



AUX CONFINS DU POLITIQUE ET DU JURIDIQUE...

ou du bon usage des déclarations de droits par les corps administratifs et judiciaires de la Révolution

Résumé :

Par delà le problème de la valeur juridique des déclarations de droits, cette recherche a pour objet de cerner les circonstances qui présidèrent à leur usage sous la Révolution. Ces textes sont en effet mobilisés avec beaucoup de circonspection par les corps administratif et judiciaire. Quiconque envisage d'inscrire son action sous leur bannière doit être en mesure d'évaluer la portée politique de sa décision. C'est pourquoi les déclarations de droits représentent un enjeu de premier ordre pour qui cherche à asseoir son autorité dans le jeu concurrent des nouveaux pouvoirs constitués.

Abstract :

Taking into account not only the problem of the legal value of declarations of rights, this research aims at apprehending the circumstances which led to their use under the Revolution. Those texts are indeed being exploited with a lot of circumspection by the administrative and judiciary bodies. Those who contemplate action while invoking them need to be able to evaluate the political outcome of their decisions. This is why the declarations of rights are essential for those who try to establish their authority in the arena of new constituted powers.

1. « Messieurs, c'est après avoir lu votre décret sur la liberté de l'homme, que j'ai l'honneur de porter une plainte à votre auguste tribunal persuadée que je suis qu'en établissant cette liberté de l'homme vous avez compris la femme ». C'est en ces termes que Blanche Guyard, femme d'Alexandre Coqueray, interpelle l'Assemblée nationale afin de faire cesser les tourments que lui « fait éprouver le maître ou plutôt le tyran [qu'elle] s'est donnée ». Alors même qu'elle estime nécessaire d'épargner aux destinataires de sa missive « le détail des horribles traitements » qu'elle a subis, elle juge utile néanmoins de leur confier que, « dès les premiers jours, [elle éprouvait] combien il est désagréable pour une roturière de s'allier à un noble » et qu'elle ne peut plus vivre avec lui, « surtout depuis Messieurs que votre décret sur la liberté a paru l'espérance qu'il a fait naître dans mon cœur me rend encore le poids de mes chaînes plus insupportable, d'ailleurs mon mari s'en doute, est encore plus furieux, ma vie même n'est point en sûreté, daignez vous prononcer sur mon sort et en attendant que des lois justes et sages que vous voulez introduire soient communiquées à tous les Français, ordonner pour ma sûreté que je me retire dans ma famille »¹.

2. Au nom des principes déclarés le 26 août 1789, une femme requiert ainsi que les constituants dérogent aux lois séculaires qui régissent le mariage, convaincue qu'ils tireront bientôt toutes les conséquences de la liberté proclamée en consacrant le divorce². Sans doute Blanche Guyard n'est-elle pas la seule mal mariée de la Révolution naissante³, mais sa plainte permet de prendre la mesure des promesses portées par la Déclaration des droits de l'homme. Aux yeux de ses contemporains, ce texte est avant tout, comme l'indique son préambule, un instrument susceptible de fonder les « *réclamations des citoyens* »⁴.

3. Encore faut-il déterminer à quelle autorité constituée adresser lesdites réclamations. Au moment où Blanche Guyard rédige sa *plainte*⁵, il peut lui

¹ AN, D IV 13, n°197.

² Deux ans après la plainte de la Dame Guyard, Muraire, Cambon (AP, t. XXXIX, 30 août 1792, p. 117-118) et Robin (AP, t. XXXIX, 7 septembre 1792, p. 432) considèrent que le divorce découle des principes énoncés par la Déclaration des droits.

³ Dès 1789, Cailly écrit que le divorce est « une conséquence nécessaire du premier principe de nos législateurs qui ont fait de la liberté le premier des droits de l'homme » (Cailly, *Griefs et plaintes des femmes mal mariées*, 1789, Num. BNF, p. 12).

⁴ « Les représentants du peuple français (...) ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous » (*Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789).

⁵ L'institution du droit de pétition est l'un des débats les plus passionnants de la Constituante (Y.-A. Durelle-Marc, *Pétitionnement et droit de pétition durant l'Assemblée nationale constituante (1789-1791)*. Contribution à l'histoire du régime représentatif, thèse

sembler naturel de se tourner vers le pouvoir constituant dans la mesure où elle sollicite, à titre conservatoire, une mesure dérogatoire exceptionnelle. En ces premiers instants de la Révolution, la participation de tous à la chose publique tient lieu d'évidence. Aussi la réclamation de la dame Guyard n'est-elle qu'une des formes de ces « vœux particuliers » qui permettent de faire émerger le « vœu général »⁶. La volonté générale s'exprime en effet par le moyen des « adresses », « remontrances », « plaintes », « pétitions » ou autres « réclamations » que le *quidam* peut déposer sur le bureau de l'assemblée⁷. Autant de faits qui témoignent de la vitalité des principes déclarés dans un texte qui n'a pourtant pas encore reçu la consécration juridique formelle de la première constitution révolutionnaire.

4. Si le recours à l'assemblée du peuple demeure une voie toujours ouverte au citoyen, la Révolution met toutefois en place un dispositif original afin d'assurer le respect des principes fondateurs de l'association politique. Fait notable, les constituants ne jugent pas opportun d'investir un organe spécialement chargé de garantir les droits déclarés. Le législateur y pourvoira naturellement⁸. Les archives parlementaires en attestent : de Target - qui, lors de la discussion finale de la Déclaration⁹, propose d'insérer dans le corps même du texte une disposition d'après laquelle « dans la société (...) la loi garantit tous les droits »¹⁰ - à Daunou - qui, au moment où les thermidoriens débattent de l'opportunité d'ajourner la discussion de la future Déclaration des droits et des devoirs de l'homme, considère qu'un tel

Paris I, 2004). Bien que Le Chapelier ait tenté de discriminer la « plainte », ouverte à toute personne, de la « pétition », réservée aux seuls citoyens actifs, le titre premier de la Constitution de 1791 reconnaît à toute personne « la liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement » (Sur ce débat, I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'assemblée législative (1791-1792)*, Aix-Marseille, 2007, p. 365-372).

⁶ Ces termes sont ceux que Malouet tient, le 17 juin 1790, à propos de « l'affaire » des catholiques de Nîmes (AP, t. XVI, p. 252).

⁷ Malouet utilise ces termes successivement, et de manière équivalente, lors du vibrant plaidoyer qu'il formule à la tribune de l'Assemblée le 17 juin 1790 (AP, t. XVI, p. 251-252).

⁸ C'est pour cette raison essentielle que la question du contrôle de la constitutionnalité de la loi – *a fortiori* par un organe juridictionnel qui ne ferait que rappeler le spectre des parlements de l'Ancien Régime –, ne retient pas l'attention de la Constituante. « À aucun moment il n'a été pensé de hiérarchie des normes, parce que le législateur était celui qui faisait la loi, qu'elle soit déclarative, comme le texte originaire, constitutionnelle ou appartenant au corpus des lois civiles. Le même législateur pris en ses trois hypostases, ne pouvait se tromper ou, plus exactement, se contredire, c'est-à-dire formuler dans un des trois corpus le contraire de ce qui fondait le premier ou le second » (Y. Lemoine, *La loi, le citoyen, le juge*, Flammarion, Paris, 1990, p. 209).

⁹ C'est le projet du sixième bureau qui sert de base à la discussion qui devait déboucher, après 6 jours de débats (M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, NRF Gallimard, 1989, p. 135-201 ; S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, coll. Pluriel, Hachette, 1988, p. 217-271), sur un texte dont le contenu avoisine celui qui figure en préambule de notre constitution actuelle (G. Putfin, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789-septembre 1791) », *AHRF*, 1978, p. 180-199).

¹⁰ AP, t. VIII, p. 463.

texte est « le recueil de tous les principes sur lesquels repose l'organisation sociale... et le guide des législateurs »¹¹ -, c'est la même foi en une loi infaillible qui s'exprime¹². Aussi le tribunal de cassation est-il fondé à rappeler, le 4 frimaire an III (24 novembre 1794), que « la Déclaration des droits doit servir de règle aux législateurs (...) les tribunaux doivent se diriger d'après les lois particulières qui en émanent »¹³. Traduction médiate de la vérité d'un droit naturel converti en principes, la Déclaration est un guide précieux pour le législateur et il n'est pas une constitution qui ne le rappelle à ce premier devoir¹⁴.

5. Les archives parlementaires témoignent en outre de l'utilisation régulière de ce texte par les orateurs de la Révolution. Sous la Législative, il est invoqué à plus de 230 occasions¹⁵. Une telle fréquence révèle la portée immédiatement politique de la Déclaration des droits, mais son usage varie selon les circonstances : abandonnée au fleuve Léthé en période de crise¹⁶, elle demeure malgré tout une arme de persuasion massive¹⁷. Le rhéteur qui sait l'appriivoiser a de bonnes chances d'emporter la conviction d'un auditoire captivé par les saints principes du nouveau décalogue politique. L'arène parlementaire est alors le lieu d'expression privilégié d'une Déclaration mobilisée pour servir les intérêts les plus divers¹⁸. Instrument rhétorique plus que juridique, son usage est gouverné par des considérations d'opportunité qui ne préjugent en rien de sa valeur normative.

¹¹ *Moniteur*, séance du 16 messidor an III, t. XXV, p. 149. Sur les ellipses de la discussion qui oppose alors Mailhe à Daunou, J. Ferrand, « La Déclaration de 1789 appliquée par les tribunaux de la Révolution. Plaidoyer pour une histoire revisitée de l'effectivité des droits de l'homme », *Mises en œuvre des droits de l'homme*, J. Ferrand, H. Petit (dir.), Paris, L'Harmattan, 2003, p. 49-79, p. 72.

¹² S. Goyard-Fabre, « Le prestige de la loi à l'époque révolutionnaire », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, « La loi civile », 1987, n° 12, Centre de publication de l'université de Caen, 1988, p. 123-135.

¹³ 4 frimaire an III, Bulletin des jugements du tribunal de cassation rendus en matière civile, reprint in Germany, 1989, p. 185.

¹⁴ Le titre I de la constitution du 3 septembre 1791 interdit au législateur de « faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils (...) garantis par la Constitution. Cette obligation est réaffirmée par l'article 122 de la constitution de l'an I (24 juin 1793) et par l'article premier de la Déclaration des devoirs placée en tête de la constitution de l'an III (22 août 1795) qui énonce que « la Déclaration des droits contient les obligations des législateurs ».

¹⁵ I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ *Ibid.*, p. 28 et surtout p. 159 et s.

¹⁷ *Ibid.*, Partie II : « Les grands domaines d'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution ».

¹⁸ La Déclaration des droits peut, tour à tour, être un rempart contre la tentation de déroger au droit commun (la question des détentions arbitraires en est une bonne illustration), un argument qui justifie l'instauration d'un régime d'exception censé garantir le salut du peuple (*Ibid.*, p. 210-211), ou encore, selon les circonstances, un artifice qui permet de fonder une violation de la constitution en vue « d'assurer la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (AP, t. 47, 10 août 1792, p. 682).

6. Il ne nous est pas possible en effet de suivre ceux qui prétendent que « les hommes de 1791 concevaient bien la Déclaration et la Constitution comme un bloc constitutionnel »¹⁹. Affirmer qu'un texte fondateur de l'association politique doit son caractère juridique à une constitution qui lui est de deux ans postérieure est une proposition que le juriste ne rallie pas aisément. Elle soulève en effet de nombreuses interrogations : postuler que « la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'a pu être séparée de la constitution de 1791 pour les constituants, [comme] pour les membres de la Législative »²⁰ laisse en suspens la question de la valeur de la Déclaration dans la période qui s'étend de la fin du mois d'août 1789 jusqu'au mois de septembre 1791. Les constituants ont-ils porté ce texte sur les fonds baptismaux de l'existence juridique au soir du 26 août 1789 ? Le fait qu'il soit aussi « invoqué »²¹ dans les débats de la Constituante²² préjuge-t-il de sa valeur juridique ? Comment en outre lui reconnaître une quelconque portée normative alors qu'il est élaboré par une assemblée autoproclamée qui prétend ne tirer sa légitimité d'aucune constitution préexistante ? Les positivistes relèveront l'aporie et leurs adversaires auront alors beau jeu d'invoquer les oracles d'un droit naturel providentiel. Le débat n'est pas nouveau. Les grands anciens, Esmein, Duguit et Carré de Malberg s'y étaient essayés ; leurs successeurs ont également cherché la quadrature du cercle²³. Aucun n'est toutefois parvenu à justifier un coup de force politique avec les armes du droit.

7. Parce qu'il est toujours nécessaire de restituer la singularité de l'objet étudié dans le contexte où il vient à s'exprimer²⁴, une telle difficulté ne peut être surmontée qu'en sacrifiant les options épistémologiques habituelles²⁵ sur l'autel d'une hypothèse performative : seule l'utilisation effective de la Déclaration des droits par les différents acteurs du jeu politique – citoyens, députés, corps judiciaire et administratif – permet de constituer, au sens

¹⁹ I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, op. cit., p. 23 ; en ce sens également, M.-L. Pavia, « La loi en 1791 », dans *1791, la première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 329-347, p. 336.

²⁰ I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, op. cit., p. 20.

²¹ « Invoquer », c'est « arguer d'une norme juridique » (*Ibid.*, p. 18). Une telle affirmation recèle une proposition incidente que l'auteur semble élever au rang d'impératif catégorique de la raison juridique : le caractère normatif d'un texte est une condition nécessaire à son « invocation ».

²² Pour un exemple, Malouet, 17 juin 1790, AP, t. XVI, p. 252.

²³ Les célébrations scientifiques des bicentennaires de la Déclaration de 1789, puis des 3 constitutions révolutionnaires, ont produit une littérature si abondante qu'il ne nous est pas possible d'en faire état sans surcharger un appareil critique déjà très dense.

²⁴ G. Glenard, « Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la constitution de 1791) », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 2000, n°32, p. 69-87.

²⁵ F. Saint Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, <http://www.juspoliticum.com/Regards-critiques-sur-la.html>

fondamental du terme, cette force obligatoire par laquelle on qualifie généralement une norme de juridique.

8. Si le législateur est la caution principale des droits déclarés, le système ne peut être totalement satisfaisant que s'il multiplie les garants susceptibles de pallier la négligence ou la faiblesse des citoyens et/ou de leurs représentants. Après avoir institué le corps judiciaire par la loi des 16-24 août 1790, les constituants confient à un tribunal spécial *établi auprès du corps législatif* la charge de sanctionner par voie d'annulation la violation des formes ou la contravention aux lois²⁶. Pour essentielle qu'elle soit, la fonction du tribunal de cassation ne lui assure aucune primauté institutionnelle²⁷. Il n'est que l'un des nombreux gardiens du temple de la légalité révolutionnaire. Par une instruction du 12 août 1790, la Constituante donne en effet aux directoires départementaux le pouvoir d'annuler les actes inconstitutionnels des corps municipaux, ou tout au moins de refuser de les mettre à exécution. Sans doute cette mesure trouvait-elle ses limites dans les situations où les départements étaient eux-mêmes à l'origine d'un arrêté contraire aux lois constitutionnelles. Ce fut l'une des raisons qui poussa les constituants à accorder au roi (15-27 mars 1791) et au conseil d'État (27 avril-25 mai 1791) un pouvoir d'annulation des actes administratifs inconstitutionnels²⁸.

9. C'est par le pluralisme institutionnel et la « distribution sagement combinée des divers pouvoirs » que la Constituante entend donc garantir effectivement les droits déclarés²⁹. Bien que les circonstances politiques éprouvent ce fragile *aggiornamento*, les révolutionnaires tiennent le cap et la constitution du 3 septembre 1791 consacre l'équilibre politique qui prévalait jusqu'alors. En confiant « le dépôt [de la Constitution] à la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français », l'antépénultième article de l'acte constitutionnel

²⁶ Décret des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, article 3 : [le tribunal de cassation] annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. Et jusqu'à la formation d'un Code unique des lois civiles, la violation des formes de procéder prescrites sous peine de nullité, et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'empire, donneront ouvertures à cassation. Sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après ».

²⁷ J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987.

²⁸ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, 1995, p. 43 et J.-L. Mestre dans L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 274-275.

²⁹ À l'instar de Target, la majorité des constituants estime que « les Droits de l'homme ne sont assurés qu'autant que les pouvoirs publics sont distincts et sagement distribués ». Cette vérité est ralliée par Rhedon. Pour lui, seule la constitution est en mesure d'assurer « la véritable garantie des droits ». « C'est la distribution sagement combinée des pouvoirs qui assure les droits des citoyens ; et tel est l'objet de la constitution » (A.P., t. VIII, p. 488).

pérennise la pratique antérieure. Les réclamations des citoyens continuent par conséquent à être portées à la connaissance de l'assemblée, de l'administration et/ou des tribunaux³⁰. Aucune procédure spéciale n'est donc destinée à sanctionner l'atteinte aux droits désormais garantis par la constitution³¹. La viabilité de l'édifice constitutionnel repose entièrement sur le respect scrupuleux de la légalité et de la distribution constitutionnelle des pouvoirs³².

10. Dans ces conditions, les auteurs ont longtemps considéré que la garantie des droits demeurerait avant tout théorique, mais des travaux récents ont levé le voile d'opacité que la spéculation doctrinale avait jeté sur la question de l'application des Déclarations des droits de l'homme par les institutions révolutionnaires. Aussi apparaissait-il nécessaire de soumettre à nouveau la question de l'effectivité des Déclarations de droits à l'épreuve de sources d'archives inédites et de mettre à profit les conclusions des dernières études sur le sujet.

11. L'examen des registres du conseil de justice et celui, renouvelé, des archives du conseil d'État et du tribunal de cassation offre la possibilité de traquer les références formelles aux Déclarations des droits. Le traitement systématique de ces occurrences donne des résultats inégaux : ayant cessé en 1792, l'activité du conseil d'État ne peut fournir qu'un aperçu partiel de l'application de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il en va de même du conseil de justice, puisque l'examen des deux cotes qui pouvaient jusqu'alors être consultées aux Archives nationales³³ ne révèle que des références à la première Déclaration des droits. Les archives du tribunal de cassation permettent en revanche d'envisager l'effectivité des

³⁰ Dans l'esprit de certains constituants, l'autorité saisie des réclamations est indifférente dans la mesure où les fonctions administrative et judiciaire se limitent toutes deux à assurer la bonne exécution des lois (M. Verpeaux, « Le pouvoir réglementaire sous la Révolution », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 17, 1993, p. 113-124, spéc. p. 118-119 ; du même auteur, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, 9, 1989, p. 33-44, spéc. p. 36-37).

³¹ C'est précisément le constat que fait Buzot lors de la lecture du projet de Constitution rapporté par Thouret : « Il ne suffit pas de dire (...) que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit (...) si vous examinez ce texte, vous verrez non pas que la Constitution me garantit des droits, mais que la Constitution promet que la loi me les garantira (...). Vous renvoyez [donc] aux législateurs jusqu'aux atteintes qu'on pourrait y porter » (A.P., t. XXIX, p. 271, cité par L. Jaume, « Garantir les Droits de l'homme : 1791-1793 », *La revue Tocqueville*, vol. XIV, n°1, 1993, p. 49-65, p. 51).

³² F. Saint-Bonnet, « La protection juridique des droits en 1791. Les Dispositions fondamentales garanties par la Constitution en débats », *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Litec, 2008, p. 359-371.

³³ L'activité du conseil de justice (31 janvier 1791-31 décembre 1791) est transcrite sur des registres conservés sous les cotes BB 29/1 et BB 29/2. La mise à jour du catalogue informatique vient toutefois révéler l'existence d'une cote (BB 29/3) que nous n'avons pas pu consulter. Peut-être recèle-t-elle des informations sur l'utilisation de la Déclaration de l'an I par le conseil de justice.

trois Déclarations de droits sur l'ensemble de la période étudiée. L'inégale durée de fonctionnement de ces trois institutions explique donc pourquoi la question de l'application des Déclarations des droits se décline au pluriel devant les corps judiciaires alors qu'elle demeure singulière devant les corps administratifs.

12. En outre, la mobilisation de ces textes fondateurs par des institutions aussi diverses que le conseil de justice, le conseil d'État, les tribunaux judiciaires ou le tribunal de cassation, devrait emporter reconnaissance de leur portée juridique. Les faits demeurent toutefois rétifs à une logique aussi expéditive. C'est la raison pour laquelle il est important de cerner au mieux les circonstances singulières qui présidèrent à l'usage de ces « maximes faussement paisibles »³⁴. Cette démarche nécessite certes de traquer les occurrences de ces textes, mais également de faire parler les silences de ces circonstances où la référence à l'une de leurs dispositions semble devoir s'imposer. C'est dans cette tension entre l'expressément dit et le non-dit que se situe la frontière entre le politiquement opportun et le juridiquement obligatoire. C'est dans cet espace *hétérotopie*³⁵ que les Déclarations de droits dévoilent leur statut si singulier.

13. Leur nature ambivalente les situe en effet aux confins du politique et du juridique. Parce qu'elles portent dans leurs flancs les vérités du droit naturel, elles remplissent une fonction essentiellement politique : fonder l'ordre juridique nouveau. Mais si l'on se plaît à souligner les vertus fondatrices de ces Déclarations, on néglige trop souvent leur force subversive. Parce qu'elles sont à la base de l'ordre juridique révolutionnaire, leurs dispositions peuvent être invoquées à tout moment contre la loi positive³⁶. Ainsi, lorsque le directoire du district fait afficher la loi du

³⁴ La formule est de Marcel Gauchet, *La Révolution des Droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 316.

³⁵ « Je rêve d'une science – je dis bien une science – qui aurait pour objet ces espaces différents, ces autres lieux, ces contestations mythiques et réelles de l'espace où nous vivons. Cette science étudierait non pas les utopies, puisqu'il faut réserver ce nom à ce qui n'a vraiment aucun lieu, mais les hétéro-topies, les espaces absolument autres ; et forcément, la science en question s'appellerait, s'appellera, elle s'appelle déjà « l'hétérotopologie » (M. Foucault, *Les Hétérotopies*, Nouvelles éditions Lignes, 2009, p. 25). On trouve une version raccourcie et remaniée des hétérotopies sous le titre, « Des espaces autres », dans *Dits et écrits II (1976-1988)*, Quarto, Gallimard, 2001, n°360.

³⁶ En l'absence d'organe spécial chargé de contrôler la conformité de la loi aux dispositions constitutionnelles, les réclamations des citoyens apparaissent comme le seul moyen efficace d'assurer une garantie effective des droits (L. Jaume, « Garantir les Droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 52). La solution n'est cependant pas sans danger : « pour que cette comparaison fût utile, il faudrait qu'il y eût un juge qui prononçât si il y a identité ou contradiction entre la loi et le principe dont on la rapproche ; mais ce juge n'existe pas ; mais le Préambule semble donner à chaque individu le droit d'être juge ». De deux choses l'une, par conséquent : ou bien la garantie représentée par la Déclaration devient illusoire, « si le corps législatif reste seul arbitre de ses propres décrets et de leur plus ou moins conformité avec le principe », ou bien elle devient dangereuse, « si ce jugement appartient au peuple à qui la Constitution interdit tout autre moyen que celui d'une inutile pétition, ou d'une insurrection subversive »

18 juillet 1791 contre la sédition, de nombreux citoyens « s'élèvent et déclarent publiquement et avec force contre la sagesse de ce décret qu'ils disent contraire aux droits de l'homme et à la liberté »³⁷. De la même manière, lorsqu'ils demandent l'annulation de certains arrêtés pris à l'initiative du directoire de la Haute-Garonne, les particuliers concernés fondent leurs réclamations sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁸.

14. Ainsi, qu'elles soient adressées aux corps législatif, administratif ou judiciaire, les réclamations ont toutes pour objet de contester la légalité d'actes jugés contraires aux principes déclarés. Toutefois, parce que ces actes déclaratoires ne peuvent rester éternellement suspendus telle des épées de Damoclès au-dessus du système juridique, les autorités constituées tentent de s'en emparer pour désamorcer leur puissance subversive et ne pas laisser perdurer le sentiment qu'en toute occasion le citoyen³⁹ peut s'affranchir de la loi en brandissant ces textes fondateurs. La mise en œuvre de leurs dispositions représente par conséquent un enjeu de premier ordre pour qui cherche à asseoir son autorité dans le jeu concurrent des nouveaux pouvoirs constitués. Si les citoyens n'hésitent pas à brandir ces nouvelles tables de la loi, le contexte politique et religieux contraint les corps administratifs supérieurs à composer avec la Déclaration des droits de l'homme.

15. Jusqu'au plus haut niveau de l'administration, on ne sollicite pas importunément les saintes maximes. Entre audace et pusillanimité, il n'y a qu'un pas et quiconque envisage d'inscrire son action sous la bannière de la Déclaration des droits de l'homme doit, au préalable, être capable d'évaluer la portée politique de sa décision. Agiter l'une de ses dispositions n'est jamais un acte anodin dans un domaine où les faits dictent leur loi (I).

