Restauration, il prend place sur les bancs de l'opposition à la Chambre des députés dès le 28 avril 1828. Il est réélu le 5 juillet 1831. « Opposant résolu et radical à la monarchie de Juillet, il intervient peu à la tribune, préférant manifester ses opinions dans d'innombrables pamphlets, d'un ton souvent très violent [...] signés Timon, pseudonyme transparent qui ne trompe personne ». « [...] Cormenin est à l'origine de ce premier mouvement doctrinal que l'on pourrait appeler la théorie libérale du droit administratif, un libéralisme juridique dont le socle est celui des droits subjectifs des particuliers à l'encontre de l'administration. »

¹⁹⁸ L.-M. (DE LAHAYE) DE CORMENIN, *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'Etat*, 2^e édition, Orléans, Danicourt-Huet, Paris, Baudouin Frères Et Charles-Bechet, 1828, p. 29

¹⁹⁹ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux, op.cit.*, p. 93

l'autorité législative »²⁰⁰. Sur ce dernier point, il est notable qu'aucun des projets visant à préciser la responsabilité des ministres n'ait abouti sous la Restauration²⁰¹.

Enfin, la dernière critique formulée par les libéraux est relative à l'affaiblissement de l'autorité royale découlant d'un étroit contrôle de la majorité parlementaire sur les ministres, presque paradoxalement²⁰². Guizot par exemple conteste la distinction entre pouvoir ministériel et pouvoir royal « en rappelant que la Charte avait placé l'autorité souveraine entre les mains du seul monarque »²⁰³.

La construction des auteurs conservateurs a le défaut de faire du roi un manchot constitutionnel : si chacune de ses décisions est réputée engager le ministre cosignataire uniquement, finalement, le monarque semble se réduire, au mieux à un symbole, au pire à une « vaine idole »²⁰⁴. C'est ici que la pertinence juridique de tels arguments peut être questionnée. Non seulement les « considérations tactiques » évoquées sous-tendent leur raisonnement, mais également, elles « *dominent* sans conteste le débat »²⁰⁵. Parfois, elles semblent aller jusqu'à lui ôter une part de sa cohérence. Ainsi, Laquière relève par exemple chez Chateaubriand une certaine « contradiction à donner au roi la liberté de nommer et déplacer les ministres après avoir admis la responsabilité de ces derniers devant le Parlement »²⁰⁶. En effet, les « publicistes royalistes, tout en accordant aux chambres et aux ministres une place décisive, n'entendaient pas faire du roi un soliveau ». Il fallait lui réserver, à côté, de réels pouvoirs. Il était difficile voire impossible de concilier les deux positions. C'est pourquoi, à l'avènement au trône de Charles X, la situation bascule à nouveau.

En décembre 1821, la tendance s'inverse lorsque les ultraroyalistes prennent le contrôle du gouvernement avec Villèle comme président du conseil des ministres : « Les doctrinaires combattirent le gouvernement de cabinet quand il était défendu par les ultraroyalistes, ils le défendirent quand les ultraroyalistes le combattaient »²⁰⁷. Laquière décrit le renversement de la façon suivante :

²⁰⁰ F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire...op.cit.*, p. 28

²⁰¹ N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...op.cit.*, p.271 et P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 87

²⁰² Seulement presque, car on a vu que ce renversement des argumentations, d'un côté comme de l'autre de l'échiquier politique, s'explique par le contexte institutionnel sous Louis XVIII

²⁰³ In A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, *op.cit.*, p. 132 « [...] ne voulait pas dire que les libéraux voulaient une monarchie limitée où les chambres n'auraient eu qu'un rôle de conseil ».

²⁰⁴ F-R. de CHATEAUBRIAND, *La monarchie selon la Charte op.cit.*, p. 27

²⁰⁵ A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, *op.cit.*, p. 127

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 131

²⁰⁷ N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France...op.cit.*, p. 266

« De fait, le caractère paradoxal de cet affrontement idéologique ne devait pas résister aux circonstances politiques » : les ultras au pouvoir en 1822 se rallient majoritairement à une conception institutionnelle plus proche de la monarchie limitée [...] les libéraux entrant résolument dans l'opposition se feront plus volontiers les chantres d'une monarchie parlementaire à l'anglaise »²⁰⁸.

La stratégie des conservateurs au sujet de la Charte évolue alors : en pleine possession des commandes de l'Etat, ils deviennent plus offensifs. Persistant dans leur rejet d'un contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire, ils ne s'embarrassent alors même plus d'un système d'examen indirect de constitutionnalité. Ils optent pour la solution la plus à même de renforcer l'autorité du souverain, c'est-à-dire qu'ils s'attèlent à faire interpréter la Charte dans le sens d'un pouvoir quasi-constituant détenu par le Roi, titulaire de la souveraineté²⁰⁹.

§2. Charles X et le basculement : la reconnaissance d'un pouvoir quasi-constituant au Roi

Une fois encore, l'analyse formulée au sein de cette sous-partie se concentre autour du contrôle de constitutionnalité des ordonnances royales, ou plutôt ici, de leur absence de contrôle. La doctrine conservatrice, afin d'asseoir sa thèse du pouvoir souverain absolu, s'appuie sur l'article 14 de la Charte de 1814 pour y voir un pouvoir quasi-constituant accordé au roi (cette interprétation est évincée en 1830 avec la nouvelle rédaction de l'article encadrant la prérogative royale de faire des ordonnances, devenu article 13). Elle interprète cet article de façon à y déceler la possibilité pour le roi d'apporter des modifications unilatérales à la Charte. C'est donc dans ce pouvoir de révision constitutionnelle, tiré du laconisme de la Charte, et « corolaire de l'octroi »²¹⁰ par le roi, « conséquence lui-même du principe de souveraineté royale par quoi se trouve conservée l'ancienne Constitution du royaume »²¹¹, que nous percevons l'existence d'un pouvoir quasi-constituant. Puisqu'aucune procédure de révision n'est prévue par la Charte elle-même pour la déléguer à un pouvoir constitué (un pouvoir établi par la constitution), devenant ainsi constituant dérivé, il ne peut naturellement revenir qu'au souverain, pouvoir constituant originaire (qui a pour mission d'élaborer la constitution), unique dans

²⁰⁸ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, op.cit., p. 127-128

²⁰⁹ En effet, la limite à cette monarchie est recherchée dans un système de séparation des pouvoirs strict plutôt que dans la mise en œuvre d'un contrôle de la hiérarchie des normes. Cf. *Infra*, p. 98 et suiv.

²¹⁰ P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », art.cit., p. 2 et plus loin p. 6 « Le recours aux ordonnances est donc un corollaire de l'octroi et de la rémanence de la souveraineté royale. »

²¹¹ *Loc.cit.*

ce cas²¹². Si la conscience d'une distinction entre pouvoir constituant et constitué est alors vague dans les esprits des juristes, celle entre pouvoir constituant originaire et dérivé l'est plus encore, nous y reviendrons en détails²¹³.

La reconnaissance d'une souveraineté absolue au Roi est incompatible avec un contrôle de constitutionnalité de ses actes (a). Les libéraux critiquent sévèrement l'interprétation conservatrice de l'article 14, qu'ils considèrent subversive de la Charte (b).

a) La reconnaissance d'une souveraineté absolue au Roi, incompatible avec un contrôle de constitutionnalité

Dès 1815, Louis XVIII modifie unilatéralement une partie des articles de la Charte (par l'ordonnance du 13 juillet 1815), modifications qui devaient devenir définitives seulement sous réserve de recueillir l'assentiment des Chambres (conférant ainsi un pouvoir de révision de la Constitution non pas au roi seul mais au pouvoir législatif, c'est à dire le roi avec les Chambres). La dissolution du 5 septembre 1816 fit obstacle à la traduction définitive de ces modifications dans l'ordre juridique. C'est alors que les doctrinaires penchèrent vers la théorie de l'intangibilité²¹⁴.

Celle-ci se révéla cependant intenable à la fois dans la théorie (difficile d'imaginer figer institutionnellement pour toujours et sans possibilité d'adaptation, le régime) et dans la pratique (la Charte était trop détaillée sur certains points pour être assez flexible et résister à l'épreuve du temps). Aussi, il fallait voir dans l'absence de prévision d'une procédure de révision de la Charte autre chose que son immutabilité. Blondel parle de « monstre juridique » à propos des constitutions immuables, qui acculent la Nation à la « révolution violente »²¹⁵.

En réalité, cette interprétation chez les libéraux avait plutôt un fondement politique qu'une véritable justification juridique (il s'agissait de garantir à tout prix

²¹² Sauf à considérer la Charte intangible. Nous aborderons cette option un peu plus bas dans cette sous-partie.

²¹³ La distinction entre souveraineté d'origine et souveraineté d'exercice, ou pouvoir constituant dérivé, si elle commence à être perçue chez certains auteurs, est encore loin d'être admise. Nous reviendrons sur ce point, et également sur la conscience – ou non – d'une distinction entre pouvoir constituant et constitué : *Cf. Infra*, p. 99 et suiv.

²¹⁴ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique comparative : États-Unis-France*, thèse de doctorat, Droit, Aix-en-Provence, 1927 ; Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1928, p.198 : Pour Royer-Collard, Benjamin-Constant ou le général Foy, le silence de la Charte sur son mode de révision devait être interprété comme consécration de son immutabilité absolue. Cette thèse fut portée plusieurs fois à la tribune de la Chambre (l'auteur cite en note la séance du 3 juin 1824, par Royer-Collard, au Moniteur de 1824 p. 739).

²¹⁵ *Loc.cit.*

les droits consacrés par la Charte et durement acquis). La possibilité de réviser la Charte pouvait-elle donc être trouvée ailleurs, implicitement ?

C'est ce que paru vouloir signifier l'ordonnance du 19 août 1815 sur l'hérédité de la pairie, cette fois devenue définitive sans ratification parlementaire, qui fut interprétée en creux comme modifiant la Charte de 1814 (elle posait la garantie de l'hérédité de la pairie alors que l'article 27 de la Charte prévoyait le choix pour le roi de nommer des pairs viagers ou bien héréditaires).

Le conflit sur l'interprétation de la Charte, et dans le même temps, sur le sens à donner au régime de la Restauration, se cristallise en 1828²¹⁶. En effet, « après 1827 les succès électoraux des libéraux prennent à contrepied Charles X : lui et ses partisans n'hésitent pas à brûler ce qu'ils n'avaient adoré que tactiquement » : ici, Rosanvallon fait bien sûr référence aux mécanismes parlementaristes. En 1834 les libéraux sont majoritaires à la Chambre et de ce fait, le ministère Martignac s'enlise dans une forme d'immobilisme.

C'est en réaction à cette montée en puissance des libéraux que les auteurs conservateurs, en particulier ultraroyalistes, commencent à imaginer une forme plus absolue de souveraineté du pouvoir royal. Ce basculement passe par une compréhension non pas erronée de l'article 14 – en effet, elle n'ajoute pas au texte dont le laconisme laisse la porte ouverte à cette interprétation, particulièrement séduisante et plausible si l'on se réfère à la technique de l'octroi²¹⁷ – mais indubitablement orientée politiquement. Cette théorie peut être résumée de la sorte :

« Elle considère que, dans un système de constitution octroyée, le monarque — quand bien même il n'est pas libre, par le retrait de l'acte de souveraineté qui lui incombe en propre, d'annihiler un acte complexe résultant de sa collaboration avec le parlement — reste maître de l'invalider par une autre procédure qui relève de sa seule autorité : celle des ordonnances dites de nécessité. Le recours aux ordonnances est donc un corollaire de l'octroi et de la rémanence de la souveraineté royale »,²¹⁸

Le professeur Lauvaux poursuit en citant à l'appui de cette explication le rapport Polignac précédant les ordonnances de juillet 1830. L'article 14 n'est invoqué qu'à titre « subsidiaire ou épideictique »²¹⁹ :

« La constitution de l'État est ébranlée ; [...] le droit comme le devoir d'en assurer le maintien est l'attribut inséparable de la souveraineté [...] *ce pouvoir est préexistant aux*

²¹⁶ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible : Les Chartes de 1814 et de 1830*, op.cit, p. 94

²¹⁷ P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », art.cit., p. 2-6

²¹⁸ *Loc.cit.*

²¹⁹ *Loc.cit.*

lois parce qu'il est dans la nature des choses. Ce sont là [...] des maximes qui ont pour elles la sanction du temps [...]. Mais ces maximes ont une autre sanction plus positive encore, celle de la Charte elle-même. L'article 14 a investi Votre Majesté d'un pouvoir suffisant, non sans doute pour changer les institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables ».

L'état de nécessité, de survie de l'Etat et des institutions, est invoqué par Polignac : il se place donc explicitement dans une logique de sauvegarde. Cependant si l'on se réfère au contenu desdites quatre ordonnances, il est aisé de réaliser que sous couvert de cette stabilité le roi peut en réalité bel et bien modifier le sens de la Constitution (en supprimant la liberté de presse ou changeant la procédure électorale par exemple). Cette idée de pouvoir *de droit* du souverain en cas d'état de nécessité se trouve également chez Vitrolles au moment de la procédure d'élaboration de la Charte quand il rejette la proposition de définition de l'article 14 : justifier ce qui est légitime, c'est déjà remettre en question sa légitimité²²⁰.

Ils s'éloignent dans le même temps de leur objectif premier, l'ordre, en raison du potentiel destructeur et insurrectionnel que véhicule une telle interprétation de la Charte. D'un côté (celui des conservateurs), la Charte devient officiellement à la merci du roi, et de l'autre, les libéraux qui ont cette interprétation du régime en exécration, ne tardent pas à brandir son illégalité *puis* son inacceptabilité, avec plus ou moins de véhémence.

On prend conscience ici d'un autre point : la Charte pourrait être comprise comme étant de rang inférieur à la « seule véritable constitution du royaume : les lois fondamentales »²²¹, soit qu'elle soit elle-même de rang infra-constitutionnel (comme le propose Stéphane Rials), soit que la constitution traditionnelle du royaume (les lois fondamentales) soit supra-constitutionnelle, soit enfin, comme le présente Philippe Lauvaux, « car la souveraineté royale demeure extérieure à la Charte, non qu'elle ne procède de la Constitution, mais *parce que la Constitution du royaume ne saurait être réduite à la Charte* »²²². C'est en raison de ces incertitudes que nous nous contentons de parler de pouvoir *quasi*-constituant du roi.

²²⁰ « Pourvoir au salut de l'État, relevait-il, est un droit naturel imprescriptible qui appartient non seulement au roi de France par tradition mais par la simple raison à tout souverain légitime » VITROLLES in P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », art.cit., p. 6-7

²²¹ RIALS in P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVIe - XIXe siècle) - Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011 : « Comment exclure [...] à titre dérogatoire - l'intervention du roi seul, auteur unique de la Charte, dès lors que la pratique de celle-ci remet en cause la seule véritable constitution du royaume : les lois fondamentales ? » Puis Philippe Pichot-Bravard d'en conclure : « Ainsi le roi seul peut en interpréter le sens, *sous réserve que cette interprétation soit suffisamment pertinente pour être acceptée par le corps social* » - nous soulignons.

²²² *Loc. cit.*

b) *La critique des libéraux : une interprétation divergente de l'article 14*

Les libéraux n'étaient évidemment pas de l'avis des plus conservateurs. Selon Isambert, partisan de l'interprétation de la Charte de 1814 comme un « traité d'alliance entre la maison Bourbon et la Nation française »²²³, la lecture faite par les conservateurs de l'article 14 est abusive. En effet, l'auteur libéral met naturellement sur un pied d'égalité les « droits des peuples et ceux des Rois » au regard de la théorie du traité. De façon fort intéressante, il appuie cette thèse, lui aussi, sur des arguments tirés de la tradition afin de contrer ses adversaires, plutôt que d'invoquer l'idée d'une rupture totale avec le passé. Il fait en quelque sorte la concession de la continuité, mais en se déplaçant temporellement : il fait quasiment l'ellipse sur l'Ancien Régime, et insiste sur une idée de tradition d'exercice de la souveraineté de concert par le peuple avec les princes Français. Si ses exemples ne sont pas erronés, on peut néanmoins considérer ses conclusions extrêmes vis-à-vis de la Charte de 1814. La logique qu'il en tire eu égard à l'octroi est totalement inversée par rapport aux conservateurs :

« Tout ce qu'on peut conclure de la forme de concession donnée, [...] c'est que le pouvoir seul a fait sa part ; d'où il suit, que *tout ce qui, dans la Charte, n'est pas spécialement attribué à la couronne, reste dans le droit commun des Français*. La Nation par ses représentants est donc en droit de lui demander un compte rigoureux de l'abus que le Gouvernement voudrait faire de termes ambigus ou obscurs qu'on y aurait placé à dessein »²²⁴

Tout cela semble cohérent suivant l'interprétation libérale de la Charte (pour les conservateurs la souveraineté étant royale, dans le silence ou l'incertitude de la Charte, les prérogatives reviennent au roi et non au peuple : il y a une opposition entre *concession forcée* et *octroi libre*). Ainsi, concernant l'article 14, là où les conservateurs voient un pouvoir de révision unilatéral du roi (les plus radicaux ne s'embarrassant même pas de cet artifice positiviste et considèrent cette prérogative comme la seule conséquence raisonnable de la souveraineté légitime du roi, on l'a vu par exemple chez Vitrolles), les libéraux en proposent une interprétation plus restreinte, réservée à des situations particulièrement exceptionnelles, et ayant de toute façon une portée provisoire.

Ainsi, l'exemple de l'ordonnance du 19 août 1815 est l'exception qui ne fait que confirmer la règle, explique Blondel. Selon lui, l'ordonnance « posait même les règles

²²³ Selon les mots de Louis XVIII, qu'il cite : article 9 de l'ordonnance du 9 mars 1815 in F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire...op.cit.*, p. 11

²²⁴ F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire...op.cit.*, p. 13

de révision en période normale c'est-à-dire la consultation du Corps législatif »²²⁵ (on voit bien ici le concours dont parlait Isambert : le roi pourrait avoir l'initiative de la révision, mais elle ne deviendrait définitive qu'avec l'assentiment des Chambres).

Cependant, les défenseurs d'une révision constitutionnelle par simple procédure législative²²⁶ annihilent tout autant l'intérêt d'un contrôle de constitutionnalité. Certes, dans leur optique, la Charte n'est plus à la merci du roi, mais elle se résume alors à une simple loi. Le contrôle de la chartabilité des lois devient sans objet, et le contrôle des actes de rang inférieur se résume à un ordinaire contrôle de légalité. La théorie de la Bourdonnaie, qui aurait rendu seulement une partie de la Charte immuable étant en pratique illusoire (puisque c'est le pouvoir législatif lui-même qui aurait dû juger quelles dispositions de la Charte étaient intangibles, « fondamentales », ou bien « règlementaires ») cette question de la révision constitutionnelle constitue un obstacle de taille au contrôle de constitutionnalité.

La rédaction de l'article 13 de la Charte de 1830 éloigne la possibilité d'interpréter le pouvoir d'ordonnances dans le sens d'un pouvoir quasi constituant du roi. Le changement de légitimité opéré par la modification de la Charte post-révolution de Juillet (qui bascule sa source de la tradition monarchique immémoriale vers un contrat social formé entre le peuple et le roi des Français, Louis-Philippe) participe également à la déconstruction de cette théorie. Cependant, la confusion entre pouvoir constitué et pouvoir constituant reste tenace sous la monarchie de Juillet (cette fois à la faveur du législateur uniquement c'est-à-dire le roi accompagné des chambres) et continue de former un obstacle de taille à une conceptualisation aboutie du contrôle de constitutionnalité²²⁷.

Nous venons d'examiner, de façon approfondie, comment les penseurs, en réaction aux tentatives de contrôle de constitutionnalité « sauvage » en provenance des juridictions judiciaires, viennent valider ou refuser ce nouvel examen, en fonction de leur volonté d'interprétation du régime, soit libérale, soit conservatrice. Au travers de cette réflexion, ces penseurs entendent appuyer leur compréhension

²²⁵ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique comparative...op.cit.*, p. 199

²²⁶ Tempérée par certains, notamment la Bourdonnaie, pour lesquels une voie intermédiaire consistait à distinguer dans la Charte entre « dispositions règlementaires », modifiables par le législateur ordinaire, et « dispositions fondamentales », immuables : *in Ibid.*, p. 200

²²⁷ Cf. *Infra*, p. 99 et suiv.

des institutions, soit par la mise en œuvre d'un contrôle de constitutionnalité direct par le juge judiciaire, soit par des mécanismes indirects de protection de la Charte. Car c'est bien cela, au fond dont il s'agit : protéger la Charte, *telle qu'on la comprend*, afin de fixer le régime et les institutions dans la direction *qu'on trouve la meilleure* (et qu'on prétend trouver dans la Charte).

