



Historia Constitucional

E-ISSN: 1576-4729

historiaconstitucional@gmail.com

Universidad de Oviedo

España

Ferreira, Oscar
LES ÉQUIVOQUES DU « CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ »: UN DÉBAT
TRANSATLANTIQUE (II)

Historia Constitucional, núm. 18, 2017, pp. 119-193

Universidad de Oviedo

Oviedo, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259052486007>

► Comment citer

► Numéro complet

► Plus d'informations de cet article

► Site Web du journal dans redalyc.org

redalyc.org

Système d'Information Scientifique

Réseau de revues scientifiques de l'Amérique latine, les Caraïbes, l'Espagne et le Portugal

Projet académique sans but lucratif, développé sous l'initiative pour l'accès ouverte

LES ÉQUIVOQUES DU « CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ » : UN DÉBAT TRANSATLANTIQUE (II)

THE AMBIGUITIES OF « GRANTED CONSTITUTIONALISM » : A TRANSATLANTIC DEBATE (II)

Oscar Ferreira
Université de Bourgogne

SOMMAIRE : INTRODUCTION – I. LA NAISSANCE AMBIGUË DU POUVOIR CONSTITUANT DU ROI - 1.1. Le respect révérencieux du constitutionnalisme ancien – 1.2. Le poids des interférences : la reprise du débat constitutionnel français – 1.2.1- *La défense de la thèse classique : du rejet du pouvoir constituant humain* – 1.2.2.- *L'autre bataille de l'octroi* – 1.2.2.1.- *Constitution absolue ou complément d'une constitution non écrite ?* 1.2.2.2.- *Delenda Carta : le changement de paradigme de la pensée contre-révolutionnaire* – II. L'IMPLANTATION INFERTILE D'UN « MOYEN TERME » : LE PROGRAMME AMBIVALENT ET INACCOMPLI DU CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ 2.1 – La prétendue proscription du pouvoir constituant ou la consécration tacite d'un gardien constitutionnel – 2.2. – Conclure l'œuvre du constitutionnalisme octroyé : l'utopie démasquée de la nouvelle garantie des droits ?

Resume : Après la France, et avant le Brésil, le deuxième article s'intéresse au Portugal. Le cadre juridique lusitain était propre à endiguer la naissance du pouvoir constituant. Reconstitue sur la base d'une transcription (apocryphe) de son pacte fondateur issu des *Cortes* de Lamego de 1143, l'ordonnancement du droit public portugais bénéficiait en outre d'un support écrit né au XV^e siècle, ses *Ordenações*. Cette double particularité, faisant des « libertés ibériques » un modèle du constitutionnalisme ancien, explique autant le respect révérencieux de ces bornes médiévales que la haine qui va déchirer le pays en 1826 à la suite de l'octroi de Dom Pedro. Dans ces conditions, et en dépit du programme suivi par un « pouvoir octroyant » qui refuse de se définir comme constituant, le constitutionnalisme octroyé devait apparaître comme un produit artificiel, faisant fi de l'héritage culturel, juridique, social et religieux de la population. Paradoxalement, cette même critique sera reprise et adaptée par les républicains positivistes pour dénoncer l'implantation infertile du constitutionnalisme moderne ; les futurs salazaristes en feront bon usage aux fins de réclamer le retour de la morale constitutionnelle, imprudemment perdue par ces innovations orgueilleuses inhérentes aux « esprits perturbés » du libéralisme.

Abstract : After France, and before Brazil, the second article concerns Portugal. The portuguese legal framework was appropriate to stem the birth of the constituent power. Reconstructed on the basis of an apocryphal transcription of its founding pact, the *Cortes* of Lamego of 1143, the portuguese public law benefited on top of a written document born in the XVth

century, the *Ordenações*. This double peculiarity, making "iberian liberties" a model of the ancient constitutionalism, explains the reverential respect for these medieval borders and the hatred following Dom Pedro's granting in 1826. In these conditions, and in spite of the program followed by a "granting power" which refuses to define itself as constituent, the granted constitutionalism had to appear as an artificial product, disregarding the cultural, legal, social and religious heritage of the population. Paradoxically, the same criticism will be resumed and adapted by positivists and republicans to denounce the barren presence of the modern constitutionalism ; the future salazarists will make good use of it, to demand the return of the constitutional morality, carelessly lost by these proud innovations born from the "disrupted spirits" of the liberalism.

