

JEAN BARBEY

GENÈSE ET CONSÉCRATION  
DES LOIS FONDAMENTALES

« Tout droit vient ou du consentement qui l'a créé ou de la nécessité qui l'a établi ou de la coutume qui l'a confirmé. » Cette sentence du jurisconsulte Modestin, reproduite au Digeste<sup>1</sup>, met l'accent sur les deux procédures par lesquelles la société sanctionne l'existence de la norme juridique. Celle-ci proviendra d'usages issus du comportement du groupe social et acceptés par lui : c'est la coutume ; ou elle sera créée par la volonté de l'organe compétent sous la forme de la loi. Mais coutume et loi ne sont pas exclusives l'une de l'autre : il est rare qu'un ordre juridique, si bien réglé soit-il par la loi, refuse quelque place à la coutume<sup>2</sup>. A certaines époques de l'histoire cette dernière occupe une situation dominante. Son rôle discret aujourd'hui ne peut en effet faire oublier son emprise, sur le droit privé comme sur le droit public, durant le millénaire de notre Ancien Droit<sup>3</sup>. Plus particulièrement, il importe de souligner la place capitale que la coutume s'est arrogée dans la construction du statut fondamental de l'Etat monarchique.

La coutume fut en effet la tutrice de l'institution royale. Dès le début du Moyen Age, elle lui a dessiné des disciplines statutaires, appelées à partir de 1575, Lois Fondamentales du royaume. Leur nature transcendante et obligatoire a permis, peu à peu, en donnant à la Couronne une person-

1. Digeste XL, tit. 1, fragment 3.

2. Ainsi, malgré une intense activité législative, le Bas-Empire romain dut lui reconnaître autorité : J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1981, p. 115 s. A l'époque moderne, voir par ex. S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *Revue administrative*, 1979, p. 265 s.

3. Sur la coutume, surtout au Moyen Age : P.-C. Timbal, *La coutume*, DES, Cours de droit, 1957-1958 ; M. Boullet-Sautel, « La société et le droit », dans *La France médiévale*, dir. J. Favret, Paris, Fayard, 1983, p. 547 s. ; J. Gillissen, « La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut Moyen Age », *Rapports... du VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Hambourg-Bruxelles, 1963, p. 53-95.

nalité juridique distincte de son titulaire, de dégager la notion d'Etat, de *res publica*, dans laquelle s'incarnera le royaume. Fixant les principes de dévolution de la Couronne — coutumes d'hérédité avec primogéniture, d'agnation, d'indisponibilité et de continuité de la succession, de catholicité enfin — et d'inaliénabilité du domaine royal<sup>4</sup>, ces Lois Fondamentales, leur qualification le suggère assez, sont à l'origine du concept de constitution dans notre ancien droit public<sup>5</sup>.

Mais si le caractère constitutionnel de ces Lois est aujourd'hui largement admis<sup>6</sup>, leur nature profonde est objet, parfois, d'incompréhension. C'est que l'esprit moderne, habitué à la primauté de la volonté législative créatrice de la règle de droit, n'a plus de familiarité avec la notion de coutume. Ainsi lit-on que les Lois Fondamentales ne seraient jamais si absolues et définitives qu'elles ne changeraient pas ; qu'elles auraient un dynamisme continu qui justifierait, si besoin était, un réajustement créateur de nouvelles normes<sup>7</sup>. Affirmations qui font bon marché des coutumes statutaires de la monarchie dans leur réalité comme dans leur mode de formation. Pour dissiper ces ombres, interrogeons-nous sur leur genèse et leur consécration. Par là même, la notion de coutume constitutionnelle dans l'ancienne France en sera éclaircie. Auparavant posons la difficulté.

#### LA FORMATION DES LOIS FONDAMENTALES : LE « CASUS »

Comme toute coutume, les Lois Fondamentales, pour exister, dépendent de deux conditions cumulatives : avoir une cause matérielle ou *corpus* et une cause efficiente ou *animus*. Le *corpus* est l'usage qui naît de la répétition d'un acte ou d'un fait, le précédent. Il n'est guère possible de préciser combien de fois cette pratique doit être renouvelée pour introduire la coutume, mais il est certain qu'il faut plusieurs précédents. Ensuite, l'acceptation spontanée et permanente de cette pratique par le groupe social,

4. Sur les Lois Fondamentales : B. Basse, *La Constitution de l'ancienne France*, Liancourt, 2<sup>e</sup> éd., 1973. Plus particulièrement sur la dévolution de la Couronne et la théorie statutaire : J. Barbey, *La fonction royale. Essence et légitimité d'après les Tractatus de Jean de Terrevelmeille*, Paris, NEI, 1983 ; aussi S. Rials, F. Bluche et J. Barbey, *Lois Fondamentales et succession de France*, Paris, DUC, 1984.