Ce qui en découle, c'est que le mécanisme de contrôle juridictionnel de constitutionnalité satisfait les libéraux, et que les conservateurs lui préfèrent des mécanismes indirects. Pourquoi ? en réalité, il est possible de l'expliquer au regard des clés d'interprétation de la Charte (et, *in extenso*, du régime), retenues par chacun des « camps » en présence.

Les libéraux se concentrent sur le fond de la Charte. L'égalité des droits monarchiques et des droits des individus qui peut être tirée de la liste des libertés nouvellement proclamées par la lettre de l'acte constitutionnel leur permet d'interpréter l'octroi comme une *concession forcée* du roi, simple résultante de ce traité d'alliance entre lui et le peuple.

Les conservateurs quant à eux ne retiennent – presque – que la forme, c'est-à-dire l'octroi. Cela leur permet (de façon diamétralement opposée aux libéraux) d'interpréter le fond comme fruit d'une *concession libre et arbitraire* de la part du roi, résultant de la tradition monarchique et de la souveraineté royale.

Une fois cela posé, l'arme aux mains des auteurs, de part et d'autre, est le laconisme de la Charte. Pour les libéraux, ce qui n'est pas précisé expressément dans la Charte ou qui nécessite une interprétation, reste dans le « droit commun »²²⁸ des Français. Il n'est pas étonnant, dès lors, que la préférence pour la réalisation de cette lecture soit donnée à un organe réputé indépendant vis-à-vis du pouvoir, et reconnu comme ayant pour mission la conciliation des droits et libertés individuels (ainsi que la résolution des conflits qui peuvent en naître). A contrario, les conservateurs considèrent que la Charte, acte discrétionnaire et pur produit de la souveraineté royale, est, par parallélisme des formes, révocable par le roi. Un juge judiciaire, indépendant du pouvoir, pourrait interpréter la Charte dans un sens défavorable au pouvoir royal (si cela est *juste*, puisque c'est là son unique mission), voire prendre discrètement du recul sur le texte, pour combler ses manques et ne pas se faire accuser de déni de justice²²⁹. Ceci représente évidemment à leurs yeux un danger pour la pureté de la volonté royale. Ils lui préfèrent donc des mécanismes indirects

²²⁸ F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire...op.cit.*, p. 13

²²⁹ Article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

de défense de la Charte, laissant plus de place à des organes favorables à leur vision de la monarchie (qu'il s'agisse de l'organe sui generis de Massabiau, de la chambre introuvable *via* le mécanisme de responsabilité ministérielle au début de la Restauration, ou encore du roi lui-même quand ils lui reconnaissent un pouvoir quasi-constituant).

La deuxième justification, moins ouvertement partisane mais tout aussi politique, réside dans l'ordre de prééminence - opposé - accordé aux deux objectifs communs au sortir de la Révolution. On l'a vu en introduction, ce double objectif réunit l'ordre et la liberté. Sans équivoque, selon les libéraux, l'ordre doit passer par la garantie de la liberté, quand pour les conservateurs, la liberté doit être rendue possible par l'instauration de l'ordre.

L'harmonie, l'équilibre entre ces deux éléments, semble être la seule solution pour enfin atteindre une stabilité, une viabilité du régime. Pourtant, la pierre d'achoppement sous la monarchie constitutionnelle paraît, une fois encore, se trouver dans l'impossibilité à accepter des concessions réciproques, et tout simplement à envisager une compatibilité entre ces deux éléments. A l'instant *t*, c'est l'ordre *ou* la liberté : c'est ce qui pousse les conservateurs à sacrifier une part des libertés au profit du maintien de l'ordre en écartant le contrôle des décrets impériaux par exemple, ou bien, réciproquement, qui invite les libéraux à sacrifier l'ordre à la faveur de la révolution de Juillet pour reconquérir les libertés bafouées par Charles X sous le prétexte de la « survie de l'Etat ».

Nos auteurs perçoivent néanmoins la nécessité – et même l'urgence - de concilier ces deux impératifs, notamment au lendemain de la révolution de Juillet. C'est sous cet angle que la réflexion autour du contrôle de constitutionnalité entre 1814 et 1848 présente son second enjeu à nos yeux. Dans cette seconde partie, il s'agira donc d'expliquer comment la doctrine envisage le contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire cette fois comme la solution unique à cette crise constitutionnelle née d'une opposition politique. Plutôt qu'un élément de discorde, ici le contrôle devant le juge judiciaire est envisagé comme un élément de la recherche commune d'une réponse à l'impasse dans laquelle se trouve le régime.

Seconde Partie - Le contrôle de constitutionnalité comme tentative d'apporter une résolution juridique à une crise constitutionnelle

Le juge judiciaire, par sa mission naturelle et son statut se présente, *a priori*, comme l'organe le mieux placé afin d'incarner le point d'équilibre du régime, par le biais de l'exercice du contrôle de constitutionnalité. Il est présenté par les auteurs, notamment libéraux, comme le plus à même de réaliser le compromis tant convoité entre ordre et liberté, et ainsi de permettre la viabilité du régime. D'un point de vue de la technique juridique d'abord. Le juge judiciaire est naturellement placé dans l'obligation de réaliser un contrôle de la légalité des actes qui se présentent à lui afin de trancher les litiges qui lui sont soumis (puisque son mandat est de « juger selon la loi »²³⁰). La doctrine use de cet état de fait pour assimiler le contrôle de constitutionnalité à un contrôle de légalité ordinaire, qui glisse petit à petit vers un contrôle spécial, de la « légalité fondamentale ». Par ailleurs, l'indépendance du juge est présentée comme étant la source et la finalité de l'attribution au juge d'un tel rôle. En clair, le recours au juge judiciaire pour effectuer le contrôle est justifié par l'impartialité qui lui est associée, et cette dernière est également présentée comme étant susceptible d'être renforcée par le biais de l'accomplissement de cet examen. Il y a donc une forme de réciprocité dans cette logique. C'est pourquoi le contrôle de constitutionnalité peut être envisagé comme élément *d'ancrage* d'un juge judiciaire gardien naturel des libertés, et artisan de l'ordre (Chapitre 1er).

Les insuffisances constatées tant dans le raisonnement visant à assimiler le contrôle de constitutionnalité à un contrôle de légalité spécial, que dans le statut censé garantir l'indépendance du juge judiciaire, critiqué par la doctrine, remettent en question l'attribution au juge judiciaire de ce rôle de pouvoir modérateur du régime *via* le contrôle de constitutionnalité. De plus, le refus, en pratique, de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué rend le contrôle de constitutionnalité sans objet. Les auteurs lui préfèrent un régime de séparation stricte des pouvoirs, afin de préserver la constitution. On présente d'ailleurs souvent ce système comme l'explication faisant rempart à tout contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire. Si ce prétexte paraît abusif, les raisons réelles – d'ordre idéologique, institutionnel et historique – du rejet du juge judiciaire comme organe de ce contrôle sont néanmoins nombreuses au début du XIXe siècle. En outre, la justification la plus profonde de ce refus du contrôle de constitutionnalité (et également la plus théorique), semble être l'attachement français à une vision

²³⁰ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, op.cit., p. 87

subjective de la souveraineté. Finalement, le contrôle de constitutionnalité ne parvient pas à s'imposer comme la solution susceptible de faire accéder le régime à l'équilibre, et le système de séparation des pouvoirs étant intrinsèquement biaisé par la vision subjective de la souveraineté ayant alors cours, l'échec du compromis juridique et politique recherché ne tarde pas à faire poindre l'impasse du régime (Chapitre 2nd).

Chapitre I - Penser le contrôle comme élément d'ancrage d'un juge judiciaire gardien naturel des libertés et artisan de l'ordre

Le juge judiciaire se présente aux yeux d'une partie de la doctrine (les libéraux) comme l'acteur idéal afin de défendre la Charte, et ainsi, de lui donner enfin une réalité. Le juge serait ainsi le gardien des deux faces de l'acte constitutionnel : la garantie des droits et la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs (si l'on se réfère à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen). Ces deux aspects font écho au double objectif, évoqué plus haut, de liberté et d'ordre, présent chez tous dans la doctrine, mais dont l'un a toujours tendance à prendre le pas sur l'autre suivant les affinités politiques des auteurs.

Les penseurs - notamment libéraux - veulent faire du juge le point d'équilibre manquant, qui permettrait enfin d'atteindre une synergie entre ces deux idéaux, et de mettre fin à leur perpétuel affrontement. Tout cela, bien sûr, au moyen de la défense de l'acte constitutionnel, dont la définition proposée dans l'article 16 précité permet de les réunir. Pourquoi le juge judiciaire ? D'une part, car en assimilant le contrôle de la légalité fondamentale (de la constitutionnalité) au contrôle de la légalité dit ordinaire, il est possible de considérer cette mission comme naturelle et incontestable pour le juge, au moins pour les actes infra-législatifs (Section 1). D'autre part, l'indépendance présumée du juge ordinaire vis-à-vis du pouvoir politique est soulevée, comme justification, mais également comme objectif à l'organisation du contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire (Section 2).

Section I - Le contrôle de la « légalité fondamentale » : une attribution naturelle du juge judiciaire ?

Il s'agit ici de traiter uniquement des ordonnances royales, et des décrets impériaux. Dans le premier cas, un consensus sur la nature réglementaire des

ordonnances royales (entre les auteurs libéraux, puis général après la révolution de Juillet) permet de leur faire bénéficier du principe général qui attribue au juge judiciaire la mission d'examiner leur légalité. Par effet d'assimilation, puis de glissement, les germes d'un contrôle de constitutionnalité peuvent être décelés dans cette réflexion (§1). S'agissant des décrets impériaux, le cheminement est plus périlleux : en raison de la nature sui generis des décrets impériaux (qui semble capable de fluctuer entre réglementaire et législative), il paraît complexe de faire passer l'acceptation d'un examen de leur constitutionnalité sous le couvert d'un simple contrôle de légalité d'un acte réglementaire (§2).

§1. Le contrôle de la légalité des actes réglementaires, attribution incontestée du juge judiciaire

Le contrôle de la légalité des actes réglementaires est une attribution incontestée du juge judiciaire : cela fait naturellement partie de son office, afin de trancher des litiges en se référant à des actes qui doivent être valides et donc légaux. Aux yeux de nombreux auteurs, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires peut être ramené à un simple contrôle de la légalité, il « fait partie » du contrôle de légalité²³¹. En effet, la Charte est souvent assimilée à une simple « loi », parfois considérée comme « suprême ». Concentrons-nous d'abord sur l'assimilation du contrôle de conformité à la Charte à un simple contrôle de légalité (a), puis sur le glissement qui tend à faire reconnaître la spécificité de l'examen au regard de cette « loi suprême » (b).

a) L'assimilation du contrôle de la conformité à la Charte à un simple contrôle de légalité

Lorsque les auteurs assimilent la Charte à une loi ordinaire (tendance renforcée par la thèse autorisant la révision constitutionnelle par voie législative, à la fois par les libéraux sous la Restauration puis de façon assez unanime sous la monarchie de Juillet – sauf pour les partisans de l'intangibilité), l'examen des actes réglementaires vis-à-vis de ses dispositions devient toute naturelle pour le juge judiciaire.

Les ordonnances royales ont posé question durant la Restauration au regard des incertitudes entourant leur nature, aux yeux de certains sui generis puisque

²³¹ Aujourd'hui on pourrait presque dire l'inverse : le contrôle de la légalité des actes réglementaires fait partie de leur contrôle de constitutionnalité. En effet, si un acte réglementaire est illégal il est forcément inconstitutionnel au regard de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958. L'inverse n'est pas vrai puisque toutes les dispositions constitutionnelles, *a fortiori* tous les principes de valeur constitutionnelle, ne sont pas repris dans une loi.

susceptible de modifier la Charte elle-même, en tous cas de comporter des prévisions *contra legem*²³².

Les défenseurs du contrôle de la constitutionnalité des ordonnances royales sous la Restauration sont logiquement les avocats de la valeur simplement réglementaire de ces actes (c'est-à-dire les libéraux). Reportons-nous à nouveau au juge Yzard, qui se penche longuement sur cette question dans son ouvrage. Il s'attache à contrer les arguments d'Henrion de Pansey, fervent adversaire du contrôle des ordonnances royales à cause de la valeur supérieure qu'il leur attribue (en raison de leur origine royale). Selon Yzard, si le juge est bien le ministre de la loi, il doit s'enquérir de la nature du texte à appliquer à l'espèce (s'il s'agit d'une loi ou non). En effet cette étape est nécessaire à son mandat c'est-à-dire « juger selon la loi »²³³ : ce qu'il sous-entend ici, c'est que le juge doit vérifier si le roi a empiété sur le pouvoir législatif en prenant son ordonnance. Concrètement, le juge doit rechercher si l'ordonnance est bien une mesure d'exécution d'une loi et ne contient pas elle-même de disposition législative. En substance il s'agit bien d'un contrôle de légalité de l'ordonnance (s'est-elle conformée aux dispositions législatives existantes ou bien y ajoute-t-elle ou les modifie-t-elle ?). Mais d'un point de vue plus large on peut également considérer cette action comme un contrôle de la constitutionnalité, de la chartabilité de l'ordonnance, au regard des articles 14 et 15 (Charte version 1814).

On pourrait en ce sens s'aventurer à parler de contrôle de constitutionnalité externe ou formel : si l'acte entre les mains du juge traite d'une matière législative, il devra être réputé inexistant puisqu'une loi doit être adoptée collectivement par le roi et les chambres selon l'article 15, or, en l'occurrence, l'acte litigieux fut pris par le roi seul sous la dénomination « d'ordonnance royale ». Il y a excès de pouvoir de la part du roi, et l'acte est inconstitutionnel puisque pris en dehors des formes, de la procédure prévue par la Constitution afin d'adopter une loi (il ne s'agit pas ici de contrôler la constitutionnalité interne ou matérielle de l'acte : on ne confronte pas le fond de la disposition avec des articles exposant les droits publics des Français par exemple). A l'inverse, il ne peut s'agir d'une ordonnance puisque (toujours selon les auteurs libéraux), cette dernière ne saurait être prise en matière législative (sauf à se trouver dans des circonstances exceptionnelles et à être uniquement provisoire, mais il s'agit de l'exception qui confirme la règle à leurs yeux)²³⁴. L'acte doit donc être regardé comme inexistant et son application écartée du litige.

²³² Cf. *Supra*, p. 69 et suiv.

²³³ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, *op.cit.*, p. 87

²³⁴ Cf. *Supra*, p. 72 et suiv.

Sous la monarchie de Juillet, le problème de la valeur des ordonnances royales est résolu par l'article 13 de la Charte de 1830. Il n'est explicitement plus question pour le roi de prendre des ordonnances qui ne se borneraient pas à l'exécution des lois. Pour rappel, l'article dispose : « Le roi [...] fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, *sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution* ». Cette évolution est notamment soulignée par Foucart²³⁵.

Pour reprendre ce qui a déjà été évoqué, les auteurs qui défendent cet examen de la légalité des ordonnances royales écartent l'argument d'opposition tiré du principe de la séparation entre les pouvoirs judiciaires et administratifs. On pense par exemple à Serrigny, Foucart ou encore à Dufour²³⁶. Pour que les règlements soient obligatoires il faut qu'ils soient exempts de tout vice d'illégalité²³⁷ (« ou parce qu'il émane d'un administrateur sans pouvoir le faire, ou parce qu'il statue sur une matière étrangère au domaine de l'administration, ou parce qu'enfin il est contradictoire à la loi »²³⁸) : cette vérification incombe naturellement au juge judiciaire, sans qu'il n'y ait excès de pouvoir.

b) La reconnaissance en demi-teinte d'une particularité du contrôle au regard de la « loi suprême »

La prudence des auteurs est un signe du basculement intellectuel qui s'opère dans leur esprit, d'un simple contrôle de légalité, à un contrôle plus éminent, peut-être un peu mystique aussi, le contrôle de constitutionnalité. C'est alors qu'on peut imaginer un changement de logique : c'est le contrôle de légalité qui se voit absorbé dans le contrôle de constitutionnalité. La légalité de l'ordonnance est une condition de sa constitutionnalité : si elle est illégale, alors elle dispose elle-même législativement, donc elle est inconstitutionnelle.

Cette évolution, ce glissement, est perceptible également dans le vocabulaire employé par certains auteurs. Sous la plume du juge Yzard, qui parle de contrôle de légalité tout au long de sa démonstration, on trouve vers la fin du texte l'expression « loi suprême constitutionnelle »²³⁹ par exemple. Le contrôle de légalité, lorsqu'il est réalisé au regard de la Charte, considérée comme une loi, aurait donc bien un

²³⁵ E-V. FOU CART, *Eléments de droit public...op.cit.*, p.106 suivants

²³⁶ Cf. *Supra*, p. 44 et suiv.

²³⁷ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Delamotte aîné, 1843-1845, t1, p. 66 : tout comme Foucart, il cite l'article 471§15 du Code pénal et non la Charte. Il s'agit donc bien d'un contrôle organisé au regard d'un principe législatif, mais qui découle de dispositions de la Charte établissant une distinction entre le champ de l'ordonnance et de la loi, de laquelle découle une divergence procédurale pour l'adoption de chaque type d'acte.

²³⁸ *Loc.cit.*

²³⁹ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, *op.cit.*, p. 87

caractère particulier, et c'est dans ce caractère particulier que l'on comprend l'idée d'un contrôle de constitutionnalité à part entière, sur les actes réglementaires, dépassant le simple contrôle de la légalité, qu'on pourrait dire, « subalterne » ou « simple ».

Les juges eux-mêmes (notamment les tribunaux inférieurs) n'hésitent pas, de temps à autre, à marquer cette spécificité. Un exemple, cité par Jean-Louis Mestre²⁴⁰, peut-être rapporté. Le 8 janvier 1834, la cour de Nîmes rend une décision en chambres assemblées. Elle statue de la façon suivante :

« Attendu que, toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa *constitutionnalité* ; que ce devoir ne cesse pas pour eux, parce qu'ils auraient déjà ordonné l'exécution d'un pareil acte en d'autres circonstances où sa légalité n'aurait pas été mise en cause. »

L'expression de « constitutionnalité » y apparaît clairement. Cependant, dans la même phrase, on trouve le mot « légalité » employé semble-t-il, de façon synonyme. Il est difficile de dire si ces allers-retours entre les expressions de contrôle de légalité et contrôle de constitutionnalité sont le témoignage d'une confusion réelle, ou bien la marque de la tentation de s'essayer à un contrôle de type nouveau, sans pouvoir l'assumer pleinement. Nous reviendrons sur cette question lors de l'examen de la question de la conscience – ou non - d'une distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué²⁴¹.

Quoiqu'il en soit, tout ceci contribue à faire ressortir, au moins à penser la nature particulière de la Charte dans l'ordonnancement juridique, et la part de symbolisme qui permet d'auréoler de fondamentalité l'acte constitutionnel (ce caractère, que certains qualifient de « politique », fait écho à l'origine de cet acte. Il est à nos yeux majeur dans la reconnaissance de la *spécificité* de la Constitution).

L'assimilation ne peut donc être totale entre contrôle de légalité et contrôle de constitutionnalité, même s'agissant des actes infra-législatifs. Un autre type d'acte, le décret impérial, pose question. Si les débats semblent s'élever pour des raisons similaires - tenant autant à la nature du contrôle exercé qu'à celle de l'acte contrôlé - c'est cette fois le second aspect qui retient toute l'attention des auteurs et les pousse à la confrontation. La nature sui generis des décrets impériaux empêche en

²⁴⁰J.-L. MESTRE, « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », art.cit, p. 465

²⁴¹ Cf. *Infra*, p. 98 et suiv.

effet, plus encore, de travestir un potentiel contrôle de constitutionnalité en germes en un simple « contrôle de légalité ».

§2. *Le problème posé par le caractère « sui generis » des décrets impériaux*

Au long de leurs réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires, en particulier sur la question d'un éventuel glissement d'un contrôle de légalité vers un contrôle spécial au regard de la « loi suprême », les auteurs se sont également penchés sur les décrets impériaux. La nature incertaine de ces actes (qui paraît osciller de réglementaire à législative suivant l'interprétation qui en est faite), rend ce parallèle complexe – voire impossible dans le cas de l'attribution d'une valeur législative²⁴².