16. Ce qui vaut pour l'administration, prévaut *a fortiori* devant des tribunaux qui ne fondent que très rarement leurs décisions sur les dispositions des Déclarations de droits et qui, par conséquent, semblent rechigner à l'idée d'en faire un élément incontournable de l'ordre juridique positif. Toutefois, bien que la mobilisation des Déclarations de droits relève d'une pure casuistique, le tribunal de cassation parvient à en tirer les dividendes politiques pour s'élever progressivement au niveau d'une instance juridictionnelle à part entière (II).

(Clermont-Tonnerre, *Analyse raisonnée de la Constitution*, Paris, 1791, p. 20-22, cité par M. Gauchet, *La Révolution des Droits de l'homme*, op. cit., p. 143-144).

³⁷ AN, BB 29/2, n°3069, *Conseil de justice*, séance du 14 août 1791.

³⁸ J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI de deux arrêtés du directoire de la Haute-Garonne », *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Litec, 2008, p. 175-183, p. 178-179.

³⁹ La proposition vaut que le citoyen occupe ou non des fonctions publiques.

I/ La Déclaration des droits de l'homme à l'épreuve des corps administratifs⁴⁰

17. Les premières années de la Révolution sont marquées par de nombreux affrontements qui opposent des « patriotes » à ceux que ces derniers désignent comme « aristocrates » ou « contre-révolutionnaires ». Lorsque ces troubles ne relèvent pas directement de la justice ordinaire ou de la justice politique⁴¹, il appartient aux corps administratifs de les faire cesser. Chargés de ramener la paix et la concorde dans une France profondément divisée, ils traquent tout « *abus d'autorité* » attentatoire à la liberté dans le cadre de leur « *droit de surveillance* »⁴².

18. La vigilance des municipalités, districts et autres départements trouve néanmoins sa limite lorsque ces corps sont eux-mêmes à l'origine d'actes liberticides. Alors que les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration avaient eu pour principale fonction de juguler l'excès de zèle patriotique de certaines municipalités⁴³, des corps administratifs continuent de sacrifier les droits de certains citoyens sur l'autel de la Révolution. Nombreux sont les arrêtés en effet qui portent atteinte à la liberté de prêtres insermentés ou de personnes suspectées de servir la contre-révolution.

19. Pour prévenir et faire cesser ces abus, les constituants ont organisé les corps administratifs sous un rapport de surveillance mutuelle et réciproque: tout en invitant les conseils et les directoires des départements à instruire le corps législatif des ordres du roi qui leur sembleraient

⁴⁰ En dépit de sa généralité, cet intitulé n'a pas la prétention de brosse un tableau synthétique de l'action des corps administratifs sous la Révolution (Sur ce point, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 41-65). Il vise simplement à suggérer quelques pistes de recherche élaborées sur la foi d'archives inédites et de travaux récents. Son caractère hypothétique prévaut d'autant plus que les sources mobilisées concernent une courte période (1790-1792).

⁴¹ J.-C. Gaven, *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique (1789-1791)*, thèse Droit, Toulouse, 2003.

⁴² Cette expression n'a, dans notre esprit, aucune portée conceptuelle. Nous l'avons simplement exhumée du *Procès verbal de la 3^e session du conseil de département de l'Isère* (ADI, L 58) parce qu'elle nous paraissait caractériser le sens et la nature de l'action administrative.

⁴³ Plus que par réaction à la pratique des lettres de cachet (J.-M. Carbasse, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », *Droits, Revue française de théorie juridique* 8, 1988, p. 123-134, spéc. p. 123 et 126), les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen furent adoptés pour faire cesser les nombreuses arrestations visant de prétendus contre-révolutionnaires, nobles ou membres du clergé, dont certains exerçaient des fonctions de député au sein de l'assemblée (R. Martucci, « En attendant Le Peletier de Saint Fargeau : la règle pénale au début de la Révolution », *AHRF*, n° 328, avril-juin 2002, p. 77-104, spéc. p. 93-94. Sur les circonstances de ce vote, S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 233-236).

contraires aux lois, les constituants ont doté le roi du pouvoir d'annuler les actes illégaux des départements, voire des districts dans les cas où leur illégalité aurait échappé à la vigilance des administrateurs départementaux⁴⁴. Les constituants ont également donné au roi, en sa qualité de « chef suprême de l'administration générale »⁴⁵, la faculté d'annuler tout acte administratif entrepris en dehors du champ de compétence circonscrit par la loi⁴⁶.

20. En bornant ainsi l'action des corps administratifs et en faisant du Corps législatif le point central de ce panoptique institutionnel⁴⁷, les constituants pensent assurer la garantie effective des droits déclarés. Encore faut-il pour cela emporter l'adhésion de chacun des acteurs. En l'absence de juge de l'administration⁴⁸, l'efficacité du contrôle de la légalité repose essentiellement sur « la confiance dans la rectitude des autorités administratives »⁴⁹, la coopération des corps constitués⁵⁰ et l'efficacité du

⁴⁴ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 43.

⁴⁵ Cette qualité sera consacrée par l'article 1^{er}, chap. IV, Tit. III de la constitution du 3 septembre 1791.

⁴⁶ J.-L. Mestre, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *Études et documents du conseil d'État*, n°43, 1992, p. 280-298.

⁴⁷ À l'instar de la loi du 17-14 octobre 1790 qui prévoit que « dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif », la loi des 15-27 mars 1791 « invite les conseils et les directoires des départements à instruire le Corps législatif des ordres du roi qui leur sembleraient contraires aux lois » (F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 43). Cette compétence extraordinaire de l'Assemblée constituante a conduit André Castaldo à écrire que celle-ci avait, dès 1789, exercée « une dictature illimitée dans tous les domaines » (A. Castaldo, *Les méthodes de travail de la Constituante*, Paris, PUF, 1989, p. 35). Il faut toutefois garder à l'esprit que les constituants voulaient avant tout « éviter que les membres des administrations de départements et de districts soient livrés à l'arbitraire du monarque et des ministres » (J.-L. Mestre, « Séparation des pouvoirs et contrôle de l'administration au début de la Révolution française (1789-10 août 1792) », R. Martucci (dir.), *Constitution et Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, 1995, p. 457-474, p. 463).

⁴⁸ La proposition faite par Thouret « d'établir dans chaque département un tribunal d'administration » (AP, t. X, p. 718, 22 décembre 1789) fut écartée par la Constituante qui préféra attribuer des fonctions contentieuses aux corps administratifs. Contrairement à ce qu'on a pu affirmer, cette solution ne semble pas découler d'un « silence » de la loi des 16-24 août 1790 (P. Binczak, « Un silence fondateur (réflexions sur la loi des 16-24 août 1790) », *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, dans G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, 2006, p. 73-102), mais de considérations « d'opportunité » (François Burdeau l'affirme, quoique de manière sibylline, dans son *Histoire du droit administratif français* (p. 49). Pour une explication plus fouillée, Simon Gilbert, *Le juge judiciaire gardien de la propriété privée immobilière. Étude de droit administratif*, thèse Droit Nantes, 2006, p. 142-178. Sur cette question encore, J.-L. Mestre, « Administration, justice et droit administratif », *Annales historiques de la Révolution*, n°328, 2002, p. 61-75. Cet article peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : <http://ahrf.revues.org/document608.html>).

⁴⁹ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif français*, op. cit., p. 42.

⁵⁰ Pour une illustration des difficultés consécutives aux troubles révolutionnaires dans le cadre de la monarchie constitutionnelle, B. Gauthier, « Les relations entre le pouvoir central et les administrations locales sous la monarchie constitutionnelle (1789-1792) »,

contrôle hiérarchique institué par les lois du 14 décembre 1789, du 22 décembre 1789, des 15-27 mars 1791 et des 27 avril-25 mai 1791⁵¹.

21. Toutefois, le cours des événements parasite le bon fonctionnement des institutions. L'étude de la pratique administrative des premières années de la Révolution révèle en effet que la sanction hiérarchique des actes attentatoires à la liberté des citoyens demeure soumise à des contraintes qui relèvent moins de la technique juridique que de l'opportunisme politique. Si la Déclaration des droits de l'homme participe pleinement de la politique de prévention des actes liberticides menée par le conseil de justice, il est en revanche beaucoup plus périlleux pour le conseil d'État en particulier de fonder une annulation sur l'un de ses articles.

A/ La Déclaration des droits de l'homme et la prévention des actes liberticides

22. Le conseil de justice fait partie de ces institutions dont la discrétion n'a d'égale que l'importance qu'elles ont eue dans l'exécution des réformes entreprises par la Constituante. Établi auprès du roi, il a pour fonction de régler les difficultés que les tribunaux rencontrent dans la mise en œuvre des lois judiciaires⁵². Son action révèle les arcanes d'une forme originale de contrôle opérant en marge de toute action contentieuse. Composé de deux sections de deux membres présidées, l'une par le roi et l'autre par le ministre de la justice, le conseil de justice joue en quelque sorte le rôle d'une chambre des requêtes qui peut prendre la forme d'une assemblée générale hebdomadaire réunissant les deux sections lorsqu'il s'agit de « décider des questions qui [présentent] ou un très grand intérêt ou des difficultés sérieuses »⁵³.

L'administration territoriale de la France (1750-1940), Actes du colloque d'Orléans des 30 septembre, 1^{er} et 2 octobre 1993, PUO, 1998, p. 291-304.

⁵¹ La rationalisation des corps administratifs est assurée par les lois du 14 décembre 1789, qui confie la surveillance des magistrats municipaux aux corps administratifs supérieurs, du 22 décembre 1789 qui conforte le contrôle hiérarchique en subordonnant les arrêtés des districts et des départements à l'homologation de l'autorité administrative supérieure, des 15-27 mars 1791 enfin qui dote le roi d'un pouvoir d'annulation des actes administratifs des départements et des districts. Ses attributions seront encore renforcées par la création du conseil d'État par la loi des 27 avril-25 mai 1791 (F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 43).

⁵² L'activité du conseil (31 janvier 1791-an II) est transcrite sur des registres conservés aux Archives Nationales sous les cotes BB 29/1, BB 29/2 et BB 29/3. Lors de nos recherches, seules les deux premières cotes étaient accessibles. Un reclassement récent du fonds qui a permis d'en exhumer une troisième, mais il ne nous a pas été possible de la consulter. Les conclusions que nous pourrions tirer de l'activité du conseil de justice demeurent donc partielles.

⁵³ AN, BB 29/1, f^o 1.

23. Véritable pivot de l'action administrative en matière judiciaire, le conseil de justice se révèle très respectueux de la séparation des pouvoirs et veille à ne jamais se substituer aux tribunaux. Lorsque l'occasion lui est donnée de préciser l'étendue de ses attributions et la portée de ses décisions, il ne manque pas de souligner que « le ministre de la justice n'a point d'avis, [qu']il ne peut ni ne doit influencer le jugement du tribunal qui doit trouver dans sa sagesse et dans la loi la règle de sa conduite »⁵⁴.

24. Parce que « le conseil de justice n'est point un tribunal »⁵⁵, la portée – et par conséquent l'efficacité – de ses décisions est aléatoire. « Les décisions du conseil de justice sont des décisions privées qui ne peuvent être d'aucune utilité pour des cas qui ne seraient pas parfaitement les mêmes que ceux dans lesquels elles ont été rendues ; d'ailleurs ce sont plutôt de simples avertissements que des décisions »⁵⁶. Il n'est guère surprenant dès lors que certains aient pu douter de l'autorité des décisions du conseil de justice. Aussi est-il parfois contraint d'en préciser la nature en indiquant aux juges d'un tribunal de district qu'ils « se trompent en prenant la décision du ministre pour un avis de jurisconsulte. Lorsque le ministre à sous les yeux leur opinion, il l'adopte ou la rejette à son gré. Dans le premier cas, elle devient la sienne, et aux termes de la loi, il l'envoie comme avertissement aux personnes qui le consultent »⁵⁷.

25. À l'instar des nombreux actes à la nature juridique incertaine qui émanaient alors des organes exécutifs⁵⁸, les avertissements du conseil de justice pouvaient souffrir d'un déficit d'autorité et l'on mesure ici l'intérêt que pouvait représenter la Déclaration des droits de l'homme. Avec seulement trois références expresses à l'une de ses dispositions sur 4774 décisions rendues pour l'année 1791, nul ne peut soutenir cependant que le recours au texte fondateur fut une panacée pour le conseil de justice. Aussi apparaît-il opportun de discriminer les situations dans lesquelles le recours à la Déclaration put s'imposer, de celles qui, au contraire, en proscrivirent l'usage.

26. Il est tout d'abord assez remarquable de constater que la mention explicite d'un de ses articles n'intervient jamais que pour prévenir des pratiques ou usages anciens qui seraient contraires aux principes de l'ordre nouveau. Encore faut-il de surcroît que l'affaire n'affiche pas une trop haute densité politique. Ainsi, à un commissaire du roi qui lui rend compte de l'arrestation d'un nommé Chauvin présenté comme « mauvais sujet, dont la vie entière est un scandale, qui est le fléau d'une famille et la terreur des municipalités », le conseil de justice rappelle que la détention de l'individu

⁵⁴ AN, BB 29/2, 9 août 1791, n°2974.

⁵⁵ AN, BB 29/2, 17 août 1791, n°3088.

⁵⁶ AN, BB 29/1, 22 avril 1791, n°985.

⁵⁷ AN, BB 29/1, 29 juin 1791, n°2351.

⁵⁸ M. Verpeaux, « Le pouvoir réglementaire sous la Révolution », *op. cit.*, p. 118-121.

est contraire à la loi du 24 août 1790⁵⁹ et surtout à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'après lequel « nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi selon les formes qu'elle a prescrites »⁶⁰. Il lui arrive également de juguler le zèle d'un accusateur public qui projette de faire arrêter un « curé rebelle à la loi du serment », en invitant l'accusateur à « respecter les principes constitutionnels » et en lui rappelant que « la Déclaration des droits de l'homme veut que nul ne soit accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi. Or le cas dont il s'agit n'a été prévu par aucune loi »⁶¹.

27. Dans de telles situations, le conseil de justice s'érige en gardien de la légalité et son action se décline sur une gamme qui s'étend de la simple exhortation à se conduire avec plus de prudence⁶² au renvoi au ministre de l'Intérieur en vue de l'annulation éventuelle des arrêtés inconstitutionnels des municipalités, districts et autres départements⁶³. Toutefois avant d'en arriver à cette dernière extrémité, le conseil de justice tente de juguler la ferveur patriotique de certains corps administratifs. Ainsi par exemple un religieux qui n'avait pas prêté le serment fut prié « par sa municipalité de chanter un service pour M. de Mirabeau ». Son refus, « fondé sur ce que dans les obligations que lui imposaient sa qualité de pasteur, il ne trouvoit pas celle qu'on vouloit exiger de lui », provoqua la réaction du procureur de la commune qui, sur l'autorisation du département, le dénonça à l'accusateur public⁶⁴. Saisi de cette difficulté, le conseil de justice rappelle à la municipalité que « la liberté des opinions religieuses ne permet pas de regarder comme un délit les refus faits par un curé non sermenté non encore remplacé de déférer à la réquisition d'un directoire d'un département en ce qui concerne l'exécution de ses fonctions sacerdotales. On ne peut que pousser à son remplacement, tant à défaut de prestation de serment qu'à raison du refus qu'il fait d'exercer les fonctions de son ministère de la manière déterminée par la discipline générale de l'église à

⁵⁹ L'article 15 du titre 10 de ce décret prévoyait qu'en cas de mécontentement sur la conduite d'un enfant, ses parents pourraient porter leur plainte « au tribunal domestique de la famille assemblée au nombre de huit parents les plus proches ».

⁶⁰ AN, BB 29/1, 19 mai 1791, n°1731.

⁶¹ La décision du conseil de justice poursuit ainsi : « le cas rapporté n'étant prévu par aucune loi », il ne saurait dès lors, « suivant les maximes consacrées par la Constitution, donner lieu à des poursuites extraordinaires » (AN, BB 29/2, 24 août 1791, n°3172).

⁶² Dénoncé par le curé au juge de paix, un jeune marchand, qui était passé « au milieu du cortège du Saint-Sacrement sans vouloir arrêter la voiture qu'il conduisait ni se découvrir la tête quoiqu'averti plusieurs fois », avait été condamné « à payer une amende de trois livres aux pauvres et à assister à la grand messe paroissiale du dimanche et à vêpres » sous peine d'avoir à purger un mois de prison. Estimant le jugement « inconstitutionnel puisqu'il attaque la liberté d'opinion religieuse », le conseil de justice exhorta le juge de paix « à se conduire avec plus de prudence » (AN, BB 29/2, 28 novembre 1791, n°4368).

⁶³ AN, BB 29/2, 31 août 1791, n°3284.

⁶⁴ AN, BB 29/1, 8 mai 1791, n°1391.

laquelle les fonctionnaires publics ecclésiastiques salariés par l'État sont tenus de se conformer »⁶⁵.

28. Dans les affaires qui menacent la liberté de citoyens qui n'entendent pas marcher au pas cadencé de la Révolution, le conseil de justice n'hésite pas à étalonner son contrôle sur les principes contenus dans la Déclaration des droits de l'homme. Les registres du conseil de justice recèlent en effet de nombreuses lettres, adressées par des particuliers, des juges ou, le plus souvent, par des commissaires du roi établis auprès des tribunaux, dont l'objet est de faire cesser des arrestations arbitraires ou de mettre fin aux atteintes portées par les corps administratifs à la liberté des opinions religieuses.

29. S'il tente à l'occasion de limiter le prosélytisme religieux des prêtres constitutionnels au nom de « la liberté de conscience »⁶⁶, il éprouve des difficultés à contrarier l'exécution d'actes illégaux qui émanent des municipalités, des districts ou des départements. De telles affaires sont généralement portées à sa connaissance par des tribunaux qui ont été saisis par des citoyens menacés dans leur liberté. Bien qu'ils aient la possibilité de dénoncer ces illégalités au corps législatif⁶⁷, la solution de proximité offerte

⁶⁵ *Ibid.* Il est intéressant de noter que le conseil de justice semblait désireux de dévoiler le fond de sa pensée avant qu'un éclair de lucidité ne le ramenât à la raison... politique. Alors qu'il s'apprête à rédiger un nouveau paragraphe en des termes très explicites (« Le conseil pense aussi que dans l'espèce proposée »), la phrase s'interrompt brutalement. À en croire les phrases biffées par ailleurs, on mesure combien le conseil de justice a, dans cette affaire, pesé chacun de ses mots.

⁶⁶ Sur la plainte d'un curé constitutionnel de ce que plusieurs enfants nés sur la paroisse avaient été baptisés à la maison des père et mère, un commissaire du roi s'adresse au conseil de justice pour savoir si, « aujourd'hui que la liberté des opinions religieuses est formellement déclarée par les décrets de l'Assemblée nationale en son instruction du 21 janvier 1791 sur la constitution civile du clergé », il est possible « d'admettre la prétention d'un curé (...) persuadé qu'il faut requérir des jugements qui obligeraient les parents à présenter leurs enfants à l'église pour y recevoir le baptême ». Le conseil de justice lui répond que « les parents offrant de faire sur le registre de la déclaration de naissance de l'enfant, on ne peut exiger d'eux autre chose. La liberté de conscience ne permet pas de les obliger à faire baptiser l'enfant à l'église » (AN, BB 29/2, 9 septembre 1791, n°3370). Pour une décision fondée sur « les lois sur la liberté du culte et les opinions religieuses », AN, BB 29/2, 23 septembre 1791, n° 3499. Bien que le conseil de justice ne fasse que mettre en oeuvre la politique religieuse de la Constituante, il est parfois conduit à combler les lacunes de la loi. À un commissaire du roi qui se demande si les jugements condamnant un père à se décharger de son enfant illégitime devaient, « suivant l'ancienne formule, lui enjoindre de l'élever dans la religion catholique apostolique et romaine ou seulement dans les principes de la constitution française », le conseil de justice opte pour la seconde proposition (AN, BB 29/2, 8 décembre 1791, n° 4483). De la même manière, lorsqu'un maire l'interroge pour savoir si le décret du 19 juillet 1791 « a entendu laisser la liberté aux marchands d'établir et vendre, aux aubergistes cabaretiers et cafetiers de donner à boire à manger les jours de dimanches et fêtes pendant les offices ou si les maires de chaque municipalité doivent faire respecter les anciens règlements », le conseil de justice fait valoir que « la liberté des cultes religieux ne permet pas l'application des anciens règlements dans le cas dont on parle » (AN, BB 29/2, 9 décembre 1791, n°4528).

⁶⁷ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 43.

par les tribunaux est une garantie plus immédiate, et souvent plus efficace, dans des situations où l'urgence prévaut. C'est pour cette raison que des juges peuvent être amenés à s'opposer aux décisions de l'administration en ordonnant la remise en liberté de citoyens illégalement arrêtés⁶⁸.

30. Les circonstances peuvent alors placer les tribunaux devant un dilemme insoutenable : ou bien ils respectent l'interdiction qui leur est faite de s'immiscer dans les fonctions administratives, ce qui revient à cautionner la politique répressive des corps administratifs ; ou bien ils font fi de cette interdiction et fondent la remise en liberté sur la Déclaration des droits de l'homme, ce qui revient à accorder le bénéfice de ses dispositions protectrices à des individus qui, dans l'opinion commune, passent pour des ennemis de la Révolution ! Dans un contexte politique devenu explosif depuis que le pape a rejeté la constitution civile clergé, un certain nombre de municipalités, de districts et de départements poursuivent les prêtres non assermentés pour « prédication antirévolutionnaire ». Ainsi, en exécution d'un arrêté du département du 1^{er} juin 1791, le district de Josselin ouvre « une information sommaire » à l'encontre d'un certain Gilbert. Des témoins ayant déposé contre lui, le prêtre s'en remet au tribunal de district qui, le 16 août 1791, rend une sentence fondée sur la Déclaration des droits de l'homme⁶⁹. Par ce qu'elle met ainsi en échec la politique répressive des corps administratifs, la décision du tribunal déchaîne la colère du procureur syndic du district⁷⁰ et conduit le département à ordonner, par un arrêté du 20 août, la détention de Gilbert à Port-Louis. Cet ordre ayant été mis à exécution⁷¹, le commissaire du roi près le tribunal de district dénonce

⁶⁸ J.-L. Debauxe, *La justice révolutionnaire dans le Morbihan. Essai sur l'organisation judiciaire du Morbihan de 1790 à 1795*, Paris, 1965, p. 124.

⁶⁹ « Attendu que l'État de l'homme est provisoire et qu'il doit jouir de la liberté qui lui est garantie par la Déclaration solennelle des droits de l'homme jusqu'à ce qu'il en ait été privé par un jugement légal... Qu'un des articles de la Déclaration des droits de l'homme porte que nul ne peut être accusé ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, selon les formes qu'elle a prescrites, que ceux qui sollicitent, expédient ou exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; que le sieur Gilbert n'ayant pas été dénoncé à l'accusateur public seul compétent est présumé de droit innocent... Le tribunal déclare que Nicolas Allain Gilbert prêtre est placé sous la sauvegarde de la loi et de la justice ; fait en conséquence défense à qui que ce soit d'attenter à sa personne et à sa liberté en matière quelconque sous les peines qui y échéent, sauf à le dénoncer à l'accusateur public s'il y a lieu » (*Ibid.*, p. 124).

⁷⁰ « Coupables d'inaction », les membres du tribunal auraient dû condamner le prêtre, « sans y être excités que par leur propre indignation et par leur devoir ». En s'abstenant de le faire, les juges se sont conduits en « serviteurs ou du moins en protecteurs des ennemis de la Constitution ». Aussi, dans son courrier adressé à l'administration départementale, écrit-il que « le tribunal du district de Josselin ne peut au terme de l'article 3 de la loi constitutionnelle sur l'organisation judiciaire s'immiscer dans les fonctions administratives et qu'il est par conséquent sans qualité pour mettre sous la sauvegarde de la loi un prêtre fanatique qui lui est sans cesse rebelle et qui se trouve en conséquence dans le cas de l'arrêté du premier juin » (*Ibid.*, p. 124).

⁷¹ Des membres du directoire du district, accompagnés par un détachement de la garde nationale et les hommes d'un régiment, se seraient assurés de la personne du prêtre à 4 h 30 du matin, après avoir enfoncé sa porte.

l'arrestation du prêtre au ministre de la justice⁷². Estimant la conduite du directoire du district « illégale, arbitraire, contraire à la Déclaration des droits de l'homme et à la Constitution », le Conseil de justice saisit le ministre de l'Intérieur en vue de faire ordonner l'annulation de l'arrêté en cause et la remise en liberté du sieur Gilbert⁷³.