5. Le terme de « constitution » est utilisé, à propos des Lois Fondamentales, dans une Déclaration royale de 1723.

6. Par ex. G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1969, t. IV, p. 37. Ce n'est pas ainsi que l'entend la philosophie des Lumières et l'idéologie de l'Assemblée constituante : voir le refus de reconnaître une valeur constitutionnelle aux Lois Fondamentales coutumières, voir C. Saguené-Lavisi, *Les Lois Fondamentales au XVIII<sup>e</sup> siècle...*, Paris, PUR, 1984, p. 77 s.

7. Par ex., *Légiste*, n° 1, 2<sup>e</sup> trimestre 1984, p. 29.

convaincu de son caractère contraignant, lui donne sa force obligatoire ; tel est l'*animus*, encore dit *opinio necessitatis* : la conviction de tous que la coutume est droit<sup>8</sup>.

#### Une formation hétérogène ?

Au fondement de chacune des Lois Fondamentales gît donc un acte originaire. Mais leur développement et leur consécration à partir de ce précédent paraissent affectés d'un processus hétérogène. Saisissons sur le vif, pour la mieux voir, la formation de certaines des Lois. La coutume d'hérédité d'abord, la première formée.

Lorsqu'en décembre 987, le roi élu Hugues Capet fait élire et sacrer roi en second son fils Robert, afin de lui assurer le trône, il instaure un précédent. Cet acte, renouvelé de règne en règne, devient la pratique de l'association au trône. Quand Philippe Auguste juge inutile d'agir de même manière en faveur de son fils, cet usage continué durant deux siècles sans opposition notable a consolidé la coutume d'hérédité en faveur du premier-né, substituée à l'élection. Ainsi est-elle conforme à l'esprit du monde médiéval. La meilleure coutume n'est-elle pas celle qui est si ancienne que l'on ignore tout de son origine<sup>9</sup>, celle dont les actes répétitifs formateurs de l'usage ne sont poursuivis « si longuement qu'il ne se souviene à nul homme quant commença »<sup>10</sup> ? Et si l'on peut estimer que le « temps de la mémoire », au Moyen Age, recouvre approximativement un centenaire<sup>11</sup>, la coutume d'hérédité est vraiment immémoriale, ne laisse place à aucun souvenir d'un usage contraire.

D'autres Lois Fondamentales offrent un cas différent. Leur introduction ne se fait pas progressivement au cours d'une longue pratique mais, semble-t-il, au terme d'une brève durée. En 1316, la mort coup sur coup du roi Louis X puis de son fils posthume ne laisse aucun successible en ligne directe à l'exception de sa fille Jeanne. Cette situation inconnue jusqu'alors dans la dynastie capétienne se résume dans une alternative : la Couronne ira-t-elle à Jeanne ou reviendra-t-elle à son compétiteur mâle, son oncle Philippe, frère du roi et régent ? Rien ne paraît joué, les deux protagonistes

8. Les juriconsultes romains, tout de même que les civilistes médiévaux, ajoutent un troisième élément : la cause formelle de la coutume ou *ratio*, c'est-à-dire une condition de rationalité.

9. P.-C. Timbal, *op. cit.*, p. 23.

10. Cité in M. Boulter-Sautel, *op. cit.*, p. 558.

11. B. Guenée, « Temps de l'histoire et temps de la mémoire au Moyen Age », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'Histoire de France*, 1976-1977, p. 25-35.

érayant leurs prétentions de solides arguments<sup>12</sup>. Ce sont les faits qui se chargent de répondre. Fort de sa position de régent, Philippe se fait reconnaître roi par une assemblée de dignitaires et sacrer en janvier 1317. Un précédent est né : les filles ne peuvent accéder au trône et faute de descendant mâle en ligne directe, la Couronne passe au plus proche collatéral. Six ans plus tard, en 1322, la coutume est consolidée sur le fondement de ce précédent : Philippe V étant mort en ne laissant que des filles, son frère Charles IV lui succéda<sup>13</sup>.