Les développements s'articulent, en général, autour du point de savoir s'il est possible, ou non, d'appliquer la solution retenue à l'endroit des ordonnances (c'est-à-dire admettre de contrôler leur constitutionnalité et, le cas échéant, d'écarter leur application au litige), aux décrets impériaux. Foucart en fournit un bon exemple sous la monarchie de Juillet. Nous avons choisi de citer longuement cet auteur dont la démonstration se démarque par sa clarté :

« La différence [entre les ordonnances royales et les décrets impériaux] provient de ce que la constitution de l'an VIII établissait une autorité chargée d'annuler les actes qui lui étaient dénoncés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement, et que tout acte qui n'avait point été attaqué dans les dix jours pour cause d'inconstitutionnalité était valable. Il ne peut y avoir de difficulté pour les actes antérieurs à la suppression du Tribunat, ceux qu'il n'a point attaqués ont acquis force législative ; mais ce corps ayant été supprimé par un sénatus-consulte du 19 août 1807, l'on en a conclu que tous les décrets statuant sur des matières législatives, à partir de cette époque, devaient être considérés comme nuls de plein droit. La question cependant a été décidée par la Cour de cassation en faveur des décrets, par le motif que le pouvoir législatif était seul compétent pour prononcer l'inconstitutionnalité ; qu'à défaut d'opposition par ce pouvoir, les décrets avaient force de loi, et que les juges étaient sans mission pour refuser de les appliquer. On a répondu à l'objection tirée de l'abolition du Tribunat, que tout citoyen, aux termes de l'art. 83 de la constitution, avait le droit de faire des pétitions au Corps législatif et au Sénat ; que le Sénat lui-même, pouvoir conservateur, était autorisé à statuer d'office sur l'inconstitutionnalité des

²⁴² C'est la solution retenue par la Cour de cassation, on l'a vu, pour les décrets « promulgués et exécutés comme lois sans opposition de la puissance législative » c'est à dire du Sénat conservateur (S. 1819.1.347). Le critère retenu afin de lui conférer cette valeur n'est donc pas relatif au contenu du décret mais bien à l'organe qui est à l'origine de son adoption – aussi illégitime était-il à prendre un acte de valeur législative, même sous le IInd Empire.

décrets. Enfin, on a puisé un argument dans l'art. 68 de la Charte, qui maintient toutes les lois existantes et non contraires à la Charte. En fait, les décrets inconstitutionnels existaient comme lois et étaient appliqués sans réclamation ; ils sont donc compris au nombre des actes maintenus par la Charte. »²⁴³

Deux techniques opposent les auteurs, ce qui les pousse à ne pas attacher de façon uniforme la même valeur aux différents décrets impériaux. Penchons-nous sur la méthode de détermination formelle (a) puis sur la méthode de détermination matérielle (b).

a) La méthode de détermination formelle de la valeur des décrets impériaux

Serrigny avait formulé la même réflexion que Foucart un an seulement auparavant²⁴⁴. Berriat-Saint-Prix, aborde cette question dans le cadre plus général d'une réflexion sur la valeur à donner aux actes antérieurs à la Charte, et si l'on doit les assimiler aux lois ou aux ordonnances. Concentrons-nous son traitement des décrets impériaux. Selon lui, la distinction parfois réalisée par les juges entre les dispositions du décret impérial (certaines ayant valeur législative et d'autres réglementaire uniquement) est erronée. Les seuls critères à retenir selon lui pour déterminer le caractère des lois sont « les formes extérieures et la combinaison des pouvoirs politiques », et non « la nature des objets réglés »²⁴⁵.

Il critique la présomption de constitutionnalité posée par la Cour de cassation et rappelée par Foucart ci-dessus, accordant valeur législative aux décrets impériaux non annulés par le Sénat. En effet selon lui, cette présomption n'est valable qu'à l'égard des décrets du corps législatif, pour qui, seuls, « la promulgation au bout de dix jours empêchait désormais le recours pour cause d'inconstitutionnalité » (les décrets non déférés de ce type pouvaient alors naturellement bénéficier de cette présomption de constitutionnalité). S'agissant des règlements (décrets pris pour le pouvoir exécutif, c'est à dire ceux qui nous occupent ici) aucun délai ne limitait la possibilité de déférer l'acte litigieux devant le Sénat conservateur : l'incertitude sur leur constitutionnalité restait donc entière. Après 1807, et encore plus après la suppression du Sénat conservateur, prétendre à cette présomption de constitutionnalité est une pure contradiction. Il ajoute ainsi :

« Aujourd'hui le sénat dont l'existence pouvait autoriser, jusqu'à un certain point, une exécution provisoire, est supprimé ; le tribunal l'a été dès 1807 ; on ne peut donc plus renvoyer les citoyens à se pourvoir par voie de pétition auprès du gouvernement pour qu'il défère au sénat conservateur tel ou tel décret impérial. Dès lors il faut bien repousser tous les règlements consulaires ou impériaux qui, au lieu d'assurer

²⁴³ E-V. FOU CART, *Eléments de droit public et administratif*, t.1, *op.cit.*, p. 108

²⁴⁴ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure...op.cit.*, p. 6

²⁴⁵ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, *op.cit.*, p. 411

l'exécution des lois, violent leurs dispositions. [...] par une contradiction monstrueuse, le gouvernement, *tout en reconnaissant dans les décrets la force obligatoire nécessaire pour abroger les lois, n'a jamais fait difficulté de les modifier par de simples ordonnances.* [...] La cour de cassation, sur la composition de laquelle le gouvernement influe, précisément depuis la constitution de l'an VIII, a consacré ce système à diverses reprises en appelant à son secours *l'ingénieuse distinction entre les dispositions législatives et administratives*, qui n'est pas en effet plus déraisonnable lorsqu'on l'applique aux décrets que lorsqu'on l'applique aux lois »²⁴⁶

Ainsi, à l'exception des décrets impériaux ayant fait l'objet d'un recours devant le sénat quand il existait toujours et n'ayant pas abouti à leur annulation, les autres doivent être regardés comme de simples règlements (on pourrait donc leur faire application de la solution retenue à l'égard des ordonnances royales : c'est pourquoi ceux des décrets « qui, au lieu d'assurer l'exécution des lois, violent leurs dispositions » doivent être écartés). C'est en cela notamment qu'Hello conclue qu'on peut douter que « la raison constitutionnelle » avancée par la Cour de cassation soit « concluante »²⁴⁷. Seule la « raison sociale » peut réellement expliquer sa jurisprudence.

Cependant, la suite de la réflexion d'Hello diverge de celle de Berriat-Saint-Prix. Il pose également la question suivante : « Est-ce que l'ordonnance peut aujourd'hui modifier le décret usurpateur dans ses détails réglementaires ? » - ce qui reviendrait à donner simple valeur réglementaire à ces dispositions particulières du décret impérial et donc la possibilité de leur faire application de la même procédure de contrôle constitutionnalité qu'aux ordonnances royales. L'auteur répond : « Elle ne le pourrait pas, s'il s'agissait d'une loi telle que nous l'entendons, car la loi communique son caractère à tout ce qu'elle s'approprie. En est-il de même du décret ? »²⁴⁸

b) La méthode de détermination matérielle de la nature des décrets impériaux

C'est là qu'Hello propose une logique de détermination de la valeur des dispositions du décret impérial opposée à celle pertinente aux yeux de Berriat-Saint-Prix :

« Tous les actes sortis de la confusion ne sont pas nécessairement législatifs, et chacun d'eux doit s'apprécier, *non d'après son origine, mais d'après sa nature propre qu'il ne perd*

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 413

²⁴⁷ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, t2, *op.cit.*, p. 100

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 102

jamais, et il est vrai que les mesures de simple exécution, quoique prises par un décret impérial, rentrent aujourd'hui de plein droit dans le domaine de l'ordonnance. »

Plus précisément, Hello se demande que faire des décrets contenant à la fois des dispositions réglementaires et législatives (chose possible, a priori, au regard de la logique qu'il emprunte, à l'inverse de Berriat-Saint-Prix) : « N'en est-il pas de lui comme de la loi qui juge à propos de régler sa propre exécution ? ». L'assimilation n'étant pas parfaite entre la loi adoptée selon les formes constitutionnelles et le décret « usurpateur » il faut trancher en faveur de l'ordonnance. Hello considère qu'une loi « constitutionnelle »²⁴⁹ qui contient des dispositions réglementaires manifeste par là une *intention* (« donner aux mesures d'exécution un caractère qu'elles ne tiendraient pas de l'ordonnance ») qui doit être respectée en accordant valeur législative à ces dispositions de « nature » réglementaire. S'agissant du décret impérial il n'y a aucune raison de préserver ou de donner effet à cette insertion d'un principe de nature réglementaire dans le décret impérial : il conserve au contraire sa valeur infra-législative²⁵⁰. Berriat-Saint-Prix, on l'a vu, est d'un avis contraire.

Selon Hello, on peut donc trouver des dispositions simplement réglementaires même dans des décrets impériaux déclarés constitutionnels et ayant donc a priori acquis valeur législative. Cette différence de logique entre les auteurs pourrait s'expliquer par leur avis sur le contrôle de constitutionnalité des lois par le juge judiciaire. En accordant à un plus grand nombre de dispositions des décrets impériaux une valeur seulement réglementaire, Hello autorise dans sa logique un contrôle de constitutionnalité plus étendu de ces derniers (calqué sur la méthode applicable aux ordonnances royales). En effet, contrôler la constitutionnalité de dispositions de décrets impériaux ayant valeur législative revient, dans les faits, pour le juge, à contrôler la constitutionnalité d'une loi, ce qu'Hello refuse absolument. Berriat-Saint-Prix quant à lui n'est pas fermé à cette éventualité et envisage même longuement dans son ouvrage la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois²⁵¹. C'est pourquoi sa vision plus large de la valeur législative des décrets impériaux n'est pas étonnante malgré son libéralisme affiché : en effet, cette nature législative ne fait pas, selon lui, obstacle au contrôle desdites dispositions.

²⁴⁹ Hello utilise ce terme dans le sens d'une loi ordinaire adoptée selon les formes prévues par le texte constitutionnel et non en excès de pouvoir comme les décrets impériaux

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 103

²⁵¹ *Cf. Supra*, p. 47 et *Infra*, p. 110

La tentative de faire entrer le contrôle de la légalité fondamentale dans les attributions naturelles du juge judiciaire, au moyen d'un glissement opéré à partir de sa mission de vérifier la légalité des actes dont il doit faire application, n'est donc que partiellement convaincante. Tout de même, elle témoigne de l'effort intellectuel réalisé par les auteurs afin de légitimer ce contrôle devant le juge, destiné à stabiliser le régime. Un deuxième élément est alors avancé par la doctrine libérale dans le même but : l'indépendance du juge judiciaire. Elle l'est à la fois comme étant la source (en tant qu'élément de justification du choix de cet organe), mais aussi la finalité (en tant que résultat recherché) du contrôle de constitutionnalité devant celui-ci.

Section II - L'indépendance du juge judiciaire : source et finalité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité

Le statut du juge judiciaire le place, a priori, dans une position d'indépendance politique favorisant sa reconnaissance en tant que point d'équilibre du régime. Cependant, le caractère ambigu de certaines de ces garanties pousse la doctrine à s'interroger sur la viabilité du juge en tant qu'arbitre impartial (§1). Par ailleurs, l'exercice du contrôle de constitutionnalité par ce dernier étant perçu par certains auteurs comme un moyen de renforcer cette indépendance présumée, le refus de la Cour de cassation de s'y prêter est critiqué. Il est, en conséquence, interprété comme symptomatique d'une certaine partialité des juges suprêmes (§2).

§1. Le juge judiciaire, arbitre impartial du jeu politique ?

Certains auteurs envisagent la possibilité d'assimiler le juge à une sorte de pouvoir neutre. Il serait alors capable d'assurer, selon Dufour par exemple, la garde de « nos personnes et de nos biens » car il « se trouve préposé au maintien des limites entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif »²⁵². Cette fonction résulte cette fois, non pas de ses attributions naturelles (à la différence du contrôle de la « légalité fondamentale ») mais de son statut, qu'il convient donc de protéger, « d'où

²⁵² G. DUFOUR, *Du pouvoir exécutif*, Paris, De Hennuyer et Cie, 1848, p. 82

la nécessité pour la société de chercher sa sécurité dans la force et l'indépendance de ce pouvoir »²⁵³.

Néanmoins, le cumul des fonctions dont il a la charge, empêche de l'assimiler pleinement au « pouvoir neutre et préservateur » imaginé par Benjamin Constant puis repris par d'autres auteurs (il n'est en effet pas uniquement arbitre entre les pouvoirs mais juge de leurs actes, de leur légalité). Il convient de différencier la logique de séparation des pouvoirs (par laquelle le gardien de la constitution opère en tant qu'arbitre), et la logique de hiérarchie des normes (par laquelle il procède à l'examen de la légalité vis-à-vis de la « loi suprême »). Ces deux systèmes s'opposent durant toute l'histoire constitutionnelle, et nous reviendrons sur la mise à l'écart de la seconde au profit de la première au XIXe siècle, déjà perceptible dans les difficultés que nous venons d'aborder au sujet de l'acceptation de l'examen de la « légalité fondamentale ».

A défaut de caractériser parfaitement l'incarnation du fameux « pouvoir neutre » de Constant, il est indéniable que le juge judiciaire est bien placé pour détenir une fonction d'arbitre entre les pouvoirs - qui passe par le contrôle des actes et non par celui des institutions (a). Ce rôle est rendu possible et légitime surtout grâce au statut particulier du juge qu'il s'agit de conserver, notamment en questionnant la pureté du serment (b).

a) Le rejet de l'assimilation du juge judiciaire au pouvoir neutre de Benjamin Constant

Benjamin Constant est convaincu « que les barrières établies pour éviter les abus des pouvoirs exécutif et législatif [inviolabilité des mandataires du peuple, bicamérisme, veto, droit de dissolution...] ne sont pas suffisantes »²⁵⁴. Le « pouvoir neutre », imaginé pour pallier cette fragilité, devrait être collective (cent membres nommés à vie et les membres de l'exécutif), composée de membres élus, et reçoit l'appellation de « pouvoir judiciaire des autres pouvoirs ». En effet, ce pouvoir neutre serait chargé d'empêcher à la fois les empiètements possibles d'un pouvoir sur un autre (il fait ici référence au système de « concours » ou de séparation souple des pouvoirs) mais également de permettre l'harmonie, la cohérence entre tous bien qu'ils soient séparés (ici il pense plutôt à un système de « contrepoids » ou de séparation stricte des pouvoirs). Ce sont les « deux risques » possible de nuire au système de séparation des pouvoirs, abordés plus tôt déjà par Sieyès²⁵⁵.

²⁵³ *Ibid.*, p. 83

²⁵⁴ B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine (1795-1807)* in F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *Revue du droit public*, 2007, n°3, p. 19

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 20

Ce pouvoir est censé agir contre les institutions et non pas contre des hommes, ni contre des actes (à la différence notable du juge judiciaire, on l'a vu). Inutile dès lors de revenir ici en détails sur les attributions de cet organe, imaginées par Constant²⁵⁶ : ce n'est pas ici que nous lui trouvons des similitudes avec le juge judiciaire. D'ailleurs, Benjamin Constant en 1815 dans les *Principes de politique* voit le pouvoir neutre plutôt dans le monarque constitutionnel que dans le juge. Placé « hors de la mêlée » et des « ambitions » politiques des pouvoirs, il est là pour les sanctionner politiquement lorsqu'ils agissent contre l'intérêt de la constitution. Il est inimaginable alors de donner un tel pouvoir de sanction politique au juge judiciaire. Lanjuinais, en outre, lorsqu'il insiste sur la nécessité d'un « pouvoir neutre » (« pour qu'il y ait une liberté régulière, il faut une autorité médiatrice directoriale, modératrice, neutre à certains égards, absolue sous d'autres rapports, enfin irresponsable, une autorité qui prévienne ou termine toute lutte pernicieuse qui entretienne ou rétablisse l'harmonie nécessaire entre les grandes autorités »²⁵⁷), cite différentes formes de pouvoir, mais pas le contrôle de constitutionnalité.

Il convient donc de prendre du recul et de ne pas chercher à assimiler le juge judiciaire au pouvoir neutre de Constant. Il nous revient d'envisager plus largement le premier dans un rôle d'arbitre impartial du jeu politique (la finalité se rejoint, la condition d'impartialité et d'indépendance se retrouve, mais les moyens divergent).

Cette hypothèse n'est pas le fruit d'une pure invention de notre part. On retrouve cette idée chez Louis Blanc notamment. Il adopte un point de vue « pro-système américain » : donner le pouvoir, incontestablement politique, au juge, de contrôler la conformité à la constitution d'une loi et d'écarter, le cas échéant, l'application d'une loi contraire à la constitution²⁵⁸ : « Il faut chercher un frein au despotisme de la loi, plus redoutable quelquefois et plus vaste que le despotisme de l'homme. Ce frein a été trouvé par la Constitution des Etats-Unis [...] et nous proposerions de donner au pouvoir judiciaire le droit d'annuler, dans leur application partielle, les lois qui lui paraîtraient inconstitutionnelles »²⁵⁹. Se faisant, et c'est là qu'on retrouve notre idée d'arbitre impartial du jeu politique, « on mettrait [...] à côté du législateur, un pouvoir assez fort pour le modérer et trop faible pour le

²⁵⁶ Pour plus de développements à cet égard, voir notamment B. CONSTANT *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine* p. 441 (note n°110 in F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », art.cit., p. 20)

²⁵⁷ J-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française...op.cit.*, p. 198

²⁵⁸ Transposition fermement repoussée par Tocqueville – qui représente, du reste, l'opinion majoritaire à ce sujet - en raison du contexte juridique, sociologique et historique propre à la France. Cf. *Infra*, p. 107 et suiv.

²⁵⁹ L. BLANC, *De la pairie en France. Questions d'aujourd'hui et de demain, 1839* in A. ANGLEYS, *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire*, thèse de doctorat, Droit, Grenoble ; Chambéry, F. Gentil, 1910, p.11

combattre [...] ne pouvant annuler la loi d'une manière réglementaire et générale, le pouvoir judiciaire ne frappe le législateur qu'à petits coups [...] *c'est un adversaire à la fois réel et insaisissable, permanent et multiple*²⁶⁰». Louis Blanc est cité par Angleys dans sa thèse de doctorat en 1910, selon lequel seul le pouvoir judiciaire peut constituer une garantie efficace, en raison de sa mission naturelle (« personnes éclairées habituées à interpréter les textes »²⁶¹) et de son statut particulier (l'inamovibilité constituant à ses yeux un réel gage d'impartialité).

b) Le statut du juge judiciaire, garantie d'efficacité dans un rôle d'arbitre impartial du jeu politique ?

Attardons-nous sur ce statut : la garantie d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique qu'il est réputé assurer au juge judiciaire est la raison de la volonté de lui accorder ce rôle d'arbitre des pouvoirs et de gardien de la Charte. Deux éléments sont à la base de cette réflexion, et font débat chez les auteurs : le serment de fidélité vis-à-vis des lois et des ordonnances, et l'inamovibilité des juges.

Les auteurs sont nombreux à invoquer le serment des juges à l'appui de leurs développements sur un éventuel contrôle de constitutionnalité exercé par lui. Le juge Yzard le fait en faveur du contrôle des ordonnances royales. En effet, si les juges jurent fidélité aux « lois et aux ordonnances », c'est bien aux ordonnances rendues conformément aux lois uniquement. Au contraire, « s'ils observaient les ordonnances contraires aux lois, ils violeraient leur serment, en ce qui concerne les lois, et se trouveraient renfermés dans un cercle vicieux »²⁶².

Une part de la doctrine critique l'insuffisance de ce serment des magistrats. Lanjuinais voit dans « l'usage indécent de faire jurer vaguement l'obéissance aux lois, et jamais à la Charte régulatrice »²⁶³, la formation d'un lien d'allégeance vis-à-vis du roi et des Chambres plutôt qu'une garantie d'indépendance. Il réclame une loi qui viendrait clarifier le contenu du serment, et y ajouterait notamment la fidélité à la Charte.

L'indépendance des juges judiciaires sous les Chartes de 1814 et 1830 est remise en question notamment au regard des articles 48 (Charte de 1814) et 57 (Charte de 1830) qui disposent « Toute justice émane du roi ; elle s'administre en

²⁶⁰ *Loc.cit.*

²⁶¹ *Loc.cit.*

²⁶² M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux, op.cit.*, p. 104

²⁶³ J-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française avec un essai de traité historique et politique sur la Charte, op.cit.*, p.76

son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ». Serrigny à ce sujet, s'exprime en ces termes : « [...] il me paraît évident que la Charte, en disant toute justice émane du roi, a voulu signifier que le pouvoir judiciaire était une émanation du pouvoir royal. Que ce soit là, si l'on veut, une réminiscence du droit féodal, il n'en est pas moins vrai que c'est le sens de l'article cité »²⁶⁴. Berriat-Saint-Prix, au contraire, cherche à prouver l'indépendance du juge judiciaire, au-delà des apparences. Si l'axiome « toute justice émane du roi » semble confirmer que les juges « n'exercent pas un pouvoir politique distinct et indépendant des deux autres » et qu'ils forment une « branche de l'exécutif », selon l'auteur, il s'agit en réalité de « simples vices de langage qui disparaissent devant des dispositions positives comme les articles 49 et 56 »²⁶⁵. Il s'agit en réalité selon l'auteur d'une émanation *secondaire* (« le roi transmet la puissance judiciaire car il la tient lui-même du vœu de la nation », exprimé en 1830). De plus, le droit de nomination n'est pas absolu et il existe des exceptions comme celle des jurés (article 56). Enfin il est évident à ses yeux que si la « justice s'administre au nom du roi » par des juges, il ne peut la rendre en personne en aucun cas²⁶⁶.