31. Illustrant les tensions récurrentes entre les autorités administrative et judiciaire, ce cas témoigne de l'effectivité d'une Déclaration des droits d'abord conçue pour guider les pouvoirs publics et qui, en définitive, permet de juguler l'excès de zèle patriotique d'administrateurs qui seraient allés au delà des principes constitutionnels. En dépit de l'interdiction faite aux tribunaux par la loi des 16-24 août 1790 d'intervenir dans les matières qui relèvent de l'administration⁷⁴, les conflits de compétences se multiplient. Lorsqu'ils ne sont pas arbitrés directement par l'Assemblée nationale⁷⁵, le conseil de justice invite les protagonistes à respecter la légalité constitutionnelle. Avant de dénoncer les arrêtés illégaux au ministre de l'Intérieur, il peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, inviter un

⁷² À en croire les archives parlementaires, Gilbert n'était pas le seul à bénéficier de ce traitement de défaveur. Dans un rapport présenté à l'Assemblée au début de l'année 1792, le ministre de l'Intérieur Cahier de Gerville dénonçait l'arrestation de 45 prêtres non conformistes, détenus « sans forme de procès » sur les ordres du département du Finistère, et qui sollicitaient leur élargissement (AP, t. XXXVIII, 28 février 1792, p. 622).

⁷³ AN, BB 29/2, 28 août 1791, n°3231.

⁷⁴ Art. 13, tit. 2 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil d'État, à partir de 1788*, Guyot, 1834, t. 1, p. 361-377). Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire avait déjà été formulé par la loi du 22 décembre 1789 qui disposait (art. 7, sect. 3) que « les administrateurs de département et de district ne pourront être troublés dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire ». Il sera ensuite conforté par les lois des 7-14 octobre 1790 et par la Constitution du 3 septembre 1791 (Tit. III, Ch. V, art. 3).

⁷⁵ C'est encore à propos de difficultés survenues dans la ville d'Amiens au sujet des fonctionnaires ecclésiastiques qui refusent de prêter le serment que Chasset, rapportant devant l'assemblée au nom des comités ecclésiastique et de constitution, présente une dénonciation contre le tribunal de district d'Amiens, accusé d'avoir empiété sur les fonctions administratives. Celui-ci s'était en effet opposé à un arrêté du directoire du département du 17 janvier 1791 qui avait chargé la municipalité de pourvoir au remplacement de prêtres suspectés d'avoir dévoyé le serment. Par une délibération, le tribunal de district avait renvoyé l'affaire devant les députés, non sans avoir considéré qu'en l'absence de jugement de l'Assemblée nationale, les curés devaient reprendre leurs fonctions, jusqu'à ce qu'ils aient été remplacés. Suivant le rapporteur, la Constituante annulait alors la décision du tribunal de district (Séance du 25 janvier 1791, AP., 1^{ère} série, t. XXII, p. 487-492) pour des raisons qui tenaient plus, l'intervention de Barnave en témoigne, de la raison politique que de la volonté de faire triompher la règle juridique de séparation des autorités administrative et judiciaire (T. Le Yoncourt, « Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution », *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, dans G. Bigot, M. Bouvet (dir.), Litec, 2006, p. 31-71, spéc. p. 42-44).

département à sévir contre une municipalité qui aurait commis des « actes tyranniques... contraires à la liberté religieuse »⁷⁶.

32. Le recours à la voie hiérarchique n'est cependant pas toujours efficace. Bien que rappelée à l'ordre par le directoire du département du Bas-Rhin⁷⁷, une municipalité avait fait baptiser un enfant avant de le mettre en nourrice chez une femme chrétienne aux frais de la commune. Sa mère avait donc saisi le tribunal de district aux fins de remise de l'enfant. Hésitant sur la conduite à tenir le tribunal avait sollicité l'avis du conseil de justice qui avait décidé de renvoyer la question à « M. de l'Essart pour faire annuler la délibération inconstitutionnelle de la municipalité, réprimer sa violence et la rappeler à l'ordre »⁷⁸.

33. Si la solution est aisée lorsque les tribunaux ne se sont pas encore prononcés, il en va différemment lorsqu'ils ont pris l'initiative d'agir à la limite ou en marge de la légalité. Écrivant aux membres du tribunal de « Wissenbourg relativement à l'arrêté par lequel ils ont décidé que Messieurs Buelle et Funch leurs collègues seraient tenus de s'abstenir de toute fonction », le ministre de la justice « leur a marqué que cet arrêté était trop contraire à l'esprit de la constitution pour qu'il subsiste ; qu'en effet suivant la Déclaration des droits, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, que nul ne peut être puni qu'en vertu de la loi ; que tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; que l'article 8 du titre 2 de la loi du 24 août 1790 porte à l'égard des juges qu'ils ne pourront être destitués que pour forfaiture dûment jugée par juges compétents ; que l'arrêté dont il s'agit blesse les principes d'égalité, de sagesse que la raison et la justice ont établis ; qu'il préjuge que Messieurs Boell et Funch sont coupables quoique néanmoins ils ne soient pas encore légalement accusés ; qu'il leur inflige une peine et que rien n'établit encore qu'ils l'aient méritée ; qu'enfin il les destitue provisoirement quoiqu'il n'y ait point de forfaiture jugée. Le ministre ajoute qu'il n'excuse point les deux juges, mais qu'il ignore s'ils ne prévariquaient, s'ils ont forfait, qu'avec la loi ils sont présumés innocent jusqu'à ce qu'ils aient été déclarés coupables ; que s'ils sont criminels ils doivent être punis, mais par les lois ordinaires »⁷⁹. Ce rappel des fondamentaux de l'ordre

⁷⁶ Dans sa réponse, le conseil de justice envisage de « dénoncer au ministre de l'Intérieur le procès-verbal ci-joint du 18 décembre » qu'il qualifie d'« attentat contre la liberté du culte religieux ». Il poursuit néanmoins par une suggestion : « peut-être le département croira-t-il qu'il y a lieu de suspendre de leurs fonctions ceux des officiers municipaux qui se sont permis les voies de fait dont il s'agit et même de les dénoncer aux tribunaux » (AN, BB 29/2, 31 décembre 1791, n°4774).

⁷⁷ Ce directoire avait été saisi par un dénommé Hélias Salomon d'une demande de remise en liberté d'une fille juive enceinte de ses oeuvres et placée chez une sage-femme pour y être gardée à vue.

⁷⁸ AN, BB 29/2, 31 août 1791, n°3284. Une intervention du ministre de l'Intérieur Cahier de Gerville atteste que cet acte, ou un autre semblable, était connu de l'Assemblée (AP, t. XXXVIII, 18 février 1792, p. 624)

⁷⁹ AN, BB 29/2, 30 août 1791, n°3258.

judiciaire est d'une efficacité toute relative car les juges interpellés répondent « qu'avant de soumettre leur volonté aux autorités citées par le ministre », ils veulent justifier leur action par les « principes constitutionnels posés par les législateurs dans la Déclaration des droits de l'homme ». Ils entendent en effet ne pas vouloir « ternir dès l'origine l'ouvrage immortel des législateurs de la France », et mettre en garde sur les conséquences de « l'annulation de l'arrêté relativement aux ennemis de la chose publique qui cherchent toutes les occasions possibles de jeter le ridicule (...) sur les nouveaux établissements et sur les partisans du nouvel ordre »⁸⁰. Confronté au dévouement patriotique de juges qui s'appuient sur la Déclaration des droits de l'homme, le conseil de justice n'estime pas opportun dans sa réponse de convoquer à nouveau un texte qui, en l'espèce, ne manque pas de courtisans.

34. Dans une France déchirée entre sectateurs et contempteurs de la Révolution, les patriotes revendiquent la Déclaration des droits de l'homme pour s'affranchir de la légalité lorsqu'ils estiment qu'elle dessert la cause révolutionnaire. Ainsi, lorsque le 2 août, « le directoire [fait] afficher et publier la loi du 18 juillet contre la sédition, plusieurs clubistes prétendus patriotes s'élèv[ent] et déclar[ent] publiquement et avec force contre la sagesse de ce décret qu'ils [disent] contraire aux droits de l'homme et à la liberté »⁸¹. Le dénommé Durand, officier municipal, va même jusqu'à « afficher sur la porte de sa boutique un placard portant ces mots : la constitution ou la mort »⁸². Parce qu'il estime qu'un tel comportement constitue « une contravention formelle à l'article premier de la loi du 8 juillet dernier et un cri de révolte capable d'échauffer les têtes au point de faire assassiner les citoyens paisibles que le peuple égaré appelle aristocrates », le commissaire du roi du district de Millau en réfère à sa hiérarchie afin de savoir si « il n'est pas de son devoir de requérir le tribunal d'enjoindre à l'accusateur public de porter plainte contre les auteurs de ces délits et les poursuivre suivant la rigueur des lois »⁸³.

35. Les motifs qu'il avance alors témoignent du climat délétère qui règne en cet été 1791. Le commissaire du roi dresse en effet un tableau peu flatteur des fauteurs de troubles, ces « clubistes prétendus patriotes » qui souffrent la comparaison avec « ceux qu'on appelle dans le pays aristocrates », ces citoyens honnêtes et tranquilles « qui pensent et agissent comme le tribunal et moi c'est-à-dire qui ont pour le roi un respect et un amour inviolable qui exécutent les lois et y obéissent... sans réserve, ne restent jamais en arrière et ne dépassent jamais, paient exactement les impôts et ne cessent de prêcher l'obéissance à la loi, le respect aux puissances, la paix, l'union et la

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ AN, BB 29/2, 14 août 1791, n°3069.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

concorde entre les citoyens »⁸⁴. La réponse que lui adresse le conseil de justice est empreinte d'une opportune prudence politique qui sied fort à la circonstance : « le commissaire du roi peut avertir l'accusateur public lorsqu'il y a lieu, mais le ministre l'exhorte à se méfier de son zèle. Il n'y a rien de criminel dans la conduite du sieur Durand. La constitution ou la mort est le serment de tout citoyen ».

36. Affirmer la primauté de la Déclaration des droits de l'homme sur le droit positif étant un appel à l'insurrection permanente contre les lois, il est de la responsabilité du roi et de ses ministres de juguler l'excès de zèle des fonctionnaires subordonnés afin de maintenir l'unité et la concorde nécessaire en ces temps si troublés. Pragmatique, le conseil de justice adopte alors une position de neutralité axiologique ; il se garde bien d'invoquer les principes du droit naturel lorsqu'il entend assurer la bonne exécution des lois. L'attitude du conseil de justice dans l'affaire de Bastia en témoigne. Des événements survenus dans cette ville avaient conduit l'administration à faire enfermer 34 personnes qui s'en étaient remis au tribunal de district de Corte pour faire prononcer leur remise en liberté. Deux d'entre elles ayant obtenu gain de cause, le procureur syndic du département s'opposait à l'exécution du troisième jugement en interdisant aux geôliers de les libérer, sous peine de la « perte de son emploi » pour l'un d'eux et « d'être fusillé » pour l'autre⁸⁵. Le tribunal de district n'avait alors pas d'autre moyen pour faire cesser le bras de fer engagé entre les corps administratif et judiciaire que de dénoncer les faits tant à l'Assemblée nationale qu'au pouvoir exécutif. Seulement, entre l'envoi de la lettre (8 septembre) et sa prise en considération par le conseil de justice (6 octobre), un décret (13 septembre) suivi d'une loi (14 septembre) étaient intervenus consécutivement à l'acceptation de la constitution par le roi⁸⁶. Lafayette avait alors proposé de « s'associer au sentiment que le roi a témoigné sur la cessation de toutes les poursuites relatives aux événements de la Révolution »⁸⁷. Complété par la loi du 14 septembre⁸⁸, ce décret épargne au conseil de justice d'avoir à se prononcer sur les événements survenus à Bastia⁸⁹.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ AN, BB 29/2, 6 octobre 1791, n°3665.

⁸⁶ AP, t. XXX, 13 septembre 1791, p. 620-621.

⁸⁷ AP, t. XXX, 13 septembre 1791, p. 621.

⁸⁸ « L'Assemblée nationale considérant que l'objet de la Révolution française a été de donner une constitution à l'empire et qu'ainsi la Révolution doit prendre fin au moment où la constitution est achevée et acceptée par le roi ; considérant qu'autant il serait désormais coupable de résister aux autorités constituées et aux lois, autant il est digne de la nation française d'oublier les marques d'opposition dirigées contre la volonté nationale lorsqu'elle n'était pas encore généralement reconnue ni solennellement proclamée ; qu'enfin le temps est venu d'éteindre toute les dissensions dans un sentiment commun de patriotisme, de fraternité et d'affection pour le monarque » (AP, t. XXX, 13 septembre 1791, p. 632).

⁸⁹ « Les procédures instruites contre les auteurs fauteurs et adhérents des troubles survenus à Bastia se trouvent abolis par la loi du 15 du mois dernier ». Cela ne l'empêche pas d'écrire « au ministre de l'Intérieur pour l'instruire de la conduite du procureur général syndic qui est très inconstitutionnelle » (AN, BB 29/2, 6 octobre 1791, n°3665). Si les faits sont abolis, le

L'approbation de la constitution par le roi a donc un effet immédiat sur la politique du conseil de justice. Saisi par un commissaire du roi d'une énième question relative à des « prêtres non conformistes » qui célèbrent les fêtes chrétiennes et font publiquement le catéchisme⁹⁰, le conseil de justice répond par un laconique « *laissez-les faire...* »⁹¹ !

37. Quels enseignements peut-on tirer de l'activité du conseil de justice ? Par-delà son rôle essentiel de garant de la légalité constitutionnelle, son intervention n'est jamais aussi efficace que lorsqu'on sollicite son conseil et qu'aucune initiative n'a encore été prise par les tribunaux qui demeurent ses subordonnés dans l'exécution des lois. Il ne craint pas alors de solliciter la Déclaration des droits de l'homme pour préserver ce qui peut l'être. Un dernier exemple achèvera de convaincre : sollicité pour déterminer si « un curé rebelle à la loi du serment, mais exerçant encore ses fonctions publiques, parce qu'il n'a pas été encore remplacé, peut, sans commettre un délit, faire usage des dispenses qu'a laissées dans ses mains son évêque fugitif et légalement destitué », il répond que la « conduite des curés est très répréhensible sans doute et le zèle de M. l'accusateur public digne de grands éloges mais il faut respecter les principes constitutionnels. M. l'accusateur n'ignore pas que la Déclaration des droits de l'homme veut que « nul ne soit accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi ». Or le cas dont il s'agit n'a été prévu par aucune loi. Aucune loi ne l'a rangé dans la classe des délits. Il ne peut donc suivant les maximes consacrées par la constitution donner lieu à des poursuites extraordinaires »⁹².

38. En revanche, lorsque les tribunaux ont pris l'initiative d'entraver les décisions de l'administration, il n'a d'autre choix que d'assurer la séparation des autorités administrative et judiciaire. Il se garde alors de convoquer les principes de la Déclaration et se prive ainsi de la possibilité d'imposer une solution définitive. Tel n'est pas son rôle. Seuls les départements et le conseil d'État sont, *a priori*, en mesure de remplir une telle fonction.

ministre de l'Intérieur peut toujours, en vertu de la loi des 15-27 mars 1791, suspendre les fonctionnaires des districts ou des départements.

⁹⁰ Le commissaire du roi fait valoir que « la constitution assure à tout français la liberté d'exercer le culte religieux auquel il est attaché » et s'inquiète de ce que « les prêtres non-conformistes de Pamiers [prêchent] sur la morale en ne respectant pas la constitution civile du clergé ». D'où son interrogation : « sur les fêtes célébrées, peuvent-ils faire publiquement le catéchisme, confesser et administrer les sacrements sans que personne puisse les y troubler ? » (AN, BB 29/2, 2 novembre 1791, n°4028).

⁹¹ *Ibid.*

⁹² AN, BB 29/2, 24 août 1791, n°3172.

B/ La Déclaration des droits de l'homme et la sanction des actes liberticides

39. Les quelques affaires que le conseil de justice a eues à connaître ont montré que les juges avaient pu constituer un rempart efficace contre les pratiques liberticides de certains corps administratifs. Les municipalités et autres départements peuvent également contribuer à prémunir le citoyen contre des irrégularités orchestrées par les autorités constituées⁹³.

40. Les charges publiques qu'un administrateur peut être appelé à exercer le constituent en effet premier défenseur des principes déclarés le 26 août 1789. Parce qu'il demeure avant tout un citoyen entre les mains de qui le constituant a déposé l'arche de la nouvelle alliance, quiconque officie au niveau de la municipalité, du district ou du département est donc appelé à une vigilance de tous les instants. Les archives parlementaires apportent des éléments significatifs à cet égard. On apprend ainsi, à l'occasion d'une intervention du ministre de l'Intérieur Roland, que « le directoire actuel du département, séant à Saintes, [a] cru devoir casser un arrêté répressif contre les prêtres qu'avaient pris les administrateurs précédents »⁹⁴. Cette attitude participe d'une forme de surveillance exercée par les administrateurs au niveau local⁹⁵.

41. Toutefois, parce que l'efficacité de ce type de contrôle horizontal dépend de la conjoncture politique autant que de la vigilance des administrateurs, le législateur a cru bon d'instituer un contrôle hiérarchique destiné à unifier l'action administrative au moyen de l'annulation éventuelle d'arrêtés illégaux. L'article 17-2 de la loi du 27 avril-25 mai 1791 ouvre en effet au roi la possibilité de casser, après en avoir discuté devant son conseil, tout acte

⁹³ À l'instar de tous les administrateurs qui officient sur le territoire national, les membres du conseil du département de l'Isère lèvent la main droite et jurent « d'être fidèle à la nation, de maintenir de tous [leurs] pouvoirs la liberté et l'égalité, ou de mourir à [leur] poste en les défendant » (Procès verbal de la 3^e session du conseil de département de l'Isère..., ADI, L 58, p. 5). C'est dans le cadre de ce serment qu'un membre du comité de bienfaisance rapporte devant cette assemblée un mémoire exposant les « irrégularités et les abus d'autorité qui avoient été commis [à l'encontre] des citoyens Ducos et Dalou, arrêtés et conduits dans les prisons de Grenoble où ils sont actuellement détenus ». Le conseil du département relève alors que la détention constitue « à la fois un acte d'autorité arbitraire, un attentat à la liberté individuelle et une violation des lois militaires et civiles ». (ADI, L 58, p. 322-338). Cet exemple est significatif : bien que la Déclaration n'ait pas été expressément citée, les principes qu'elle contient soutiennent parfois la politique des autorités locales. Ils opèrent tel un palimpseste sur lequel s'inscrit l'action des corps administratifs.

⁹⁴ AP, t. XLII, p. 308.

⁹⁵ Il ne nous est certes pas possible de l'assurer faute de pouvoir disposer de l'arrêté en question. Vérifier en outre si cette surveillance était effective dans d'autres départements français est une entreprise qui excède nos forces et qui ne peut être réalisée que dans le cadre d'une recherche collective.

administratif qui dérogerait à la Déclaration des droits de l'homme. Quand on sait par ailleurs que la constitution de 1791 lui donne la faculté de refuser la sanction des actes du corps législatif, on peut penser, sur la foi de ces textes, que le roi exerce un contrôle plénipotentiaire sur l'exécution des décrets votés par l'assemblée : en amont, cette faculté prend la forme d'un contrôle de légalité au sens large exercé au moyen du veto ; en aval, elle prend la forme d'un contrôle de légalité au sens strict exercé au moyen de l'annulation par voie de cassation. Dès lors, si le roi peut refuser de sanctionner un décret pour des raisons techniques ou formelles, ce qu'il fait d'ailleurs à l'occasion⁹⁶, rien ne l'empêche *a priori* de donner un contenu plus substantiel à la mise en œuvre du veto en exerçant un véritable contrôle de constitutionnalité.

42. C'est précisément ce qu'il fait en refusant de sanctionner, le 19 décembre 1791, le décret relatif aux prêtres insermentés⁹⁷. Le 29 novembre 1791, l'assemblée législative avait en effet invité « tous les ecclésiastiques (...) à se présenter devant la municipalité du lieu de leur domicile [afin] d'y prêter le serment civique »⁹⁸, sous peine de se voir déchu de tout traitement et pension, déporté en cas de troubles causés par l'expression de leurs opinions religieuses, voire emprisonné en cas de désobéissance aux arrêtés qui auraient ordonné ces mesures d'éloignement. Lors du débat qui avait agité l'assemblée du 7 octobre au 29 novembre 1791, plusieurs députés avaient fait valoir que les sanctions projetées à l'encontre des prêtres insermentés étaient contraire à l'article 10 de la Déclaration des droits⁹⁹ et le roi avait été sommé de fournir les raisons qui l'avaient conduit à refuser la sanction du décret. C'est par la voie astucieuse d'une lettre adressée par son ministre de la justice aux juges et commissaires du roi des tribunaux que le roi déploie son argumentaire : « le roi, en refusant sa sanction au décret du 29 novembre et jours précédents, sur les troubles religieux, doit à la nation, il se doit à lui-même de prévenir les fausses interprétations que les ennemis de la liberté pourraient donner à ses motifs, et de déclarer qu'il est également éloigné de pouvoir prêter des armes à l'intolérance et au fanatisme. Oui, Messieurs, il veut que les Français jouissent de tous les droits qu'ils tiennent de la nature, et qui leur sont garantis par la constitution : il veut, par conséquent, maintenir la paix, le respect pour l'ordre établi, et l'exécution des lois qu'il a juré de faire observer. Or, que portent ces lois ? Qu'autorisent-elles ? Que punissent-elles ? Elles déclarent que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, et elles mettent au nombre de ces droits la liberté des opinions religieuses ; je dis une liberté pleine et entière ;

⁹⁶ I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, *op. cit.*, p. 260-261.

⁹⁷ AP, t. XXXVI, p. 258.

⁹⁸ Article 1, 4, 7, 8 et 9 du décret du 29 novembre 1791, AP, t. XXXV, p. 436-437.

⁹⁹ I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, *op. cit.*, p. 387-390.

car la nation française qui, la première en Europe, a eu le courage et la gloire de proclamer ce grand principe dans toute son étendue, ne s'est pas bornée à énoncer une vérité philosophique ; elle a voulu donner en même temps un grand précepte et un grand exemple ; et, par le titre I^{er} de l'acte constitutionnel, elle assure à chaque homme la liberté d'exercer le culte religieux auquel il est attaché »¹⁰⁰.

43. De manière loquace mais habile, le roi précise qu'il se situe dans le cadre de l'exécution des lois, qu'il agit en vertu des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Constitution, et qu'il entend à ce titre veiller au respect d'un principe qui n'a rien d'une vérité philosophique. En d'autres termes, le roi entend sanctionner une contradiction entre ce qui n'est encore qu'un décret et une loi¹⁰¹ qui consacre la liberté des opinions religieuses. Soucieux de bien se faire comprendre, le roi fait valoir qu'il n'est pas dans son intention de revenir sur la constitution civile du clergé, laquelle n'est pas, selon ses propres termes, « une lésion de ce principe »¹⁰². Il termine en déclarant qu'«il est satisfait de la puissance que la Constitution lui donne ; que cette Constitution lui est chère et sacrée (...) Qu'il aime le peuple ; mais il l'aime en roi citoyen, pour assurer sa liberté en faisant exécuter la loi »¹⁰³.

44. Se livrer ainsi à un contrôle de légalité des décrets émis par le corps législatif sur le fondement de la Déclaration des droits et dans le cadre des pouvoirs que la constitution lui assigne¹⁰⁴, est un exercice de funambule qui ne devait pas faire illusion trop longtemps. Suspecté dès le 20 décembre 1791 de « paralyser par son veto » une loi « dont l'exécution est pressante et provoquée par des circonstances impérieuses »¹⁰⁵, les circonstances allaient contraindre l'assemblée législative à adopter, le 27 mai 1792, une mesure encore plus radicale à l'encontre des prêtres réfractaires. En refusant une nouvelle fois sa sanction le 12 juin suivant, le roi devait provoquer, non plus l'intervention d'un député qui réclamait l'envoi d'une adresse au peuple français¹⁰⁶, mais des manifestations qui devaient conduire à la chute de celui qu'on devait nommer, pour la circonstance, « Monsieur Veto ».

¹⁰⁰ AP, t. XXXVIII, 4 février 1792, p. 142.

¹⁰¹ Que cette loi soit constitutionnelle ou non importe peu ici.

¹⁰² AP, t. XXXVIII, p. 142. Faut-il entendre que si le décret du 29 novembre 1791 est contraire à la liberté des opinions religieuses, il n'en va pas de même de la constitution civile du clergé ? Le texte ne permet pas de l'affirmer avec certitude.

¹⁰³ AP, t. XXXVIII, p. 143.

¹⁰⁴ Titre III, chapitre 3, section 3.

¹⁰⁵ Delcher, AP, t. XXXVI, p. 264.

¹⁰⁶ Delcher voulait que cette adresse permette de rendre compte « de ce que l'assemblée nationale législative [avait] fait pour réprimer (...) les prêtres factieux ». Il demandait que « les corps électoraux des 83 départements soient convoqués à la requête des procureurs généraux syndics, pour le 10 janvier prochain, à l'effet de délibérer sur les deux décrets rendus contre les émigrants et les prêtres séditieux. Ils émettront le vœu qui sera adressé à l'assemblée nationale pour être par elle statué en dernier ressort ce qu'il appartiendra » (AP, t. XXXVI, p. 265).