En 1419, le juriste Terrevermeille met en forme l'attribut nécessaire de la dévolution de la Couronne : le principe d'indisponibilité de la succession royale. Son analyse forgée en réaction contre les événements qui aboutissent à l'exhérédation du dauphin lors du traité de Troyes, devient vite un principe officiel prenant rang de coutume constitutionnelle<sup>14</sup>. Un dernier exemple enfin : en 1588, poussé par les états généraux ligueurs, hostiles à la confession réformée d'Henri de Navarre, le roi Henri III promulgue par l'édit d'Union le principe de catholicité, confirmé peu de temps après au sein des états de Blois. Les Ligueurs, dès la mort du roi, s'en autorisent pour proclamer roi le cardinal de Bourbon ; l'abjuration d'Henri IV, en 1593, achève de fixer la Loi Fondamentale de catholicité dont les bases s'étaient dégagées en 1588<sup>15</sup>.

#### Les Lois Fondamentales créatrices de droit ?

L'élément commun de ces trois Lois Fondamentales est leur rapide consolidation. Certes, le facteur temporel est peu aisé à cerner dans un domaine par nature contingent : une coutume nouvelle s'établira plus ou moins rapidement selon les circonstances du cas et les besoins qui le justifient. Il n'est que de considérer des exemples de coutumes amorcées par un seul précédent ou les canonistes et civilistes médiévaux qui, tout en s'accordant sur le principe d'une *longa consuetudo*, traduisent souvent cette longue durée comme un usage prescrit par dix, trente ou quarante ans<sup>16</sup>. Evidemment c'est autre chose de constater une coutume immémoriale ou

seulement prescrite par une courte durée : en ce qui les concerne les Lois Fondamentales le suggèrent.

A la différence de la coutume d'hérédité, à l'origine des autres Lois gisent des crises politiques dont l'acuité sans doute rend compte de l'existence d'un seul précédent et de la force avec laquelle il s'impose et amorce la Loi Fondamentale. En effet, ces crises, à chaque fois, posent un *casus* : la Couronne peut-elle échoir à une femme ? Le successible peut-il être privé de la succession ? Peut-il confesser la religion réformée ? La solution de ces problèmes de droit, jamais rencontrés antérieurement, sera, semble-t-il, originale et déterminera par conséquent une orientation juridique nouvelle ; en même temps, elle doit être forgée sur-le-champ pour dénouer la crise politique. A ne considérer qu'eux, les événements historiques montrent clairement que la solution est créée par l'autorité publique — ou morale — d'une ou plusieurs personnes qui imposent leur volonté et leur façon de voir<sup>17</sup>. Ainsi, en 1316, quels que soient les arguments de droit ou de fait déployés, c'est sa position dominante de détenteur de la puissance publique qui permet au régent Philippe de donner l'impulsion décisive en faveur de la masculinité. En raison de cette origine — crise politique et autorité qui la désamorce — ce précédent a une suffisante force pour que l'élément qu'il dégage devienne une coutume s'appliquant dès 1322.

Dans ces conditions, le processus de la formation de ces Lois Fondamentales ne répond que très imparfaitement à la substance de la coutume. Que constate-t-on ? Un usage embryonnaire dont on peut douter qu'il corresponde à la nécessité objective du *corpus* ; une *opinio juris* dont l'immédiateté laisse présager que loin d'être un sentiment intimement éprouvé d'avoir à se conformer à un usage, elle s'analyse en un assentiment explicite<sup>18</sup> ou implicite du corps social — ou de sa partie principale — à la volonté dérétaçant la coutume. En bref, une sorte de *consensus populi*. Un passage d'un coutumier de la fin du XIV<sup>e</sup> siècle souligne d'ailleurs l'idée que loi et coutume ont même fondement : « Coutumes en pais coutumier... equipolle à loi par l'approbation des anciens »<sup>19</sup>. C'est ainsi que les coutumes constitutionnelles, au lieu d'apparaître vertébrées par un usage issu de la société ou de sa fraction compétente, s'offrent — au premier regard — comme un droit produit par les instances politiques qui la régissent ; au lieu de résulter

12. P. Viollet, « Comment les femmes ont été exclues en France de la succession à la Couronne », dans *les Mémoires de l'Académie des Inscriptions*, Paris, 1893, t. XXXIV, 2<sup>e</sup> partie, p. 125-178.