Mots-clés : Charte portugaise de 1826 ; constitutionnalisme (ancien et moderne) ; constitutionnalisme octroyé ; *Cortes* de Lamego de 1143 ; pouvoir constituant.

Key Words : constituent power ; constitutionalism (ancient and modern) ; *Cortes* of Lamego of 1143 ; granted constitutionalism ; portuguese Charter of 1826.

INTRODUCTION

Überwinde dich selber noch in deinem
Nächsten : und ein Recht, das du dir
rauben kannst, sollst du dir nicht geben
lassen !

Friedrich Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*, Von alten und neuen Tafeln

« Portugais ! Votre Roi, placé en liberté sur le trône de ses prédécesseurs, fera votre bonheur ; il vous donnera une constitution, au sein de laquelle seront proscrits des principes que l'expérience vous a montrés incompatibles avec la durée pacifique de l'État [...] »¹. Prononcée le 3 juin 1823 dans un style bonapartiste, la promesse du roi D. João VI ouvrait une nouvelle ère constitutionnelle pour le Portugal². Nourrie d'exemples étrangers, l'idée d'octroi ne présentait alors rien d'original ; une traduction de la Charte de Louis XVIII figure même parmi les papiers de Ricardo Raimundo Nogueira (1746-1827)³ : membre du comité (*junta*) nommé par le décret royal du 18 juin

¹ Proclamation de D. João VI à Vila Franca, 3 juin 1823. Nous assurerons toutes les traductions.

² Sur l'histoire constitutionnelle portugaise, voir A. M. Hespanha, « O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese », in *História Constitucional*, n°13, 2012, pp. 477-526 et J. M. Sardica, « A carta constitucional portuguesa de 1826 », in *Ibid.*, pp. 527-561.

³ En témoigne Paulo Merêa dans sa préface au *Projecto de constituição de 1823*, Coimbra, 1967, p. 11, publication du projet tiré des papiers Raimundo Nogueira. Ce dernier fut professeur de droit et ami du père José Agostinho de Macedo. Voir N. Espinosa Gomes da Silva, « Um pequeno manuscrito de Ricardo Raimundo Nogueira, contendo considerações a favor e contra a

1823 en vue de confectionner un nouveau code politique⁴, son projet servira de base aux travaux ultérieurs⁵. Néanmoins, en plus de réserves de fond, l'opportunité d'un tel projet interpella les puissances étrangères unies depuis le Congrès de Vienne. À l'image du ministre français des affaires étrangères, François-René de Chateaubriand, le raisonnement se fondait volontiers sur l'esprit des siècles ; en effet, la population du Portugal semblait encore immature pour recevoir une constitution⁶, son esprit public s'étant même affaibli suite au départ du Roi au Brésil pendant près de quinze ans.

L'avortement feutré du projet d'octroi de D. João VI ne permet pas de répondre à toutes les interrogations soulevées par un tel programme. Mais, à l'instar des propos tenus en privé par le duc de Palmela⁷, il traduit néanmoins le problème initialement posé par le constitutionnalisme octroyé. Conformément aux termes du décret du 18 juin 1823, s'agit-il de réformer les vieilles institutions *humaines*⁸, en préservant autant que possible les éléments constitutifs (*divins*) du constitutionnalisme médiéval sur lesquelles elles reposaient ? Autrement dit, refusait-on le pouvoir constituant pour mieux préserver l'intégrité du droit divin, du droit naturel et des lois fondamentales induites de la « constitution naturelle » du pays et de ses coutumes⁹, ces

Constituição, prometida por D. João VI, em 1823 », in *Direito e Justiça*, vol. XIII, tome 3, 1999, pp. 15-37.