45. Aussi peu usité qu'il ait été, le refus de la sanction d'un décret contraire à la Déclaration des droits a largement déterminé l'exercice des autres prérogatives royales. Le veto n'est pas en effet la seule arme à la disposition du roi pour sanctionner un acte liberticide. On sait qu'il peut aussi faire casser devant son conseil la décision d'un corps administratif qui serait contraire aux principes déclarés en 1789 et garantis par le titre premier de la constitution. Au regard de la situation particulièrement trouble des premières années de la Révolution, on s'attendrait même à voir ce texte justifier de nombreuses annulations. Il n'en est rien. Plus encore qu'au niveau local, le contexte politique national rend compte des tourments éprouvés par le roi lorsqu'il s'agit de fonder l'annulation d'actes à la légalité douteuse sur les dispositions expresses de la Déclaration des droits de l'homme. On sait aujourd'hui que la faculté confiée au roi d'annuler des actes administratifs irréguliers après en avoir discuté les motifs devant le conseil d'État n'est pas restée lettre morte¹⁰⁷. Fait remarquable en effet, une proclamation royale en date du 18 septembre 1791 était venue déclarer la nullité de deux arrêtés pris par le directoire du département des Bouches-du-Rhône au motif que « la liberté des opinions religieuses est un des principes les plus essentiels de la constitution »¹⁰⁸. Ce fait d'armes pourrait laisser penser que le conseil d'État avait ainsi voulu sanctionner la non-conformité de certains actes administratifs aux principes de la Déclaration des droits de l'homme consacrés par la constitution¹⁰⁹.

46. Plusieurs éléments invitent toutefois à faire preuve de circonspection. La proclamation royale doit beaucoup aux circonstances qui l'ont vu naître. Après le vote de la Constitution, règne un climat de pacification qui conduit à mettre un terme aux procédures instruites sur les faits relatifs à la Révolution. Le 14 octobre 1791, le roi appelle les émigrés à rejoindre leur patrie. Dans ces conditions, pourquoi quelques prêtres réfractaires ne profiteraient pas, eux aussi, de cette grand'messe de la réconciliation nationale ?

47. Outre les aspects conjoncturels qui éclairent cette pratique, il faut tenir compte d'un fait décisif : des études récentes montrent que, de septembre 1791 à l'été 1792, le roi use de la faculté de faire annuler des actes illégaux

¹⁰⁷ S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité », *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, PUAM, 1993-2, p. 551-564 ;

J.-L. Mestre, « L'affaire Tournal : un exemple du contrôle de l'administration et de la justice départementale en 1792 », *Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, PUPS, Cultures et civilisations médiévales, 2006, n°33, p. 771-778, spéc. p. 772-773.

¹⁰⁸ ADBR, L 39, 12^e séance, 22 septembre 1791 f^{os} 31-32, rapporté en annexe par S. Ségala, *op. cit.*, p. 563-564.

¹⁰⁹ Sur la question, souvent débattue, de l'articulation des dispositions de la Déclaration des droits de 1789 et des « Dispositions fondamentales garanties par la constitution », voir F. Saint-Bonnet, « La protection juridique des droits en 1791. Les Dispositions fondamentales garanties par la Constitution en débats », *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Litec, 2008, p. 359-371.

avec une prudence qu'on a pu juger maladroite¹¹⁰. À l'instar de Solange Ségala qui soulignait déjà « la motivation à certains égards imprécise de la proclamation royale du 18 septembre 1791 »¹¹¹, Jean-Louis Mestre stigmatise la rédaction « maladroite » et « imprécise » d'un projet d'annulation par Louis XVI de deux arrêtés du directoire de la Haute-Garonne¹¹².

48. Ces atermoiements sont le signe du louvoiement d'un roi qui tente, sans grand succès, d'imposer son autorité hiérarchique à certains départements entièrement dévoués à la cause révolutionnaire. Que ce soit dans les Bouches-du-Rhône ou dans le département de la Haute-Garonne, les autorités locales ont en effet imposé des obligations drastiques aux membres du clergé réfractaire en les contraignant à quitter les lieux où ils exerçaient précédemment leurs fonctions (et qui étaient souvent ceux de leur naissance) parce qu'ils étaient suspectés d'entretenir la flamme contre-révolutionnaire.

49. La position de l'Assemblée ayant été scellée par le décret du 29 novembre 1791, les prêtres insermentés se tournent vers le roi en le suppliant « d'annuler ou de faire annuler » ces arrêtés « comme contraires aux droits de l'homme consacrés par les décrets de l'Assemblée nationale » et de « faire ordonner (...) qu'il leur sera libre de résider où bon [leur] semble dans toute l'étendue du royaume »¹¹³. La proclamation du 18 septembre précédent avait en effet répondu aux attentes d'une partie de la population qui s'estimait lésée par la politique religieuse de l'Assemblée¹¹⁴ et avait suscité l'espoir de pouvoir bénéficier, comme l'expriment les officiers municipaux de St Félix dans leur requête au roi, du « même bienfait » que celui qui venait tout juste d'être accordé aux habitants des Bouches-du-Rhône¹¹⁵.

50. Bien que la loi lui en ait donné le pouvoir, une nouvelle annulation ne paraît guère opportune. Outre qu'elle reviendrait à conférer aux proclamations royales une portée réglementaire¹¹⁶, - ce qui raviverait les

¹¹⁰ J.-L. Mestre, « L'affaire Tournal... », *op. cit.* ; J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI de deux arrêtés du directoire de la Haute-Garonne », *Études à la mémoire du professeur François Burdeau*, Litec, 2008, p. 175-183.

¹¹¹ S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791... », *op. cit.*, p. 556.

¹¹² J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 180.

¹¹³ *Ibid.*, p. 178.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 179.

¹¹⁶ Aux termes de la Constitution, « le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » (Titre III, ch. IV, sect. I, art. 6). Ce rapport de subordination du roi à la loi interdit au conseil d'État de renouer avec la pratique institutionnelle de l'Ancien Régime depuis que la loi des 15-20 octobre 1789 a prohibé les « arrêts de propre mouvement » (F. Burdeau, *Histoire du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 42). Toutefois, des arrêtés similaires courant dans de nombreux départements, le roi avait envisagé une proclamation générale

tensions dans un climat déjà très houleux¹¹⁷ -, l'intervention du roi ne manquerait pas d'être perçue comme un soutien politique aux prêtres insermentés et, par conséquent, comme un rejet de la constitution qu'il vient tout juste d'approuver. Cela reviendrait également à s'élever contre des départements qui mettent en œuvre, parfois avec un zèle exacerbé, la politique de l'Assemblée¹¹⁸. Fait remarquable, et remarqué¹¹⁹, les arrêtés mis en cause avaient été opportunément placés sous le « bon vouloir de l'Assemblée nationale », alors qu'ils auraient dû être soumis au roi. Il appartenait donc à ce dernier de rappeler sa position de supérieur hiérarchique et de chef de l'administration¹²⁰. Dans un tel contexte, la manière de justifier une éventuelle annulation ne pouvait être prise à la légère.

51. Il est remarquable de constater à cet égard que le projet de proclamation se garde bien de fonder la cassation sur les dispositions expresses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle préfère l'évoquer de manière évasive ou par des formules alambiquées¹²¹. On mesure l'embarras d'un roi contraint de louvoyer pour préserver ce qui lui reste encore d'autorité. Il ne peut en effet placer sa décision sous la bannière d'une Déclaration gironde en ce qu'elle a déjà accueilli avec équanimité les réclamations des prêtres insermentés et des officiers municipaux d'une part¹²², et qui, d'autre part, trône en tête de la justification officielle donnée par les administrateurs départementaux à l'origine des arrêtés contestés¹²³. Il serait par conséquent suicidaire de se prévaloir de la Déclaration des

pour l'ensemble du territoire (AP, t. XLII, 23 avril 1792, p. 308). Qu'une telle proclamation ait visé chaque département en particulier ou l'ensemble des corps administratifs n'aurait rien changé au demeurant. Elle aurait eu une incontestable portée normative puisqu'elle était destinée à combler un vide législatif que le roi avait favorisé en exerçant son droit de veto.

¹¹⁷ Le 14 janvier 1792, l'évêque du Cantal informe l'Assemblée de l'assassinat d'un curé assermenté du district d'Aurillac. Un député vitupère alors contre ceux « qui ont conseillé au roi de vétoter (*sic*) le décret des prêtres » (AP, t. XXXVII, p. 429). Le 4 février 1792, un autre membre de l'assemblée s'écrie que « tout cela ne serait pas arrivé si le roi eût sanctionné notre décret contre les prêtres séditieux » (AP, t. XXXVIII, p. 122).

¹¹⁸ S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791... », *op. cit.*, p. 559 et J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 181 note 26.

¹¹⁹ J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 177 et p. 180.

¹²⁰ J.-L. Mestre, « L'affaire Tournal... », *op. cit.*, p. 772.

¹²¹ À la différence de la proclamation du 18 septembre 1791, le projet de proclamation n'évoque plus « la liberté de se transporter et de résider où ils jugent à propos (...) L'argumentation fondée sur la violation de la liberté d'opinion est formulée de façon moins catégorique que dans la proclamation du 18 septembre qui avait affirmée que « *la liberté des opinions religieuses [était] un des principes les plus essentiels de la constitution* ». Le projet évoque simplement « une atteinte formelle à la liberté que les lois assurent à tous les citoyens, quelles que soient leurs opinions » (J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 180 et p. 181).

¹²² Ceux-ci réclament en effet que le roi « casse » l'arrêté du 2 août « comme attentatoire aux droits de l'homme et à la liberté du citoyen » (AN, F 49, 427, pièces 70 et 71, citées par J.-L. Mestre, *Ibid.*, p. 179).

¹²³ *Ibid.*, p. 177.

droits de l'homme pour écarter un arrêté dont l'esprit est conforme à la politique législative de l'Assemblée. Une telle attitude pourrait laisser penser aux adversaires du roi - et ils sont nombreux - que celui-ci ne craint pas d'accorder les faveurs de la Déclaration à des personnes suspectées d'entretenir le flambeau de la contre-révolution, ce qui n'est pas la moindre des provocations.

52. Si des considérations politiques expliquent la prudente abstention du roi¹²⁴, la motivation de ce projet révèle que la Déclaration des droits de l'homme n'est pas l'élément déterminant les annulations, réelles ou projetées, des arrêtés départementaux des Bouches-du-Rhône et de la Haute-Garonne. Commentant la proclamation de 18 septembre 1791, Solange Ségala souligne que les arrêtés départementaux des Bouches-du-Rhône sont annulés pour « excès de pouvoir sans qu'une indication permette de déterminer si l'expression utilisée recouvre un cas d'incompétence ou un cas d'illégalité »¹²⁵. On ne peut souscrire entièrement à cette analyse dans la mesure où la proclamation indique clairement, et avant toute autre considération, que la disposition condamnée « aurait dû être faite par le corps législatif avec le consentement de sa Majesté ». Cet élément est à ce point déterminant que le roi juge nécessaire de le rappeler dans un considérant final : « Sa Majesté, considérant en outre que, les arrêtés du directoire du département des Bouches-du-Rhône du 28 juin et 7 septembre intéressant l'administration générale, le directoire du département ne pouvait y donner d'exécution qu'après les avoir présentés à l'approbation du roi »¹²⁶. À n'en pas douter, le roi agit alors en supérieur hiérarchique¹²⁷ mais aussi en gardien de la sage distribution des pouvoirs consacrée par la constitution.

53. Un projet de proclamation royale confirme cette hypothèse. Il qualifie en effet de « peine » la mesure d'éloignement imposée aux prêtres réfractaires par le directoire du département¹²⁸, ce qui constitue une entreprise sur le pouvoir judiciaire¹²⁹ mais également sur le pouvoir législatif qui demeure le maître exclusif des incriminations. Le roi tente ainsi de se poser en gardien de la séparation des pouvoirs¹³⁰ afin de reconquérir le surcroît de légitimité nécessaire pour imposer son autorité

¹²⁴ *Ibid.*, p. 183.

¹²⁵ S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791... », *op. cit.*, p. 556.

¹²⁶ Proclamation du roi en date du 18 septembre 1791, rapportée en annexe par S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791... », *op. cit.*, p. 563.

¹²⁷ S. Ségala, « Le conseil d'État de 1791... », *op. cit.*, p. 562.

¹²⁸ J.-L. Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 179.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 180.

¹³⁰ Il rappelle en effet que les départements peuvent « employer les moyens légaux pour faire sanctionner les auteurs d'infraction, qu'ils peuvent dénoncer ceux-ci et les faire traduire devant les tribunaux de district, conformément aux articles 6, 7 et 8 de la loi du 27 novembre-26 décembre 1790 qui visait les ecclésiastiques « rebelles à la loi » ou « perturbateurs de l'ordre public », ainsi que les laïcs qui se coaliseraient pour troubler cet ordre » (*Ibid.*, p. 182).

hiérarchique aux corps administratifs concernés. Tout comme dans la proclamation du 18 septembre 1791, il croit utile de rappeler qu'en vertu du décret du 22 décembre 1789, « le directoire n'aurait pas dû faire publier et mettre à exécution lesdits arrêtés sans les avoir fait approuver par le roi »¹³¹. Ce grief réitéré sonne comme un rappel à l'ordre¹³² dirigé à l'encontre de directoires de départements qui avaient soumis leur action au « bon vouloir de l'Assemblée nationale »¹³³.

54. Cette tentative pour redorer un blason royal terni depuis l'utilisation de son droit de veto ne devait finalement aboutir qu'à renforcer l'autorité de l'assemblée législative et à conforter les administrateurs locaux dans leur volonté de s'en remettre à celle-ci plutôt qu'à celui-là lorsque l'avenir de la Révolution est en jeu. Les circonstances contraignent en effet le ministre de l'Intérieur Cahier de Gerville à brosser devant l'Assemblée, le 18 février 1792, le tableau complet des troubles à l'ordre public. Dans un rapport remarquable à bien des égards¹³⁴, il résume l'impuissance des pouvoirs constitués à régler la question des prêtres réfractaires. « Si j'examine d'abord les arrêtés du département, il m'est impossible de n'y pas reconnaître des actes législatifs, et même des actes arbitraires, oppressifs, injustes ou inutiles. D'abord, ils prononcent des peines, celle de l'exil ou de la détention, ou bien ils soumettent des prêtres à un régime de police qu'aucun acte du pouvoir législatif n'a autorisé. En second lieu, ils créent des peines, non pour les délits, mais pour les personnes ; et la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; et la constitution garantit, comme droits naturels et civils, que les mêmes délits seront punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes »¹³⁵. Ce passage justifie la ligne politique que le roi et ses ministres avaient adoptée dans le projet de proclamation commenté par Jean-Louis Mestre. On ne saurait mieux caractériser en effet l'excès de pouvoir de corps administratifs qui, par leurs arrêtés, non seulement contrarient la liberté religieuse, mais s'érigent surtout en législateurs et en juges. Aussi Cahier de Gerville est-il forcé de soutenir que « le roi ne peut laisser subsister des arrêtés aussi contraires à l'intérêt public qu' attentatoires à la souveraineté nationale, et aux dispositions générales fondamentales garanties par la constitution »¹³⁶. Cette déclaration d'intention n'est pourtant suivie d'aucun effet, le roi se gardant bien de casser des actes administratifs dont l'illégalité trouvait précisément sa source dans son refus de sanctionner, le 29 novembre 1791,

¹³¹ *Ibid.*, p. 180.

¹³² *Ibid.*, p. 180-182.

¹³³ De la même manière qu'elle distille le vocabulaire religieux dans le champ civique (*Ibid.*, p. 177 note 13), la Révolution recycle l'abécédaire monarchique pour contrarier les ambitions royales !

¹³⁴ AP, t. XXXVIII, p. 622-630. On y trouve des débats d'une étonnante modernité, à l'instar de ces deux curés qui, dans les départements de l'Aude et de la Haute-Vienne, se marièrent et publièrent eux-mêmes leurs bans.

¹³⁵ AP, t. XXXVIII, p. 627.

¹³⁶ *Ibid.*

un décret de l'assemblée qui entendait régler la question des prêtres réfractaires. L'usage inconsidéré de son droit de veto l'avait conduit, et la Révolution avec lui, dans une impasse. Les efforts répétés des différents ministres de l'Intérieur pour encourager les corps administratifs à retirer les arrêtés litigieux avaient en grande partie échoué.

55. Ne restait plus alors que la voie de l'annulation hiérarchique au moyen d'une hypothétique proclamation royale. Dans son intervention du 23 avril 1792, le nouveau ministre de l'Intérieur Roland, confiait à l'Assemblée que cette solution, un instant envisagée¹³⁷, avait été abandonnée pour des raisons aisément compréhensibles¹³⁸. Excepté le roi qui, parce qu'il avait renoncé à faire casser les arrêtés litigieux, n'avait pas d'autre choix que de se tourner vers l'Assemblée¹³⁹, chacun des acteurs du jeu institutionnel est bien décidé à prendre ses responsabilités¹⁴⁰.

¹³⁷ « Mon prédécesseur avait écrit aux départements pour leur [faire] observer [l'illégalité de leurs décisions] et l'on projetait une proclamation pour les casser » (AP, XLII, p. 308).

¹³⁸ « Nul doute Messieurs, que la rigueur de la loi n'exige du ministre chargé de la faire exécuter, d'anéantir tout acte qu'elle réprouve ; nul doute aussi que l'application rigoureuse de ce principe ne puisse, dans un temps de crise, compromettre le salut public : nul doute encore que le moment où nous sommes est extrêmement orageux. Placé entre l'obligation de me conformer au texte de la loi et le devoir non moins sacré de ne rien faire qui puisse plonger la France dans de nouveaux malheurs, j'ai dû commencer par remonter aux départements les vices de leurs arrêtés, la nécessité où je serai de les frapper et le bien qu'ils feraient s'ils les retireraient eux-mêmes » (AP, XLII, p. 308).

¹³⁹ Le roi avait très rapidement compris que c'était là sa seule voie de salut car il tentait, par la voix de Cahier de Gerville, de donner à l'Assemblée des gages de sa fidélité. Après avoir souligné l'inconstitutionnalité des arrêtés, il analysait l'impasse institutionnelle dans laquelle se trouvait le pays avec beaucoup de lucidité : « Je sais qu'à ne considérer les prêtres factieux que comme des citoyens ordinaires, il sera toujours extrêmement difficile d'acquérir la preuve de leurs manœuvres (...) J'ajoute que des lieux communs, tels que le devoir du ministère, le sceau de la confiance, la liberté des opinions religieuses fourniront toujours aux prêtres séditieux des moyens de défense contre lesquels la conviction des juges et la sévérité de la loi ne pourront guère prévaloir. Mais ces considérations, tout importantes qu'elles sont, ne peuvent motiver les arrêtés dont j'ai rendu compte ; car ce qui est injuste en soi ne peut jamais être légitimé ; et dans l'ordre constitutionnel, on ne concevrait pas ce que ce serait qu'une peine statuée par un corps administratif, contre une portion circonscrite d'hommes, et qui s'appliquerait sans instruction de procès et sans jugement ». Si le roi ne pouvait donc laisser ces arrêtés subsister, il n'en rendait « pas moins justice au zèle des corps administratifs qui avaient pris ces arrêtés. Leurs erreurs s'excusent par la difficulté des circonstances dans lesquelles ils se sont trouvés, et, on ne peut guère leur reprocher d'avoir (...) mis au dessus de la loi ce qu'ils ont regardé comme le salut public, et ils n'ont pas assez senti que, quelles que soient les circonstances, la nation ne peut avoir un plus grand intérêt que celui de maintenir sa constitution intacte ; car les circonstances passeront, et la constitution est la loi de l'éternité » (AP, t. XXXVIII, p. 627). Ce n'est donc pas sans une certaine finesse politique - laquelle n'est jamais qu'une hypocrisie habilement dissimulée - que le roi se présentait comme parfaitement respectueux de la légalité constitutionnelle. Le rapport de Cahier de Gerville fut d'ailleurs si remarquable que l'Assemblée en ordonna l'impression, non sans que Merlin ait fait remarquer que ce rapport devait être rendu public « parce qu'il prou[vait] que le décret contre les prêtres réfractaires ne devait pas être anéanti » (AP, t. XXXVIII, p. 630). Vergniaud saura le rappeler à ses collègues à l'occasion de l'intervention du nouveau ministre de l'Intérieur Roland : « Le fanatisme n'a continué ses progrès que parce qu'il n'existe pas de loi répressive. Vous avez rendu un décret relatif aux

56. Dans ce contexte, l'annulation par le roi, le 23 mai 1792, de deux arrêtés du département du Tarn n'est pas, comme on pourrait le penser, le signe d'un retour en grâce sur la scène politique, mais bien plutôt celui d'un aveu de faiblesse. Au plan juridique, le conseil d'État persiste dans la ligne qu'il s'est fixé : alors que Tournal, détenu en exécution des arrêtés contestés, « dénonce le caractère arbitraire de son arrestation en s'appuyant à la fois sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [article 7, 8 et 9], sur la « loi constitutionnelle » et sur celle des 16-29 septembre 1791 relatif à la police de sûreté »¹⁴¹, le conseil d'État annule les arrêtés « pour incompétence »¹⁴² : les corps administratifs n'étant pas chargés de la police de sûreté, ils ne peuvent mettre les citoyens en état d'arrestation. Le directoire du Tarn ne peut faire poursuivre Tournal, s'il y a lieu, que « dans les formes prescrites par les lois »¹⁴³. Une fois encore, c'est le grief de « l'immixtion dans l'exercice du pouvoir législatif » et de « l'entreprise sur la loi criminelle »¹⁴⁴ qui vient fonder l'annulation des arrêtés litigieux. Au plan politique, il faut remarquer que cette proclamation est postérieure à celle, avortée, qui avait abandonné le sort des arrêtés départementaux aux

prêtres non assermentés : ce décret n'a point reçu la sanction du roi, il n'a pu être exécuté (murmures). La seule loi que vous avez faite n'a pas été sanctionnée (...) Les désordres [continuant], les directoires de départements se sont trouvés dans la cruelle nécessité ou de voir le repos public compromis s'ils ne prenaient aucune mesure, ou de violer la loi en prenant des mesures qui seraient désavouées par la nation. Vous-même, par un mouvement involontaire, avez été entraînés à applaudir à ces mesures extraordinaires, parce que vous avez reconnu que le salut public y est attaché » (AP, t. XLII, p. 310). Bien que Mailhe tente d'argumenter sur un vice de forme susceptible d'affecter la validité du veto afin de faire adopter sur-le-champ et dans les mêmes termes le décret de 1791 non sanctionné par le roi, l'Assemblée décide de renvoyer la question au comité des douze.

¹⁴⁰ Les départements de l'Ille-et-Vilaine, de l'Orne et de la Mayenne répliquent au ministre Roland « qu'il était impossible de retirer [leurs arrêtés] sans exciter les plus grands maux ». Et ceux-ci de justifier leur position en des termes qui allaient soulever des applaudissements dans les tribunes de l'assemblée : « la honte et l'infamie attendent tout dépositaire de l'autorité qui, froidement assis sur la borne posée par une loi imprévoyante, refuserait de s'élaner au-delà pour prévenir ou empêcher le meurtre, qu'un jour, qu'une heure, qu'un moment peut amener ; que le conseil du roi, auquel vous soumettez votre arrêté, le casse, si telle est sa volonté, nous attendrons sa décision avec résignation ; mais le rétracter est une condition impossible. Nous n'examinerons pas qu'en le faisant, nos jours seraient exposés ; le danger qui nous est propre, est le moindre à nos yeux ; mais nous sentons qu'il n'y aurait plus de confiance pour nous dans nos administrés ; que nous serions pour eux comme si nous cessions d'exercer nos fonctions ; que la fureur du peuple n'aurait plus de borne, que le sang coulerait, que les prêtres, dont le salut fait l'objet de votre sollicitude et de la nôtre, seraient les tristes victimes de notre rétractation. Si malgré ces raisons, (...) vous croyiez devoir employer contre nous des poursuites rigoureuses, nous abandonnerions sur-le-champ un poste où notre but cependant n'a jamais été que de prouver notre fidélité à la nation, à la loi et au roi, et de nous y rendre aussi utiles qu'il dépendait de nous » (AP, XLII, p. 308). Pour une justification similaire fournie par les administrateurs de la Haute-Garonne, cf AN, F 19, 427, pièce 94 (12 avril 1792), cité par Jean-Louis Mestre, « Un projet d'annulation par Louis XVI... », *op. cit.*, p. 183.

¹⁴¹ J.-L. Mestre, « L'affaire Tournal... », *op. cit.*, p. 774.

¹⁴² *Ibid.*, p. 775.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 775.

¹⁴⁴ *Ibid.*

bonnes grâces de l'assemblée législative¹⁴⁵. L'affaire Tournal offre au roi la possibilité de faire amende honorable en présentant les gages de sa bonne volonté puisque les annulations bénéficient cette fois-ci à un commandant de la garde nationale qui s'est distingué en expulsant *manu militari* quatre prêtres réfractaires et en assurant l'impunité à des patriotes qui avaient menacé les possessions d'un riche seigneur.