13. *Ibid.*

14. J. Barbey, *op. cit.*

15. R. Villers, « Aspects de la loi de catholicité », *Revue historique de droit français*, 1959, p. 196-213.

16. P. Wehrli, *La coutume en droit canonique*, Paris, Sirey, 1928, p. 138 s.

17. Dans le cas de la coutume d'hérédité, le précédent de 987 est établi par Hugues Capet *sponte sua*. Mais cette volonté n'est déterminante que pour régler de fait la succession. Il n'était pas certain qu'elle se répétât.

18. En 1316, assentiment est donné par une assemblée de dignitaires ; en 1588, par les états généraux.

19. Cité in M. Boullet-Saurat, *op. cit.*, p. 558. Pour ce coutumier, *La Somme rurale* de Jean Bouteiller, il s'agit d'équivaler loi et coutume pour leur attribuer même valeur.

d'une pratique formée, conservée et enfin formulée comme créatrice d'un nouvel état de droit<sup>20</sup>.

Certaines argumentations solidaires de cette vision s'expliquent alors. Ainsi, à la mort du comte de Chambord, en 1883, les circonstances du moment — absence de descendance en ligne directe, collatéralité apparemment lointaine des Bourbons d'Espagne<sup>21</sup>, « modernité » politique des princes d'Orléans — auraient permis à ces derniers de créer, en leur faveur, un nouvel ordre de dévolution de la succession en invoquant et en faisant reconnaître un principe nouveau, celui de la nationalité du successeur qui s'ajouterait à l'arsenal des Lois Fondamentales<sup>22</sup>. Quand les besoins le nécessiteraient, une volonté pourrait réajuster les données coutumières constitutionnelles. Telle serait la signification de la souplesse si souvent invoquée de ces Lois : la mise en œuvre, à la remorque des faits, de nouvelles normes adaptées, dans le cas évoqué, à l'émergence du nationalisme au XIX<sup>e</sup> siècle, et non pas ce qu'elle est, une évolution continue et vivante à partir de données traditionnelles inhérentes à l'esprit de la monarchie.

Cette analyse de la formation des Lois Fondamentales est donc réductrice de leur vraie nature. Ces dernières sont bien des coutumes parce qu'elles sont non écrites et qu'elles résultent des contingences : nul juriste de l'Ancien Régime ne l'a nié. Mais de contingences qui doivent être autrement considérées. Avec la coutume qu'elles génèrent, elles s'inscrivent dans un substratum cohérent, celui des traditions de la royauté. La véritable origine des Lois Fondamentales est à rechercher dans les replis du temps et leur fixation prend en compte le legs du passé.

#### LES LOIS FONDAMENTALES, DÉCLARATRICES DE TRADITIONS

De la coutume, le Digeste de Justinien soutenait qu'elle était *mos*, manière habituelle de voir, *vetustas* ou *antiquitas*, vieil usage. Des faits répétitifs, une tradition, sont donc la condition de l'éclosion de la coutume<sup>23</sup>. En effet, au-delà des circonstances de fait, à l'origine de chaque Loi Fonda-

mentale existent des inspirations directrices dictées par des pratiques et des mœurs, plus ou moins anciennes, de la royauté comme nécessitées par son essence.

#### *Les inspirations directrices*

Ainsi, dans le cas de l'hérédité, le précédent de 987, constamment renouvelé, devenu coutume avec Philippe Auguste, a-t-il lui-même de lointaines racines. Des Mérovingiens à la décadence carolingienne, l'hérédité structure traditionnellement la dévolution du pouvoir royal. Sans jamais s'effacer<sup>24</sup>, elle s'est estompée à cette époque au bénéfice de l'élection. Il convenait donc que ce précédent — même sans volonté consciente — introduisit à nouveau cette pratique, la relançât sur une période suffisamment longue, enfin que la coutume vint juridiquement la consacrer. On le voit, cette dernière est consécration, non point création.