Pour autant, Berriat-Saint-Prix n'est pas totalement satisfait des dispositions qui prétendent garantir l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir royal. Il est en faveur de l'instauration d'un processus d'élection par les justiciables (il prend exemple sur la Constitution de 1791). A propos du pouvoir de nomination des juges que détient le roi, il souligne que s'il est encadré par des conditions générales fixées par le législateur (d'âge et d'ancienneté dans la profession d'avocat), elles ne sont pas pertinentes, et il voudrait leur substituer un niveau de connaissances théoriques plus larges. Il souhaiterait également atténuer encore l'influences des notables par le biais d'un concours public en cas de trop nombreux candidats²⁶⁷.

Par ailleurs, selon lui, le serment n'est qu'une « précaution qui tend à leur rappeler leurs principales obligations », qui naissent du « quasi-contrat formé par l'acceptation de la magistrature »²⁶⁸. Selon Berriat-Saint-Prix, et contrairement à l'opinion d'Henrion de Pansey qu'il évoque lui-même dans son ouvrage²⁶⁹, lesdites obligations, et ce qui en découle (c'est-à-dire l'indépendance du juge) ne résultent

²⁶⁴ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Durand, 1865, vol 1, p. 19

²⁶⁵ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, *op.cit.*, p. 338, l'article 49 prévoyant l'inamovibilité des juges et l'article 56 la préservation de l'institution des jurés.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 343

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 344

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 345

²⁶⁹ HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, Chp XI in *Ibid.*, p. 345

donc pas uniquement de la prestation de serment mais sont inhérentes à leur statut de juge.

L'inamovibilité des juges est présentée par Berriat-Saint-Prix comme un gage d'indépendance vis-à-vis du roi, corolaire obligé de la nomination par celui-ci (s'il pouvait les destituer à loisir il deviendrait plus complexe de défendre cette indépendance). De plus, « la généralité du texte pousse à penser que le pouvoir législatif est également incompétent pour destituer les juges ». Pourtant, l'auteur fait montre d'une certaine tiédeur vis-à-vis de ce principe d'inamovibilité, produisant selon lui un « relâchement insensible dans les devoirs [...] en un mot une foule de défauts que le simple pouvoir de destituer, agissant comme préservatif, préviendrait le plus souvent »²⁷⁰ et n'étant en aucun cas un moyen de s'assurer de la compétence des juges²⁷¹. Enfin, les nombreuses exceptions existant au principe d'inamovibilité empêchent d'atteindre l'objectif d'indépendance ainsi poursuivi (comme pour les juges de paix, les magistrats chargés du ministère public...²⁷²), tout comme d'autres dispositions qui bien qu'indirectes, participent de cette fragilité²⁷³.

En définitive, l'auteur considère que « la disposition qui attribue au pouvoir exécutif le droit de nommer les juges est bien mauvaise, puisqu'elle nécessite un correctif aussi vicieux que l'inamovibilité ». La meilleure solution serait donc d'opter pour un processus d'élection par le peuple, dont la périodicité serait prévue par une loi, écartant ainsi l'inamovibilité²⁷⁴.

Nous avons étudié comment les garanties d'indépendance du juge judiciaire présentes dans la Charte (réelles ou supposées selon les auteurs, mais globalement considérées comme susceptibles d'être renforcées) entraînent une large part de la doctrine à l'envisager comme l'organe le plus à même d'exercer le rôle d'un arbitre impartial entre les pouvoirs politiques, notamment au moyen du contrôle de constitutionnalité (prérogative attribuée au juge judiciaire plus ou moins explicitement, au moins pour certains actes, par les auteurs que nous venons de

²⁷⁰ BENTHAM, *Organisation judiciaire*, chp 17 in *Ibid.*, p. 349

²⁷¹ *Loc. cit.*, « Si "la certitude de n'être pas destitué ne peut donner des lumières aux ignorants, du désintéressement aux avarés, de la modération aux ambitieux, de la probité aux fripons, ou de l'impartialité aux hommes de parti" le seul résultat réel de l'inamovibilité du pouvoir judiciaire est "la garantie donnée aux citoyens qu'ils seront constamment jugés selon l'esprit qui aura présidé aux choix des juges" ».

²⁷² *Ibid.* p. 351 pour de plus amples développements.

²⁷³ *Ibid.*, p. 359 il vise notamment la possibilité pour la Cour de cassation de suspendre indéfiniment les juges de leurs fonctions ou encore le statut des juges suppléants.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 350 : il combat l'objection selon laquelle ce système « ne laissait pas au magistrat assez d'indépendance ; qu'il l'obligeait à rechercher l'approbation des électeurs [...] idée fautive partout où il y a une diffusion suffisante de lumières. »

citer). Voyons maintenant comment l'exercice du contrôle lui-même est perçu par la doctrine comme un outil au service du renforcement de l'indépendance des juges, qui devient ici la finalité du contrôle.

§2. Une occasion manquée de renforcer l'indépendance du juge face au pouvoir politique : la critique du refus de contrôle par la Cour de cassation

Le juge n'est réputé être au service que de la loi, y compris la loi suprême, et non du pouvoir en place. Dufour explique en ce sens : « Refuser au magistrat le droit de vérifier le caractère de la disposition, forcé d'en référer à l'organe du pouvoir régulateur lui-même, ce serait annihiler toutes les garanties que les citoyens ont à attendre de l'indépendance de la magistrature »²⁷⁵.

C'est dans la critique libérale du refus de la part de la Cour de cassation de contrôler la constitutionnalité des actes que cet aspect ressort de la façon la plus flagrante. Souvent il s'agit de réactions suscitées par le parti pris des juges suprêmes vis-à-vis des décrets impériaux (a). Réciproquement, la doctrine considère que le contrôle sauvage réalisé par les tribunaux inférieurs ou parfois par les juges suprêmes eux-mêmes constitue une preuve d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique (b).

a) La critique de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les décrets impériaux comme symptomatique de son manque d'indépendance

Hello, opposant raison constitutionnelle et raison sociale dans le raisonnement de la Cour de cassation, en tire la conclusion suivante : « [...] plus que la légalité décrets [elle] a donc proclamé leur nécessité »²⁷⁶. L'auteur fait remarquer que se faisant, elle s'est peut-être « plus rendue coupable d'atteinte à la séparation des pouvoirs », que si elle s'était aventurée à examiner leur conformité à la Charte (attribution découlant naturellement de l'obligation dans laquelle le juge est placé de vérifier la validité, la légalité de l'acte qu'il est censé appliquer au litige). En effet, le penseur sous-entend que la « raison sociale » sur laquelle les juges basent, en réalité, toute leur argumentation (la raison constitutionnelle apparaissant inopérante dans la plupart des cas²⁷⁷) est de l'ordre de la recherche de l'intérêt général et de son évaluation. Or, ce travail, visant à sonder la raison d'être (ou de ne pas être) de la loi, est du domaine du législateur et non du juge. En mêlant des

²⁷⁵ G. DUFOUR, *Du pouvoir exécutif*, op.cit., p. 80

²⁷⁶ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel...* op.cit., t2, p. 98

²⁷⁷ Cf. *Supra*, p. 60 et suiv.

considérations sociales et politiques (la crainte du vide juridique étant bien plus présente chez les conservateurs que chez les libéraux, qui remettent en question la pertinence de cette justification face à la gravité des atteintes aux libertés que produisent certains décrets impériaux), à un raisonnement censé se borner à être juridique selon la tradition révolutionnaire française (selon l'idée que le juge est la bouche de la loi), la Cour de cassation fait montre d'une attitude singulière, qui n'est pas sans laisser penser qu'elle n'est pas totalement impartiale.

Berriat-Saint-Prix, au sujet de cette même jurisprudence, s'insurge : après avoir démontré pourquoi il pensait que l'argument tiré de la crainte du vide juridique lui semblait exagéré²⁷⁸, il ajoute que la seule possibilité réelle d'aboutir à un vide juridique nuisant aux intérêts privés, en matière civile, est due à la « faute aux gouvernements qui les ont fait exécuter pendant vingt ans au lieu de recourir au moyen si simple de les faire sanctionner en masse par le pouvoir législatif »²⁷⁹. Ainsi, en refusant d'apprécier la validité des décrets impériaux au regard de la Charte, le juge ne fait que perpétuer une erreur. Il ferme les yeux sur un excès de pouvoir flagrant, au seul motif que les gouvernements précédents ont choisi de laisser survivre cette illégalité avant eux. En réparant cette faute (par la mise à l'écart des décrets impériaux dépassant le domaine réglementaire, dans le but que le pouvoir législatif s'en saisisse pour les transposer législativement ou les abroger en adoptant une loi nouvelle contraire), le juge judiciaire, au contraire, prouverait son indépendance, et sa fonction d'arbitre impartial.

La critique de Berriat-Saint-Prix sur la partialité de la Cour de cassation dans son traitement des décrets impériaux atteint son paroxysme dans les pages suivantes :

« [...] par une contradiction monstrueuse, le gouvernement, tout en reconnaissant dans les décrets la force obligatoire nécessaire pour abroger des lois, n'a jamais fait difficulté de les modifier par de simples ordonnances. Et cependant que répondre au dilemme suivant : ou le décret n'a pas force de loi ; et dans ce cas, il faut exécuter la loi qu'il prétendait modifier : ou le décret a force de loi, et alors, il reste en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ? La Cour de cassation, *sur la composition de laquelle le gouvernement influe*, précisément depuis la constitution de l'an VIII, a consacré ce système à diverses reprises en appelant à son secours l'ingénieuse distinction entre les dispositions législatives et administratives, qui n'est pas en effet plus déraisonnable lorsqu'on l'applique aux décrets que lorsqu'on l'applique aux lois »²⁸⁰

²⁷⁸ Cf. *Supra*, p. 61

²⁷⁹ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, *op.cit.*, p. 413

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 414

Nous avons déjà traité la question de la séparation entre dispositions réglementaires et législatives au sein d'un même décret impérial. Dans une note de bas de page, l'auteur prête cette distinction aux juges et non au gouvernement : toujours au travers de sa jurisprudence au sujet des décrets impériaux, la Cour viendrait en aide au Gouvernement en lui laissant une marge de manœuvre impressionnante pour apprécier les parties de décrets impériaux modifiables par lui seul (par ordonnance).

Dupin aîné, procureur général, reprend cette critique dans son plaidoyer réalisé pour l'arrêt Connard « [...] cette règle [il fait référence à la jurisprudence de la Cour de cassation sur les décrets impériaux] n'était donc qu'une large voie ouverte au despotisme, qu'un moyen de lui laisser la faculté de faire impunément tout ce qu'il voudrait [le gouvernement] : l'autorité judiciaire doit faire, en présence de ce décret, comme pour les arrêtés, dans lesquels l'autorité municipale a excédé ses pouvoirs : on ne les annule point, mais on n'y a point égard »²⁸¹. La Cour ici, ne suivit pas l'avis de son procureur général.

Au contraire, lorsque la Cour procède au contrôle et abouti à la mise à l'écart de l'acte litigieux, malgré les intérêts que le gouvernement aurait pu avoir à ce que cet acte soit maintenu, la doctrine s'en félicite.

b) Le renforcement de l'indépendance du juge judiciaire par la pratique du contrôle de constitutionnalité

Prenons l'exemple de l'arrêt Geoffroy, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 29 juin 1832²⁸². Le roi Louis-Philippe avait déclaré la mise en état de siège par une ordonnance et le sieur Geoffroy avait été amené, dans ce contexte, devant un conseil de guerre, sur la base d'un décret de 1811. La compétence de ce dernier était contestée au regard des articles 53 et 54 de la Charte de 1830, le premier disposant que « nul ne pourra être distrait de ses juges naturels » et le second proscrivant l'établissement de « tribunaux extraordinaires ». La chambre, de façon fort notable, constate l'abrogation dudit décret par la Charte de 1830 car il est « inconciliable avec le texte comme avec l'esprit » des articles 53, 54, 56 et 69 de ladite Charte puisque les « conseils de guerre deviennent des tribunaux extraordinaires lorsqu'ils étendent leur compétence sur des crimes ou des délits commis par des citoyens non militaires ». Grégoire Bigot, quand il aborde cet arrêt, souligne l'importance politique des arrêts rendus à cette époque (Louis-Philippe peine à faire revenir l'ordre après l'instauration de la monarchie de Juillet,

²⁸¹ S.1831.I.175

²⁸² S.1832.I.428

notamment à « s'imposer aux républicains à Paris et aux légitimistes dans l'ouest »²⁸³). La rigueur de l'état de siège et les mesures exceptionnelles qui en découlent semblent indispensables aux yeux du gouvernement. Si l'arrêt ne prononce pas la mise à l'écart de l'ordonnance instaurant l'état de siège (en considérant qu'il s'agit d'une décision politique exceptionnelle sur laquelle les juges ne sont pas en mesure de se prononcer), néanmoins, « en obligeant le gouvernement pour partie au respect de la constitution, l'arrêt vide d'une partie de sa force la répression décidée par le roi et celui-ci *se voit contraint de retirer son ordonnance le jour où la décision est rendue* »²⁸⁴. L'indépendance des juges semble alors atteindre une forme particulièrement aboutie *via* le contrôle de constitutionnalité que la Cour de cassation accepte d'opérer, en l'espèce, sur le décret impérial. Selon les mots de Grégoire Bigot « [elle] s'impose comme un contrepouvoir libéral ». On voit bien là, ressurgir l'idée d'arbitre impartial que nous évoquions tout à l'heure.

Un mot, enfin, sur le renforcement de l'indépendance du juge judiciaire par le contrôle de constitutionnalité des ordonnances royales.

Un tel lien est facilement repérable dans l'arrêt précité Laplouze et Chatelain/Laguionie rendu le 28 juillet 1830 par le Tribunal de commerce de Paris, écartant l'application des ordonnances inconstitutionnelles de Charles X²⁸⁵ à la veille de la révolution de Juillet, arrêt déjà abordé dans l'introduction. Cependant, cette tendance est décelable dès le 4 décembre 1827 dans un arrêt Vacheron de la cour royale de Paris (chambre correctionnelle)²⁸⁶, par lequel les juges se permettent de donner au roi une véritable « leçon de monarchie constitutionnelle »²⁸⁷. En effet, au lieu de se borner à se placer dans le sillage d'un simple contrôle de légalité des actes réglementaires (« si les juges avaient voulu comme en matière de règlements municipaux s'en tenir au rôle de stricte neutralité d'applicateurs de la loi, ils auraient par exemple avancé le principe qu'ils ne peuvent punir les contrevenants aux règlements qu'à la condition que ceux-ci se rattachent à l'exécution d'une loi »²⁸⁸), les juges décident d'incarner pleinement ce rôle d'arbitre des pouvoirs politiques en se plaçant sur le terrain de la compétence du roi pour écarter l'application des ordonnances :

²⁸³ G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration – Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, *op.cit.*, p. 209-210

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 215-216

²⁸⁵ S.1830.II.223

²⁸⁶ S.1833.II.599

²⁸⁷ G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...op.cit.*, p. 186

²⁸⁸ *Loc.cit.*

« C'eut été certes prononcer indirectement l'illégalité de l'ordonnance royale mais les juges seraient restés attachés à une certaine conception de la séparation des pouvoirs qui jusqu'ici les avait amenés à ne jamais décider si l'Exécutif entreprenait sur le pouvoir législatif. Au lieu de ça la Cour royale [...] oblige [le roi] pour la création des peines à recourir à l'élaboration de la loi telle que le prévoit la charte c'est-à-dire en y associant les Chambres : en l'absence de corps désignés pour, la Cour royale ambitionne d'être le juge de la Constitution »²⁸⁹.

La Cour de cassation, consciente de l'indépendance affichée vis-à-vis du pouvoir royal dans de telles décisions, est plus prudente. Il faut attendre un arrêt du 15 janvier 1829²⁹⁰, rendu par la chambre des requêtes, pour que les juges suprêmes acceptent de faire revirer leur jurisprudence et de procéder à l'examen de la constitutionnalité des ordonnances royales. L'agitation contre le gouvernement en place se faisant plus vive, les juges ont certainement réalisé l'importance d'afficher leur indépendance, mais également leur volonté de participer à l'étouffement, voire à une tentative de résolution d'une crise grandissante, d'abord par des moyens non révolutionnaires. Se faisant, la Cour de cassation valide la décision de la Cour de Nancy sur le renvoi de laquelle elle se prononce, et qui s'exprimait en des termes significatifs :

« [...] considérant que les tribunaux institués par le roi pour rendre la justice selon les lois du royaume, sont spécialement chargés d'en faire l'application à tous les cas particuliers soumis à leur juridiction ; que cette application ne pourrait pas se faire ou serait totalement illusoire, s'il était vrai qu'en présence des principes ci-dessus proclamés et textuellement insérés dans l'article 14 de la Charte, ils dussent aveuglément appliquer comme lois, des ordonnances qui y seraient diamétralement contraires, ou qui auraient illégalement prononcé l'abrogation de quelque loi ; *qu'une telle obligation imposée aux tribunaux, serait subversive de leur indépendance qui est la garantie des justiciables* ».

S'agissant du contrôle de la loi, la question est plus épineuse – en raison de l'organe à l'origine de cet acte notamment - et nous y reviendrons. D'ailleurs, il est notable que les juridictions judiciaires (toutes confondues) ne s'essaient à un contrôle de ce type qu'à partir de 1833, de façon fort rare, et fort restreinte en tous les cas (les juges se bornent à vérifier la régularité de la procédure d'adoption de la loi, c'est-à-dire sa constitutionnalité externe).

²⁸⁹ *Loc.cit.*

²⁹⁰ S.1829.I.172

Cette tentative de faire du juge le point d'équilibre du régime, le conciliateur entre les objectifs d'ordre et de liberté, tout cela au moyen d'une défense de la Charte passant par un contrôle de constitutionnalité semble rater son but en divers endroits. Non seulement, l'ingénieuse stratégie visant à progressivement faire rentrer le contrôle de constitutionnalité dans le contrôle de légalité ordinaire, si elle est intéressante dans sa formulation (démontrant une volonté de la part des auteurs de ne pas laisser la Charte lettre morte), reste inefficace en plusieurs points. Si son acceptation ou la conscience de procéder à un tel « contrôle de constitutionnalité » reste incertaine concernant les ordonnances royales, la nature des décrets impériaux rend l'assimilation avec un contrôle de légalité complexe voire impossible (dans le cas, majoritaire même s'il est critiqué, où les décrets impériaux sont considérés comme des lois). A plus forte raison la question du contrôle des lois n'a pas pu encore être traité ici, car rapprocher le contrôle de constitutionnalité à un contrôle de la légalité ordinaire, concernant la loi, le rend sans objet. Il faut au préalable reconnaître le caractère supérieur et fondamental de la Charte, pour que le contrôle de constitutionnalité de la loi puisse avoir un sens. Les difficultés supplémentaires causées par le rôle – politique – qui serait octroyé au juge en cas de contrôle de la loi seront traitées plus précisément dans l'ultime chapitre. Enfin, les interrogations germant vis-à-vis des garanties d'indépendance des juges (remises en question dans leur efficacité) éloignent son assimilation avec un organe idéal pour incarner un arbitre impartial, même si l'exercice du contrôle de constitutionnalité continue, précisément, à être regardé comme un moyen d'accroître cette indépendance.

La doctrine tente alors, en raison de ces divers points bloquants, d'imaginer la résolution de la crise constitutionnelle d'une autre façon. Il faut trouver le point d'équilibre ailleurs, et la réflexion des auteurs prend racine, une fois encore, autour du contrôle réalisé par le juge judiciaire, mais cette fois pour le rejeter dans ce rôle.

Chapitre II - Abandonner le compromis: l'échec du contrôle de constitutionnalité comme point d'équilibre du régime

L'échec du contrôle de constitutionnalité à s'imposer comme point d'équilibre potentiel du régime a donc des raisons juridiques, on l'a vu (les questionnements entourant la compatibilité de ses attributions naturelles avec un contrôle de constitutionnalité sur les divers actes envisagés, et les critiques ayant trait à sa relative indépendance). A côté de cela, les cadres de pensée de l'époque, constitutionnels mais aussi et surtout politiques, apparaissent comme radicalement

incompatibles avec l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire. Ces justifications, plus discrètes, sont peut-être néanmoins les plus vives (Section 1). Ecartant le juge judiciaire comme pouvoir intermédiaire, les penseurs semblent vouloir favoriser un système de séparation des pouvoirs renforcée²⁹¹ pour parvenir à la stabilité. Tant recherchée Cependant celle-ci, biaisée dans les Chartes, ne permet pas de l'atteindre.