57. Si on peut considérer la cassation de ces arrêtés comme un ultime baroud d'honneur, l'activité du conseil d'État rend compte, - dans la mesure de ce que l'on peut en connaître¹⁴⁶ -, de l'impasse dans laquelle se trouve le roi à l'approche de l'été 1792¹⁴⁷. Les événements révolutionnaires ont peu à peu rendu caduques les attributions que la constitution et les lois avaient déposées entre ses mains. Sans l'utilisation malencontreuse de son droit de veto, le roi aurait pu se poser en gardien de la légalité, affermir son autorité et recouvrer la confiance des corps administratifs subordonnés en faisant prévaloir à l'occasion le surcroît de légitimité que la Déclaration des droits conférait à tout organe respectueux de la distribution constitutionnelle des pouvoirs. Ce qu'il ne put ou ne sut pas faire, le tribunal de cassation le fit.

¹⁴⁵ AP, t. XLII, 23 avril 1792, p. 308-310.

¹⁴⁶ Solange Ségala affirme « qu'on peut être certain [que le document conservé sous la cote AF I*1] est l'unique registre qui ait été tenu des délibérations de cet organe » (« Le conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 551). Le registre en question couvre la période qui s'étend du 22 juin au 10 août 1792, période qui, parce qu'elle précède la chute du roi, présente peu d'intérêt car le conseil d'État était moribond depuis quelques mois déjà. Ayant été réinvesti par la loi des 27 avril-25 mai 1791, on ne semble pas avoir conservé les traces d'une activité pourtant bien réelle puisqu'elle est attestée par des sources départementales. La proclamation du roi du 18 septembre 1791 (ADBR, L 39, 12^e séance, 22 septembre 1791, f^o 31-32) s'ouvre en effet sur la formule suivante : « vu, au conseil d'État du roi, l'arrêté pris le 7 du présent mois par le directoire du département des Bouches-du-Rhône... ». Au niveau national, on peut également penser que les affaires renvoyées par le conseil de justice au ministre de l'Intérieur ont du trouver une solution devant le conseil d'État en raison de leur très haute densité politique.

¹⁴⁷ La constitution avait en outre donné au roi, en tant que chef de l'administration, un pouvoir de contrôle sur ses agents qui pouvait aller jusqu'à la suspension de leur fonction. Au cours l'été 1792, Louis XVI exerce cette prérogative en confirmant la suspension, décrétée par le département, du maire et du procureur syndic de la commune de Paris. Cette mesure est levée par le Corps législatif qui impose un ultime camouflet au roi (I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution...*, *op. cit.*, t. II, p. 268).

II/ Les Déclarations des droits de l'homme à l'épreuve des corps judiciaires

58. Rares sont les monographies consacrées au fait judiciaire sous la Révolution qui ne recèlent pas au moins une affaire dans laquelle un citoyen, un commissaire du roi ou un tribunal s'appuie sur un principe ou un article de la Déclaration des droits de l'homme pour soutenir une requête, un réquisitoire ou la motivation d'un jugement. Du plus modeste des tribunaux d'arbitres à la Haute cour nationale, il n'est sans doute pas une juridiction qui n'ait eu, à un moment ou à un autre, à envisager l'application éventuelle de l'une de ses dispositions. Loin des spéculations contemporaines d'une doctrine qui dispute encore la question de la valeur juridique des Déclarations de droits révolutionnaires, les hommes de ce temps ont fait preuve d'une très grande circonspection à leur égard. Les tribunaux qui y recourent peuvent, en effet et selon les cas, poursuivre des objectifs radicalement différents :

➔ certains usent de la Déclaration des droits de l'homme dans le but de s'affranchir des contraintes légales. C'est ainsi que le 29 pluviôse an II des arbitres de Mornant annulent une donation entre vifs sur le *visa* des articles 2, 3 et 19 de la Déclaration de 1793. Si la motivation est, en l'espèce, très grossière¹⁴⁸, certains tribunaux procèdent avec plus de subtilité. Il faut alors toute la vigilance du tribunal de cassation pour ramener des affaires à haute densité politique dans le carcan d'une légalité qui est la seule à pouvoir garantir l'impartialité nécessaire dans les périodes de troubles¹⁴⁹.

➔ d'autres usent en revanche de la Déclaration des droits de l'homme pour renforcer des décisions qui, bien que parfaitement fondées d'un point de vue juridique, souffrent néanmoins d'un déficit de légitimité. Soupçonné de conspirer contre l'état Trouard de Riollès est traduit devant la Haute Cour provisoire qui, sur le *visa* des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme, décide qu'il « n'existe au procès aucunes preuves ni indices de projet et de plan de conspiration contre l'état »¹⁵⁰. Bien que fondée en droit, la remise en liberté d'un individu arrêté en possession d'une table de mots codés, d'un plan de conduite et d'un mémoire suspects¹⁵¹ nécessite une

¹⁴⁸ Bulletin des jugements du tribunal de cassation rendus en matière civile, reprint in Germany, 1989, 21 fructidor an II, p. 513-515.

¹⁴⁹ *Infra* II A.

¹⁵⁰ Jugement de la Haute cour nationale provisoire d'Orléans, 13 août 1791, AD Loiret, 2 Mi 873, liasse 1, pièce 26, cité par J.-C. Gaven, *Le crime de lèse-nation...*, *op. cit.*, p. 667.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 666.

motivation plus étayée qu'à l'ordinaire. En invoquant les dispositions fondatrices au soutien de sa décision, la Haute cour d'Orléans conjure les excès de partialité inhérents à l'exercice de la justice politique tout en affirmant sa fidélité aux principes directeurs de la Révolution.

59. Ces deux exemples témoignent d'une réalité judiciaire qui, à première vue, peut sembler paradoxale : alors que la justice ordinaire est à l'occasion tentée d'outrepasser la lettre de la loi pour témoigner de sa fidélité à la cause révolutionnaire, la justice politique - par hypothèse sujette à l'excès de zèle patriotique - officie dans le plus strict respect de la légalité. Toutefois, quelles que soient leur force et leur valeur, ces illustrations ne restituent jamais que des réalités singulières, circonstanciées et par conséquent rétives à toute approche synthétique. Néanmoins, alors que l'attitude volontiers pragmatique des juges qui ont utilisé la Déclaration des droits de l'homme¹⁵² sonne comme une invitation à la casuistique, certains auteurs ont dépassé la glose érudite d'une affaire pour risquer une analyse plus globale¹⁵³. Il est en effet possible de dégager quelques lignes de force.

60. Il est bon de rappeler à ce titre que les registres du conseil de justice ont montré que les citoyens qui réclamaient l'application de la Déclaration des droits de l'homme avaient pu obtenir satisfaction lorsque leur affaire n'avait pas encore atteint le stade critique du jugement. La déclaration se trouvait alors dotée d'un statut proprement extra-ordinaire et pouvait à l'occasion venir légitimer un acte qui étend ses effets jusqu'aux frontières de l'illégalité. Guide pour le législateur, elle l'est également pour les tribunaux lorsqu'il s'agit de pallier les silences de la loi.

61. À l'exception de la décision à tous égards remarquable des arbitres de Mornand, aucun jugement ne tend à écarter une loi sur le *visa* d'une disposition de la Déclaration des droits de l'homme ; personne n'exclut en revanche qu'un tel texte vienne pallier utilement les insuffisances de la loi, spécialement lorsque le législateur l'a voulu délibérément lapidaire. Éric de Mari rapporte ce sujet que le décret du 19 mars 1793 n'ayant pas envisagé qu'un hors-la-loi pût bénéficier d'un défenseur, le tribunal du Nord, la main sur Lequeur, crut bon de décider « que la loi du 19 mars ne défend[ant] pas

¹⁵² Si on excepte le tribunal de cassation, aucun tribunal n'a, à notre connaissance, construit une politique jurisprudentielle reposant sur l'application méthodique et substantielle de la Déclaration des droits de l'homme. Lorsque la référence à ce texte vient au soutien d'une décision, c'est le plus souvent au détour d'une phrase certes significative, mais pratiquement jamais sur le *visa* express d'une disposition dudit texte (J. Ferrand, « La Déclaration de 1789 appliquée par les tribunaux de la Révolution... », *op. cit.*, p. 66-68).

¹⁵³ J.-L. Mestre, « À propos de l'application de la constitution de 1791 par le tribunal de cassation », *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, Textes réunis par B. Barbiche et Y.-M. Bercé, Collection Mémoires et documents de l'École des Chartes, 2003, p. 243-252 ; C. Saphore, « La constitution dans la jurisprudence criminelle de la cour de cassation (1791-1810) », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, n°5 (2004), p. 199-227.

aux accusés de se choisir un conseil », il était normal que l'accusé fut défendu, « la déclaration des droits naturels et imprescriptibles [ayant statué] que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis »¹⁵⁴. Si la Déclaration des droits légitime l'initiative généreuse des juges du Nord, elle n'est toutefois d'aucun secours dans certaines contrées du sud de la France où un accusateur public concède que l'octroi d'un défenseur, fut-il « consacré par la Déclaration des droits de l'homme », ne saurait prévaloir lorsque « l'opinion publique révoque cette faculté en doute »¹⁵⁵. Les fanatiques de la raison juridique auront beau prétendre qu'il aurait été pour le moins curieux d'accorder le bénéfice de ce texte à des hors-la-loi, il n'en demeure pas moins que des considérations d'ordre politique gouvernent parfois les destinées judiciaires des Déclarations de droits.

62. Cette affirmation est encore corroborée par un jugement de non-lieu exhumé des archives de l'Oise par Laurent Drugeon¹⁵⁶. Sur la dénonciation d'un directoire de département, un prêtre avait été renvoyé devant le tribunal de district de Beauvais pour répondre de ses actes¹⁵⁷. Pour écarter les faibles charges qui pesaient sur lui, le prévenu jugeait utile d'ajouter que, n'étant pas soumis à la constitution civile du clergé puisqu'il n'avait pas prêté le serment requis de tout fonctionnaire, il se plaçait ouvertement sous la protection de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁵⁸. Le 8 juillet 1791, le tribunal de district jugeait qu'il n'y avait pas lieu à accusation¹⁵⁹. Cet exemple corrobore nos observations antérieures car il montre que des tribunaux peuvent écarter des accusations qui trouvent leur origine dans la volonté répressive des corps administratifs et que, dans ces

¹⁵⁴ AD Nord, L 12089, 25 mai 1793, Lequeur, E. de Mari, *La mise hors-la-loi sous la Révolution française (19 mars 1793-9 thermidor an II)*, thèse droit Montpellier, 1991, p. 179.

¹⁵⁵ AD Pyrénées atlantiques, 97 L 8, 25 7 en 1793, E. de Mari, *La mise hors-la-loi sous la Révolution française, op. cit.*, p. 180. Cet auteur rapporte encore (*La mise hors-la-loi sous la Révolution française, op. cit.*, p. 388) que l'inobservation du principe de non rétroactivité fut considéré par deux juridictions comme « un crime au terme de la Déclaration des droits » (AD Ile et Vilaine sup L 37, 9 frimaire an II ; AD Ardèche L 1492, 15 pluviôse an II, Lecroix).

¹⁵⁶ L. Drugeon, *La réforme de la justice pénale avant la mise en place du jury. L'exemple des pays et du département de l'Oise (1788-1792)*, thèse Paris II, 2004, p. 531-532.

¹⁵⁷ L'acte qui avait fait l'objet de la dénonciation était une simple mention manuscrite portée sur le registre des baptêmes, mariages et décès. Elle était formulée en ces termes : « Monseigneur l'évêque de Beauvais les ayant verbalement dispensé de la publication de deux autres bans »

¹⁵⁸ « Je déclare de plus, que par ces mots, Monseigneur l'Evêque de Beauvais, avoir entendu parler de celui que ma conscience, et les droits de l'homme, qui m'accorde la liberté de mes opinions religieuses me permettoient de reconnoître, et qu'en cela je n'étois nullement réfractaire à la loi, puisque je n'avois pas voulu prêter le serment exigé de tous les fonctionnaires publics, par la loi du 26 décembre dernier, et que si j'ai continué l'exercice de mes fonctions, ce n'est que d'après les ordres... » (L. Drugeon, *La réforme de la justice pénale avant la mise en place du jury, op. cit.*, p. 531-532).

¹⁵⁹ Laurent Drugeon affirme que « l'argument [qui s'appuie sur la mention de la Déclaration des droits de l'homme] emporte la conviction du juge » (p. 532), mais nous n'avons pas pu vérifier si la référence expresse à la dite Déclaration figurait dans la motivation dudit jugement.

situations, la Déclaration des droits cautionne souvent leur politique interventionniste. Une banale affaire d'alignement est tout à fait caractéristique cet égard : le 21 avril 1791, les juges du tribunal de district de Domfront écartent l'application d'un arrêté municipal sur le *visa* exprès de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁶⁰. Si les faits produits à l'appui du jugement peuvent justifier une telle mesure¹⁶¹, l'atteinte caractérisée au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire oblige le maire et les officiers municipaux de Domfront à adresser une supplique à « Messieurs de l'Assemblée nationale ».

63. Par-delà l'irréductibilité de chaque cas d'espèce, l'utilisation de la Déclaration des droits de l'homme par les tribunaux pose la question des frontières, c'est-à-dire de la délimitation du champ de compétence dévolue à chaque pouvoir constitué. Dans le pandémonium institutionnel des premières années de la Révolution, chaque organe investi d'une légitimité suffisante¹⁶² franchit allègrement le Rubicon afin d'éprouver la vigueur et la résistance de l'autorité concurrente. L'enjeu politique majeur consiste alors à savoir qui sera le gardien du *pomœrium*. Si l'assemblée est régulièrement saisie de suppliques et réclamations qui tendent à préserver la liberté des citoyens tout en assurant à chaque autorité la plénitude des pouvoirs que lui a confiés la constitution¹⁶³, le roi et le tribunal de cassation sont également appelés à intervenir dans la régulation des pouvoirs constitués.

64. Le roi en est bien conscient lorsqu'il charge Duport, ministre de la justice, d'adresser à tous les tribunaux une circulaire¹⁶⁴ dans laquelle il semble vouloir faire de la Déclaration des droits un principe cardinal de

¹⁶⁰ AN, DIV 48 1375, pièce 14.

¹⁶¹ Le tribunal se proposait de répondre la question suivante : « Dans une ville où il n'y a aucun alignement observé, peut-on obliger un particulier à abandonner sans utilité constatée une portion de son héritage et l'empêcher de reconstruire sa maison sur ses anciens fondements surtout lorsque le propriétaire se soumet volontairement à supprimer un escalier saillant sur la rue et même à retirer sa bâtisse d'un pied ou 15 pouces quoique la rue soit plus large vis-à-vis de sa maison que dans les autres parties de la rue ? » (AN, DIV 48 1375, pièce 14, p. 14).

¹⁶² Il faut bien garder à l'esprit que si l'Assemblée est rapidement investie de la légitimité conférée par le suffrage, les juges et les administrateurs sont, à cet égard, les égaux des députés. Cette situation suffit à expliquer les nombreux conflits de compétence qui s'élèvent entre les municipalités, districts et départements d'une part, et les tribunaux, d'autre part. Mais elle explique également que des juges, voire des arbitres, n'hésitent pas à s'affranchir des dispositions de la loi pour apporter la solution qui leur semble la plus appropriée aux faits soumis à leur juridiction.

¹⁶³ L'affaire Paris et Boulan est à cet égard particulièrement significative des tentations de l'Assemblée de capter, dès 1792, une partie du pouvoir judiciaire à des fins politiques, en l'occurrence ici pour épargner à des patriotes de souffrir les rigueurs de la justice. Sur cette affaire, I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'assemblée législative...*, *op. cit.*, p. 307-312.

¹⁶⁴ AP, t. XXXVIII, 4 février 1792, p. 142-143.

l'action judiciaire¹⁶⁵. Si le roi agit alors en supérieur hiérarchique¹⁶⁶ avec la fermeté que réclame l'urgence de la situation¹⁶⁷, son retrait de la scène politique laisse le champ libre à un tribunal de cassation contraint par son statut de composer avec l'Assemblée.

65. Établi auprès du corps législatif par la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, le tribunal de cassation est conçu par les constituants plutôt comme un organe politique que comme un organe juridictionnel. Chargé de préserver l'unité de la législation, c'est-à-dire de veiller à l'application uniforme des lois par les tribunaux, le tribunal de cassation ne saurait en être l'interprète sans outrepasser ses fonctions¹⁶⁸. Il lui incombe également de veiller à ce que les tribunaux ne piétinent pas les plates-bandes du législateur et à ce que les juges n'empiètent pas sur les fonctions des administrateurs. Aussi la Constituante ordonne-t-elle, le 16 août 1791, que « le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir ».

66. C'est dans ce cadre constitutionnel précis¹⁶⁹ que cet organe va être amené à utiliser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Conscient que son salut passe par des témoignages répétés de fidélité à la Révolution, le tribunal de cassation se pose en garant de la légalité et de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs. C'est seulement à partir de 1795, parce qu'il a su gagner la confiance des révolutionnaires, qu'il sort de l'orbite de l'Assemblée pour se dresser en pouvoir doté d'authentiques

¹⁶⁵ Nous avons vu cependant (*cf. infra*, I B) combien il était nécessaire de circonstancier ce « vœu ».

¹⁶⁶ « Le roi déclare qu'il est satisfait de la puissance que la constitution lui donne ; que cette constitution lui est chère et sacrée, qu'il met sa gloire et son bonheur à la maintenir, parce qu'il y voit un gage assuré de la gloire et du bonheur de la nation dont il est le chef » (AP, t. XXXVIII, 4 février 1792, p. 143).

¹⁶⁷ « Il est impossible de se dissimuler que quelques tribunaux ont fait voir, dans la poursuite de ces sortes de délits, une mollesse que la loi condamne, et qu'aucun motif, même religieux, ne peut excuser (...) Sa majesté verrait avec indignation toute négligence à ce sujet, et elle est résolue à prendre les mesures les plus sévères contre les juges coupables, dont la faiblesse ou la connivence criminelle trahirait la conscience du peuple, la cause des lois et les devoirs de leur ministère » (AP, t. XXXVIII, 4 février 1792, p. 143).

¹⁶⁸ De même qu'avaient été prohibés les arrêts de propre mouvement du Conseil du roi dès 1789, la loi des 16-24 août 1790 interdit les arrêts de règlement à tous les tribunaux de l'ordre judiciaire. « Dans un État qui a une Constitution, affirmait Robespierre, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi » (AP, t. XX, 18 novembre 1790, p. 515). Aussi les difficultés susceptibles de s'élever au sujet de l'application de la loi sont-elles réglées par la voie du référé législatif (Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965).

¹⁶⁹ Ce texte sera en effet repris par la Constitution du 3 septembre 1791, tit. III, ch. V, art. 27 : « Le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. Le tribunal les annulera ; et s'ils donnent lieu à forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif, qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu, et renverra les prévenus devant la haute Cour nationale ».

attributions juridictionnelles. Dans un cas comme dans l'autre, la Déclaration des droits de l'homme accompagne l'émergence d'une véritable politique jurisprudentielle.

A/ La Déclaration des droits de l'homme, instrument d'affirmation de l'autorité d'un tribunal gardien de la légalité constitutionnelle

67. On ne saurait aborder cette question sans souligner un fait essentiel : de son entrée en fonction au début de l'été 1795, le tribunal de cassation n'a, en tout et pour tout, annulé qu'un seul jugement sur le *visa* exprès d'un article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce constat relativise d'emblée la portée de l'hypothèse qui tendrait à considérer que ce texte recèlerait des dispositions de droit substantiel¹⁷⁰ susceptibles de recevoir application devant les tribunaux de la Révolution. Il invite surtout à envisager le statut de la Déclaration avec circonspection et méthode.

68. On doit alors faire remarquer, en première analyse, que les occasions d'appliquer l'une des dispositions de ce texte ont été nombreuses au cours de cette période. Avant que le législateur ne s'empare de ces questions, les arrestations et les détentions de personnes suspectées de comportements contre-révolutionnaires sont légion. Pour qui considère que la Déclaration fait bien partie du droit substantiel de la Révolution, ces situations constituent autant d'opportunités à saisir pour un tribunal chargé par la constitution de veiller à la bonne application de la loi. Autant d'occasions que le tribunal de cassation ne met pas à profit pour des raisons tout aussi évidentes que celles qui, en d'autres circonstances, ont empêché le roi et son conseil d'opter pour une politique interventionniste fondée sur la première Déclaration des droits.

69. Un mois après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1791, le commissaire du roi saisit le tribunal de cassation en vue de faire annuler trois jugements du tribunal de district de Vervins qui avaient ordonné le transfert dans la maison d'arrestation du tribunal de quatre particuliers préalablement détenus par ordre de l'administration parce que suspectés d'avoir voulu passer à l'étranger. Ledit transfert ayant été réalisé sans information ouverte à leur rencontre ni décret de prise de corps, le commissaire relève une contravention à l'article 3 du chapitre II de la loi constitutionnelle de l'État, à la loi du 14 octobre 1790, ainsi qu'à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme qui veut que nul ne puisse être

¹⁷⁰ Plutôt que d'utiliser cette périphrase, François Saint Bonnet préfère parler de « droits subjectifs constitutionnels » (« La protection juridique des droits en 1791... », *op. cit.*, p. 365 et 367). Si la formule peut faire sens pour des esprits contemporains, elle aurait paru bien incongrue aux hommes de 1789.

arrêté que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites¹⁷¹. Le tribunal de cassation suit le réquisitoire, mais il annule les jugements visés sur les fondements cumulés de « l'article 3 du chapitre V de la [loi constitutionnelle de l'État] » et de la loi du 14 octobre 1790. Plutôt que d'insister sur le nécessaire respect de la loi, les hauts magistrats jugent plus opportun de préserver l'équilibre institutionnel établi par la Constitution en garantissant l'effectivité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Ainsi, dès le mois d'octobre 1791, le tribunal de cassation fonde bon nombre d'annulations pour excès de pouvoir sur des dispositions constitutionnelles¹⁷², mais, bien qu'invité à le faire par le commissaire du roi ou par les requérants, il se garde de recourir à la Déclaration des droits de l'homme.

70. Quoique les parties fondent de plus en plus fréquemment leurs prétentions sur les articles ou les principes déclarés en 1789, le tribunal de cassation refuse de faire de la Déclaration une norme de droit substantiel. Le prêtre dénommé Giraud, remplacé pour avoir refusé de prêter le serment à la Constitution civile du clergé, avait accédé à la demande des habitants qui le suppliaient de faire le catéchisme et de baptiser leurs enfants. Le directoire du département de l'Hérault, « pénétré du grand principe de la liberté des opinions religieuses », avait d'abord entériné la situation par un arrêté, avant de revenir brutalement sur sa position. Bien qu'ayant cessé toute fonction de cet ordre, Giraud fut pourtant accusé d'avoir procédé aux baptêmes et à la catéchèse et condamné par le tribunal de Montpellier à deux ans de gêne sur le fondement de « l'article 6 de la 5^e section du titre 1^{er} du Code pénal qui défend à tout fonctionnaire public destitué d'exercer ses fonctions publiques »¹⁷³. Dénonçant l'illégalité du jugement, ainsi que les conditions déplorable de son arrestation, le prêtre en poursuit alors l'annulation devant le tribunal de cassation sur les fondements cumulés des articles 4, 5, 6 et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 6 de la 5^e section du titre I^{er} du Code pénal. Les hauts magistrats lui donnent raison, mais ne jugent pas nécessaire de fonder la cassation sur la Déclaration, la fausse application d'une disposition du Code pénal étant suffisante pour ordonner le renvoi devant un autre tribunal criminel.

71. Un mois plus tard, l'arrestation d'un citoyen porteur d'une lettre d'un curé qui l'avait dispensé de la publication des bans, conduit à la mise en accusation du prêtre. Requérant devant le jury d'accusation « l'exécution des lois constitutionnelles et autres protectrices de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du secret des lettres », l'accusé avait conclu à « l'annulation

¹⁷¹ AN, AD V 4, 13, 13 octobre 1791.

¹⁷² J.-L. Halperin, « La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux », dans *1791 : la première Constitution française*, Actes du colloque de Dijon, 26 et 27 septembre 1991, coll. Droit public positif, Economica, 1993, p. 369 et s., spéc. p. 371.