Tournons-nous vers l'année 1316. La solution favorable à la masculinité s'inscrit certes dans un ensemble circonstanciel : le jeune âge de Jeanne qui eût ouvert une minorité jamais souhaitée ; son éventuel mariage avec un prince étranger au sang capétien ; les mœurs de sa mère ; la faiblesse physique des femmes ; l'audace du régent. Ces circonstances sont déterminantes pour le principe de masculinité, pas pour l'établir mais pour le reconnaître. Elles permettent la mise à jour d'une traditionnelle pratique qui remonte loin dans le temps, sans jamais avoir été explicitée. D'ailleurs, le régent et ses partisans avançaient l'argument selon lequel aucune femme n'avait eu, en France, accès au trône. La vie même de la royauté le montrait et réclamait en outre que la masculinité existât.

En effet, dès avant 1316, la tradition politique n'a jamais retenu que des femmes fussent susceptibles à la dignité royale. L'hérédité masculine est une habitude qui pèse lourdement sur les esprits du temps. Les filles sont écartées avec constance sous les Mérovingiens et les Carolingiens. Les Capétiens poursuivent cette tradition : sous ces derniers les mâles exclurent à plusieurs reprises une sœur aînée<sup>25</sup> sans soulever la moindre discussion. En outre, cette pratique a ses raisons. Elles sont à chercher dans la tradition religieuse du sacre. Par la vertu de sa dimension sacramentelle, le sacre fait du pouvoir royal une fonction, un *ministerium* et lui imprime un caractère quasi sacerdotal. Le ministère religieux étant inaccessible aux femmes, le *ministerium regis* ne l'est pas moins. Ici encore, sans être explicite, cette

20. Elles apparaissent ainsi chez certains auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle, tel un Boulainvilliers, qui ne comprend plus clairement leur vraie nature. Sur ce point, C. Saguez-Lovisi, *op. cit.*, p. 79 s.

21. Encore que le succès de la branche espagnole le fit au onzième degré, quand vingt et un degrés séparaient Henri III d'Henri de Navarre.

22. G. Augé, *Succession de France et règle de nationalité*, Paris, 1979.

23. S. Riads, *op. cit.*, p. 266.

24. En 987 le Carolingien Louis V meurt, c'est son oncle Charles de Lorraine, son plus proche collatéral, qui se pose en compétiteur d'Hugues Capet.

25. Cas de Robert le Pieux, de Philippe Auguste, de Philippe III, de Louis X lui-même.

incapacité de nature des femmes était confusément ressentie dans l'*opinio communis*<sup>26</sup>. Ajoutons enfin que l'éventuel droit des filles à succéder trouvait son principal soutien dans le droit féodal ; mais cet argument de droit privé se révélait déjà inadéquat. Depuis l'introduction du sacre, il était progressivement acquis que le pouvoir royal était une fonction exercée en vue de l'intérêt commun, que le royaume n'était pas un fief et ne ressortissait par conséquent pas au droit commun féodal : la règle de masculinité permettrait justement en donnant une illustration de cette spécificité, d'en prendre davantage conscience.

Cette même analyse permet au juriste Terrevermelle, en 1419, de formuler le principe d'indisponibilité de la succession. Avec ce dernier, il met en ordre les efforts bicentenaires, conscients ou inconscients, menés par les rois et les juristes<sup>27</sup> pour dissocier la personne royale et le royaume. Cette distinction caractéristique de l'idée d'Etat est autorisée par le concept de Couronne qui symbolise précisément la communauté formée par le royaume dont le roi n'est que le gardien. Situation qui ne va pas sans engendrer un statut hors du commun, de droit public dont témoigne la dévolution spécifique de la Couronne, frappée d'indisponibilité. Une fois encore, le processus coutumier est à l'œuvre. Le contenu de cette Loi Fondamentale s'était insinué dans les esprits qui comptaient avant sa formulation. Celle-ci en achève la maturation. Il en va de même pour la dernière coutume constitutionnelle à se fixer. La formation de la Loi de catholicité est directement liée aux événements de 1588. Pourtant il n'est pas naïble jusqu'aux guerres de religion qu'elle était latente sous la forme non constitutionnelle de loi de religion chrétienne ; apparue avec le baptême de Clovis elle s'insérait d'une certaine façon dans le cadre institutionnel à l'occasion de chaque sacre royal. La nécessité de l'expliquer comme Loi de catholicité s'impose à la faveur des difficultés religieuses, mais cette déclaration ne fait que surplomber une tradition religieuse aussi immémoriale qu'admise par tous jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle.