Ce déséquilibre, peut s'expliquer par le texte de la Charte mais également, plus fondamentalement, par l'attachement à une vision subjective de la souveraineté, majoritaire alors chez les Français. Dans cette optique, difficile d'envisager un contrôle sur les actes du souverain, quel qu'il soit (que ce soit par un tiers par exemple le juge judiciaire, ou même par lui-même puisqu'aucune limite ne paraît pouvoir être posée à son pouvoir de décision, toute légitimité découlant de lui seul). Se faisant, cette souveraineté subjective paraît vouer à l'échec toute tentative de modération du régime (Section II).

Nous nous concentrerons ici en particulier sur le contrôle de la loi, puisqu'étant réputée représenter l'expression de la souveraineté, c'est l'acte qui pose le plus problème ici (on verra plus en détails pourquoi).

Section I - L'incompatibilité des représentations idéologiques nationales avec un contrôle juridictionnel de constitutionnalité

Les cadres de pensée idéologiques et constitutionnels que nous visons ici par « représentations », désignent un héritage intellectuel et politique interne, propre à la doctrine nationale du début du XIXe siècle, qui la prédispose à réagir d'une certaine manière face à un sujet constitutionnel donné²⁹² (en l'occurrence, l'éventualité d'un contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire). Ils tiennent d'une part au refus de reconnaître une distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, et d'autre part à la crainte de l'immixtion du juge judiciaire dans les affaires de l'Etat (qui est brandie en vertu d'une vision stricte de

²⁹¹ V. en ce sens : P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, op.cit., p. 460 ; C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, op.cit., t2, p. 1 et suiv. ; F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, op.cit., p. 113 ; G. DUFOUR, *Du pouvoir exécutif*, op.cit., p. 6.

²⁹² Pour reprendre l'idée d' « idiosyncrasies nationales » trouvée chez P. Rosanvallon (P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...op.cit*, p. 7), on serait tenté de parler « d'idiosyncrasies idéologiques nationales », mais la pesanteur de la formule nous lui a fait préféré le terme de « représentations ».

la séparation des pouvoirs, mais qui prend aussi et surtout ses racines dans l'histoire et la politique).

Ces cadres sont présentés comme étant de nature constitutionnelle. Néanmoins nous avons préféré parler de représentations idéologiques, pour mieux montrer à nouveau le lien qui associe étroitement notre sujet avec la politique. Sous couvert d'arguments juridiques, cet héritage intellectuel tient en effet bien plus qu'il n'est laissé entendre à l'histoire politique française. Voyons pourquoi.

La difficile compréhension, persistante, de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué forme un obstacle théorique tenace, presque insurmontable, au contrôle de constitutionnalité, puisqu'elle remet en question son objet même. Sous couvert d'une argumentation plus ou moins juridique, cette apparente confusion résulte en réalité d'une volonté de nature politique (§1).

Le choix de la doctrine pour la stabilité du régime, pour résoudre la crise constitutionnelle, se tourne majoritairement vers une protection de la Charte *via* le système de séparation des pouvoirs. L'interprétation stricte qui est formulée de celle-ci repousse complètement, même à titre subsidiaire, un éventuel contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire. En effet, cette vision rigide renforce la crainte d'un empiètement de ce dernier sur les autres pouvoirs, par le biais du contrôle. Cette justification *a priori* juridique, sous-tend là encore des arguments bien plus idéologiques. La volonté d'écarter le juge judiciaire des affaires de l'Etat ou plus largement « du politique », est en réalité la source du rejet de cet organe comme protecteur de la Charte (§2).

§1. Le rejet de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué : un obstacle théorique tenace

La discussion que nous abordons dans cette partie fait écho au débat sur la révision constitutionnelle auquel nous avons déjà consacré des développements²⁹³.

Parler d'une difficulté de compréhension de cette construction juridique aurait induit une neutralité de la part des auteurs. Il est possible d'envisager une forme d'*incompréhension* de la distinction entre pouvoir constituant et constitué, notamment en raison du manque d'effet spécial de la Charte, et de l'absence de prévision par elle d'une procédure particulière de révision. Cependant, se borner à parler d'une innocente incompréhension de la part de la doctrine serait exagéré. La

²⁹³ Cf. *Supra*, p. 69 et suiv.

plupart des auteurs témoigne d'une réelle *volonté* de mise à l'écart voire d'oubli provoqué de cette distinction. Une telle intention sous-tend l'existence d'une motivation souvent plus politique que juridique.

Les hommes politiques font d'ailleurs peu de cas de la confusion affichée qu'ils organisent entre pouvoir constituant et constitué. Pour les juristes, la chose est plus complexe : difficile pour eux de nier la « spécificité du pouvoir constituant »²⁹⁴. C'est pourquoi si certains travaillent à la faire reconnaître (tels que Hello, Tocqueville ou Berriat-Saint-Prix), certains autres, rejoignant la tendance ayant cours dans la vie politique, s'efforcent de l'atténuer, mais d'une façon plus discrète et déguisée. Il nous paraissait important de préciser ce contexte avant d'entrer dans de plus vastes réflexions sur cette conscience de la distinction entre pouvoir constituant et constitué. Cette question n'est pas sans impact sur notre sujet et est même primordiale : sans cette distinction, le contrôle de constitutionnalité des actes produits de pouvoirs « constitués » devient sans objet.

Dans les faits, la Charte (tant dans sa version de 1814 que celle modifiée de 1830) est considérée comme étant susceptible d'être révisée par le pouvoir législatif – le roi avec les deux chambres. Pour rappel, en 1814, puisque la Charte est octroyée, les plus conservateurs considèrent que le roi seul peut la modifier, notamment par son pouvoir de faire des ordonnances. Cependant, l'engagement pris par le roi lui-même envers le peuple, en accordant la Charte à ses sujets « tant pour lui que pour ses successeurs et à toujours », est progressivement interprété comme faisant obstacle à la révision de la Charte par le roi seul, mais rendant toute naturelle cette possibilité en y associant les représentants de la Nation²⁹⁵. La Charte dans sa version de 1830 quant à elle n'est pas le fruit d'une concession de la Couronne mais d'un contrat explicitement intervenu entre la Nation et le roi²⁹⁶ : comme elle ne prévoit pas plus qu'en 1814 de disposition sur sa révision, il pouvait paraître naturel qu'elle soit modifiable par les chambres, représentants du peuple, et le roi (c'est-à-dire les parties au dit-contrat).

Voyons d'abord les motivations du refus de reconnaître cette distinction entre pouvoir constituant et constitué (a), puis penchons-nous sur la volonté, trouvée dans la doctrine libérale, de promouvoir son existence (b). S'éloignant ainsi des dites représentations idéologiques dominantes, elle échoue en pratique.

²⁹⁴ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible : Les Chartes de 1814 et de 1830*, op.cit., p. 133

²⁹⁵ H. DESFOUGERES, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1913, p. 11-12

²⁹⁶ Cf. *Supra*, p. 17, la question du changement de la source de légitimité de la monarchie constitutionnelle

a) *Les motivations d'un refus politique*

Selon Blondel²⁹⁷, il existe deux raisons principales au rejet de la distinction entre pouvoir constitué et pouvoir constituant. La première tient à une volonté d'imitation de la monarchie constitutionnelle anglaise²⁹⁸. La seconde tient à une certaine méfiance vis-à-vis de tout pouvoir constituant, par crainte d'une intervention directe du peuple (« au bout de la moindre distinction entre loi constitutionnelle et loi ordinaire les Hommes d'alors voyaient poindre la souveraineté du peuple et la toute-puissance d'une Convention, les horreurs mêmes de la Terreur. »²⁹⁹).

Guizot et Thiers, par exemple, reprennent ces deux arguments. Il ne s'agit alors aucunement d'une confusion mais bien d'une volonté politique, ayant un impact juridique fort. Comme l'explique Blondel : « Une fois la constitution établie, le pouvoir constituant n'existait plus ; l'idée qu'il pouvait reparaître ne venait pas à l'esprit, *ou plutôt elle était repoussée avec force ; en effet, ce pouvoir constituant était alors méprisé* ». Lors de la séance du 18 avril 1842, Guizot fut ferme sur ce point :

« Si l'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 constitué, l'autre constituant, l'un pour les jours ouvrables (permettez-moi cette expression), l'autre pour les jours fériés, en vérité, Messieurs, on dit une chose insensée, pleine de dangers et fatale. Le gouvernement constitutionnel c'est la souveraineté nationale organisée »³⁰⁰

Dans l'esprit de ces hommes politiques, le pouvoir constituant fait écho à la révolution, et aux usurpations passées du pouvoir. Il est par conséquent redouté, ce qui pousse certains hommes politiques à purement et simplement nier son existence, comme s'il n'était qu'une sorte de créature mystique ou mythologique dangereuse, dont le temps serait révolu :

« Savez-vous pourquoi j'ai montré pour ce pouvoir [constituant] si peu de respect ? c'est qu'en effet je n'en ai pas du tout. J'admets la différence qu'il y a entre un article de la Charte et un article de loi ; mais cela ne fait pas que je crois au pouvoir constituant. [II] 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 [...] joué lui-même un triste rôle : en effet il a été dans les assemblées primaires à la suite des factions ; sous le Consulat et l'Empire [...] »³⁰¹

²⁹⁷ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois...op.cit.*, p.198-211

²⁹⁸ Caractérisée par une constitution non-écrite et l'omnipotence parlementaire.

²⁹⁹ *Loc.cit.*

³⁰⁰ GUIZOT au Moniteur 1842 p.839 in *Ibid.*, p. 206-207

³⁰¹ THIERS au Moniteur 1842 p. 1829 in *Ibid.*, p.208

Puisque ces hommes politiques n'admettent pas non plus l'immutabilité de la Charte, il faut bien trouver un pouvoir pour la réviser. Dans le silence de la Charte, Guizot voit une présomption de compétence en faveur du pouvoir législatif, par assimilation avec le régime anglais³⁰². On retrouve bien les deux éléments de motivation cités plus haut.

La force des justifications des opposants de la distinction pouvoir constituant-constitué semble l'emporter sur le terrain politique. C'est pourquoi certains juristes proches du régime tentent de la justifier par une argumentation plus subtile – même si juridiquement assez pauvre. À ce titre, Rosanvallon cite notamment Laferrière selon lequel le pouvoir constituant ne représenterait « qu'une souveraineté relative et passagère » tenant du « fait social qu'on apprécie par l'idée du droit » mais restant « purement contingent » et ne pouvant « prendre forme juridiquement »³⁰³. Dans la même lignée, Serrigny n'envisage son existence que « d'une manière anormale » et non comme un « pouvoir suprême latent sommeillant à côté de la souveraineté sociale organisée »³⁰⁴. Rosanvallon pointe du doigt le problème majeur naissant d'un tel raisonnement :

« Sans nier que le pouvoir constituant soit fondé sur la souveraineté du peuple, ces auteurs l'admettaient tout en rendant impossible sa formalisation juridique. [...] Mais, du même coup, ils étaient condamnés à osciller entre une vision providentielle ou révolutionnaire du changement constitutionnel. Ce dernier ne trouvait sa place qu'en étant appréhendé comme pur aléa, don ou catastrophe. *Les juristes contribuaient ainsi à leur façon à alimenter la vieille incapacité française à savoir gérer les réformes autrement que par des coups de force.* »³⁰⁵

Cette impasse à la modération décrite par Rosanvallon passe notamment, comme une des conséquences du rejet de la distinction entre pouvoir constituant et constitué, par l'impossible contrôle constitutionnel des lois. En excluant cette distinction, s'agissant des actes réglementaires, l'examen de leur validité au regard de la Charte se limite à un simple contrôle de légalité. Concernant la loi nouvelle, un tel contrôle apparaît sans objet. Pourquoi vérifier la conformité matérielle d'une norme avec une autre si elles ont la même valeur juridique ? Ce contrôle ne peut à la limite avoir un intérêt que concernant la procédure d'adoption de la loi ordinaire, simplement car la Charte seule prévoit les règles qui l'encadre. Cela explique

³⁰² GUIZOT au Moniteur 1843 p. 1829 in *Loc. cit.* – cette volonté de rapprochement entre le régime constitutionnel en France et en Angleterre, que l'on retrouve tantôt du côté des libéraux tantôt du côté des conservateurs fut d'ailleurs très critiquée car trop artificielle voire erroné. Pour des développements en ce sens *Ibid.*, p. 62 et suiv. et P. LAUVAUX, « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », art.cit., p. 4

³⁰³ LAFERRIERE in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, op.cit., p. 134

³⁰⁴ SERRIGNY in *Loc.cit.*

³⁰⁵ *Loc. cit.*

pourquoi, dans l'arrêt Paulin³⁰⁶ par exemple, les juges n'acceptent que de contrôler les formes extérieures de la loi et non son contenu par rapport à la Charte – puisque matériellement, rien n'oblige la loi ordinaire à se conformer à la Charte. On comprend mieux ainsi le mot de Dupin aîné à l'occasion de l'arrêt Paulin précité, selon lequel « il n'y a pas de loi inconstitutionnelle ».³⁰⁷

Par exception, une part récalcitrante de la doctrine continue, tout au long de la période 1814-1848 à soutenir que la distinction entre ces deux types de loi n'est pas complètement abolie. En effet les juristes, quelque part conscients de leur incapacité à nier juridiquement l'existence du pouvoir constituant, se trouvent fort embarrassés³⁰⁸ de cette argumentation en provenance des politiciens.

b) La volonté de la doctrine libérale de faire reconnaître la distinction

Hello pressent, dans un régime faisant reposer la « garantie des droits dans la division des pouvoirs »³⁰⁹, le danger que fait peser une telle confusion entre pouvoir constituant et constitué pour son équilibre et *in fine*, pour sa survie. Une telle situation conduirait à l'omnipotence parlementaire, qui aurait pour effet de dérégler totalement ce système et la garantie des droits disparaîtrait sous son poids³¹⁰ :

« [...] c'est une étrange entreprise de réunir dans la même main celui qui constitue l'Etat, et celui qui le régit par des lois. L'entreprise est telle qu'il est permis de douter qu'on ait conscience de tout le mal qu'elle renferme. La réunion une fois consommée, que reste-t-il de la division des pouvoirs ? Que refuser à celui qui dispose des deux pouvoirs ? [constituant et législatif]. Qu'a-t-il à se refuser lui-même ? Lequel de nos droits n'est pas à sa merci ? »

La volonté de donner effet à cette distinction chez Hello se traduit également dans son raisonnement à l'égard du contrôle de constitutionnalité de la loi ancienne (déjà abordé³¹¹). En effet selon lui, les changements en matière constitutionnelle étant plus radicaux qu'en matière de lois ordinaires, l'abrogation tacite (moyen de

³⁰⁶ S. 1833.I.358

³⁰⁷ Le Blanc avait déjà, quatre ans avant Blondel, dans sa propre thèse, apporté la même explication à l'arrêt Paulin : « Or, c'étaient également les deux chambres approuvées par le roi, qui formaient le pouvoir législatif : le pouvoir législatif et le pouvoir constituant étant alors confondus, aucune loi ne pouvait être inconstitutionnelle, pourvu qu'elle eût été votée par ce que l'avocat général Voysin de Gartempe appelait "les trois pouvoirs" » J. LEBLANC, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois*, thèse de doctorat, Droit, Paris, P. U. F., 1924, p. 98

³⁰⁸ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 133

³⁰⁹ C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports...op.cit.*, t2, p. 23

³¹⁰ C'est en cela que nous parlons de système de séparation « biaisée » des pouvoirs : il l'est d'abord, sous la plume des conservateurs et au début de la Restauration, par effet du pouvoir quasi-constituant donné au roi, puis de façon générale et jusqu'à la fin de la monarchie de Juillet, par effet de l'omnipotence parlementaire croissante (notamment du fait de cette prérogative de révision de la Charte).

³¹¹ Cf. *Supra*, p. 48 et suiv.

contrôler la conformité des lois anciennes au regard de la nouvelle constitution) devrait déclencher moins de réticence dans ce cas³¹². Il établit donc bien une différence de traitement entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle, qui lui est supérieure en force et en solennité.

Tocqueville va plus loin, en faisait remarquer que l'abolition de cette distinction est tout simplement inimaginable. Soit la Charte est immuable et les tentatives de modification par le pouvoir législatif restent sans effet (chose qui, en pratique, n'est pas tenable – on l'a vu³¹³), soit ce pouvoir de révision est réel et dans ce cas, cela revient à consacrer la mort de la Charte et l'inexistence des organes qu'elle institue et dont elle est l'origine :

« De qui le roi tient-il ses pouvoirs ? de la constitution. De qui les pairs ? de la constitution ! de qui les députés ? de la constitution. De deux choses l'une : ou leurs efforts sont impuissants contre la Charte qui continue d'exister en dépit d'eux, et alors ils continuent à régner en son nom ; ou ils parviennent à changer la Charte, et alors la loi par laquelle ils existaient n'existant plus, ils ne sont plus rien eux-mêmes »³¹⁴

Avec Berriat-Saint-Prix la défense de la particularité de la Charte sur la loi ordinaire atteint son paroxysme. Il distingue clairement, « la loi proprement dite » qui « aux termes de l'article 4 de la Charte » est le produit de la volonté collective du roi et des deux chambres, et la « loi fondamentale ou loi constitutionnelle » c'est-à-dire la Charte, « qui règle les formes et conditions suivant lesquelles cette volonté collective doit s'exercer »³¹⁵. La seconde a par conséquent une force supérieure à la première et ne saurait être abrogée par elle. C'est pourquoi, il propose d'instaurer un contrôle de la conformité de la loi ordinaire vis-à-vis de la Charte :

« Si une loi rétablissait la censure avec certaines peines, l'individu inculpé devrait être acquitté, parce que l'article 2 de la Charte défend le rétablissement de la censure ; le jugement de relaxe ne serait pas susceptible de cassation. »³¹⁶

Même si le contrôle est, dans ce cas, exercé de façon détournée, cela revient tout de même à attacher une sanction juridique à la violation de la Charte. Selon Blondel, il s'agit d'une « solution bâtarde qui ne fonde pas juridiquement l'exception d'inconstitutionnalité, et qui présente tous les inconvénients d'une simple tolérance de fait »³¹⁷. A nos yeux, la réflexion de Berriat-Saint-Prix est tout de même digne d'intérêt car s'il fait preuve d'une grande prudence vis-à-vis d'un éventuel contrôle

³¹² G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports...op.cit.*, t1, p.107

³¹³ Cf. *Supra*, p. 70

³¹⁴ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1842, t1, p. 330

³¹⁵ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle...op.cit.*, p.114

³¹⁶ *Ibid.* p. 119

³¹⁷ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois...op.cit.*, p. 203

de constitutionnalité de la loi devant le juge judiciaire, il est néanmoins l'un des seuls auteurs sur cette période à l'envisager (de façon formelle *et* matérielle sur la loi) avec un réel enthousiasme, au moins dans son principe³¹⁸.

Ce mouvement doctrinal est resté sans conséquence dans la pratique. Barthélémy soutient le contraire : selon lui, la révision constitutionnelle de la Charte en 1830 par exemple, « n'a pas été faite en forme de loi » mais est au contraire « l'œuvre de la réunion constituante »³¹⁹. C'est dans la réunion d'une seule fraction de la Chambre des députés le 6 et 7 août que Barthélémy voit la forme constituante. En réalité, tant les circonstances exceptionnelles de juillet 1830 qui motivaient l'adoption rapide du texte constitutionnel³²⁰, que la « normalisation » de la situation par l'adhésion subséquente de la Chambre des pairs et l'acceptation du roi, invitent à penser que la révision constitutionnelle s'était bien opérée, finalement, en la forme d'une loi ordinaire. La réflexion des auteurs sur cette distinction semble donc être bornée à la pure théorie.

Ce rejet de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué forme donc un obstacle théorique fort à la conceptualisation d'un contrôle de constitutionnalité, dans son principe même, comme moyen de protéger la Charte et le régime. Néanmoins, si l'on considère que les germes de cette distinction, florissant dans certains esprits fertiles, suffisent aux auteurs afin d'envisager un tel contrôle, au moins de façon subsidiaire, un second élément entrave sa progression. La crainte de l'immixtion du juge judiciaire dans les affaires de l'Etat, toujours aussi vigoureuse, éloigne fermement la possibilité de voir dans cet organe un juge constitutionnel.