⁴ Cl. J. dos Santos (dir.), *Documentos para a História das Cortes Geraes*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1883, t. I, p. 780.

⁵ En plus de celui de Nogueira, plusieurs projets furent rédigés au sein du comité, dont ceux de Francisco de Borja Garção Stockler, de José Joaquim Rodrigues de Bastos, de José Maria Dantas et enfin de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato. Ce dernier est précieux en raison de la rédaction de mémoires, publiées en 1933 par l'imprimerie de l'Université de Coimbra – soit l'année de la promulgation de la Constitution de l'État Nouveau. Voir A. M. Hespanha, « O projecto de constituição de Francisco Trigoso de Aragão Morato (1823) », in *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisbonne, Sá da Costa editora, 1982, vol. I, pp. 63-90.

⁶ S. J. da Luz Soriano, *História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal...*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1887, tome VI, pp. 512-575.

⁷ D'après Morato, Palmela aurait invité les membres du comité à la fin du mois de septembre 1823. Lors du dîner, il leur annonce que les circonstances ont changé, rendant impossible l'adoption du projet, pourtant finalisé. Ses paroles reflètent l'ambiguïté des contours de l'octroi qu'il projetait : « peut-être que tout pourrait s'arranger, si la nouvelle Charte se réduit à très peu d'articles et s'il est possible de montrer la connexion qui existe entre ces articles et le droit établi depuis déjà longtemps parmi nous... ». *Memórias de Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato...*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1933, pp. 186-187. La réponse de Morato, admettant la possibilité de faire « revivre plusieurs articles de notre ancien droit public », le conforta dans son idée.

⁸ L'objectif était de donner une loi fondamentale qui, « régulée par les principes sains du droit public, établi, en parfaite harmonie, l'exercice du pouvoir suprême et la sécurité permanente des peuples ; en procédant par améliorations progressives, elle ouvre les chemins qui doivent conduire l'administration publique au degré de perfection compatible avec les *institutions humaines* [...] ». *Colecção da legislação moderna portuguesa. Da instalação das Cortes extraordinárias e constituintes em diante*, Lisbonne, Maigrense, 1823, tome III, pp. 117-118. Nous soulignons.

⁹ Ainsi que le dira James Tully, « l'esprit du constitutionnalisme ancien veut que les us et coutumes des peuples soient l'expression d'un accord mutuel librement consenti ; y mettre fin sans leur consentement explicite romprait donc la convention de consentement ». *Une étrange*

« libertés ibériques » accueillies par les *Ordenações* et hissées au rang de modèle du constitutionnalisme ancien¹⁰ ? Ou cherchait-on, au nom du parfait concert européen, à livrer à la population portugaise les bienfaits du constitutionnalisme moderne, que l'on devinait pourtant labiles après une multitude d'échecs continentaux ?

Deux problématiques distinctes, quoique complémentaires, ont ainsi perturbé les cadres juridiques et politiques du Portugal. D'une part, une aporie relative à l'étendue du texte constitutionnel écrit : la Constitution ou la Charte que l'on se proposait d'offrir doit-elle être vue comme exclusive, et donc se suffisant à elle-même, ou bien perçue comme un complément, un « acte additionnel à la constitution de la monarchie », dont le seul avantage proviendrait de sa correspondance aux idées du siècle ? D'autre part, une difficulté inhérente aux idéaux du constitutionnalisme ainsi projeté. Pour de nombreux historiens des idées au Portugal, le constitutionnalisme se différencie du concept de constitution par la valeur qu'il porte en lui, nommément la « liberté » qu'il s'agit de garantir¹¹. Défini de la sorte, le constitutionnalisme se limite, selon eux, à sa seule acception moderne fondée sur le triptyque constitution écrite/séparation des pouvoirs/droits naturels de l'homme. Cette lecture fixe ainsi une année d'apparition du constitutionnalisme : 1789.