### La constatation des coutumes

A travers ces cas il apparaît que les Lois Fondamentales ne se sont pas brusquement formées au terme d'une quelconque délibération. Elles ne

26. Jean Gerson dans ses *Dialogi duo de querelis Franciae et Angliae*... Ed. Elites du Pin, t. IV, col. 844, fait siéme cette analyse et suggère que la fille d'Henri I<sup>er</sup> d'Angleterre, en 1135, n'a pu succéder à son père en raison de l'incapacité native à recevoir l'onction.

27. Ainsi les ordonnances de 1403 et 1407 sur l'insistance de la succession royale au profit de l'héritier désigné par la coutume.

prennent pas seulement en compte un état de chose actuel qui réclamerait une solution juridique. Le véritable ressort de ces coutumes est dans le passé au long duquel s'exprime une certaine conception de la vie publique. Un certain parallèle peut être mené ici avec l'Eglise. Cette dernière, elle aussi, est structurée par une constitution, le *status generalis Ecclesiae*<sup>28</sup>. En raison de la finalité de l'Eglise, sa constitution ne peut reposer sur de simples décrets ; elle est fixée par la tradition, incluant règles de l'Evangile, droit naturel et pratiques devenues coutumes universelles<sup>29</sup>. Pareillement, les Lois Fondamentales de la monarchie reposent sur la tradition. Elles éclouent au terme de pratiques immémoriales forgées par une série de grands principes dont elles sont les transpositions institutionnelles. Cela est patent pour la coutume d'hérédité fixée en dehors de toute secousse politique. Cela n'est pas moins vrai en 1316, 1419 ou 1588. Certes ici, les circonstances sont loin d'être négligeables. Elles n'aboutissent pas pour autant à déléter *motu proprio* une règle constitutionnelle. Ces circonstances, au contraire, permettent à ces coutumes de se préciser à la faveur de difficultés pratiques.

En 1316, rares sont sans doute ceux qui ont conceptualisé l'idée de masculinité. Celle-ci n'est qu'habitude et témoignage de la mémoire collective que sous-tend l'essence de la monarchie. L'important est qu'objectivement le droit royal est prégnant de la Loi Fondamentale. Grâce aux difficultés du moment, par les liens directs et immédiats qu'il établit entre l'ordre des faits et l'ordre juridique, le processus coutumier de reconnaissance des prérogatives des mâles s'anime en quelque sorte pour les faire passer de la puissance à l'acte. Puis la détermination du régent agit, poussée par les pratiques constantes lesquelles, n'ayant jamais été contestées, n'en sont que plus respectées ; poussée également par une *opinio necessitatis* latente : le sentiment instantané du droit que celle-ci montre alors est le signe qu'elle en prend conscience. En bref, le précédent est le révélateur qui fait surgir les pratiques traditionnelles au grand jour et cristallise sur elles l'opinion publique. Les événements et les hommes publics servent à constater la coutume ou, mieux, à la déclarer<sup>30</sup> : ne donne-t-elle pas à ces pratiques une consistance juridique tout de même qu'une formulation consciente et définitive ?

28. P. Ourliac, « Souveraineté et Lois Fondamentales dans le droit canonique du XI<sup>e</sup> siècle », dans *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Paris, 1980, t. 1, p. 553-565 et J. Hackert, « State of the Church. A concept of the medieval canonists », *The Jurist*, 1963, p. 259-290.

29. Pour les canonistes du XI<sup>e</sup> siècle, à cette constitution se rattachent particulièrement la désignation du pape, son orthodoxie, et le maintien du patrimoine de l'Eglise : P. Ourliac, *op. cit.*, p. 557.

30. Continuateur de Nangis dans Gérard, *Chronique latine de Guillaume de Nangis*, Ed. Soc. de l'histoire de France, 1844, t. 1, p. 434 ; il est écrit, à propos de la fixation de la masculinité : « *Tunc etiam declaravit iuri* ».