§2. La crainte de l'immixtion du juge judiciaire dans les affaires de l'Etat : un tabou institutionnel érigé en dogme

Souvent, le contrôle de constitutionnalité sauvage tenté par les tribunaux ordinaires s'est attiré des critiques virulentes sur le terrain de la séparation des pouvoirs³²¹. En particulier, comme l'explique Jean-Louis Mestre, dans sa version que

³¹⁸ Cf. *Supra*, p. 47

³¹⁹ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois...op.cit.*, p. 204-205

³²⁰ *Ibid.*, p.205 « De circonstances aussi exceptionnelles, hors du droit, pourrait-on dire, on ne peut tirer aucune conclusion sur le fonctionnement régulier du pouvoir constituant »

³²¹ Cf. *Supra*, p. 44 et suiv.

l'on appelle aujourd'hui communément la « conception française de la séparation des pouvoirs »³²². En ce sens, il cite l'avocat général Tarbé :

« Le contrôle [...] est contesté par certains juristes au nom de leur conception de la séparation des pouvoirs, que l'on appelle traditionnellement la conception française : ces auteurs soutenaient que les "tribunaux n'étant pas des corps politiques, ils ne pouvaient se constituer juges des actes des corps politiques et des actes administratifs ; que s'ils le faisaient, ils se placeraient ainsi au-dessus des autres pouvoirs" »³²³.

Si cette critique est en partie évincée au sujet des actes réglementaires grâce à la technique de mise à l'écart de l'acte litigieux³²⁴, et de l'assimilation avec un simple contrôle de légalité³²⁵, la difficulté persiste du côté de la loi.

Si la mise à l'écart du contrôle de constitutionnalité du juge judiciaire est souvent présentée comme résultant de la séparation des pouvoirs « à la française », argument dont l'artificialité est critiquée par une partie de la doctrine (a), elle est en réalité le fruit d'une histoire politique et de cadres de pensée idéologiques proprement nationaux (b).

a) L'artificialité d'un rejet du juge judiciaire fondé sur l'argument de la vision française de la séparation des pouvoirs

Les débats sur l'éventualité d'un contrôle de la constitutionnalité de la loi par le juge judiciaire (vivement repoussée par la plupart des auteurs³²⁶) constituent le terrain idéal pour exclure le juge judiciaire de l'exercice de ce contrôle. La loi, acte adopté par le souverain (sous la Restauration la procédure législative, si elle associe le roi et les deux chambres, réserve une place prépondérante au monarque ; sous la monarchie de Juillet elle donne une place égale aux trois organes composant le pouvoir législatif,³²⁷ marquant ainsi le changement de légitimité, passant d'une souveraineté royale à un pacte d'alliance entre la Nation – représentée par les Chambres – et le roi) et réputée expression de la volonté générale, rend inadmissible

³²² Institutionnalisée et élevée au rang de principe de valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 « Conseil de la concurrence », elle se distingue de la théorie classique (qu'elle vient enrichir sans totalement l'évincer), et trouve son origine dans les lois des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) qui interdisent aux tribunaux de l'ordre judiciaire de connaître des litiges intéressant l'administration.

³²³ J-L. MESTRE, « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », art.cit., p. 456

³²⁴ Cf *supra*, p. 42 et suiv.

³²⁵ Cf *supra*, p. 79 et suiv.

³²⁶ A l'exception de BERRIAT-SAINT-PRIX qui perçoit tout de même le « double écueil » dans lequel le juge serait alors placé

³²⁷ Respectivement, dans la Charte de 1814 les articles 15 à 22, puis dans la version de 1830, les articles 14 à 18.

de concevoir un tel contrôle sur elle dans son principe, plus encore s'il est exercé par le juge judiciaire.

Desfougères en 1913, quand il se penche sur les raisons de ce rejet, critique l'artificialité de l'argument de la « séparation des pouvoirs » :

« Le principe de séparation des pouvoirs a reçu [...] une interprétation très différente de celle qui lui a été donnée en Amérique, en Norvège ou en Roumanie. On a cru que les juges ne pouvaient dans aucun cas, sans outrepasser leurs attributions, contrôler la validité des actes du législateur. On leur a prescrit d'appliquer les lois strictement, et le Parlement a été laissé libre d'interpréter à sa guise les principes solennellement posés dans le pacte fondamental. [...] *Et pour justifier cette prohibition on s'efforça de la rattacher à l'un des dogmes nouveaux, au principe de la séparation des pouvoirs, bien qu'elle fût en contradiction absolue avec lui.* »³²⁸

Angleys, trois ans plus tôt, avait déjà relevé, avec regret « on retourne ainsi la séparation des pouvoirs contre la garantie des libertés individuelles et ce n'était, certes, point l'idée de Montesquieu ! »³²⁹.

Ce sont en réalité des considérations politiques, historico-sociologiques et institutionnelles qui formèrent une barrière si grande au contrôle de constitutionnalité par le juge. Tocqueville, adoptant une approche comparative à son retour des Etats-Unis, met en exergue la spécificité française qui a conduit à ce résultat, par opposition aux Etats-Unis où cette procédure a été mise en place avec succès. L'empreinte de cette particularité fait alors obstacle à la transposition du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois en France.

Afin de retranscrire les arguments de Tocqueville, déjà fort bien connus, nous nous appuyons en particulier sur une synthèse dont la concision et la clarté permettent d'effectuer ce rappel avec une plus grande efficacité. Il s'agit d'une analyse d'Alain Laquière (2003)³³⁰, dont nous reprenons ici les axes principaux, mais à l'article duquel nous renvoyons pour de plus amples développements. Nous

³²⁸ H. DESFOUGERES, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, op.cit., p.91 : « Ce fut non pas l'application d'un système préconçu d'organisation juridictionnelle ; mais l'effet d'une vengeance et de la volonté du Gouvernement d'avoir dans les mains une arme capable de briser toutes les résistances opposées au nouvel état des choses. La raison d'Etat, cette formule commode du pouvoir arbitraire, voilà l'origine incontestable du système français » JEZE in *Ibid.* p.93

³²⁹ A. ANGLEYS, *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif... op.cit.*, p.63

³³⁰ A. LAQUIERE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle », in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècle*, colloque, Paris, 22-23 juin 2000, organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'Université Panthéon-Assas, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 85-101.

citerons aussi quelques passages d'un article de Charles Berlet (1904)³³¹, ayant repris à son compte les arguments de Tocqueville au début du XXe siècle pour combattre à nouveau la transposition du système américain en France.

Tocqueville ne manque pas de vanter les mérites du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois. Sur le principe, il lie, pour la première fois, conservation de la Constitution et garantie effective des droits³³² aux Etats-Unis. La valeur particulière de la Constitution outre-manche, réellement considérée comme fondamentale, rend ainsi le contrôle *nécessaire*³³³. En pratique, réaliser cet examen par voie d'exception, devant le juge judiciaire, est préférable à tout autre système pour trois raisons principales selon lui : il permet de dégager le contrôle des enjeux partisans³³⁴, de limiter la portée d'une éventuelle censure de la loi (qui ne vaudra pas *erga omnes* mais pour le litige uniquement, il est alors difficile de dire que le juge empiète sur le pouvoir législatif³³⁵), et enfin, il surgit uniquement lorsque le besoin s'en fait sentir. Le contrôle par voie d'exception permet ainsi au juge de ne pas se placer d'emblée dans une situation d'opposition avec le pouvoir législatif, configuration qui pourrait devenir suspicieuse et rendre le contrôle dangereux³³⁶. Enfin, il expose la double utilité de telles modalités de contrôle. Elle est à la fois sociologique (ce système étant à la fois favorable à l'ordre *et* à la liberté, à l'indépendance du juge *et* à la garantie des plaideurs)³³⁷, mais aussi juridique, puisque si le juge ne peut annuler la loi de façon absolue, déclarer son inconstitutionnalité permet néanmoins de faire remarquer son imperfection et tend à pousser, *in fine*, le législateur à l'abroger ou la modifier, ou bien le peuple à changer sa constitution³³⁸

³³¹ C. BERLET, « Le pouvoir judiciaire en France et aux États-Unis et la protection des droits individuels », rapport au 27e Congrès des Jurisconsultes catholiques à Nancy, *Revue catholique des institutions et du droit*, 32e année, 1904, 1er semestre, 2e série, vol. 32, p. 236-243

³³² Cf. *Supra*, p. 32

³³³ Dans cet aspect de son argumentation Tocqueville fait référence à la motivation du juge Marshall dans l'arrêt de la Cour Suprême américaine *Marbury vs Madison* le 24 février 1803, qui institutionnalise le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales.

³³⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1842, p.163-165

³³⁵ *Loc.cit.*

³³⁶ Si la loi était systématiquement différée devant le juge judiciaire à l'issue de son adoption pour qu'il en vérifie la constitutionnalité, cela reviendrait à instaurer une présomption de doute voire une présomption de non-constitutionnalité à la loi, particulièrement préjudiciable à son autorité, et à celle du législateur lui-même.

³³⁷ A. LAQUIEZE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle », art.cit., p. 91 « [...] il ne paralyse pas d'un seul coup et complètement une loi et qu'il s'exerce de surcroît dans un climat paisible. [...] permet au juge qui n'attaque pas de front le législateur, de contrôler la constitutionnalité de la loi, sans avoir la crainte d'y procéder. C'est donc l'individu au procès qui est concerné et non l'Etat. »

³³⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op.cit.*, p. 163

L'écueil aux yeux de Tocqueville, serait de vouloir transposer tel quel ce système dans la France qui lui est contemporaine. En raison desdites considérations idéologiques, historico-sociologiques et juridiques visées plus haut, le système américain se trouve dans l'impossibilité de retrouver les mêmes conditions d'ancrage en France. Rentrons plus avant dans l'explication de ces dispositions.

b) Une hostilité résultant d'une histoire politique et de cadres de pensée idéologiques proprement nationaux

Le juge américain est un juge ordinaire, à cela près qu'il a été investi du pouvoir hautement politique de contrôler la conformité des lois ordinaires à la Constitution. Ce pouvoir n'est pas critiqué. Pourquoi ? « L'institution américaine repose [...] sur le caractère essentiel de la constitution et la définition du pouvoir judiciaire »³³⁹. C'est donc à double titre que le contexte importe.

D'une part, il est question du « caractère essentiel de la Constitution » américaine, c'est-à-dire de sa valeur suprême, qui s'impose aux lois ordinaires. Les arguments de Tocqueville sont alors d'ordre idéologique et juridique. Idéologique d'abord : il explique qu'en France les Chartes n'ont pu acquérir un tel statut, en raison du légicentrisme qui est la règle depuis la Révolution de 1789³⁴⁰. « Au Etats-Unis, la constitution domine les législateurs comme les simples citoyens. Elle est donc la première des lois, et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les tribunaux obéissent à la constitution préférablement à toutes les lois »³⁴¹. Juridique, ensuite : en France, les Chartes ne prévoient pas leur mode de révision. Tocqueville ne croyant pas au pouvoir de révision du corps législatif³⁴², elles seraient par conséquent immuables, ce qui reviendrait à donner aux juges contrôlant la constitutionnalité des lois, le pouvoir constituant : « Puisque seuls ils auraient le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes »³⁴³. Cela reviendrait à usurper la volonté souveraine, à l'origine de la Charte. C'est en cela que Tocqueville déclare qu'en l'état institutionnel et constitutionnel français d'alors, « la raison ordinaire » (qui serait de laisser les juges procéder à un contrôle de constitutionnalité, puisqu'en France la Charte est parfois appelée

³³⁹ C. BERLET, « Le pouvoir judiciaire en France et aux États-Unis et la protection des droits individuels », art.cit., p. 238

³⁴⁰ A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle », art.cit., p. 85 « Cette forte exaltation de la loi occulte par là même la question de la valeur juridique du texte constitutionnel »

³⁴¹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op.cit., p. 162

³⁴² Cf. supra, p. 103

³⁴³ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op.cit., p. 161-162 : Tocqueville pense à ce sujet qu'il vaut encore mieux que cette prérogative revienne aux chambres qui représentent la volonté du peuple « même imparfaitement », contrairement aux juges.

également « première » des lois) « doit céder devant la raison d'Etat »³⁴⁴. Si Tocqueville reconnaît une valeur supérieure aux lois ordinaires à la Charte (ce qui est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine, on l'a vu), il considère qu'en l'absence d'une procédure de révision clairement défini, cela ne doit pas porter à conséquence.

D'autre part, si le juge américain est aux yeux de Tocqueville le mieux placé pour remplir cette mission, il en est autrement du juge français. Étant donné « la nature même de son activité », il est habitué à effectuer des combinaisons de normes et à choisir entre elles celle qui doit s'appliquer, mais aussi, et surtout, le juge aux Etats-Unis représente « une sorte de classe privilégiée parmi les intelligences »³⁴⁵. En ce sens, il forme le contrepoids idéal aux excès de la démocratie. Il incarne le pouvoir intermédiaire responsable de l'équilibre du régime et qui permet de terminer les conflits, même politiques, par une résolution légale, contrairement à la France où l'on préfère « trancher la difficulté par une révolution »³⁴⁶. Le contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis remplit ce rôle d'assurer la « paix sociale » que l'on ne parvient pas à atteindre durablement en France. Ce statut du juge judiciaire s'explique par la place qu'il occupe habituellement dans la société américaine, qui renvoie à l'ordre. Il est même « favorable à l'autorité, volontiers antidémocratique et prêt à accepter quelques sacrifices du point de vue des libertés, du moment que les formes légales sont respectées »³⁴⁷. En France, la vision du pouvoir judiciaire est tout autre, et c'est là que la dimension historico-sociologique intervient. La vision du juge en France, plutôt que celle d'un pouvoir modérateur garant de la paix sociale, est celle d'un rebelle, partant du frondeur de 1648 jusqu'au juriste ayant participé à renverser la monarchie en 1789³⁴⁸.

En outre, Berlet avance d'autres arguments circonstanciels, faisant des Etats-Unis le berceau idéal du développement d'un contrôle de constitutionnalité des lois mais notre but n'étant pas ici d'approfondir l'approche comparative, nous renvoyons aux développements consacrés par cet auteur à ces questions³⁴⁹.

³⁴⁴ *Loc.cit.*

³⁴⁵ A. DE TOCQUEVILLE in A. LAQUIEZE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle », art.cit., p. 91

³⁴⁶ Ce qui est, ajoute Laboulaye « un peu plus cher qu'un procès, et c'est la liberté qui en paye les frais » E. LABOULAYE, *Histoire des Etats-Unis* in A. LAQUIEZE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle », art.cit., p. 91 note n°35

³⁴⁷ A. DE TOCQUEVILLE in *Ibid.*, p. 90

³⁴⁸ D'où les craintes vis-à-vis des interprétations du juge judiciaire, provenant notamment des plus conservateurs, comme visé plus haut... Cf. *Supra*, p. 56

³⁴⁹ Il invoque notamment la procédure d'examen de la législation coloniale passée et la forme fédérale de l'Etat américain, qui ont habitués les juristes et citoyens à l'idée que la loi peut être contrôlée, jugée ; par ailleurs le contenu détaillé de la constitution américaine ne requiert pas du juge une interprétation

Berriat-Saint-Prix est moins hostile à une éventuelle transposition du système américain en France, nous avons déjà abordé cette question et la technique de substitution qu'il envisage³⁵⁰. Cependant, ses remarques sur le « double écueil » dans lequel le juge risque de se voir sombrer ne sont pas sans rappeler les doutes de Tocqueville et la prégnance de ces cadres idéologiques.

Ainsi, plus que l'argument ayant trait à la séparation des pouvoirs (et à sa « vision française »), ce sont surtout des raisons historiques, idéologiques et institutionnelles ou juridiques qui font obstacle en France à confier au juge judiciaire le rôle éminemment politique et influant de contrôler la constitutionnalité des lois.

Cette séparation des pouvoirs, on la retrouve néanmoins comme réponse à cette mise à l'écart du juge judiciaire. Plutôt qu'instaurer la concorde entre les pouvoirs par la mise en place d'une sanction juridictionnelle de la Constitution, la majorité de la doctrine, peu importe son orientation politique³⁵¹, souhaite en premier lieu la faire passer par un système de répartition des pouvoirs strict.

Quelques auteurs pressentent néanmoins que sous les Chartes, la répartition, la balance des pouvoirs étant biaisée, faire le choix de ce système n'est pas suffisant pour atteindre l'équilibre recherché. Ces doutes sont perceptibles à la fois chez Crémieux³⁵², Serrigny ou encore Dufour. Serrigny considère que ce déséquilibre est à l'avantage du roi. Au contraire, selon Crémieux c'est de la tyrannie de la majorité, de l'omnipotence parlementaire qu'il faut se méfier. Dans tous les cas, ils se rejoignent sur l'idée qu'une simple protection de la séparation par autorégulation ne suffit pas : il faut un organe pour contrôler les rapports des pouvoirs entre eux. Dufour propose de le trouver dans le juge qui « se trouve préposé au maintien des limites entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif »³⁵³.

constructive des dispositions qu'elle renferme : C. BERLET, « Le pouvoir judiciaire en France et aux États-Unis et la protection des droits individuels », art.cit., p. 240

³⁵⁰ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle...op.cit.*, p.120 ; Cf. *Supra*, p. 47

³⁵¹ Pour de plus amples développements sur le système de répartition des pouvoirs comme garant de la stabilité et de la liberté chez nos auteurs, v. J-A-F. MASSABIAU, *Le médiateur...op.cit.*, p.55 et suivants « D'où il suit immédiatement, que si l'on veut que ces règles soient stables, il est de toute nécessité qu'elles ne demeurent livrées à la discrétion d'aucun des pouvoirs en particulier, et qu'elles soient mises sous la garde du concours de tous » ; P-P-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire...op.cit.* p.460 ; C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel...op.cit.*, t1, p.20 « La garantie des droits de l'homme : telle est donc en dernière analyse la fin de la Charte. [...] pour procurer la garantie, le procédé de la Charte est bien simple : le mal était dans le pouvoir absolu ; le remède est dans la division du pouvoir. » et t2, p.1 « La garantie de la liberté est de l'essence du régime constitutionnel ; et la division des pouvoirs a pour objet de la procurer »

³⁵² « [...] une majorité entraînée par le pouvoir ou par des sentiments qui pourraient être honorables, aurait le droit d'enlever aux citoyens les garanties les plus précieuses de notre pacte social », en tant qu'avocat du sieur Paulin (S.1833.1.358)

³⁵³ G. DUFOUR, *Du pouvoir exécutif...op.cit.*, p. 82

Le rejet du contrôle de constitutionnalité devant le juge, l'échec à faire de ce dernier le point d'équilibre qui permettrait au régime de sortir de la crise constitutionnelle dans laquelle il s'est enlisé, n'enlève rien à l'impératif, décelé chez tous les auteurs, de trouver quelque part - et donc ailleurs - ce moyen de stabilisation. De la réflexion sur le juge judiciaire, il ressort avant tout que la nécessité est dans une limitation du souverain : c'est uniquement en évitant qu'un pouvoir devienne omnipotent et puisse imposer ses vues de manière absolue, que l'harmonie entre l'ordre et la liberté pourrait enfin voir le jour. La doctrine pour parvenir à ce but, privilégie un passage par un système de séparation des pouvoirs renforcée.

Cependant, la théorie manque une fois encore son but en pratique, en raison du déséquilibre entre les pouvoirs, inhérent à l'organisation prévue par la Charte - et à ses silences. Ce déséquilibre est grandement causé par l'attachement des Français du temps à une vision subjective de la souveraineté, dont l'identité reste fluctuante. Celle-ci fait à la fois définitivement obstacle à un contrôle de constitutionnalité réalisé par un tiers (notamment le juge judiciaire), mais également à une éventuelle stabilité du régime fondée sur un système d'autorégulation des pouvoirs établis par la Charte (solution préconisée par les auteurs non favorables au contrôle).

Section II - L'attachement à une vision subjective de la souveraineté, impasse à la modération politique

Il s'agit de revenir sur la vision de la souveraineté qui domine alors, puisque son impact est grand, et même essentiel, sur la question qui nous occupe. Malgré les velléités d'y apporter des bornes pour qu'elle ne soit pas toute-puissante, l'impossibilité pour les penseurs de l'envisager autrement que de façon subjective empêche en pratique de réaliser cette limitation, en particulier sous la forme d'un contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire. On trouve en 1814 comme en 1830 une logique de transfert du titulaire de la souveraineté d'un titulaire à un autre plutôt que de cantonnement de celle-ci (§1). Dès lors, on comprend mieux la raison profonde de l'impossibilité d'accepter un contrôle de constitutionnalité juridictionnel sur les actes d'autorité. La solution intermédiaire imaginée par la doctrine pour pallier cette exclusion est l'autorégulation des pouvoirs. Mais, en raison du caractère biaisé de la répartition des pouvoirs sous la Charte (dont les incertitudes entourant la notion de souveraineté sont en partie la cause),

l'inefficacité de ce système fait déjà poindre le potentiel de réponse insurrectionnelle qui en découle (§2).