Une telle date nous perturbe autant par la lecture exclusivement française de l'histoire constitutionnelle européenne qu'elle trahit, que par la négation des valeurs portées par le constitutionnalisme ancien. Car si le constitutionnalisme diffère évidemment de la constitution, la valeur, voire l'idéal, qu'il s'agit de colporter peut présenter à son tour différents visages. Le constitutionnalisme ancien et/ou médiéval, que d'aucuns refusent aujourd'hui de voir, veillait ainsi à préserver le règne aristotélico-thomiste de la justice ou le règne de la loi, sous-entendu chrétienne ; il s'agissait, déjà, de préserver et de propager une valeur (y compris de liberté), quand bien même celle-ci ne correspondrait plus à nos canons définitionnels modernes. Derrière cette façade heureuse, mais sans doute trop fragile car dépendante de la foi, le pouvoir se voyait donc limité autant par la coutume, œuvre du temps (lui-même auxiliaire de Dieu), que par l'opinion de la communauté des hommes¹². Cette opinion, parfois liée à l'oraison du chrétien, s'apparentait volontiers à une expression de l'*auctoritas* romaine, définie comme la capacité de dire ce qui est juste.

multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité, PU de Bordeaux et de Laval, 1999, p. 122.

¹⁰ P. Ferreira da Cunha, *La constitution naturelle*, Paris, Buenos Books International, 2014, pp. 18-19 et 41-69. Liées aux Cortes, la plupart de ces « libertés ibériques » se rencontrent en effet dans le Livre II des *Ordenações*, qui peut s'assimiler à un « code » (au sens ancien de *codex* : livre) politique.

¹¹ Thèse défendue par exemple par Z. Osório de Castro, « O pré-constitucionalismo em Portugal. Ideias e factos », in *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, n°11, 1999, p. 389.

¹² Voir les belles réflexions distillées tout au long de l'ouvrage de synthèse de Br. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, 1993.

Notre propos visera donc à présenter un autre regard, sensible à l'évolution sémantique du vocabulaire constitutionnel et du projet expressément ou tacitement conçu derrière cette expression ambiguë de « constitutionnalisme octroyé » au Portugal. Cette locution, souvent vue comme synonyme du constitutionnalisme monarchique, présentait pourtant un objectif plus ambitieux, aux carrefours du droit, de la politique et même de l'utopie. Le versant brésilien, que nous étudierons finalement dans une troisième et dernière livraison en raison de l'étendue du sujet, s'annonce certes moins opaque : l'Empereur D. Pedro rêve de fonder une nation nouvelle, désormais différenciée de son ascendant portugais, et nécessitant par conséquent de construire ses propres mythes et institutions¹³. *A contrario*, le cas portugais, engoncé dans son vieux cadre juridique, s'offre avec moins de clarté. Il pose surtout plus d'interrogations, auxquelles devaient songer les puissances unies depuis le congrès de Vienne lorsqu'elles eurent vent du projet de D. João VI.

En effet, leur récrimination n'étonne guère, bien qu'elle se démarque des recommandations habituelles de Louis XVIII¹⁴. En elle se rencontrent les hésitations doctrinales du temps ; les calculs politiques aussi : révolutionnaires *vintistas* comme contre-révolutionnaires portugais faisaient régulièrement référence à la même « constitution » historique du Portugal, celle issue des mythiques *Cortes* de Lamego de 1143, pour défendre l'idée d'un legs constitutionnel qu'il s'agissait de préserver, en le réformant¹⁵. Si l'envergure et la définition de cette « réforme » séparent naturellement ces deux camps, cet héritage commun n'en demeurerait pas moins exploitable par les soutiens de D. João VI, à l'instar du duc de Palmela. Dans son discours du 7 juillet 1823, ouvrant les travaux du comité de rédaction, Palmela annonça que le Roi a « l'intention d'établir sur des bases solides l'Empire des lois, la dignité de la Couronne et les droits de ses sujets, ainsi que de restituer et de perfectionner les anciennes institutions de la monarchie »¹⁶. S'il condamne l'entreprise des révolutionnaires *vintistas*, en raison de leur « système d'innovation contraire aux mœurs et à la volonté de la Nation », Palmela sous-

¹³ A. Enders, *Plutarque au Brésil. Passé, héros et politique (1822-1922)*, Paris, Les Indes savantes, 2012.