Une déclaration : c'est en quoi consistait la coutume dans la sphère des droits féodaux ou seigneuriaux. Elle précisait les obligations de chacun et conduisait à stabiliser les statuts et les charges<sup>31</sup>. C'est ainsi que l'envisageant, en 1716-1717, les partisans de l'édit royal de 1714 par lequel Louis XIV habilita ses bâtards légitimés à succéder, en leur rang, à la Couronne. L'un des arguments avancés est que cet édit constate et déclare une coutume introduite par une pratique de cinq siècles autorisant les bâtards à succéder. Et les circonstances de 1714 — les morts nombreuses dans la famille royale conduisant le roi à pourvoir à l'éventuelle extinction de la race — serviraient de révélateur<sup>32</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la philosophie des Lumières, mais sur le fondement de la seule raison, soutient que l'essence de la loi est de déclarer une règle préexistante dont il s'agit seulement de dégager le contenu de façon claire afin qu'elle s'impose à la compréhension des sujets<sup>33</sup>. De même les Droits de l'Homme sont-ils déclarés car il s'agit bien, dans l'idéologie de la Constituante, de reconnaître des droits existant depuis toujours puisqu'ils sont inhérents à la nature humaine. Ainsi, loi et Droits de l'Homme n'avaient besoin que d'être externalisés afin qu'on pût en prendre conscience et les consacrer : il n'était que de les déployer à partir du lieu où ils se trouvaient, non pas la tradition ici, mais la raison.

La consécration des coutumes statutaires obéit donc au principe d'identité. Leur contenu n'est pas autre que celui des directions nécessaires qui nourrissent depuis longtemps la monarchie et, quoique informelles, qui sont déjà tout entières avant la fixation des Lois Fondamentales. Mais elles ne sont pas tout ce qu'elles peuvent être. Précisément, en raison des besoins, elles deviennent ce qu'elles peuvent être, selon ce qu'elles sont susceptibles d'être, par la consécration des coutumes constitutionnelles. Autrement dit, ces dernières, au fur et à mesure qu'elles sont déclarées, reconnaissent le legs du passé. Ainsi dévoilent-elles l'essence de la fonction monarchique. C'est en ce sens qu'il est permis d'affirmer que la Loi Fondamentale est une vie : elle est la vivante expression d'une réalité antérieure. Cette réalité, plus ou moins implicite mais non dégagée, se développe au sein des Lois Fondamentales par une explication juridique progressive, par une sorte de déploiement graduel de son contenu. L'aspect vivant des coutumes statutaires provient donc de ce qu'elles donnent une forme achevée à des données perfectibles, selon les exigences du moment. Etant un progrès juridique *quoad explicacionem* et non *quoad substantiam*, ces coutumes ne

peuvent être reforme ou redéfinition du statut de la monarchie. Elles sont passage du formel implicite au formel explicite.

Dans ces conditions la voie de la création de nouvelles coutumes est fermée. Dans l'exemple précédemment cité de la succession de 1883, l'exigence invoquée d'être un successible français eût pu introduire une coutume de nationalité à condition qu'un principe implicite de la monarchie allât en ce sens. Faute d'un état de chose existant antérieurement, la nationalité n'était qu'une nouveauté forgée dans un esprit dégageant avec celui des Lois Fondamentales. Expression de principes permanents, celles-ci n'évoluent pas en s'adaptant mais en déviant d'autres éventuelles déterminations dans l'axe de la tradition. La voie de la déclaration, loin d'introduire des incertitudes dommageables, est source de stabilité et de permanence. Elle confère aux Lois Fondamentales une autorité transcendante garante de *ordo regni* comme protectrice contre toute volonté perturbatrice.

#### *Tradition, royaume et coutumes statutaires*

Toute communauté politique constitue une unité contraignante et une valeur qui s'impose. Mais — et c'est le cas du royaume de France — chacune a un esprit particulier<sup>34</sup> qui permet à ses membres d'affirmer leur identité à travers le temps et leur commune appartenance à une réalité continue, qui légitime aussi les structures politiques. En son sein, les traditions ont toute leur place. La tradition, en effet, est un exemple chargé de valeur ; elle a en conséquence un rayonnement propre et fécond tendant à se répandre et à se reproduire par une sorte de profusion qui, loin de l'amouïrir ou de l'épuiser, manifeste sa force. C'est dans cette atmosphère favorable saturée d'actes propices de même signe qu'éclossent, en harmonie avec le milieu historique, ces Lois Fondamentales, continuité de modèles antérieurement disposés.