§1. Une logique de changement de titulaire de la souveraineté : un éloignement intellectuel du contrôle juridictionnel intrinsèque au régime

« Tout pousse donc en France à une radicalisation des formes constitutionnelles, la dynamique de la souveraineté ne s'arrête que fixée dans les deux figures opposées de la monarchie absolue et de la république populaire. [...] "Deux doctrines divisent le monde : l'une consacre le principe de légitimité et de la transmission héréditaire du pouvoir ; l'autre établit le dogme de la souveraineté du peuple." »³⁵⁴. L'origine de cet extrémisme de la pensée politique puise sa source dans une vision subjective de la souveraineté (dont le titulaire est le peuple en 1830, après que Charles X l'ait « confisquée », pour reprendre les termes des insurgés de Juillet). Si Rosanvallon explique l'échec de la monarchie constitutionnelle en partie par cette impossibilité française à envisager alors un juste milieu entre ces deux pôles, on peut également penser, pour les mêmes raisons, qu'elle forme un obstacle insurmontable au contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Qu'il s'agisse de souveraineté royale (durant la Restauration) ou du peuple (après la révolution de Juillet), il est en effet inimaginable qu'elle puisse être contrôlée, limitée, par un pouvoir extérieur (le juge). Cela reviendrait à la nier puisque dans cette vision subjective, elle a un titulaire unique (qui ne peut se tromper puisqu'il est la source de toute légitimité) et elle est indivisible.

Pour comprendre l'idée de souveraineté subjective, prenons l'exemple de la signification de souveraineté du peuple. Dans la vision héritée de la révolution française, le peuple (« entité collective de citoyens »³⁵⁵), souverain, est non seulement à l'origine du pouvoir, mais en réalise également l'exercice. Les représentants, dans les Chambres, ne sont qu'une simple mesure de commodité pour la mise en œuvre de l'exercice du pouvoir. Ils doivent en conséquence transmettre aussi fidèlement que possible la volonté du peuple souverain. On est loin de la distinction entre souveraineté d'origine et souveraineté d'exercice qui caractérise notre souveraineté nationale actuelle, et de notre logique de représentation :

« Cette vision collective et concrète exclue la souveraineté nationale (collective et abstraite) et populaire (individuelle et concrète). Elle abolit la coupure gouvernants-

³⁵⁴ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, op.cit., p. 171

³⁵⁵ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France...op.cit.*, p. 109

gouvernés (le peuple ne saurait être privé de l'exercice du pouvoir comme dans l'acception moderne de la représentation). »³⁵⁶

Cette vision a notamment été adoptée par les idéologues³⁵⁷ et les républicains.

Il serait cependant erroné de penser que la doctrine n'a pas tenté de donner une vision objective à la souveraineté, qui aurait sinon permis, au moins favorisé l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des actes du corps législatif. Elle a produit cette tentative par le biais de la théorie de la souveraineté de la Raison des doctrinaires (a), puis par la théorie de la Charte-contrat sous la forme d'une souveraineté de la constitution (b).

a) *Une tentative de glissement vers une vision objective de la souveraineté : la Raison des doctrinaires*

Les doctrinaires (Guizot et Royer-Collard en première ligne) rejettent la vision de la souveraineté du peuple telle que décrite précédemment, dans laquelle ils ne voient que la domination du nombre « le pouvoir absolu de la majorité numérique sur la minorité c'est-à-dire une tyrannie »³⁵⁸. Le peuple ne saurait exprimer une volonté unique et absolument commune, tant les intérêts des entités qui le composent (les individus) sont divergents. Ils proposent de remplacer cette notion par la « souveraineté de la Raison », qui se démarque par son caractère abstrait et objectif.

« [Cette] souveraineté du droit n'appartient à personne parce que la connaissance pleine et continue, l'application fixe et imperturbable de la justice et de la Raison n'appartiennent pas à notre nature imparfaite [...] sa liberté [à l'Homme] n'est pas une fin en soi, elle est ordonnée à la vérité »³⁵⁹.

La justice et la Raison sont présentes dans la nature, et tout Homme peut les connaître par son libre examen, mais les lumières étant inéquitablement réparties entre eux, certains sont plus aptes à connaître cette Vérité. Les doctrinaires s'éloignent clairement de la vision dominante héritée de la Révolution française (caractérisée par le volontarisme). Les doctrinaires ne sont pas plus convaincus par la souveraineté royale et divine (la justice et la Raison auxquels les actes de souveraineté doivent s'ordonner ne sont issues ni de la tradition, ni de Dieu). Or, les

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 110

³⁵⁷ « Le mouvement des idéologues apparaît comme le principal inspirateur du républicanisme contemporain qui combine à la fois le rôle de l'Etat et le libéralisme politique et économique » A. TIRAN, « Les idéologues, la Décade philosophique politique et littéraire et Jean-Baptiste Say », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas* [Online], OpenEdition, 2020

³⁵⁸ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France...op.cit.*, p. 111

³⁵⁹ Guizot in P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVIe - XIXe siècle)*, *op.cit.*, p. 452

actes d'autorité, l'exercice du pouvoir ne pouvant être légitimes que s'ils sont ordonnés à cet ordre supérieur qui échappe à la volonté des Hommes, l'exercice de la souveraineté doit être dévolu à ceux d'entre eux présumés les plus aptes à cette découverte de la justice et de la Raison. D'où une idée de représentation différente de celle des défenseurs de la souveraineté du peuple³⁶⁰, et des réflexions sur les conditions de capacité politique *via* un « faisceau de présomptions »³⁶¹.

Cette réflexion menée par les doctrinaires est intéressante, car si elle comporte son lot de faiblesses³⁶² et ne fut en pratique jamais appliquée, elle permet néanmoins de conceptualiser la distinction entre souveraineté d'origine et souveraineté d'exercice ce qui, pour le contrôle de constitutionnalité, est utile. En acceptant de déléguer l'exercice du pouvoir à des Hommes dont on *suppose* qu'ils sont les plus aptes à connaître la *volonté*, les *principes*, de la Raison ou de la justice (qui sont, elles, souveraines : d'où la vision dite abstraite et objective) on introduit un *doute*. Dès lors, le contrôle de leurs actes paraît acceptable et justifié (voire nécessaire). Ce n'est pas le cas si on prétend contrôler les actes émanés directement d'un *souverain*, unique, titulaire de la souveraineté d'origine et d'exercice (vision subjective et en l'occurrence concrète) et donc nécessairement absolu³⁶³. A partir du moment où l'on considère qu'il n'existe pas d'intermédiaire entre le souverain et l'acte adopté, il devient impossible de critiquer cet acte car dans cette vision il n'existe aucune entité ni aucun principe qui puisse lui être supérieur.

En outre, on aurait pu imaginer que cette théorie des doctrinaires favorise de porter ledit contrôle devant les tribunaux. En effet, puisqu'il est question de capacité et d'Hommes les mieux aptes à connaître et déceler les principes de la Raison

³⁶⁰ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France...op.cit.*, p. 112 : Pour les premiers, c'est un « moyen de transmettre à des élus une volonté préexistante par hypothèse introuvable », pour les doctrinaires elle constitue le « procédé employé pour dégager la vérité suivant la Raison "somme d'idées justes et de volontés légitimes" (Jaume) répandue inégalement entre individus composant la société : rôle des représentants est par conséquent de dégager cette "substance immanente à la vie sociale" qu'est la raison afin de prendre des décisions politiques éclairées par le bien commun » (Guizot).

³⁶¹ P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVIe - XIXe siècle)*, *op.cit.*, p. 453 : Ce système justifie sans complexe un suffrage restreint et capacitaire - même si le lien de corrélation entre les critères de capacité et l'exercice de droits politiques est parfois douteux à nos yeux du XXIe siècle - à l'inverse de la souveraineté du peuple qui permet l'extension du suffrage très largement.

³⁶² *Ibid.*, p. 454 : « [...] en omettant une fois au pouvoir d'élargir l'exercice du suffrage aux citoyens les plus diplômés payant un cens insuffisant pour participer à la vie politique, Guizot brouille l'intelligibilité de sa démonstration et en affaibli la crédibilité. En outre, il élude le rôle que pourrait jouer une magistrature dépendante dans la définition du Droit [C'est-à-dire de la fameuse Raison] ».

³⁶³ Comment dire qu'un acte n'est pas conforme à la volonté souveraine s'il est issu du souverain, sauf à usurper cette volonté souveraine justement ? sinon cela signifie qu'il existe quelque chose de supérieur au souverain (Dieu ou bien un souverain d'origine qui ferait du pouvoir créateurs des actes un simple souverain d'exercice) mais c'est précisément ce que les penseurs du temps refusent. On l'a vu avec l'idée de « souveraineté sociale organisée » chez Guizot : elle fait penser à une sorte de souveraineté d'exercice mais c'est complexe car à côté il y a un refus de concevoir une souveraineté d'origine « toujours en sommeil », par peur de l'anarchie.

(souveraine), on aurait pu penser que les magistrats par leurs fonctions de mise en œuvre de la justice puissent être regardés comme parmi les plus enclins à compter parmi eux. Cependant, Guizot par exemple ne fait pas d'égard particulier au sujet des magistrats – étonnement – et il est donc inutile de nous attarder sur de pures réflexions spéculatives.

b) *La théorie de la Charte-contrat : l'illusion d'une souveraineté de la constitution*

Le choix, après la révolution de Juillet (puisque sous la Restauration la souveraineté est royale en vertu de la tradition monarchique et divine) est celui de la souveraineté du peuple, *médiatisée* au moins à première vue par la théorie du contrat³⁶⁴ (comme Alain Laquière le précise, il n'est pas non plus question par-là « de revenir à la constitution de 1791, impliquant la pleine souveraineté du peuple et l'affaiblissement des prérogatives du monarque »). Cette construction juridique du contrat entre le roi et la Nation avait le mérite de ménager (en théorie du moins) une organisation équilibrée des grands pouvoirs constitués (roi et chambres, organisation qui devait être préservée on l'a vu, par la séparation des pouvoirs), mais elle avait le fatal défaut d'éluder la question du titulaire de la souveraineté. Qui était le souverain ?

Dans la lignée de leur pensée, les doctrinaires répondent la Raison. On s'approche dès lors, en théorie, d'une conception objective de la souveraineté *via* la fiction juridique de la Charte-contrat. La constitution est en effet réputée transposer les principes de la Raison. Faire tenir la légitimité des organes à la présence du texte constitutionnel leur semblait néanmoins trop fragile c'est pourquoi ils placent la souveraineté en dehors, dans une raison *abstraite*³⁶⁵. Le Charte se borne donc à aménager la souveraineté, dans leur optique. C'est non négligeable : en cela son caractère suprême est difficilement contestable. Ainsi, sa consultation est « obligatoire en cas de litige » et *elle peut seule* « assurer un régime d'ordre et de liberté »³⁶⁶, fameuse conciliation souhaitée par tous mais introuvable au sein du régime tel qu'il est mis en œuvre. D'autres auteurs, non-doctrinaires mais

³⁶⁴A. LAQUIÈRE, *Les origines du régime parlementaire en France...op.cit.*, p. 113 et suiv.

³⁵³ *Ibid.*, p. 115 : Guizot admet que le peuple est à l'origine de la révolution de 1830 mais considère le gouvernement de Juillet légitime car il se fonde sur la raison publique et la nécessité [Guizot déplore d'ailleurs que certains tentent de calquer les principes du gouvernement sur ceux ayant présidé à la révolution, c'est-à-dire la souveraineté du peuple]. « La souveraineté du peuple est le principe des révolutions ». Guizot distingue origine et exercice de la souveraineté (issu de la Charte) dans cette optique. Elle forme un *contrat de délégation à des organes spéciaux* « agissant en vue de l'intérêt général » (c'est donc compatible avec la liberté mais aussi avec une consolidation de la monarchie). La Charte a permis selon lui la création d'une « souveraineté de la Raison », v. en ce sens la citation de Guizot *Supra*, p. 104 et 114 « Le gouvernement constitutionnel, c'est la souveraineté sociale organisée »

³⁶⁶ Discours 29 décembre 1830 de Guizot *in* A. LAQUIÈRE, *Les origines du régime parlementaire en France...op.cit.*, p. 116

positivistes, tentent également sous la monarchie de Juillet de proposer une vision plus objective de la souveraineté, mais sans succès (par exemple Berriat-Saint-Prix avec sa théorie de la « souveraineté négative »³⁶⁷).

Ce compromis, et la vision de la Charte à laquelle il aboutit, permet, tout comme dans le cas de la théorie de la souveraineté de la Raison sous la Restauration, d'envisager, d'accepter, le contrôle de constitutionnalité des actes des pouvoirs constitués.

Il est donc légitime de se demander pourquoi il en a été autrement dans les faits. Pourquoi le contrôle de constitutionnalité ne s'est pas généralisé, et notamment le contrôle de la loi. La thèse de la charte-contrat ou charte-compromis a dans la pratique tous les défauts d'une construction théorique. Fondamentalement, l'idée d'un « pacte constitutionnel au sein d'une unité politique apparaît discutable puisqu'une convention constitutionnelle présuppose au contraire l'existence de plusieurs unités politiques »³⁶⁸. La France étant un état unitaire, « le pouvoir constituant originaire ne saurait être divisé ». La conséquence est que l'harmonie entre les deux pôles, les deux parties au contrat, n'a pu être réalisée.

Ainsi, la vision essentiellement subjective de la souveraineté - ayant encore cours dans les esprits - semble former une impasse insurmontable au contrôle de constitutionnalité des actes par un tiers (notamment par le juge judiciaire). La doctrine étant consciente néanmoins de la nécessité de limiter le souverain, elle lui substitue un mécanisme d'autorégulation, propre à un système de répartition des pouvoirs rejetant tout pouvoir neutre ou intermédiaire comme arbitre. Les limites de ce procédé ne tardent pas à se faire sentir (à cause du caractère biaisé de la séparation des pouvoirs, dont l'indétermination de la souveraineté est en partie la cause) et font apparaître le potentiel insurrectionnel de cette situation.

§2. Les limites de l'autorégulation du souverain : un potentiel insurrectionnel en sommeil

L'impératif de limiter le souverain, même *subjectif*, pousse la doctrine à envisager une solution intermédiaire sous la forme d'un mécanisme d'autorégulation (a). Le souverain est alors seul juge de ses actes. Suivant l'argumentation des auteurs, il est censé user pour guide la constitution, qui

³⁶⁷ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible... op.cit.*, p. 172

³⁶⁸ A. LAQUIEZE, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848, op.cit.*, p. 117

retranscrit les principes de ce qui est juste, et que la Nation a acceptée. Rapidement, l'impossibilité à faire coexister le souverain subjectif et cette sorte de souveraineté des principes inscrits dans la Charte (pour le limiter) ressort. Puisque le souverain est regardé comme habilité à modifier la constitution lui-même, l'idée d'auto-régulation apparaît comme vaine. D'où la nécessité d'avoir un gardien, extérieur, de la constitution. Or ceci est impossible puisque le souverain subjectif ne saurait être contrôlé par un tiers, on l'a vu. Dès lors, l'artificialité d'une telle tentative de conciliation apparaît. Tout cela relevant finalement plus du fait politique que du droit constitutionnel, malgré les mécanismes juridiques affichés pour y parvenir, le potentiel insurrectionnel lié à cette situation est perceptible (b).

a) *L'autorégulation des pouvoirs établis par la Charte, corolaire du rejet du contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire*

L'inefficacité du renvoi à l'auteur de l'acte pour qu'il juge lui-même de la nécessité de le rendre conforme à la constitution est relevée par la doctrine.

Yzard observait déjà sous la Restauration que le renvoi d'une ordonnance royale devant le roi ferait de lui le juge de sa propre cause³⁶⁹. C'est envisageable si le roi est le réel et l'unique titulaire de la souveraineté (lecture des conservateurs sous la Restauration). Mais si l'on considère au contraire que le roi est soumis aux principes de la Charte (lecture des libéraux, sous-entendue par la théorie de la Charte-contrat), l'inefficacité présumée d'une telle procédure, soulevée par le juge Yzard, est alors réelle.

Il en va de même en cas de renvoi d'une loi devant le législateur. Cette omnipotence parlementaire (qui ferait cette fois du corps législatif le souverain) ne serait acceptable, aux yeux de Berriat-Saint-Prix³⁷⁰, qu'en cas d'élection au suffrage universel.

Hello exprime bien l'ambiguïté qu'il existe, sous la monarchie de Juillet, dans cette auto-régulation³⁷¹. Selon lui, « la loi, bonne ou mauvaise, est toujours la loi ; elle se présente à eux [aux juges] comme *l'expression de la souveraineté*, et ils lui doivent obéissance »³⁷². Le pouvoir législatif seul peut s'auto-corriger :

³⁶⁹ M. YZARD, *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, op.cit., p. 96

³⁷⁰ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, op.cit., p.121

³⁷¹ La situation sous la Restauration est moins ambiguë puisque la souveraineté est alors officiellement subjective (royale), sauf pour les tenants -minoritaires- d'une interprétation de la Charte de 1814 comme un contrat. Sous la monarchie de Juillet, la théorie de la Charte-contrat, officialisée, brouille les pistes en ne désignant pas un titulaire subjectif de la souveraineté

³⁷² C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, op.cit., t2, p. 35

« Le devoir des juges est toujours d'obéir ; car le mal auquel il concourt en appliquant la mauvaise loi, est moindre que celui dont il se rendrait l'auteur en la jugeant. Ici encore, il n'y a de remède que dans l'abrogation, et la loi peut seule faire justice de la loi. »³⁷³

Cependant, il ne s'agit pas pour lui de reconnaître un pouvoir absolu au législateur : l'idée serait qu'un contrôle au regard de la constitution et des principes supérieurs qu'elle renferme soit bel et bien réalisé, mais par le législateur. D'après lui, la solution réside dans l'« éducation des esprits » et la conscience par le législateur de la différence entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, afin qu'il la fasse appliquer... lui-même. On peut déceler ici une tentative de faire reconnaître une forme de distinction entre une souveraineté d'exercice (du législateur) et d'origine (dont l'œuvre - et la réminiscence - se trouve dans la Charte, d'où le contrôle).

Macarel³⁷⁴ tient un raisonnement qui se rapproche de celui d'Hello : « Si la loi établie lui paraît violer la loi naturelle et la loi fondamentale, le droit du citoyen se réduit à le dire, à l'écrire, par la voie de la presse ; il peut même en faire l'objet d'une pétition aux chambres nationales. »³⁷⁵

Dans leur discours, le système de protection de la Charte et de stabilité du régime fondé sur la séparation des pouvoirs et leur autorégulation semble viable. Toute la difficulté réside dans le fait que cette tentative d'objectivisation (par le biais de la Charte-compromis), qui seule rend possible l'équilibre, cohabite avec la persistance de la vision subjective de la souveraineté dans les esprits d'une majorité qui biaise l'équilibre des pouvoirs, et la coexistence entre les deux est en pratique difficilement concevable.

b) L'incompatibilité entre la rémanence de la souveraineté subjective et la logique de la Charte-compromis

Sous la Restauration, l'incertitude auréolant les institutions et l'origine de la légitimité du régime (qui voit s'opposer les tenants de la souveraineté royale et ceux, dans l'opposition, qui défendent déjà la théorie de la Charte-contrat) est résolue en faveur de la souveraineté royale. Cette dernière semble atteindre son paroxysme au moment où Charles X prend ses quatre fatales ordonnances en 1830. Un des

³⁷³ *Ibid.*, p. 26

³⁷⁴ V° « Macarel », J-J. CLÈRE, *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, op.cit. p. 525-526 : Il devient en 1819 avocat aux Conseil et à la Cour de cassation. En 1828 il est adjoint à Gérando qu'il remplace plus tard dans la chaire de droit administratif de la faculté de droit de Paris. Conseiller d'Etat en 1830 et 1839 et préside la section d'administration jusqu'à sa mort.

³⁷⁵ L-A. MACAREL, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 421

arguments phares des révolutionnaires de Juillet a été, à ce titre, de revendiquer la « souveraineté confisquée »³⁷⁶ (de la Nation, par le roi Charles X). Une fois la révolution achevée, un consensus se forme autour de la théorie de la Charte-contrat, ce qui permet d'éluder un temps, on l'a vu, la question du titulaire de la souveraineté. Selon cette fiction juridique, la souveraineté se trouve dans la Charte, ce qui permet de prendre du recul vis-à-vis de cette notion de souverain subjectif, et d'utiliser l'idée de souveraineté objective dans la pratique (sans pour autant l'officialiser). La valeur particulière, suprême, de la Charte, est ainsi mise en lumière.