¹⁴ Louis XVIII avait conseillé à Ferdinand IV de Naples de poursuivre sa voie, en donnant « une constitution à ses peuples parce que c'était l'esprit du siècle et qu'il valait toujours mieux la donner que la recevoir ». Cité par P. Mansel, *Louis XVIII, op. cit.*, p. 192.

¹⁵ Quoi qu'en aient dit les puissances étrangères, D. João VI ou encore Silvestre Pinheiro Ferreira, le constitutionnalisme *vintista*, né comme son nom l'indique avec la révolution de 1820, demeure modéré : en atteste le Manifeste de 1820 où s'expriment son rejet de l'esprit de système en matière constitutionnelle et ses hésitations quant au détenteur effectif du pouvoir constituant. Voir Z. Osório de Castro, « Constitucionalismo vintista : antecedentes e pressupostos », in *Cultura. Revista de história e teoria das ideias*, n°5, 1986, notamment pp. 597-602. Cependant, en récupérant la terminologie moderne de ces mots, ses partisans introduisirent un discours fragilisant les assises traditionnelles du trône ; psychologiquement, si ce n'est politiquement, la rupture est bien consommée.

¹⁶ Le discours emploie le mot « *vassalos* », qui peut tout aussi bien être traduit par « sujets » que par « vassaux », en tant que legs du vocabulaire féodal. Le choix de ce mot n'est sans doute pas anodin dans l'optique d'un octroi, comme nous l'avons dit dans la première livraison de cette étude.

entendrait, selon la plupart des commentateurs contemporains¹⁷, l'existence d'un pouvoir constituant du Roi, un « pouvoir suprême » endossé uniquement aux fins de consolider les institutions de la monarchie tout en les mettant en harmonie avec les avancées des autres États européens.

Assurément, la thèse de l'acclimatation aux normes politiques européennes pouvait être défendue, compte tenu des échanges entre contrées occidentales. En effet, bien qu'accusant un sérieux retard sur les expérimentations constitutionnelles ayant labouré l'Europe, la pensée constitutionnaliste portugaise n'en demeure pas moins informée des dernières considérations françaises, facilitant la maturation des idées et des concepts. Comme au Brésil¹⁸, les livres et les idéologies, principalement français¹⁹, se sont propagés grâce aux libraires et éditeurs issus de France. Si ce mouvement migratoire va en accentuant à mesure de la progression de la Révolution française²⁰, ce furent précisément des Briançonnais, installés depuis 1762 à Lisbonne²¹, qui proposèrent des ouvrages interdits par la censure à des fins politiques²². Cette lame de fond francisante²³ forcera d'ailleurs les libraires portugais à suivre cette mode, ce qui explique la mise en

¹⁷ Position que l'on retrouve par exemple dans l'important article de José Henrique Dias, « A Carta constitucional prometida », in *Cultura. Revista de história e teoria das ideias*, n°6, 1987, pp. 543-574.

¹⁸ O. Ferreira, « Un vecteur de diffusion des cultures juridiques et politiques au Brésil : *O Farol Paulistano* (1827-1831) », in *Droit et cultures*, n° 69, 2015, pp. 223-270. Seule différence : au Brésil, les libraires, tel Pierre Plancher, tendaient à servir les intérêts du pouvoir en place.