Mais ces Lois ne font pas qu'enregistrer automatiquement ces inspirations. La consécration juridique d'un acte considéré implicitement comme exemple est elle-même un acte. La tradition est une habitude — au sens philosophique du mot — des générations successives, c'est-à-dire la tension vitale de leur être politique vers l'action. Elle est en fait une relation qui n'a pas de réalité propre sans ses termes : un tissu de principes et d'usages et leur maturation juridique consciente sous la forme des Lois Fondamentales. Etant la consécration d'exemples, ces dernières, comme eux, possèdent la puissance qui caractérise l'existence, c'est-à-dire qu'elles prodiguent le bien de la communauté : par la confirmation et la fixation de l'esprit de la

31. P.-C. Timbal, *op. cit.*, p. 18.

32. C. Saguet-Lovisi, *op. cit.*, p. 51.

33. G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi », *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1938, fasc. 1 et 2.

34. V. Montesquieu, *L'esprit des Lois*, XI, 5.

royauté, elles apportent la durée, la stabilité et l'autorité qui sont le propre de l'Etat. Telles sont les coutumes statutaires : elles sont la forme d'une matière disposée à la recevoir, elles achèvent la permanence incomplète des traditions politiques du royaume.

Sous une forme théorique, le juriste Terrevermeille, le premier à avoir eu le souci de définir les coutumes statutaires, ne dit pas autre chose. Il lui apparaît qu'elles proviennent ultimement des pesanteurs historiques à seule fin d'adapter les données existantes qui en découlent en les explicitant et en les perfectionnant lorsque des exigences politiques et juridiques le requièrent. Ces coutumes n'émanent pas des structures conscientes de la communauté politique car elles appartiennent à un ordre indépendant et antérieur, celui des nécessités essentielles de l'ordre du royaume. Les coutumes sont donc issues de cet ordre et vont juridiquement le constituer. Mais comme l'*ordo regni* inclut depuis ses origines la communauté, celle-ci porte les coutumes à s'épanouir à travers sa structuration native que résume le concept de *corpus regni*. Ces dernières ne sont donc rien d'autre que l'objectivation juridique d'un ordre secrété par le royaume<sup>35</sup>.

En définitive, la potentialité normative des traditions de la royauté développe et assure la dignité spécifique du statut de la Couronne. Les Lois Fondamentales, ancrées dans le passé, dévoilées par les besoins et les circonstances, ont donc un fondement — parce qu'il est le milieu historique même — qui les met à l'abri de toute transgression ou de manipulation novatrice. Un fondement attaché à un système si bien concerté qu'il les fait participer de la nature profonde de la monarchie.

VINCENT BOUVIER

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA COUTUME  
SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RECONNUS  
PAR LES LOIS DE LA RÉPUBLIQUE

Le Conseil constitutionnel et la coutume, le thème pourra surprendre. La haute instance n'a jamais explicitement consacré en tant que telle cette source du droit. Tout au plus certaines décisions se réfèrent-elles à la pratique constitutionnelle, à la coutume ou pratique parlementaire, en tant qu'éléments permettant de concourir à l'interprétation d'un texte<sup>1</sup>. L'examen des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », intégrés au bloc de constitutionnalité par la décision du 16 juillet 1971<sup>2</sup>, conduit cependant à nuancer cette première impression. Certes, après avoir « d'abord connu une grande vogue et joué un grand rôle », ces principes paraissent aujourd'hui quelque peu négligés par le juge constitutionnel qui en fait rarement application dans les décisions les plus récentes<sup>3</sup>. Mais nombre d'incertitudes demeurent. Selon le Pr Philip, les lois de la République « n'auraient pas vraiment valeur constitutionnelle mais seraient considérées comme sources d'inspiration pour le juge constitutionnel lui permettant de dégager les principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle »<sup>4</sup>. Cette conception est critiquée par le Pr Luchaire car elle « conduit tout droit au gouvernement des juges »<sup>5</sup>. Peut-être conviendrait-il de dépasser ces controverses, certains principes fondamentaux s'analysant en définitive comme des principes coutumiers. Une telle hypothèse conduirait ainsi à s'interroger sur la notion même de coutume.

1. V. par exemple les décisions 59-DC du 15 janvier 1960, *Recueil*, p. 15 et 60-11 DC du 20 janvier 1961, *Recueil*, p. 29.

2. Décision 71-44 DC, *Recueil*, p. 29.

3. V. L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1984, p. 388.

4. L. Philip, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Kayser*, 1979, p. 317.

5. F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p. 180.