¹⁷³ AN, AD V 4, 104, 16 juin 1792.

d'une procédure fondée sur le renversement de tous les droits naturels et civils garantis par la Constitution ». Le commissaire du roi ayant fait valoir qu'il « n'existait qu'un seul tribunal de cassation pour tout le royaume et que le tribunal était seul compétent pour annuler une procédure », le prêtre le saisit et, pour soutenir sa requête, invoque pêle-mêle les articles 2, 4, 5, 6, 7 et 11 de la Déclaration des droits, l'article 16 du chapitre 5 de l'acte constitutionnel, l'article 1^{er} du titre XIV de la justice criminelle, l'article 19, section II, titre 1^{er}, 2^e partie du Code pénal et diverses autres lois. « Le tribunal, après en avoir délibéré, faisant droit sur la requête dudit Labrunière, casse et annule l'acte d'accusation dressé par le directeur du jury du district d'Uzès... en ce que le directeur a pris l'occasion et le fondement de l'accusation dans une lettre close et privée dudit Labrunière dont le secret avoit été confié ; ce qui est contraire au principe constitutionnel de l'inviolabilité des lettres, déclaré par l'Assemblée Constituante, par les lois du 5 décembre 1789 et du 16 août 1790 »¹⁷⁴. Dans cette affaire, comme dans la précédente, la Déclaration de droits de l'homme ne constitue pas le fondement de l'annulation prononcée par les hauts magistrats.

72. Par delà la singularité de chaque espèce, une chose demeure frappante : la portée politique de chaque affaire est une entrave à la consécration juridique de la Déclaration. L'argument est d'autant plus fort lorsqu'on sait que, en contrepoint, deux affaires banales, anecdotiques et presque insignifiantes vont donner l'opportunité au tribunal de cassation d'afficher une audace inaccoutumée en cette matière. Guillermain, docteur en médecine, avait été condamné par jugement de la police correctionnelle de Nancy du 13 septembre 1791 à un mois de prison et à 50 livres d'amende pour avoir outragé par paroles ou par gestes un garde national en fonction, et même pour s'être permis de lever la canne sur lui. Sur l'appel interjeté par le médecin, le jugement avait été confirmé le 24 novembre 1791, mais les juges du tribunal de district avaient cru bon, « attendu l'âge de l'appelant, sa mauvaise santé, son état de médecin, [de] convertir la peine de la prison en amende de 250 livres »¹⁷⁵. Sur le réquisitoire du commissaire du pouvoir exécutif, les hauts magistrats relèvent l'irrégularité et, rappelant aux juges que leur fonction se borne à la stricte application de la loi, annulent la décision « pour excès de pouvoir et contravention au principe de l'égalité des droits »¹⁷⁶ ! Réalisant le vœu qui avait présidé à son institution, le tribunal de cassation ne peut donner caution à un tribunal qui écarte les dispositions impératives de la loi pour leur préférer des considérations d'équité. L'arbitraire des peines s'est effacé devant le

¹⁷⁴ AN, AD V 4, 122, 11 juillet 1792. Cette décision est également rapportée au Sirey, I, 240.

¹⁷⁵ 12 avril 1792, AP, p. 755-756, séance du 16 mai 1793.

¹⁷⁶ 12 avril 1792, AP, p. 756, séance du 16 mai 1793. Le tribunal de cassation relève en second lieu « la violation des articles 19 et 20 de la loi du 22 juillet 1791 qui prononce la peine de l'amende et de la prison contre ceux qui outrageraient ou qui menaceraient par paroles ou par gestes les gardes nationaux ».

principe de légalité, et la loi, parce qu'elle assure l'égalité de traitement, est, par ce fait même, source de toute justice. Les juges ne sauraient donc prendre des libertés à son égard sans voir leur décision annulée pour excès de pouvoir. Techniquement, les hauts magistrats auraient pu se contenter de casser la décision pour violation de la loi du 22 juillet 1791, mais le *visa* du principe de l'égalité des droits donne à leur décision un caractère plus solennel. En rappelant aux juges qu'ils ne sauraient être autre chose que la bouche qui prononce les paroles de la loi, le tribunal de cassation garantit le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

73. Ce jugement devait servir de précédent. Une nouvelle affaire d'injures contre l'honneur et la réputation allait permettre au tribunal de cassation de conforter sa position. La découverte de faux témoignage et de subornation de témoins lors de la procédure instruite par un juge de paix avait conduit un tribunal criminel à prendre quelques libertés avec la loi¹⁷⁷. Dans les moyens qu'il invoque à l'appui de sa demande, le suppliant fait valoir qu'en se permettant « d'adapter la peine prononcée contre les faux témoins à celui qui est seulement sensé convaincu d'avoir sollicité de rendre un témoignage en sa faveur, [le tribunal] a offensé la loi de deux manières ; la première en n'acquittant pas simplement le suppliant, la deuxième, en l'interprétant et en la restreignant, quoi qu'en sa faveur »¹⁷⁸. Et celui-ci d'invoquer l'article 8 de la Déclaration au soutien de sa prétention. Après avoir relevé que dans les faits, tous les prévenus de faux témoignage avaient été acquittés au motif que « le fait de faux témoignage qui étoit le chef principal de l'accusation n'est point constant »¹⁷⁹ et qu'il était, en bonne rigueur juridique, inconcevable de condamner le prétendu suborneur au titre de la complicité d'un crime (faux témoignage) qui n'avait pas été commis, les hauts magistrats cassent le jugement comme étant contraire à l'article 1^{er}, 2^e partie du Code pénal¹⁸⁰. Bien que cette disposition eut été suffisante pour fonder la cassation et le renvoi consécutif, ils jugent toutefois nécessaire de relever la contrariété à « l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme qui veut que nul ne puisse être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »¹⁸¹.

¹⁷⁷ « Considérant que la loi ne détermine aucune peine contre les suborneurs de témoins, mais que celle prononcée contre les faux témoins doit naturellement leur être appliquée ». Le prêtre est alors condamné à six années de gêne en application de l'article 47, 2^{ème} section, titre II du Code pénal (AN, AD V 5, 71, 22 décembre 1792).

¹⁷⁸ AN, AD V 5, 71, 22 décembre 1792.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Art. 1^{er}, 2^{ème} part. C. pén. : « Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs du dit crime. »

¹⁸¹ AN, AD V 5, 71, 22 décembre 1792.

74. La fonction assignée à la Déclaration des droits par le tribunal de cassation s'esquisse. En agissant de la sorte, les juges du tribunal criminel ont outrepassé les bornes de leur pouvoir ; outre le fait d'avoir sacrifié la rigueur juridique sur l'autel de leur volonté répressive, ils ont fait œuvre de législateur en étendant l'application d'une peine à des cas non prévus par la loi. Par-delà la violation substantielle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ils se sont ainsi rendus coupables d'un excès de pouvoir qu'il appartient au tribunal de cassation de sanctionner, conformément à la règle constitutionnelle précédemment évoquée. La logique de cette motivation avait été parfaitement anticipée et explicitée par le suppliant et il n'est pas interdit de penser qu'il ait pu ainsi favoriser l'émergence d'une technique de cassation qui permettait de justifier pleinement l'utilité du tribunal de cassation¹⁸². Dans l'un de ses moyens, le suppliant faisait valoir en effet que « les juges ont eu tort d'interpréter la loi et de la restreindre ; ils l'ont interprétée parce qu'ils n'en avoient pas qui convînt au fait ; on diroit qu'ils ont voulu nous juger »¹⁸³. On ne saurait mieux circonscrire, en aussi peu de mots, la mission des tribunaux dans les premières années de la Révolution. L'interprétation de la loi est, sinon inconcevable, du moins inacceptable. Interpréter, c'est au sens où l'entend le requérant juger¹⁸⁴, c'est-à-dire s'élever au niveau du législateur et par conséquent sortir du cadre constitutionnel de ses attributions. En 1792, le corps des tribunaux n'est pas encore autre chose qu'une « agence d'exécution de la loi »¹⁸⁵ et les hauts magistrats font de la Déclaration des droits de l'homme la garantie ultime contre tout excès de pouvoir de l'institution judiciaire. En respectant scrupuleusement les bornes de la mission que lui a assignée la Constitution, le tribunal de cassation se positionne sur l'échiquier politique. Dans une période où son devenir institutionnel n'est pas encore assuré, il ne manque pas une occasion de témoigner sa fidélité à la cause révolutionnaire¹⁸⁶.

75. La plus belle preuve d'allégeance¹⁸⁷ est sans doute celle qui consiste à s'abstenir de toute initiative qui pourrait contrarier les desseins politiques

¹⁸² Dans le contexte difficile des premières années de la Révolution, on peut même supposer que les magistrats n'ont pas hésité à saisir cette belle opportunité afin d'affirmer de manière solennelle leur fidélité à la Constitution.

¹⁸³ AN, AD V 5, 71, 22 décembre 1792.

¹⁸⁴ L'acception de ce verbe sous la Révolution mériterait une étude particulière car elle peut être une source de confusion pour le chercheur.

¹⁸⁵ Empruntée à F. Burdeau (*Histoire du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 42), cette expression donne ici sa pleine mesure car elle est destinée, sous la plume de cet auteur, à caractériser l'action de l'administration.

¹⁸⁶ La fidélité du tribunal de cassation à la Constitution ne se mesure évidemment pas seulement à ces deux décisions. Toute son activité en porte témoignage et l'Assemblée veille à ce qu'il ne sorte pas du cadre de sa mission. Lors de l'état des jugements rendus depuis le 1^{er} avril 1792 jusqu'au 31 mars 1793, il est précisé en effet qu'il doit rendre « *compte aux représentants du peuple, pour justifier qu'il a rempli le vœu de la loi* » (AP, t. LXIV, p. 730, 16 mai 1793).

¹⁸⁷ Si l'on excepte les témoignages très ostensibles, car officiels, dont le tribunal est familier à l'égard de l'Assemblée. Sur ce point, J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution...*, *op. cit.*, p. 118-121 et I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des*

de l'Assemblée. Aussi, lorsque le climat se fait plus orageux, le tribunal de cassation ravive-t-il sa politique de prévention à l'encontre de la Déclaration des droits. Topique à cet égard est l'attitude adoptée par les hauts magistrats à propos d'un jugement qui avait maintenu en prison un individu convaincu d'un délit pour lequel aucune sanction n'avait été prévue par les lois pénales. Ayant présenté un mémoire au Corps législatif afin qu'il se prononce sur cet objet, les juges avaient décidé que l'accusé garderait prison jusqu'à ce que les députés aient statué sur la question. Saisi de cette décision, le tribunal de cassation annule ce jugement pour contravention à l'article 7, titre VIII, 2^e partie de la loi du 29 septembre 1791 qui porte que « les juges prononceront ensuite de la déclaration du jury et sans désemparer, la peine portée par la loi, ou acquitteront l'accusé, dans le cas où le fait dont il est convaincu n'est pas défendu par elle »¹⁸⁸. Ainsi, en dépit d'un excès de pouvoir évident et d'une contravention manifeste à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les hauts magistrats adoptent une motivation juridique certes suffisamment précise pour fonder la cassation, mais surtout politiquement opportune quand on sait que la décision annulée est l'œuvre du tribunal criminel de la Vendée ! Dans les circonstances que l'on sait (on s'apprête à voter la mort du roi), il aurait été pour le moins maladroit de fonder une cassation sur la Déclaration des droits de l'homme car cela revenait à discréditer l'action de tribunaux dévoués à la cause révolutionnaire¹⁸⁹ pour faire prévaloir la liberté de vendéens à l'encontre desquels l'assemblée allait bientôt commanditer la plus féroce des répressions¹⁹⁰.

76. Ce sont des considérations du même ordre qui président à la décision rendue par le tribunal de cassation dans l'affaire Hadeau. Bien que le substitut du commissaire national ait fait valoir les articles 8 et 11 de la Déclaration pour faire annuler la condamnation prononcée contre l'intéressé par le conseil souverain de la Martinique, le tribunal de cassation opte pour une motivation qui, par sa neutralité¹⁹¹, vise précisément à

droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'assemblée législative..., op. cit., p. 333 et s.

¹⁸⁸ 4 janvier 1793, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1^{ère} série (1791-1830), 1^{er} volume (1791-an XII), Paris, 1843, p. 13 (désormais *Sirey*, I, 13).

¹⁸⁹ Il vaut mieux ne pas froisser la susceptibilité de certains membres de l'Assemblée qui ne manquent pas une occasion de souligner le manque de patriotisme de tribunaux toujours trop prompts, d'après eux, à poursuivre les partisans de la Révolution, et trop cléments avec ses ennemis. Pour une illustration de ce discours, I. Anselme, *L'invocation de la déclaration des droits de l'homme et de la constitution dans les débats de l'assemblée législative...*, op. cit., p. 310.

¹⁹⁰ On a justement pu écrire que dans la répression féroce des contre-révolutionnaires vendéens, l'assemblée avait « violé audacieusement la table des droits de l'homme » (J. Crétineau-Joly, *Histoire de la Vendée militaire*, 1840-1842, rééd. 4 vol, Paris, 1979, t. 2, p. 269).

¹⁹¹ « Attendu que le Conseil Souverain de la Martinique a appliqué les peines du fouet, de la marque et des galères à un fait qui, tel qu'il est déclaré dans son jugement du 9 mai 1792, ne constitue pas un délit aux termes du Code pénal » (AN, AD V 6, 63, 30 août 1793).

neutraliser une situation politique explosive¹⁹². Il est des circonstances où il faut savoir taire les principes déclarés¹⁹³. Telle est la ligne qu'entend respecter le tribunal de cassation, spécialement sous la Terreur. Alors que la justice politique échappe au contrôle du tribunal de cassation, que l'annulation de certains de ses jugements par décret de la Convention se fait plus fréquente¹⁹⁴ et que le mécanisme de l'excès de pouvoir est désormais placé sous le contrôle étroit de l'Assemblée¹⁹⁵, la référence à la Déclaration des droits est judicieusement éludée¹⁹⁶ jusqu'à la chute de Robespierre¹⁹⁷.

77. Encore faut-il préciser que si les tribunaux sont alors plus que jamais condamnés à n'être que la bouche de la loi, le tribunal de cassation entend faire savoir qu'il demeure le seul à être capable de lire sur les lèvres de la Déclaration des droits. Aussi affirme-t-il pour la première fois, le 26 prairial

¹⁹² Jean-Louis Mestre fait justement remarquer qu'en distribuant des copies d'un mémoire de l'abbé Grégoire à des gens de couleur libres, Hadeau aurait pu contribuer au soulèvement de certains esclaves (J.-L. Mestre, « À propos de l'application de la constitution de 1791 par le tribunal de cassation », *op. cit.*, p. 245). L'Assemblée s'efforçant alors de ramener le calme dans les colonies, le tribunal de cassation aura sans doute jugé inopportun d'accorder les faveurs de la Déclaration à un fauteur de troubles. Connu de tous, l'adage *nullum crimen sine lege* était amplement suffisant pour sanctionner l'illégalité de la décision du Conseil de la Martinique.

¹⁹³ Déjà commentée par ailleurs (*supra* IB), l'affaire Tournal est une illustration supplémentaire de la conduite avisée du tribunal de cassation en la matière. Sur l'action du tribunal de cassation dans cette affaire, J.-L. Mestre, « L'affaire Tournal : un exemple du contrôle de l'administration et de la justice départementale en 1792 », *op. cit.*, p. 776-778.

¹⁹⁴ Sur les 205 jugements des tribunaux judiciaires concernés par cette pratique « extraordinaire », 32 décisions du tribunal de cassation sont annulées par décret législatif (J.-L. Halperin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, Sept. 1986, Paris, PUF, 1988, t. II, p. 457-468, spéc. p. 458). La logique du gouvernement révolutionnaire et la nature politique de nombreuses affaires justifie le contrôle des décisions des hauts magistrats par l'Assemblée (sous la Terreur, 17 jugements du tribunal de cassation sont ainsi annulés par décret), celle-ci renouant avec les techniques pourtant condamnées de demandes de motifs, d'évocation ou d'injonction rendues nécessaires pour contrôler l'excès de pouvoir ou la légalité des jugements prononcés sans recours en cassation. Sur cette question, on se reportera encore aux travaux de Jean-Louis Halperin (*Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, *op. cit.*, p. 148-166) et de Tony Sauvel (*Le tribunal de cassation de 1791 à 1795*, conseil d'État. Études et documents, n°12, 1958, p. 179-217).

¹⁹⁵ J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁹⁶ Au cours de cette période, le seul exemple d'invocation de la Déclaration des droits est le fait d'un dénommé Durand qui fonde ses trois moyens de cassation sur l'absence de motivation de la décision d'un tribunal de district saisi en appel d'un jugement d'un juge de paix (art. XV, tit. V, loi 24 août 1790), sur l'excès de pouvoir (incompétence du juge de paix) et sur « l'atteinte formelle portée à l'article IX de la Déclaration des droits de l'homme ». Le tribunal de cassation fait droit sur le premier moyen et renvoie les parties à se pourvoir par devant qui de droit (1^{er} Brumaire an II, *Bulletin des jugements du tribunal de cassation rendus en matière civile*, reprint in Germany, 1989, p. 13).

¹⁹⁷ Dans la version non publiée de sa thèse, J.-L. Halperin fait remarquer que le tribunal de cassation ne motiva d'ailleurs aucune cassation sur un article de la constitution pendant cette période (*Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse droit, Paris II, 1985, t. II, p. 498).

an II, que « la Déclaration des droits consiste dans des maximes trop générales pour être appliquées comme lois aux différends particuliers des citoyens »¹⁹⁸. Ce précédent devait être confirmé, trois mois plus tard, par une annulation remarquable à bien des égards. Le 29 pluviôse an II, des arbitres de Mornant avaient annulé une donation entre vifs du 23 mai 1774 au visa des articles 2, 3 et 19 de la Déclaration des droits de l'homme du 24 juin 1793. Dans un considérant, qui témoigne d'une dévotion exacerbée à la cause révolutionnaire, ils avaient en effet tiré toutes les conséquences de la primauté du droit naturel sur la législation positive. « Considérant que la donation de Philippe Thévenet à son fils, par son contrat de mariage, au préjudice de ses autres enfants, pèche contre les lois de la nature, etc. Nous observons qu'en vrais sans-culottes (...) nous soutenons les droits de la raison et de la nature, et voulons propager les principes de la Révolution et de l'égalité. Qu'attendu que les lois des despotes étaient inégales et injustes, la donation n'a pu être faite légalement »¹⁹⁹. Cette conception pour le moins extensive de la légalité n'est pas du goût du tribunal de cassation qui annule la sentence arbitrale en soulevant « l'absurdité de ces motifs ». Plus qu'une condamnation du droit naturel, les hauts magistrats rétablissent l'autorité de la loi du 17 nivôse an II qui avait été bafouée par les arbitres. Le visa principal est suffisamment explicite à cet égard : « vu l'absurdité des motifs énoncés dans la décision arbitrale dont il s'agit pour éluder les dispositions de la seconde partie de l'article 1^{er} de la loi du 17 nivôse »²⁰⁰. Cette loi, dont la rétroactivité avait été obtenue au prix de concessions notoires au droit naturel, précisait en effet que « les donations entre vifs faites depuis et compris le 14 juillet 1789 sont nulles ; toutes celles au même titre légalement faites antérieurement, sont maintenues ». Il n'appartenait donc pas à des arbitres d'en éluder les dispositions expresses, même s'ils adhéraient aux fins poursuivies par le législateur. Par voie de conséquence, la Déclaration des droits de l'homme de 1793, expression du droit naturel, ne pouvait justifier une atteinte à la loi, expression de la souveraineté nationale.

78. Bien que le jugement n'en pipe mot, la logique à l'œuvre est toujours celle de l'excès de pouvoir. En décidant de la sorte, les arbitres ont excédé le cadre de leurs attributions car ils ont étendu la rétroactivité de la loi au-delà du 14 juillet 1789. Ils ont donc fait acte de législateur et aucune norme, fusse-t-elle une Déclaration de droits, ne saurait légitimer une telle décision. Gardien fidèle et dévoué de la légalité et de la séparation des pouvoirs, le tribunal de cassation n'avait pas d'autre choix que d'annuler la sentence arbitrale.

¹⁹⁸ Guichard, Code et mémorial du tribunal de cassation, II, p. 335, cité par J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, op. cit., p. 500.

¹⁹⁹ 21 fructidor an II, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, op. cit., p. 513-514.

²⁰⁰ 21 fructidor an II, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, op. cit., p. 515.

79. Deux mois plus tard, une autre affaire allait lui donner l'occasion d'asseoir définitivement sa position. Le 4 frimaire an III, les hauts magistrats cassent un jugement du tribunal de district de Rouen fondé sur l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme du 24 juin 1793²⁰¹ et sur l'article 1^{er} de la loi du 5 brumaire an II²⁰². Dans cette affaire, le demandeur faisait valoir une fausse application de la Déclaration des droits de l'homme, la force des conventions ne pouvant selon lui s'incliner devant la liberté du commerce. Le défendeur lui opposait « le droit naturel [par lequel] tout homme a la liberté de faire du négoce, d'embrasser tel état, telle profession, et de se livrer à tel genre d'industrie qui lui convient »²⁰³ ; il réclamait par conséquent que la clause litigieuse soit réputée non écrite. Les hauts magistrats cassent néanmoins le jugement du tribunal de district pour fausse application de la loi²⁰⁴ et formulent un principe directeur de premier ordre : « la Déclaration des droits doit servir de règle aux législateurs, et (...) les tribunaux doivent se diriger d'après les lois particulières qui en émanent »²⁰⁵. Quoique de manière moins évidente à cet égard que dans les décisions précédemment commentées, la cassation pour fausse application participe encore de la logique de l'excès de pouvoir. En faisant prévaloir la Déclaration des droits de l'homme sur la convention des parties et la loi du 5 brumaire an II, les juges du tribunal de district ont fait incidemment œuvre de législateur, ce dernier demeurant le seul à pouvoir transposer les principes de la Déclaration dans l'ordre juridique positif²⁰⁶. Une fois encore le tribunal de cassation se portait garant de la légalité constitutionnelle tout en proscrivant à tout autre tribunal de faire usage de la Déclaration « pour en déduire des conséquences contraires aux lois »²⁰⁷.

80. Passés les excès de la grande Terreur, la convention thermidorienne allait donner au tribunal de cassation les moyens de conforter son statut en ouvrant, par une loi de germinal an III, la possibilité aux fonctionnaires publics de se pourvoir par devant lui pour faire annuler des jugements de condamnation prononcés dans la forme révolutionnaire par les tribunaux

²⁰¹ « Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens ».

²⁰² « Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes passés même avant la date du 5 septembre 1791 lorsqu'elle est contraire aux lois et aux mœurs... lorsqu'elle gêne la liberté d'embrasser tel état, emploi ou profession ».

²⁰³ 4 frimaire an III, *Bulletin des jugements du tribunal de cassation rendus en matière civile*, *op. cit.*, p. 185. Cette décision est également rapportée au *Sirey*, I, 38-39.

²⁰⁴ « L'article 17 cité dans le jugement du tribunal du district de Rouen n'est relatif qu'à l'abolition des servitudes personnelles, ainsi que l'article 1^{er} de la loi du 5 brumaire an II et que la clause dont il s'agit ne présente que l'établissement d'une obligation réelle » (4 frimaire an III, *Bulletin des jugements du tribunal de cassation...*, *op. cit.*, p. 185).

²⁰⁵ 4 frimaire an III, *Bulletin des jugements du tribunal de cassation...*, *op. cit.*, p. 185.

²⁰⁶ On pourrait voir dans cette espèce une manifestation de la théorie de la loi écran, mais il faut prendre garde, d'un point de vue épistémologique, à ne pas transposer la logique de la hiérarchie des normes et du contrôle de constitutionnalité dans un contexte révolutionnaire où l'agencement des règles juridiques est conçu sur un mode plus horizontal que vertical.

²⁰⁷ J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution...*, *op. cit.*, p. 500.

criminels. Investis de la confiance de l'Assemblée²⁰⁸, les hauts magistrats rendaient alors quatre jugements consécutifs fondés sur l'article 14 de la Déclaration des droits de 1793²⁰⁹. Si l'on excepte la décision du 3 thermidor an III qui, dans sa formulation, ne fait pas apparaître les circonstances particulières qui ont conduit le tribunal de cassation à annuler une peine de deux années de fers au motif que la loi qui justifiait ladite condamnation avait été appliquée à des délits antérieurs à sa promulgation²¹⁰, les trois autres décisions concernent des fonctionnaires publics tombés sous le coup des lois d'exception adoptées sous le régime de la Terreur. Le cas le plus caractéristique à cet égard est sans conteste celui du citoyen Ruffier, juge de paix du canton de Vedennes dans le département du Vaucluse. Dans son mémoire adressé « aux citoyens composant le tribunal de cassation », il explique que l'exercice de ses fonctions lui avait valu nombre d'ennemis²¹¹ qui avaient employé « les plus sourdes pratiques et (...) combiné les démarches les plus captieuses pour [le] faire jeter dans les fers, où [il était] resté près de cinq mois »²¹². Résigné à subir ce jugement « par respect pour tout ce qui porte le sceau de l'autorité nationale »²¹³, la loi de germinal an III²¹⁴ lui offre la possibilité de le contester devant le tribunal de cassation. Parmi les moyens qu'il avance dans son mémoire, il fait valoir que « c'est d'après les dispositions de la loi du 14 frimaire an II qu'[il a] été condamné, tandis que les prétendus délits sont d'une date de près de deux ans avant la promulgation de cette loi ». Et d'objecter : « A-t-on pu donner un effet rétroactif ! N'a-t-il pas été décrété mille fois par nos sages législateurs, que l'on ne doit, que l'on ne peut infliger les peines portées par une loi, que contre les délits commis postérieurement à sa promulgation »²¹⁵.