¹⁹ L'influence britannique, soupçonnée en raison des relations diplomatiques entre le Royaume-Uni et le Portugal depuis le XVII^e siècle, a été défendue par José de Arriaga (1848-1921), frère du premier président de la République portugaise (« *A Filosofia Portuguesa* » 1720-1820. *História da Revolução Portuguesa de 1820*). Si elle existe indéniablement, via quelques figures comme Bentham, cette présence ne saurait occulter la bien plus grande part d'influence des juristes, politiques et philosophes français. En atteste le travail pionnier de P. Ferreira da Cunha, *Mythe et constitutionnalisme au Portugal (1778-1826). Originalité ou influence française ?*, thèse, droit, Paris II, 1992.

²⁰ Sur l'émigration française, plus contrastée que prévu, voir Castelo Branco Chaves, *A emigração francesa em Portugal durante a Revolução*, Lisbonne, Instituto de Cultura e Língua portuguesa, 1984 et A. Ferreira de Brito, *Revolução francesa. Emigração e Contra-Revolução*, Univ. Porto, 1989.

²¹ Voir Fr. da Gama Caeiro, *Livros e livreiros franceses em Lisboa, nos fins de setecentos e no primeiro quartel do século XIX*, Coimbra, Coimbra editora, 1980, pp. 15-17. Parmi les libraires et/ou éditeurs originaires de Briançon, il faudrait citer les familles Rolland, Borel, Martin, Bertrand, Aillaud, Rey, Orcel, Dubeux, Semion, Bonnardel, Du Beux, Ginioux, Guibert et Orcel. La famille Rolland est la plus emblématique, dirigée par leur patriarche François/Francisco († 1814), fondateur de l'importante typographie Rollandiana. Parmi leur clientèle, attestée par les bons de commande, figurent de grands noms politiques portugais comme Silvestre Pinheiro Ferreira ou Freire de Carvalho (*Ibid.*, p. 32).

²² Certains d'entre eux, à l'image de Dubié et de Loup, feront un séjour en prison, pour détention d'œuvres de Raynal, Rousseau, Voltaire ou encore Mably.

²³ Thèse déjà ancienne, quoique méconnue en France : V. Nemésio, *Relações francesas do romantismo português*, Coimbra, Biblioteca da Universidade, 1936. La Suisse francophone eût aussi sa part d'influence. Comme l'enseigne P. Ferreira da Cunha dans sa thèse, cette inclination française fut cependant repérée par le jacobin Chaudron-Roussau, qui en fit mention devant le Comité de Salut Public (*Recueil des actes du Comité de Salut Public*, Paris, Imprimerie nationale, 1901, t. XIV, p. 508).

circulation, dès 1792, de 12 000 exemplaires traduits de la Constitution française de 1791²⁴.

La relation tendue entre le Portugal et la France à la suite des tentatives d'invasion napoléonienne²⁵ a certes conduit à plus de retenue ; cependant, l'abolition du Tribunal de l'Inquisition et la fin (momentanée) de la censure préalable, accordée par le décret du 12 juillet 1821²⁶, devaient libérer la parole et permettre la diffusion de nombreuses traductions du *Contrat social* de Rousseau²⁷, des œuvres de Mably ou encore de Voltaire²⁸ : ceci explique également l'étonnante popularité des Idéologues (Destutt de Tracy et Volney en tête, comme en attestent les nombreuses éditions de son *Catéchisme de la loi naturelle*)²⁹, à l'origine d'une réforme des méthodes d'enseignement au Portugal consacrée par le décret du 17 novembre 1836³⁰.