La rupture de ce fragile équilibre vient de la rémanence de ladite vision subjective de la souveraineté (qui va de pair avec la dureté des clivages politiques), à côté de la théorie officielle de la Charte-compromis. De toutes parts, les défenseurs de cette forme de souveraineté qui s'étaient, un temps, contentés de la Charte-contrat³⁷⁷, finissent par voir en elle une illusion, un prétexte, plutôt qu'un port de salut. A défaut d'avoir reconnu un titulaire officiel de la souveraineté, et par obstination à l'égard de sa version subjective, une part de la doctrine soupçonne le corps législatif de tenter de se l'approprier, par manipulation de la Charte (notamment en raison de l'absence d'une procédure de révision, pouvoir que la doctrine lui a plus ou moins reconnu, on l'a vu)³⁷⁸.

L'idée de compromis n'est pas satisfaisante : la confiscation du titre de souverain par le pouvoir législatif semble à leurs yeux avoir été rendue possible par la fiction selon laquelle la souveraineté se trouvait dans la Charte-contrat. C'est ce que Guizot redoutait, et qui se réalise pourtant : « Le principe qui a présidé à notre révolution ne doit pas présider à notre gouvernement »³⁷⁹. Cette situation de frustration généralisée, n'est évidemment pas tenable et au lieu de calmer les tensions, renforce les antagonismes.

Cela transparait dès 1833 quand l'avocat Crémieux, dans l'affaire Paulin, met en exergue l'incohérence naissant de la situation où la souveraineté du peuple (qu'il considère avoir survécu³⁸⁰), se trouve bafouée par une manipulation du régime

³⁷⁶ P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 174

³⁷⁷ Qui faisait figurer sur la scène politique, *a priori* à égalité, le roi et les chambres représentatives du peuple

³⁷⁸ Le pouvoir législatif, tel qu'il était alors composé, ne pouvant être considéré comme une parfaite représentation du peuple – réel titulaire de la souveraineté selon plus d'un. Berriat-Saint-Prix semble soutenir cet argument de façon sous-jacente lorsqu'il dit que l'omnipotence parlementaire serait acceptable uniquement dans l'hypothèse où l'élection des chambres serait réalisée au suffrage universel

³⁷⁹ GUIZOT in P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible...*, *op.cit.*, p. 174 : il fait ici référence à la souveraineté du peuple, en sommeil

³⁸⁰ Dans la tentative d'objectivisation par le biais de la Charte-contrat, au contraire, on considère que la souveraineté du peuple est censée être à l'origine de la Charte puis s'être effacée une fois le compromis, le pacte réalisé (pour le laisser vivre, la souveraineté étant alors *dans* la Charte-contrat).

visant à faire reconnaître l'omnipotence – et par ce biais la souveraineté - du pouvoir législatif :

« Que l'on veuille bien réfléchir à la portée de cette déclaration [de Dupin aîné, selon lequel "Il n'y a pas de loi inconstitutionnelle"] : quand le pouvoir législatif a voté la loi, il n'est pas permis de soutenir qu'elle est inconstitutionnelle. La constitution n'est alors que dans la majorité de la Chambre des députés, dans le tiers de la Chambre des pairs et dans le roi. Là est le pouvoir législatif, d'après la Charte, là serait le pouvoir constituant. Et en présence du dogme de la souveraineté du peuple (qu'il faut bien reconnaître encore, car il n'y a pas trois ans que la souveraineté du peuple a parlé haut), et en présence de ce dogme on revendique pour le pouvoir législatif cette immense et dangereuse attribution ! »³⁸¹

L'accusation de confiscation de la souveraineté par les Chambres n'est pas sans rappeler celle, sous la Restauration, visant les ordonnances royales :

« [le pouvoir de faire des ordonnances] ne peut jamais être employé contre la Charte elle-même, ou contre les pouvoirs qu'elle a institués. *La Nation toute entière serait en droit de demander vengeance d'un pareil attentat* »³⁸²

Il n'est pas impossible, dès lors, d'entrevoir que la résolution de ces incertitudes et du malaise constitutionnel qu'elles font transparaître n'est alors plus possible qu'hors du droit. En effet, aucun mécanisme constitutionnel n'a permis d'atteindre l'équilibre tant recherché, et le pacte matérialisé par l'acte constitutionnel semble rompu. Le flottement houleux de la monarchie constitutionnelle, manifestement placée dans une impasse, ne laisse plus présager que l'intervention d'un acteur endormi par la Charte jusque-là : le peuple.

« Sans doute, la France ne s'est pas résolue jusqu'à il y a peu à abandonner à un juge, fût-il politique, la moindre parcelle de l'expression de sa souveraineté même si celle-ci a pu être captée voire accaparée soit par le législatif, soit par l'exécutif, soit par le peuple insurgé. Contre cela, les libéraux qui pensaient, à l'instar de Royer-Collard que "dès qu'il y a une souveraineté, il y a despotisme", n'ont pas convaincu. La majorité des Français a considéré que le meilleur asile de sa liberté a toujours été sa souveraineté. »³⁸³

³⁸¹ Plaidoirie de maître CREMIEUX pour l'affaire Paulin in H. DESFOUGERES, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, op.cit., p. 96

³⁸² F-A. ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire...op.cit.*, p.45

³⁸³ F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op.cit., p. 24

CONCLUSION

Le contrôle de constitutionnalité devant le juge judiciaire, pensé par une part la doctrine comme la solution possible au déséquilibre intrinsèque au régime, le médiateur qui pourrait mettre fin à la lutte inexorable pour la primauté entre la liberté et l'ordre, ne parvient pas à remplir ce rôle. Il se trouve absorbé dans ce climat de tensions permanent, où chacun interprète les institutions et la Charte de façon absolue. En conséquence, ce mécanisme ne permet ni l'installation durable de la liberté (on le voit tant dans les ordonnances de Charles X que sur la fin de la monarchie de Juillet), ni la pérennisation de l'ordre (la révolution de Juillet 1830, puis celle de 1848 en sont les éclatants témoignages). Le contrôle de constitutionnalité, mal compris et difficilement concevable dans sa fonction modératrice, devient une arme de plus aux mains des « serials-interprétateurs » et participe de l'échec des deux monarchies « constitutionnelles ».

Le rejet de cette procédure puise sa source dans des obstacles de nature diverse, et dépendants tous plus ou moins les uns des autres. Ils sont, théoriques d'abord (le refus de reconnaître une distinction entre pouvoir constituant et constitué et l'attachement persistant à une vision subjective de la souveraineté), mais aussi pratiques (un conflit politique insurmontable qui exclue le compromis, et des arguments historiques, sociologiques et idéologiques qui font craindre tout impact du juge sur « les affaires de l'Etat »). En tous cas, ils sont systématiquement teintés d'arguments idéologiques.

Le manque de consensus autour des objectifs de défense de la Charte, mais aussi de ses modalités, ne permet pas à cette volonté de surplomber les antagonismes propres à la période, mais a plutôt pour effet de les renforcer.

Par ailleurs, cette étude nous démontre qu'il est possible de considérer le contrôle de constitutionnalité comme ayant illustré, dès ses origines, le lien particulièrement étroit unissant droit constitutionnel et politique. Qui plus est, elle nous permet d'envisager cette relation non pas comme essentiellement néfaste, mais au contraire comme un - voire comme l'unique - moyen de concilier ordre et liberté en France, et d'ainsi mettre fin à la Révolution tout en en concrétisant les acquis (les raisons faisant rempart à l'acceptation et, *a fortiori*, au succès de cette entreprise sur la période étudiée étant essentiellement circonstanciées : contexte politique, nature de la Charte, vision de la souveraineté, etc.) :

« Les relations entre le droit et la politique oscillent au gré des considérations, entre la recherche d'un cloisonnement et l'acceptation d'une complémentarité. Les rapports de

la doctrine juridique sont, en cela, un marqueur important de ces relations. L'histoire nous enseigne que, tour à tour, certaines périodes se sont révélées propices à des relations entre droit et politique d'égal à égal, tandis que d'autres amenaient à une domination de l'un sur l'autre. »³⁸⁴

Il ressort de notre analyse qu'en ce début de XIX^e siècle, des considérations politiques font obstacle de façon générale à l'émergence d'un contentieux constitutionnel, dans son principe, mais également en particulier, devant le juge judiciaire. Cette capacité d'obstruction ferait ainsi, en l'occurrence, plutôt pencher la balance vers un rapport de domination entre eux plutôt que de complémentarité.

Après l'instauration de la Seconde République, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait un pas important en acceptant d'examiner la constitutionnalité intrinsèque (ou « matérielle ») de deux dispositions législatives. Il s'agit des arrêts Gauthier (15 mars 1851) et Gent (17 novembre 1851)³⁸⁵. Leur publication au Sirey, au Dalloz et au Journal du Palais, a eu lieu après le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Cela pourrait expliquer l'absence de long commentaire de ces décisions, comme la marque d'une volonté de faire oublier cette tentative de la part des juges suprêmes - empreinte d'une certaine témérité - d'organiser un réel contrôle juridictionnel de la loi nouvelle (acte sans conteste teinté de débats politiques) au regard de la Constitution pour la faire respecter.

La situation sous le Second Empire paraît confirmer cette interprétation - proposée par Jean-Louis Mestre³⁸⁶. En effet, en réinstaurant un Sénat en charge du contrôle de constitutionnalité des lois par la Constitution du 14 janvier 1852 - qui n'est pas sans rappeler son homologue du Premier Empire - ses auteurs « devaient escompter que le rétablissement du contrôle sénatorial conduirait la Cour de cassation à renoncer à sa jurisprudence Gauthier et Gent »³⁸⁷. C'est d'ailleurs ce qui se produisit, malgré les exhortations d'une part de la doctrine³⁸⁸. Le but du contrôle de constitutionnalité étant notamment de stabiliser, de rendre cohérents et complémentaires les rapports entre droit constitutionnel et politique, la nature du contrôle se doit *a priori* de mêler ces deux éléments³⁸⁹. Ainsi, on comprend la volonté des auteurs de faire survivre le contrôle de constitutionnalité devant le juge malgré celui réalisé devant le Sénat, équilibrant ainsi sa nature avec son objectif.

³⁸⁴ L. TERRACOL, « La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy », *Jus politicum*, n°19, 2016

³⁸⁵ S. 1851.1.214. et 707.

³⁸⁶ J.-L. MESTRE, « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « L'histoire du contrôle de constitutionnalité », n° 28, 2010

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Dufour, Serrigny, Foucart in J.-L. MESTRE, « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques »,

³⁸⁹ A la fois dans l'organe chargé du contentieux mais aussi dans le fond, la matérialité de ce droit

SOURCES

Ouvrages

- BERRIAT-SAINT-PRIX F., *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq Langlois et Delaunay, 1836
- CHATEAUBRIAND F-A-R. DE, *La monarchie selon la Charte*, Paris, Imprimerie de Le Normant, 1816
- CHATEAUBRIAND F-A-R. DE, *Mémoires d'outre-tombe*, Paris, Gallimard Collection Pléiade, 1990, t2
- CORMENIN L-M. (DE LAHAYE) DE, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Pillet, 1818
- CORMENIN L-M. (DE LAHAYE) DE, *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions des ministres et du Conseil d'Etat*, 2^e édition, Orléans, Danicourt-Huet, Paris, Baudouin Frères Et Charles-Bechet, 1828
- DUFOUR G., *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Delamotte aîné, 1843-1845, 4 vol.
- DUFOUR G., *Du pouvoir exécutif*, Paris, De Hennuyer et Cie, 1848
- DUPIN A.M., *Révolution de Juillet 1830 : caractère légal et politique du nouvel établissement fondé par la Charte constitutionnelle de 1830*, 3^e éd, Paris, Everat, 1835
- FOUCART E-V., *Eléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq père et fils, 1843-1844, 3 vol.
- HELLO C-G., *Essais sur le régime constitutionnel, ou Introduction à l'étude de la Charte*, Paris, Ponthieu, Lorient, Leroux-Cassard, 1827
- HELLO C-G., *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, A. Durand, 1848, 2 vol.
- HENRION DE PANSEY P-P-N., *Compétence des juges de paix*, Paris, T. Barrois Père, 1820
- HENRION DE PANSEY P-P-N., *De l'autorité judiciaire*, Paris, Théophile Barrois Père, 1828
- ISAMBERT F-A., *Du pouvoir réglementaire, ou De la nature et de la force des ordonnances*, Paris, Corréard, 1821

LANJUINAIS J-D., *Constitutions de la nation française avec un essai de traité historique et politique sur la charte*, et un recueil de pièces corrélatives, vol. 1, Paris, Baudouin frères, 1819

MACAREL L-A., *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833

MASSABIAU J-A-F., *De l'esprit des institutions politiques*, t.2, Paris, Chez Maradan, 1821

MASSABIAU J-A-F., *Le médiateur, ou Nouveau projet d'un système constitutionnel destiné à prévenir une lutte désastreuse, soit en elle-même, soit par les exagérations de la victoire... en offrant aux deux partis qui divisent l'Europe, pendant qu'il en est temps encore, un moyen acceptable de conciliation...*, Paris, Chez l'auteur, 1836

QUÉRARD J-M., *La littérature française contemporaine - XIXe siècle*, Paris, Daguin Frères, 1842, p.353-354

SERRIGNY D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842, 2 vol.

SERRIGNY D., *Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1846

SIREY J-B., *Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806*, t.2, Paris, Cour de Harlai, 1818, 4 vol.

TOCQUEVILLE A. DE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1842

YZARD M., *De l'autorité des ordonnances royales sur les tribunaux*, Paris, Alexandre Mesnier, Bordeaux, Teycheney, 1829

Article

DEMANTE A., « Des décrets législatifs rendus antérieurement à la charte de 1814. Jusqu'à quel point leur force est-elle indépendante de leur constitutionnalité ? », *Revue étrangère et française de législation (Revue Foelix)*, t.7, 1840 p. 417-445

Arrêts

S.1819.I.347 (Cass. crim., 27 mai 1819)

S.1826.I.341 (Cass. crim., 3 août 1826)

S.1829.I.172 (Cour de Nancy, 26 juillet 1827)
S.1830.II.223 (Tribunal de commerce de Paris, 18 juillet 1830)
S.1831.I.175 (Cass. crim., 22 avril 1831)
S.1832.I.428 (Cass. crim., 29 juin 1832)
S.1833.I.358 (Cass. crim., 11 mai 1833)
S.1833.II.599 (Cour royale de Metz, 25 février 1829)
S.1847.I.465 (Cass. crim., 2 mai 1847)

Autres

ISAMBERT F-A., Pétition pour l'interprétation législative de l'article 14 de la charte, contre la dictature ; déposée à la chambre des députés, le 3 mars 1830

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

ANGLEYS A., Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire, thèse de doctorat, Droit, Grenoble ; Chambéry, F. Gentil, 1910

BENOIT J-L., Tocqueville, Paris, Perrin, 2013, p. 372

BIGOT G., L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration – Vicissitudes d'une ambition (1800-1872), Paris, LGDJ, 1999, p. 176

BLONDEL A., Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique comparative : États-Unis-France, thèse de doctorat, Droit, Aix-en-Provence, 1927 ; Paris, Librairie du "Recueil Sirey", 1928

CARDOT C-A., Documents inédits sur l'opposition légitimiste en Bretagne (février-avril 1832), Extraits des « Mémoires » de la société d'histoire et d'archéologie de Bretagne, Tome XLIX, 1969, p. 113-133

DESFOUGERES H., Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, thèse de doctorat, Droit, Paris, A. Rousseau, 1913

HAVAS N., La responsabilité ministérielle en France, Contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres de la Révolution de 1789 à la Ve République, Paris, Dalloz, 2012

MESTRE J-L., « Juridictions Judiciaires et Contrôle de Constitutionnalité en France de 1715 à 1814 », in *Toward Comparative Law in the 21st Century, The 50th anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan*, Tokyo, Chuo University Press, 1998, p. 499

LAQUIEZE A., *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi vu par les penseurs libéraux français du XXe siècle*, in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècle*, colloque, Paris, 22-23 juin 2000, organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'Université Panthéon-Assas, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 85-101.

LAQUIEZE A., *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, Paris, PUF, 2002

LEBLANC J., *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois*, thèse de doctorat, Droit, Paris, P. U. F., 1924, 131p.

MICHELET, *Préface de 1869 à l'Histoire de France, Œuvres complètes, IV*, Flammarion, 1974

PICHOT-BRAVARD P., *Conserver l'ordre constitutionnel (XVIe - XIXe siècle) - Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011

ROSANVALLON P., *La monarchie impossible : Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, Fayard, 1994

Articles

BERLET C., « Le pouvoir judiciaire en France et aux États-Unis et la protection des droits individuels », rapport au 27e Congrès des Jurisconsultes catholiques à Nancy, *Revue catholique des institutions et du droit*, 32e année, 1904, 1er semestre, 2e série, vol. 32, p. 236-243.

BERTHELEMY H., « Les lois inconstitutionnelles devant les juges, *Revue politique et parlementaire* », tome CXXXIII, 10 novembre 1927, p. 183-188

FERREIRA O., « Quid leges sine moribus? Jean Massabiau ou l'aporie constitutionnelle du républicanisme au premier XIXe siècle », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2019, p. 223-271

LAUVAUX P., « La technique de l'octroi et la nature de la Charte », *Jus Politicum*, n° 13, 2014

- MESTRE J-L., « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n° 15, p. 451-461
- MESTRE J-L., « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix, PUAM, 1995, p. 35-67
- MESTRE J-L., « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1814 à 1851 », *Administration et droit. Textes réunis par François Burdeau*, Paris, LGDJ, 1996, p. 122-133
- MESTRE J-L., « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010
- LE DIVELLEC A., « La Charte de 1814 dans l'histoire des constitutions politiques libérales », *Jus Politicum*, n° 13, 2014
- ROBLOT-TROIZIER A., « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », Paris, *AJDA*, 2010, p. 80
- SAINT-BONNET F., « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *Revue du droit public*, 2007, n°3, p. 753
- TERRACOL L., « La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy », *Jus politicum*, n°19, 2016
- TROPER M., « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2010
- WARESQUIEL E. DE, « Le préambule de la Charte du 4 juin 1814 », *Jus Politicum*, n° 13, 2014

Dictionnaires et biographies

- Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Paris, PUF, 2003
- Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle, sous la dir. de P. ARABEYRE, J-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2007
- Dictionnaire de l'Académie française, sous la dir. de M. DRUON, 9e édition, Paris, Imprimerie nationale et Fayard, 1992 (<https://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/la-9e-edition>)

Nouvelle Biographie générale, sous la dir. de J-C-F. HOEFER, Paris, Firmin Didot frères etc., 1852-1866

Dictionnaire juridique, sous la dir. de C. PUIGELIER, Paris, Bruylant 3e éd, 2020

Autres

LAUVAUX P., « Les débats interprétatifs autour de la Charte constitutionnelle de 1814 », Colloque international organisé par le Centre de recherche Léon Duguit, Université d'Evry, Les conflits doctrinaux du XIXe siècle – Une analyse des fondements politiques du droit, sous la dir. de T. PASQUIET-BRIAND, 20 et 21 mai 2021

ANNEXE

« Levez le siège, polissons ! », C.J. TRAVIÈS, Becquet, Aubert, 1832, Illustration de périodique « La Caricature » N°87, Lithographie, Maison de Balzac :

« La pl. montre, de gche à dte : Montalivet, d'Argout (monté sur un balai en guise de cheval), Soult (deux derniers personnages non identifiés) sous leurs traits d'adultes mais avec une taille d'enfants, jouant à la guerre, dans la salle du Conseil. Ils sont surpris par deux magistrats qui prononcent : « Levez le siège, polissons ! ». Cette phrase est une allusion à l'état de siège qui fut décidé pour Paris par le Conseil des ministres le 6 juin 1832, à la suite de la grande insurrection républicaine (qui se déroula à Paris au début du mois de juin 1832), violemment réprimée par le gouvernement. Cette déclaration de l'état de siège, mesure exceptionnelle, permettait au gouvernement de faire passer les meneurs républicains devant le conseil de guerre, beaucoup plus sévère que les jurys d'assise. L'adoption de cette mesure est ici jugée inadmissible par La Caricature. La pl. dénonce ce qu'elle considère être l'irresponsabilité des ministres. Une autre interprétation peut être proposée : la pl. pourrait mettre les ministres dans la peau des révolutionnaires de 1789. « Les petits drôles jouaient à la Terreur. Moi, je ferai Robespierre ; toi, tu seras un Saint-Just... Mais pour jouer ces rôles, il fallait d'autres têtes et d'autres bras ! »

(<https://www.parismuseescollections.paris.fr/fr/maison-de-balzac/oeuvres/levez-le-siege-polissons#infos-principales>)