81. À l'instar de cette affaire, le principe de non rétroactivité permet de réhabiliter des hommes qui, pour certains, estiment avoir servi loyalement la Révolution²¹⁶, tandis que d'autres espèrent pouvoir bénéficier de

²⁰⁸ J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, op. cit., p. 187-192.

²⁰⁹ Nul ne doit être jugé et puni qu'après avoir été entendu ou légalement appelé, et qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit. La loi qui punirait les délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime.

²¹⁰ AN, AD V 7, 2775, n°182, 3 thermidor an III.

²¹¹ « Plus les mesures que je prenais pour conserver les droits de la nation étaient utiles, plus je grossissais le nombre de mes ennemis. Bientôt, dans différentes occasions, je heurtais de front beaucoup d'intérêts particuliers, je déjouais plusieurs manœuvres contraires à l'intérêt national ; par là je fis des mécontents, et je m'attirais un nombre d'ennemis proportionné aux opérations multipliées que la loi me commandait » (Mémoire du citoyen Ruffier, AN, AD V 7, 2740, pièce n°147, 11 messidor an III).

²¹² AN, AD V 7, 2740, pièce n°147, 11 messidor an III.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ La date varie selon les sources : alors que Ruffier évoque la loi du 13 germinal (AN, AD V 7, 2740, n°147, 11 messidor an III), les autres décisions réfèrent tantôt à la loi du 17 germinal (AN, AD V 7, 2737, n°144, 6 messidor an III), tantôt à celle du 18 germinal (AN, AD V 7, 2714, n°121, 8 prairial an III).

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ AN, AD V 7, 2737, n°144, 6 messidor an III et AN, AD V 7, 2740, n°147, 11 messidor an III.

l'impunité en raison de la nature « quasi-politique » de leur larcin²¹⁷. Une fois encore, les circonstances particulières justifiaient la mobilisation d'une Déclaration de droits à laquelle certains déniaient tout caractère opératoire²¹⁸. En réhabilitant de la sorte une légalité républicaine ternie par la législation terroriste, le tribunal de cassation relayait l'action de l'assemblée qui, après la chute de Robespierre, avait, par un décret du 14 vendémiaire an III, condamné l'application rétroactive d'une loi pénale sur la base de l'article 14 de la Déclaration de 1793²¹⁹. Dans son mémoire en tous points remarquable, le citoyen Ruffier faisait d'ailleurs valoir que sa position lui paraissait « encore plus favorable que celle de Grimener qui, par décret du 18 pluviôse dernier, a été mis en liberté ; et plusieurs autres fois, la convention a cassé des jugements aussi illégalement prononcés contre d'autres fonctionnaires publics, qui jouissent maintenant de la liberté après laquelle je soupire »²²⁰.

82. Ainsi, alors que la législation d'exception - qui, à l'instar de la loi du 14 frimaire an II, avait pour but de traquer tout acte de prévarication pour s'assurer de la loyauté de chaque fonctionnaire à la cause révolutionnaire - avait conduit certains tribunaux criminels à s'affranchir d'un cadre légal qui avait pourtant réduit les garanties procédurales à leur plus simple expression, l'arme de la rétroactivité permettait au tribunal de cassation de faire réexaminer l'affaire par des tribunaux qui officieraient désormais dans un contexte plus apaisé²²¹. Autant dire que l'utilisation de l'article 14 de la Déclaration de 1793 participe encore de la logique de l'excès de pouvoir. Devant les excès de certains tribunaux criminels qui avaient décliné les principes de la répression sur le mode du dévouement patriotique plutôt que sur celui du nécessaire respect de la loi, le tribunal de cassation se pose en sentinelle de la légalité républicaine. Tout en assurant la protection effective des droits des citoyens garantis par la Constitution, il s'affirme garant de l'indépendance judiciaire face aux pressions qui avaient pu conduire les tribunaux criminels les plus modérés à rendre des jugements en marge de la légalité²²². À l'aube de la convention thermidorienne, le

²¹⁷ Vol de menus effets dans un château ayant appartenu à un supplicié de sang bleu, AN, AD V 7, 2714, n°121, 8 prairial an III.

²¹⁸ O. Jouanjan, « La suspension de la Constitution de 1793 », *La Constitution du 24 juin 1793. L'utopie dans le droit public français ?*, PUB, LXXXVIII, EUD, 1997, p. 160.

²¹⁹ J.-L. Halperin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », *op. cit.*, p. 460.

²²⁰ AN, AD V 7, 2740, pièce n°147, 11 messidor an III.

²²¹ Une loi du 4 brumaire an IV (26 octobre 1795) viendra parachever ce mouvement en abolissant « tout décret d'accusation ou d'arrestation, tout mandat d'arrêt mis ou non à exécution, toutes procédures, poursuites, jugements portant sur des faits purement relatifs à la Révolution. Tous détenus à l'occasion de ces mêmes événements seront immédiatement élargis » (Art. III). Pour une illustration, ADI, L 1602, 6 germinal an IV (26 mars 1796).

²²² Bien qu'acquittés, deux individus qui comparaissaient devant le tribunal criminel de l'Aude avaient néanmoins été condamnés à une peine de 4 mois de prison, « sans aucune justification légale, sinon que [c'étaient] les circonstances pénibles où se [trouvait] la République qui l'[avait] conduit à prononcer cette peine » (C. Gau-Cabée, « Le tribunal

tribunal de cassation montre une fois de plus qu'il sait juger par-delà les passions révolutionnaires et qu'il est le plus fidèle serviteur de la légalité républicaine.

83. Cette fidélité des hauts magistrats à la majesté de la loi explique le statut privilégié attribué au tribunal de cassation par la Constitution de l'an III et l'échec corrélatif de la solution alternative un instant envisagée pour en assurer le respect. La discussion préparatoire avait en effet fait apparaître la nécessité d'instaurer un contrôle susceptible de garantir non seulement le respect, mais surtout l'unité de l'ordre juridique. Sieyès présentait alors le projet le plus abouti en la matière²²³ : son jury constitutionnaire²²⁴ était conçu à la fois comme un « tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel »²²⁵, un « tribunal des droits de l'homme »²²⁶ et une « juridiction naturelle [capable de suppléer] les vides de la juridiction positive »²²⁷. Quand on sait par ailleurs que Sieyès entendait lui confier « certains pouvoirs à l'égard des jurés »²²⁸, on mesure le danger que pouvait représenter le jury constitutionnaire pour un tribunal de cassation qui avait construit son autorité sur les bases du respect des règles constitutionnelles²²⁹.

84. Le projet de l'abbé écarté, la Constitution de l'an III consacre son titre VIII au pouvoir judiciaire²³⁰ et assure au tribunal de cassation une indépendance suffisamment forte²³¹ pour contrarier les desseins du

criminel de l'Aude et la répression politique en l'an II : un exemple de Terreur dévoyée », *Justice et politique : la Terreur dans la Révolution française*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, p. 177-187, p. 180).

²²³ Son mérite essentiel est d'avoir mis en forme une idée ébauchée dès la Constituante et formalisée parfois dans certains projets sous la Convention. Sur les précédents du jury constitutionnaire, P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1970, p. 431-433.

²²⁴ Durand de Maillane a beaucoup œuvré pour se voir attribuer l'invention du jury qu'il appelle constitutionnel (P. Bastid, *op. cit.*, p. 431).

²²⁵ P. Bastid, *op. cit.*, p. 435.

²²⁶ *Ibid.*, p. 443.

²²⁷ *Ibid.*, p. 442.

²²⁸ *Ibid.*, p. 436.

²²⁹ La remarque ne vaut que pour le prestige et l'autorité du tribunal de cassation puisque Sieyès avait envisagé que les violations de la Constitution accomplies par les simples citoyens échapperaient au contrôle du jury car elles étaient déjà justiciables des magistrats ordinaires (*Ibid.*, p. 435).

²³⁰ Sur la réalité d'un authentique pouvoir judiciaire dès l'an III, J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, *op. cit.*, p. 192. *Contra*, M. Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », dans *1791, la première Constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 255-367 ; M. Troper, « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2001, p. 117-137.

²³¹ « Le projet de la commission des 11 avait repris la formule traditionnelle selon laquelle le tribunal de cassation était « établi auprès du Corps législatif », mais ces mots furent retranchés lors de la discussion du 11 thermidor an III. La Convention faisait ainsi disparaître toute attache institutionnelle entre le tribunal et le corps législatif, et [proclamait] l'indépendance du tribunal de cassation après l'avoir si gravement malmenée » :

directoire exécutif²³² et profiter de l'apathie des assemblées pour limiter l'étendue du référé législatif maintenu par la Constitution de l'an III²³³. Cette configuration politique et institutionnelle n'étant pas sans parenté avec celle de 1791, les hauts magistrats réaffirment leur autorité en combinant la rhétorique de l'excès de pouvoir aux dispositions expresses de l'article 202 de l'acte constitutionnel²³⁴. Encouragés par une nouvelle distribution des pouvoirs qui conduit le directoire exécutif à leur dénoncer les cas de démission des tribunaux criminels qui invitent le corps législatif, par la voie du référé, à se substituer au judiciaire dans l'exercice de ses fonctions²³⁵, les hauts magistrats condamnent la pratique du référé avant faire droit comme constitutive d'un déni de justice et d'un excès de pouvoir²³⁶. Ayant ainsi conforté leur autorité, ils œuvrent alors plus sereinement au développement d'une véritable jurisprudence.

J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, op. cit., p. 194-195.

²³² *Ibid.*, p. 233-235.

²³³ *Ibid.*, p. 256-261.

²³⁴ Article 202 de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) : « Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées, ni par le corps législatif, ni par le pouvoir exécutif ».

²³⁵ Sur ce point, *Ibid.*, p. 257.

²³⁶ Initiée dès 1796, la condamnation du référé législatif conduit à l'annulation de nombreux jugements. Certains visas, attendus et considérants se passent à cet égard de tout commentaire : « vu l'article 202 de l'acte constitutionnel (...) et attendu que les tribunaux sont institués pour juger les affaires qui leur sont soumises, d'après les lois existantes dont ils sont chargés de faire l'application ; qu'en référant au Corps législatif pour obtenir une loi sur une question de droit qui leur était soumise, les juges du tribunal civil d'Ille-et-Vilaine ont mis le Corps législatif dans le cas de s'immiscer dans l'exercice des fonctions judiciaires, et les parties dans l'impossibilité d'être jugées par des tribunaux auxquels seuls appartenait la décision de la contestation qui les divise ; ce qui établit, de la part des juges, un déni de justice et un excès de pouvoir. D'après ces motifs, le tribunal, faisant droit sur le réquisitoire du commissaire du directoire exécutif, casse et annule le jugement rendu par le tribunal civil du département d'Ille-et-Vilaine le 4 prairial dernier » (19 messidor an VI, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, op. cit., p. 37). Pour une motivation identique, 19 messidor an VI, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, op. cit., p. 41. Pour une variation sur le même thème, 9 fructidor an VI, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, op. cit., p. 160-161 : « Vu l'article 27 de la loi du 25 juillet 1793 (...) Vu l'article 202 de l'acte constitutionnel (...) Vu enfin « l'article 3 de la loi du 10 vendémiaire an IV qui porte que « le ministre de la justice soumet les questions qui lui sont proposées relativement à l'ordre judiciaire, et qui exigent une interprétation de la loi, au directoire exécutif, qui les transmet au conseil des 500 » ; considérant que les tribunaux sont institués pour juger les affaires d'après les lois existantes, dont ils sont chargés de faire application ; que le sens de l'article 27 de la loi du 25 juillet 1793 n'est point équivoque ; que cet article indiquant le cas d'application, et n'ayant pas besoin de son interprétation, les juges des Landes ne pouvaient pas ordonner un référé au Corps législatif, sur la question de savoir si cet article doit s'appliquer à l'espèce dont il s'agit ; que ce référé tend à faire immiscer le Corps législatif dans les fonctions judiciaires, dont l'acte constitutionnel lui interdit l'exercice ; d'où il suit que le jugement qui ordonne ce référé, suspend sans motif le cours de la justice, et contient excès de pouvoir ».

B/ La Déclaration des droits de l'homme, instrument de conquête d'un statut juridictionnel

85. Dans la conquête du pouvoir d'interprétation de la loi, le déclin du référé législatif²³⁷ est accompagné d'une fine instrumentalisation de la Déclaration des droits et des devoirs de 1795. Il apparaît à l'évidence que si ses dispositions sont utilisées avec la plus grande prudence dans les affaires à haute densité politique²³⁸, elles permettent de justifier les innovations les plus remarquables lorsqu'elles sont maniées avec précaution.

86. L'exemple topique à cet égard est sans conteste la décision rendue toutes sections réunies le 25 fructidor an IV, par laquelle le tribunal de cassation annule un jugement du tribunal criminel du Pas-de-Calais au prix d'une motivation en tous points remarquable : « Considérant que c'est un principe inviolable, qu'on ne peut prononcer contre l'individu aucune condamnation quelconque, sans qu'il ait été entendu ou légalement appelé en justice ; que ce principe d'éternelle vérité a été formellement consacré, non seulement par l'article 14 du titre II de la loi du 24 août 1790, mais par l'article 11 de la Déclaration des droits qui précède l'acte constitutionnel de l'an III, qui veulent que les parties aient la faculté de se défendre par elles-mêmes ou par un fondé de pouvoir »²³⁹.

87. Au-delà de la simple référence à la Déclaration des droits et des devoirs déjà relevée par ailleurs²⁴⁰, l'étude de la motivation laisse entrevoir la portée considérable de cette décision. À la suite du considérant principal qui renvoie au principe d'éternelle vérité formellement consacré par l'article 11 de la Déclaration des droits et des devoirs, les hauts magistrats précisent que « l'article 426 du Code des délits et des peines, sur lequel s'est appuyé le tribunal criminel du département du Pas-de-Calais pour condamner Warnéjanville, ne contient rien de contraire à ce principe ». Sans doute le juriste contemporain trouvera-t-il dans cette formulation la première manifestation d'un contrôle de constitutionnalité dans la mesure où le tribunal de cassation semble bien délivrer ici un brevet de conformité de

²³⁷ J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, op. cit., p. 260-261.

²³⁸ Les hauts magistrats cassent ainsi un jugement du tribunal criminel de la Loire-Inférieure qui avait maintenu en détention provisoire un prévenu de complicité d'émigration pour l'un des motifs qu'il ne pouvait rester détenu « que dans les cas déterminés par la loi et suivant les formes qu'elle a prescrites, conformément à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'acte constitutionnel » (8 vendémiaire an V (29 septembre 1796), *Sirey*, I, 59). Si la mention de cette disposition figure dans l'attendu principal, elle ne fait pas partie des textes invoqués au *visa* et ne vient pas fonder une annulation pour excès de pouvoir. Les hauts magistrats condamnent simplement l'illégalité d'une détention constitutive d'un cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi.

²³⁹ 25 fructidor an IV (11 septembre 1796), *Sirey*, I, 56.

²⁴⁰ C. Saphore, , *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, thèse Bordeaux, 2002, p. 331, note 90.

l'article 426 à la Constitution. Plusieurs éléments condamnent pourtant une telle interprétation : les hauts magistrats ne peuvent envisager d'opérer un contrôle de constitutionnalité pour la raison essentielle qu'ils ne sauraient en concevoir l'idée même²⁴¹. En agissant de la sorte, ils visent simplement à écarter les ressorts habituels de la cassation que sont la fausse application de la loi et surtout l'excès de pouvoir afin d'imposer une interprétation dont la portée pratique est considérable. À la suite de ce développement, le tribunal de cassation fait valoir en effet que, selon l'article 432 du code des délits et des peines, le tribunal criminel ne peut prononcer sur la demande en dommages-intérêts de l'accusé que dans l'hypothèse où « celui contre lequel l'accusé a formé cette demande était partie au procès (...), comme cela résulte évidemment de ces mots de l'article 432, les dommages prétendus par la partie plaignante ou par l'accusé »²⁴².

88. Comme cela résulte évidemment de ces mots... Sous une formulation anodine qui passe pour n'être que la conséquence immédiate et évidente de l'application d'une disposition du Code des délits et des peines, les hauts magistrats se livrent à une véritable interprétation dont la portée ne se réduit pas à la simple annulation du jugement du tribunal criminel du Pas-de-Calais pour la raison que le dénonciateur n'était pas partie audit procès. Par-delà la lettre de la loi, ils fixent la répartition des compétences entre les tribunaux civils et criminels sur la question des dommages-intérêts réclamés par un acquitté. Lorsque l'individu visé par cette action n'est pas partie au procès criminel, il revient au juge civil de se prononcer sur cet objet.

89. Si l'annulation d'un jugement particulier ne permet pas encore au tribunal de cassation d'affirmer cette règle de portée générale, il faut souligner la fonction de légitimation assurée ici par la Déclaration des droits et des devoirs. Lorsqu'on envisage d'affirmer une règle nouvelle au moyen d'une interprétation que l'on qualifierait aujourd'hui volontiers de créatrice, la moindre des délicatesses est de se placer sous les auspices de la Constitution ou, mieux encore, d'un principe d'éternelle vérité²⁴³

²⁴¹ D'après Lucien Jaume, les révolutionnaires ont néanmoins envisagé un « contrôle de la légalité externe (...) visant avant tout à maintenir chaque organe dans sa fonction et à poser un frein aux éventuelles usurpations » (L. Jaume, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e-XX^e siècle*, D. Chagnoulaud (dir.), LGDJ, 2003, p. 17-29, p. 18).

²⁴² 25 fructidor an IV, (11 septembre 1796), *Sirey*, I, 56.

²⁴³ On trouve une autre illustration de cette technique dans une décision de la section criminelle du tribunal du 23 frimaire an V : « Considérant que des jurés qui ont déclaré qu'un homicide a été commis volontairement et sans qu'il fut commandé par la nécessité de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, ont par là prononcé sur la moralité de cette action et ne pouvaient plus déclarer qu'il n'y avait pas eu intention criminelle, sans tomber en contradiction. *Considérant que ce principe évidemment fondé sur la justice et l'humanité est formellement consacré par les articles 6 et 7, titre 2, partie II du Code pénal...* » (*Sirey*, I, 65). La portée de cette décision est également considérable dans la mesure où les hauts

formellement consacré par l'article 11 de la Déclaration des droits et des devoirs ! Il ne reste plus alors à ce législateur impétrant qu'à renouveler l'opération pour consacrer définitivement une règle de nature jurisprudentielle. C'est d'ailleurs ce que fera le tribunal de cassation le 9 germinal an VII en venant préciser les points qu'il n'avait pu clairement exprimer auparavant. Parce qu'il ne leur est plus nécessaire de viser l'article 11 de la Déclaration des droits et des devoirs, les hauts magistrats se contentent de rappeler « que toute action en dommages-intérêts est de sa nature une action civile, dont la connaissance n'appartient, d'après les principes généraux du droit, qu'aux seuls tribunaux civils »²⁴⁴. Le statut de l'article 426 du Code des délits et des peines qui, le 27 fructidor an VII avait seulement été envisagé dans sa conformité à la Déclaration des droits et des devoirs, remplit alors une tout autre fonction dans la motivation de cette décision car, s'il prévoit expressément le droit de poursuivre la partie dénonciatrice en dommages-intérêts, il ne « détermine pas le tribunal qui doit connaître de cette action (...) Il s'ensuit que, d'après les principes généraux du droit, elle est laissée à la connaissance ordinaire des tribunaux civils »²⁴⁵. La règle est désormais à ce point entendue que le tribunal de cassation rappelle aux juges qui ne la respecteraient pas qu'ils commettent « un excès de pouvoir par contravention à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme »²⁴⁶. C'est la quadrature du cercle : l'interprétation donnée par les hauts magistrats a désormais force de loi²⁴⁷ car sa contravention est sanctionnée par l'arme ultime du contrôle de légalité : l'annulation pour excès de pouvoir. Il ne reste plus alors au tribunal de cassation qu'à recueillir les fruits de cette remarquable stratégie jurisprudentielle.

90. En quelques mois, il pose les jalons qui permettront bientôt de distinguer la matière civile de la matière pénale. Le 16 prairial an VII²⁴⁸, il sanctionne l'habitus judiciaire qui consistait pour un parent à répondre devant les tribunaux des menus délits commis par leur enfant mineur. La peine alors prononcée par les tribunaux de police consistait généralement en une amende que le père ou la mère acquittait au titre de sa responsabilité civile. D'où un curieux mélange des genres, le parent responsable comparaisant seul devant la juridiction concernée pour

magistrats tentent de mettre fin à la manipulation de la question intentionnelle qui a conduit les jurys à prononcer nombre d'acquittements pour contourner un système de peines fixes qui ne permettait aucune individualisation de la sanction.

²⁴⁴ 9 germinal an VII (29 mars 1799), *Sirey*, I, 185.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Le législateur napoléonien ne s'y trompera pas en consacrant ce principe dans les articles 358 et 359 du Code d'instruction criminelle qui élargissent la compétence de la juridiction criminelle lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande de dommages-intérêts contre un dénonciateur.

²⁴⁸ 4 juin 1799, *Sirey*, I, 207 ; Bulletin des arrêts rendus en matière criminelle, II, n°439, p. 493-495 s ; *Journal du palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 3^e éd. par Ledru-Rollin, t. I, Paris, 1841., 402.

répondre civilement d'un acte dont il n'était pas l'auteur et qui, par sa nature, entrait pourtant dans le champ pénal. En visant l'article 11 de la Déclaration des droits²⁴⁹, le tribunal de cassation exige désormais que le délinquant mineur soit cité à comparaître et fait ainsi basculer ce qu'on appellera bientôt les contraventions dans le champ du pénal. Dans un registre voisin, les hauts magistrats profitent de circonstances favorables pour permettre à la partie civile de se pourvoir en cassation sur les intérêts civils, alors même que la partie publique n'avait pas agi²⁵⁰.

91. Ces interprétations consacrent leur volonté de s'émanciper du cadre rigide dans lequel la législation révolutionnaire les a trop longtemps cantonnés²⁵¹. Si la mention de la Déclaration des droits dans le dispositif du jugement offre au tribunal de cassation la possibilité de dégager les « principes élémentaires de l'ordre judiciaire »²⁵², elle lui permet surtout de contenir les juges inférieurs dans les bornes que la loi leur a fixées. Le tribunal de cassation fait oeuvre prétorienne, et il entend rester le seul maître du jeu en sanctionnant les juridictions qui seraient tentées de l'imiter. Dans son entreprise de subordination des tribunaux inférieurs, la cassation pour excès de pouvoir apparaît comme la solution idoine²⁵³. Cette voie permet d'ailleurs au tribunal de cassation de corriger l'illégalité ou

²⁴⁹ Nul ne peut être jugé qu'après avoir été entendu ou légalement appelé.

²⁵⁰ 29 vendémiaire an VIII (21 octobre 1799), *Journal du palais.op. cit.*, t. I, Paris, 1841, p. 511 (désormais *Journal du Palais*, I, 511).

²⁵¹ Le jugement du 29 vendémiaire an VIII fournit une bonne illustration de ce mouvement. Pour affirmer que le « silence de la partie publique ne peut préjudicier à la partie civile », les membres du tribunal de cassation commencent par écarter les dispositions contraires du code du 3 brumaire an IV au motif que « selon l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme, [celles-ci] ne peuvent (...) avoir aucun effet rétroactif, et ne sont point applicables aux procès dont l'instruction a dû être continuée suivant les formes établies avant l'institution des jurés » (*Journal du Palais*, I, 511). Ayant ainsi résolu la question de la loi applicable au procès en cours, ils ont alors le champ libre pour ériger en principe une règle procédurale qui ne repose, le considérant principal en atteste, sur aucun texte antérieur : « considérant qu'aucune loi antérieure au 14 juillet 1789 n'interdit aux parties civiles la faculté de se pourvoir en cassation contre les jugements rendus en matière criminelle qui leur font préjudice, et que ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché » (*Journal du Palais*, I, 511). Peut-on mieux illustrer l'oeuvre prétorienne du tribunal de cassation ?

²⁵² Cette expression est tirée de deux décisions des 25 et 27 fructidor an III (11 et 13 septembre 1795) qui décident que « suivant les principes élémentaires de l'ordre judiciaire, nul ne peut être légitimement condamné sans avoir été préalablement cité dans la forme légale » (*Journal du Palais*, I, 90-91). Alors qu'en septembre 1795, ces deux jugements ne fondent pas cette interprétation sur la Déclaration des droits et des devoirs, la décision du 12 fructidor an VII vise en revanche expressément l'article 19 de ce texte pour imposer la présence au procès du commissaire du pouvoir exécutif, chargé de résumer l'affaire et de donner ses conclusions à peine de nullité (*Sirey*, I, 240 ; *Journal du Palais*, I, 470).

²⁵³ Pour une utilisation de cette technique en matière criminelle, C. Saphore, « La constitution dans la jurisprudence criminelle de la cour de cassation (1791-1810) », *op. cit.*, p. 211-219. L'auteur écrit avec justesse que « cette ouverture à cassation (l'excès de pouvoir) est entendue largement par les magistrats de la section criminelle », qu'elle ne se limite pas à réprimer l'immixtion du juge dans les fonctions administrative ou législative et qu'elle permet de « sanctionner les excès de pouvoir internes à l'ordre judiciaire » (p. 212).

l'incompétence avec une efficacité d'autant plus redoutable qu'elle s'appuie sur une disposition de la Déclaration des droits de l'homme.

92. En l'espace d'une année, entre le 14 frimaire an VII (5 décembre 1998) et le 14 frimaire an VIII (5 décembre 1799), neuf décisions sont ainsi frappées du sceau de la Déclaration²⁵⁴. C'est à ce titre que le tribunal de cassation sanctionne des juges qui avaient voulu appliquer la loi du 22 prairial an IV sur la tentative à des faits antérieurs à sa promulgation²⁵⁵ et casse la décision d'une commission militaire de l'île de Corse qui, dans le silence de la loi, avait fait traduire devant elle des complices d'émigrés²⁵⁶. Les hauts magistrats annulent également trois jugements de tribunaux criminels qui, non seulement avaient appliqué les peines prévues contre les jurés de jugement défailants à des jurés chargés de répartir le montant de l'emprunt forcé, mais qui avaient aussi excédé leur compétence en prononçant en premier et dernier ressort sur des affaires qui relevaient en première instance des tribunaux correctionnels²⁵⁷.

93. Toutefois, bien qu'il se dresse alors volontiers en cerbère de la légalité, le tribunal de cassation se garde bien de faire un usage infernal et intempestif de la Déclaration des droits. Dans certaines circonstances, il préfère mobiliser des textes constitutionnels, voire législatifs alors que les faits auraient aisément pu justifier le recours à la Déclaration. Ainsi par exemple dans l'affaire Caussidéry. Bien que l'intéressé fut prévenu d'un délit qui n'était frappé d'aucune peine prévue par la loi, le tribunal criminel du département du Tarn ordonna néanmoins « un référé au ministre de la justice [et arrêta] que l'accusé resterait détenu jusqu'après la décision du corps législatif »²⁵⁸. En dépit d'une violation manifeste des articles 7 et 8 de la Déclaration de l'an III²⁵⁹, le tribunal cassait cette décision sur le *visa* de l'article 432 du code des délits et des peines²⁶⁰. Dans un contexte de lutte féroce contre la pratique du référé législatif, le principe de légalité pouvait

²⁵⁴ Dans la partie non publiée de sa thèse, Jean-Louis Halperin cite deux décisions du 11 messidor an IV et du 28 germinal an V que nous n'avons pas pu consulter (J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse droit Paris, 1985, t. II, p. 499 note 31). Avec les décisions du 25 fructidor an IV et du 8 vendémiaire an V précédemment citées (*supra*, note 218 et 219), la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme aura donc été utilisée à 13 reprises par le tribunal de cassation.

²⁵⁵ 11 fructidor an VII, *Sirey*, I, 239 ; *Journal du Palais*, I, 468.

²⁵⁶ 18 messidor an VII, *Sirey*, I, 221 ; *Journal du Palais*, I, 428.

²⁵⁷ 14 frimaire an VII (5 décembre 1798), *Bulletin des arrêts rendus en matière criminelle*, IV, n°149, p. 332-334 ; 14 brumaire an VIII (5 novembre 1799), *Journal du Palais*, I, 524 ; 14 frimaire an VIII (5 décembre 1799), *Bulletin des arrêts rendus en matière criminelle*, IV, n°114, p. 259-262 ; *Journal du Palais*, I, 547.

²⁵⁸ 29 vendémiaire an VII (20 octobre 1798), *Journal du Palais*, I, 231.

²⁵⁹ Article 7 : ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ; Article 8 : nul ne peut être appelé en justice, accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.

²⁶⁰ Les juges prononcent ensuite, et sans désenparer, la peine établie par la loi, ou acquittent l'accusé, si le fait dont il est convaincu n'est pas défendu par elle.

être réaffirmé sans qu'il soit nécessaire de brandir la Déclaration des droits et des devoirs. Le tribunal de cassation ménageait ainsi les juges inférieurs en refusant de qualifier d'arbitraire²⁶¹ ce qui, en définitive, n'était qu'une abstention prudente²⁶².

94. Au terme de cette étude, plusieurs observations peuvent être faites : la première relève de la géographie du social. À bien des égards, les Déclarations de droits occupent une sorte de non-lieu stratégique : elles se situent aux confins du politique et du juridique, dans un entre-deux qui leur confère un statut littéralement hors-norme. Et c'est justement parce qu'elles relèvent d'un ordre de rationalité qui excède le champ juridique, qu'elles peuvent être utilisées dans des circonstances particulières par des autorités qui, *a priori*, n'ont reçu aucun mandat exprès pour le faire. On en vient même à se demander si leur efficacité politique ne tient pas précisément à ce statut d'extériorité qui leur permet d'être mobilisées par des personnes ou des institutions aussi diverses que les citoyens, l'Assemblée nationale, le roi ou encore les autorités administratives ou judiciaires.

95. Cette première observation, qui n'est pas sans lien avec le propos que tenait Claude Lefort dans un article fameux²⁶³, vaut tout spécialement dans un contexte d'incertitude tant juridique que politique. Dans la période de transition qui caractérise les premières années de la Révolution, les Déclarations de droits apparaissent comme des textes hybrides qui ont pour double objet de subvertir l'ordre ancien et d'établir l'ordre nouveau. À ceux qui seraient trop prompts à souligner le caractère fondateur des Déclarations de droits²⁶⁴, la Révolution rappelle que ces textes furent conçus avant tout pour mettre à bas le régime monarchique. L'attitude qu'adopte

²⁶¹ Le principe de légalité consacré par les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits et des devoirs est suivi d'un article 9 dont l'objet est de sanctionner la violation desdits articles. Il est ainsi rédigé : *ceux qui sollicitent, expédient, signent, exécutent ou font exécuter des actes arbitraires sont coupables et doivent être punis*.

²⁶² Quelques mois plus tard, le tribunal de cassation manifeste toutefois une certaine exaspération devant l'attitude persistante des juges inférieurs à référer au corps législatif dès qu'un doute les assaille. Son jugement sonne alors comme un impératif catégorique à l'égard des tribunaux criminels qui voudraient persister dans cette voie : Attendu (...) que si les tribunaux trouvent de l'embarras dans l'application des lois, ils ne peuvent néanmoins se dispenser de prononcer sur celles applicables aux affaires qui sont portées devant eux ; que, s'ils tombent dans l'erreur, le tribunal de cassation est placé au sommet de l'ordre judiciaire pour rectifier leurs jugements ; qu'en prononçant un référé au corps législatif sur le mode de procéder à l'égard de Jean Kirch, et suspendant les débats contre ce prévenu jusqu'à ce que le corps législatif se soit expliqué sur ce référé, le tribunal criminel du département de la Moselle a commis un déni de justice vis-à-vis de cet accusé, excès de pouvoir dans l'exercice de ses fonctions et intervention dans l'ordre des pouvoirs constitutionnels. D'après ces motifs, casse et annule (16 pluviôse an VII (4 février 1799), *Journal du Palais*, I, 325).

²⁶³ C. Lefort, « Droits de l'homme et politique », dans *L'invention démocratique*, Paris, Le livre de Poche, 1981 [1994], p. 64.

²⁶⁴ Ce poncif est en principe relayé par la communauté des juristes qui ont accompagné le mouvement d'institutionnalisation des droits de l'homme depuis la fin des années 70.

Defermon, au moment où s'achève la discussion sur la Déclaration de l'an III, est à cet égard topique. Alors qu'il demande la réintégration dans le corps du texte de la disposition d'après laquelle *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* - et que Daunou lui oppose que ce « problème métaphysique » n'a pas à figurer en tête d'une constitution -, Lanjuinais rappelle que cet article « ne fut imaginé que pour proscrire la noblesse. Ce fut le dernier moyen qui nous restait, à Pétion et à moi, et que nous employâmes pour détruire cette caste privilégiée ». Aussi, ajoute-t-il, maintenant qu'elle n'existe plus, « l'article devient sans objet »²⁶⁵. Chacun mesurera ici l'incongruité qu'il y aurait à considérer que ce texte avait pour ambition de fonder l'ordre nouveau sur les principes de la philosophie jusnaturaliste. La dimension subversive des droits de l'homme est telle que Clermont-Tonnerre, aidé en cela par quelques députés, avait été contraint de travestir le dernier article de la Déclaration afin de préserver les intérêts d'anciens propriétaires²⁶⁶. Quand on sait par ailleurs les difficultés posées par la résistance à l'oppression, on ne peut que souligner combien les Déclarations brûlaient littéralement les mains de ceux qui envisageaient d'en tirer profit, et c'est probablement là une explication du défaut d'institutionnalisation des droits de l'homme sous la Révolution.

96. Cette observation générale permet d'étayer trois autres remarques qui portent sur des considérations plus spécifiques :

➔ Sur le plan de la technique de motivation, la Déclaration des droits de l'homme n'apparaît jamais comme le fondement exclusif des annulations prononcées par le tribunal de cassation. Son efficacité n'est jamais aussi forte que lorsqu'elle est combinée avec une autre technique. Lorsqu'il s'agit d'imposer aux tribunaux le respect du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, voire de leur refuser d'en référer au corps législatif lorsqu'une disposition est claire et par conséquent non sujette à interprétation, l'excès de pouvoir apparaît comme le moyen idoine²⁶⁷. La Déclaration sert alors de caution au tribunal de cassation qui prend un soin tout particulier à inscrire son action dans le cadre de la légalité constitutionnelle. Servies par une habile motivation²⁶⁸, les références au principe d'égalité des droits²⁶⁹, au principe d'éternelle vérité formellement

²⁶⁵ M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, op. cit., p. 296-297.

²⁶⁶ M. Suel, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public*, 1974, p. 1295 et s.

²⁶⁷ Sur la pérennité de cette technique sous le Consulat et l'Empire, J.-L. Halperin, « Ordre judiciaire et excès de pouvoir », dans J.-J. Clère et J.-L. Halperin (dir.), *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, Paris, La mémoire du droit, 2003, p. 187-203.

²⁶⁸ On sait que la motivation a pour fonction « d'établir rationnellement la nécessité de la décision prise », ce qui revient à dire que ce que l'on recherche alors à prouver, « ce n'est pas seulement qu'on a le droit de faire ce qu'on fait, c'est qu'on ne peut faire que ce que l'on fait » (M. Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », dans *La motivation des décisions de justice* (Ch. Perleman et P. Foriers, éd.), Bruylant, 1978, p. 115).

²⁶⁹ 12 avril 1792, AP, 16 mai 1793, p. 756.

consacré par l'article 11 de la Déclaration des droits et des devoirs²⁷⁰, voire aux principes généraux du droit²⁷¹, sont des tranquillisants puissants qui trompent la vigilance des observateurs les plus scrupuleux. Toutefois, pour ne pas encourir le grief d'utiliser la Déclaration des droits de l'homme à des fins autres que celles qui auraient pour objet de garantir les libertés du citoyen, il faut veiller à n'administrer le sédatif qu'avec parcimonie lorsque les circonstances et la nature des affaires s'y prêtent²⁷². En moins d'une décennie les hauts magistrats intègrent les contraventions aux articles de la Déclaration des droits dans les cas d'ouverture à cassation en faisant figurer au *visa* tel article qu'ils jugent utile, à l'instar de ce qu'ils font pour n'importe quelle violation d'une disposition de nature législative. Ménageant le fragile équilibre institutionnel des pouvoirs, le tribunal de cassation réussit donc à s'imposer comme le champion de la légalité et à conquérir, en catimini et dans les plis douillets de la loi, un statut juridictionnel. Avant même que Portalis n'en affirme la nécessité dans son discours préliminaire, les hauts magistrats font déjà œuvre de jurisprudence²⁷³.

➔ Sur un plan strictement juridique, la question du statut des Déclarations de droits laisse perplexe. Sans doute peut-on considérer que l'application d'un texte par un tribunal est un critère suffisant de juridicité²⁷⁴, mais la circonspection est de rigueur quand on sait que le tribunal de cassation a, selon les circonstances, tantôt expédié ces textes hors du champ judiciaire²⁷⁵, tantôt en a fait l'expédient d'une jurisprudence conquérante. Analyser par ailleurs les dispositions des Déclarations en termes de droit substantiel est également périlleux dans la mesure où, à de nombreuses occasions, le tribunal de cassation n'a pas jugé opportun de relever leur violation pourtant manifeste. Il n'en demeure pas moins que, à l'instar des corps administratifs, les tribunaux ont pu à l'occasion ériger telle disposition fondamentale en principe directeur de leur action, poussés en cela par des citoyens qui ne doutaient guère de l'applicabilité des principes déclarés. Que les Déclarations de droits aient eu ou non une valeur

²⁷⁰ 25 fructidor an IV (11 septembre 1796), *Sirey*, I, 56.

²⁷¹ 9 germinal an VII (29 mars 1799), *Sirey*, I, 185.

²⁷² On a pu constater que la première utilisation de la Déclaration des droits concernait une banale affaire d'injures verbales et que lorsque la décision était susceptible de nuire à la fragile autorité du tribunal parce qu'elle comportait une dimension politique incontestable, les hauts magistrats se gardaient de brandir ce texte pour soutenir les prétentions de ceux qui ne faisaient pourtant que mettre en œuvre le dernier des droits inaliénables et sacrés consacré par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

²⁷³ Sur l'émergence progressive de la jurisprudence du tribunal de cassation, J.-L. Halperin, « Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », *Une autre justice (1789-1799)*, Fayard, 1989, p. 225-241.

²⁷⁴ Dans la partie non publiée de sa thèse Jean-Louis Halperin fait valoir que « ces quelques jugements prouvent que, pour les juristes de la Révolution, les déclarations des droits faisaient bien partie du droit positif » (J.-L. Halperin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 500).

²⁷⁵ 26 prairial an II, précit. note 186 ; 4 frimaire an III, précit. note 191.

juridique importait peu à des justiciables et à des administrés qui, leurs actes et leurs requêtes en témoignent, croyaient en l'effectivité de telles normes. N'en déplaise à Michel Troper, le fait normatif révolutionnaire demeure rétif à toute approche dogmatique, fut-elle étayée par des débats parlementaires²⁷⁶. Pour cet éminent auteur, l'absence de valeur juridique de la Déclaration des droits de l'an III ne fait aucun doute. Il va même jusqu'à affirmer que « tous [les conventionnels] étaient d'accord pour penser qu'elle ne pouvait pas être [obligatoire] »²⁷⁷. Outre qu'il minimise ainsi la position de Daunou et les hésitations de Mailhe²⁷⁸, sa démonstration contrarie le bon sens autant que la réalité historique²⁷⁹ : si plusieurs conventionnels ont voulu formuler expressément le principe que la Déclaration n'était pas une loi, c'est de manière assez vraisemblable parce qu'une telle affirmation ne relevait pas de l'évidence ; on ne saurait nier surtout que ceux-là mêmes qui défendaient cette position (dont Michel Troper prétend qu'elle était partagée par tous) n'ont pas réussi à imposer leurs vues²⁸⁰ dans la mesure où aucun article additionnel n'est venu consacrer la proposition de Lehardy²⁸¹.

97. À dire vrai, ce débat de logicien ne prouve rien, si ce n'est « l'embarras de conventionnels »²⁸² qui pensent alors moins en juristes qu'en politiques soucieux de négocier au mieux le tournant thermidorien. Comme celles qui l'ont précédée, la Déclaration de l'an III se situe aux confins du politique et du juridique. On a fait valoir en introduction que le statut de la Déclaration de 1789 constituera un obstacle épistémologique tant que le chercheur ne se sera pas affranchi de la dogmatique juridique. Ce qui vaut en 1789, vaut en 1795, et même en 1793, n'en déplaise cette fois-ci à Olivier Jouanjan. Pour cet auteur, « la Constitution de 1793 n'a pas existé, pas pleinement existé à titre de norme (...). Elle n'a jamais acquis la pleine et entière existence

²⁷⁶ Dans un article au titre anodin (« Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales ESC*, 47^e année, n°6, 1992, p. 1185-1194), François Furet dénonçait la méthode « extrémis[t]e » et « absurde » qui « consiste à ne tenir aucun compte des débats qui ont précédé le vote du texte à interpréter ». Michel Troper, destinataire de cette critique, en a tenu compte, du moins quant à la nécessité d'étayer la réflexion sur les travaux préparatoires. Il n'en demeure pas moins qu'au plan épistémologique le réquisitoire de l'historien n'a pas pris une ride.

²⁷⁷ M. Troper, « La déclaration des droits et des devoirs de l'homme de la constitution de l'an III », dans *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1731-1746, p. 1739.

²⁷⁸ J. Ferrand, « La Déclaration de 1789 appliquée par les tribunaux de la Révolution... », *op. cit.*, p. 72-73.

²⁷⁹ François Furet avait été beaucoup moins complaisant à l'égard de Michel Troper en parlant de « coup de force cathartique » et en stigmatisant « cette quintessence d'abstraction, qui revient à extraire le dit document du sol historique hors duquel il n'aurait pas existé, [et qui] permet de n'avoir pas à affronter la complexité » (« Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *op. cit.*, p. 1193).

²⁸⁰ Michel Troper est d'ailleurs contraint de le reconnaître, mais il ne s'y attarde guère (« La déclaration des droits et des devoirs de l'homme... », *op. cit.*, p. 1740).

²⁸¹ Séance du 16 messidor an III, *Moniteur*, t. XXV, p. 1165.

²⁸² M. Troper, « La déclaration des droits et des devoirs de l'homme... », *op. cit.*, p. 1141.

juridique que confère à un texte son entrée en vigueur. Adoptée par la convention le 24 juin 1793, ratifiée par le peuple, proclamée le 10 août, elle est officiellement ajournée – suspendue – le 10 octobre par la convention elle-même »²⁸³. Il constate néanmoins que si la Constitution de 1793 n'a été ni promulguée, ni publiée, la Déclaration de 1793 a fait l'objet d'un affichage public²⁸⁴. Cette tare congénitale n'a pourtant pas empêché les citoyens, le corps législatif²⁸⁵ et les juges (qu'ils aient été arbitres²⁸⁶, juges de district²⁸⁷ ou de cassation²⁸⁸) d'appliquer cette Déclaration.

98. Si ces faits discréditent l'épistémologie juridique contemporaine, ils valident l'hypothèse performative, porteuse d'une vision plus charnelle de la réalité juridique : seule l'utilisation effective de la Déclaration des droits par les différents acteurs du jeu politique – citoyens, députés, corps judiciaire et administratif – permet de constituer, au sens fondamental du terme, cette force obligatoire par laquelle on qualifie généralement une norme de juridique. Cette conception révolutionnaire du droit déplaira à n'en pas douter aux épigones de kelsen qui colonisent aujourd'hui l'université française.

99. Au reste, elle n'était déjà plus de saison au sortir de la Révolution, du moins si l'on en juge par la réponse embarrassée qu'un des juristes les plus avertis de son temps formula au sujet d'une question relative à une servitude de passage. Le sieur Conscience avait opposé « le principe consigné dans la déclaration des droits de l'homme, que chacun est libre de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »²⁸⁹ pour attaquer un jugement d'un tribunal civil qui lui avait refusé une servitude de passage. Si Merlin répondit que « ce serait faire trop d'honneur à un semblable [argument] que de le combattre sérieusement », il crut néanmoins nécessaire d'ajouter une phrase dont le caractère emphatique témoigne de son très grand embarras au sujet du statut juridique des Déclarations de droits : « il est au surplus inutile d'observer que si la Déclaration des droits de l'homme qui se trouvait en tête de l'acte constitutionnel de l'an 3, a jamais été une loi proprement dite, bien certainement elle a perdu ce

²⁸³ O. Jouanjan, « La suspension de la Constitution de 1793 », *op. cit.*, p. 160.

²⁸⁴ O. Jouanjan, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, n°17, 1993, spéc. p. 127-130.

²⁸⁵ J.-L. Halperin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », *op. cit.*, p. 460.

²⁸⁶ 21 fructidor an II, Bulletin des jugements du tribunal de cassation en matière civile, *op. cit.*, p. 513-515.

²⁸⁷ Tribunal de district de Grenoble, ADI, L 1651, 23 ventôse an III ; 4 frimaire an III, *Bulletin des jugements du tribunal de cassation...*, *op. cit.*, p. 185.

²⁸⁸ C. Saphore, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, thèse Bordeaux, 2002, t. II, p. 329-331.

²⁸⁹ Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux, Paris, 1810, t. IV, v° servitude § 2, p. 613.

caractère par l'abrogation de l'acte dont elle fait partie »²⁹⁰. Chacun appréciera à sa juste valeur cet aveu en forme d'aporie...

➔ Sur le plan institutionnel enfin, les publicistes imagineront ce qu'aurait pu être la politique du conseil d'État si son action n'avait pas été aussi étroitement liée au destin de Monsieur Veto. Les constitutionnalistes apprécieront quant à eux la capacité d'un organe à vocation essentiellement politique²⁹¹ à s'imposer en quelques années comme une authentique juridiction au moyen, certes non exclusif, d'une exploitation astucieuse des Déclarations qui figuraient au frontispice des trois constitutions révolutionnaires. Le parallèle est saisissant : la mission du conseil constitutionnel n'était-elle pas également de veiller au respect des domaines de la loi et du règlement fixé par le constituant de 1958 ? Cette mission remplie, quelle aurait alors été sa place dans l'équilibre institutionnel de la V^e République s'il n'avait pas pris l'initiative d'exploiter le potentiel d'une Déclaration des droits figurant heureusement au préambule de la Constitution ?

100. Plus de deux siècles après la Révolution, le statut de la Déclaration des droits de l'homme ne se réduit toujours pas à ses manifestations juridiques et il est tout à fait pertinent d'envisager l'activité des hautes juridictions françaises sous un angle *stratégique*, au sens où l'entend Jacques Meunier²⁹². C'est précisément cette approche que Jean-Louis Halperin avait adoptée dans sa thèse de doctorat. Elle permet de signifier, par-delà les siècles, des modes opératoires peu prisés de la science juridique. Elle offre la possibilité de souligner un fait digne des mystères chrétiens : aujourd'hui comme hier, la puissance performative de la Déclaration des droits de l'homme demeure. Ce texte à nul autre pareil participe d'un processus de légitimation qui transcende le champ juridique car il procède d'une rationalité que certains tentent de caractériser par l'expression de « droit politique »²⁹³. Il joue, dans l'ordre institutionnel révolutionnaire et contemporain, un rôle équivalent à celui que le point d'Archimède a pu jouer dans l'ordre de la physique²⁹⁴. À la fois dans et hors du champ juridique, la Déclaration des droits de l'homme sert de point d'appui dans les situations où l'action des hommes, frappée du sceau de l'incertitude,

²⁹⁰ Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit..., op. cit., p. 614.

²⁹¹ Sous la Révolution, la fonction du tribunal de cassation était de maintenir l'unité de l'ordre juridique et de s'assurer que les tribunaux judiciaires respectaient la séparation des pouvoirs.

²⁹² J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant LGDJ, 1994. On sait en effet que le président G. Palewski imposa sa solution « *en dépit de la science et de l'éloquence du rapporteur* » (J. meunier, op. cit., note 58, p. 33), élément qui relativise d'emblée la nature juridique de cette décision et qui promeut l'efficacité de considérations d'une toute autre nature.

²⁹³ C. Gusy, « Considérations sur le droit politique », *Jus politicum. Revue internationale de droit politique*, n° 1, 2008, <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html>.

²⁹⁴ Hannah Arendt en a d'ailleurs fait un élément clé de la modernité (H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1961 et 1983).

cherche un surcroît de légitimité. Aux confins des mondes juridique et politique, elle fait fonction d'intercesseur et témoigne de l'effcience, au cœur de nos sociétés contemporaines, d'une forme de rationalité médiévale²⁹⁵.

Jérôme Ferrand²⁹⁶
Université de Grenoble
Chercheur au CERDHAP

²⁹⁵ Ne peut-on pas voir dans la Déclaration des droits de l'homme une ultime manifestation de ces réalités angéliques portées par la pensée juridique médiévale ? Bien que de nature immatérielle, personne ne doutait alors vraiment de l'action des anges dans le monde des vivants. Sur ces questions susceptibles d'éclairer certaines expressions de notre rationalité juridique contemporaine, E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Gallimard, 1989. On consultera également avec profit l'article de A. Boureau, « Droit et théologie au XIII^e siècle », *Annales ESC*, nov.-déc. 1992, n° 6, p. 1113-1125.

²⁹⁶ Cet article ne serait pas tout à fait tel qu'il est sans les encouragements de Jean-Louis Mestre et les lectures attentives de Simon Gilbert, de Jean-Christophe Gaven et des rapporteurs de la revue *Clio@Themis*. Que tous reçoivent ici mes plus vifs et très sincères remerciements.