Le recul de la pensée portugaise vis-à-vis des événements lui permet de mieux appréhender la question qui nous occupe : pouvait-on vraiment faire confiance à une nouvelle façon de garantir les droits, en se contentant de rédiger une constitution³¹ ? N'était-il pas plus ingénieux d'unir les deux constitutionnalismes, l'un visant à consolider l'autre, surtout dans des contrées où la religion continuait de s'apparenter à un « ressort puissant » (Portalès) ? Sourds aux leçons de l'anthropologie juridique, les constitutionnalistes contemporains omettent aujourd'hui la complexité du problème et le malaise que suscite, auprès de la population et des propres acteurs politiques, le passage de témoin de ce « premier » constitutionnalisme vers le « deuxième » : ils rompent ce nœud gordien en identifiant le droit

²⁴ S. J. da Luz Soriano, *História da guerra civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1866, t. I, p. 404. Comme au Brésil, les libraires français ont également vendu, édité voire rédigé certains journaux propageant les idées constitutionnelles nouvelles ; parmi eux, citons le *Genio Constitucional* mais aussi le *Português Constitucional*.

²⁵ Voir A. Pedro Vicente, « Le Portugal devant la révolution française – attitudes contradictoires », in *La Révolution française vue par les Portugais*, Paris, Fondation C. Gulbenkian, 1990, pp. 95-96 et, de façon complète, A. Chr. Araújo, « Revoltas e Ideologias em conflito durante as Invasões francesas », in *Revista de História das Ideias*, vol. 7, 1985, pp. 7-90.

²⁶ J. Tengarrinha, *História da imprensa periódica portuguesa*, Lisbonne, Portugalíia, 1965, p. 77 et s. La censure préalable sera rétablie par le décret du 12 juin 1823.

²⁷ Voir A. M. Ferreira Pina, *De Rousseau ao imaginário da Revolução de 1820*, Lisbonne, INIC, 1988 et surtout F. A. Machado, *Rousseau em Portugal. Da clandestinidade setecentista à legalidade vintista*, Porto, Campo de Letras, 2000.

²⁸ A. Ferreira de Brito, « Voltairifobia e Voltairifilia na cultura portuguesa dos séculos XVIII e XIX », in *Intercâmbio*, n°1, 1990, pp. 9-40.

²⁹ I. Nobre Vargues, « Do « Século das Luzes » às « Luzes do Século ». Notas sobre a presença das Luzes et da Revolução nas origens do liberalismo português », in *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, n° 6, 1987, en particulier pp. 539-541. Les thèses sensualistes des Idéologues, inspirées par Condillac, rencontraient déjà une grande audience avant 1821, selon le témoignage livré par Joaquim Heliodoro da Cunha Rivara dans ses *Memórias biográficas*.

³⁰ Voir O. Ferreira, « Le Code civil portugais de 1867 : un code « français » ou un « anti-code » français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : António Luís de Seabra », in *Revue historique de droit français et étranger*, 2014, n°1, pp. 65-66.

³¹ Pour un aperçu général du problème, voir P. Rolland, « La garantie des droits », in *Droits fondamentaux*, n°3, 2003, pp. 179-218.

constitutionnel à l'État³². En effet, la protection étatique inhérente au constitutionnalisme moderne pose deux séries de difficultés, soit autant de méfiances, auxquelles devront faire face les juristes, politiques et philosophes de tous bords. D'un côté, il étatique la garantie des droits, ce qui implique une confiance en l'État et ses institutions, au rebours du constitutionnalisme ancien, toujours adossé à une vision cosmique prenant appui sur les mœurs et sur l'action, voire la protection, de groupes sociaux, spirituels et/ou religieux. De l'autre, il nationalise la garantie des droits, en renouant intellectuellement et symboliquement avec le cadre civiliste antérieur à l'édit de Caracalla (212), là où le constitutionnalisme ancien veille au contraire à maintenir une sorte d'universalisme inhérent à la communauté chrétienne³³. Deux situations qui méritaient assurément d'être interrogées, tant par des individus scrutant les actions jugées suspectes des cadres dirigeants de l'État et de sa bureaucratie naissante, que par des personnalités soucieuses de brocarder la définition moderne de la Nation au nom de l'unité catholique.

Dans ces conditions, le constitutionnalisme octroyé endossait une mission éducatrice, pour ne pas dire messianique ; nous le constaterons en observant ces discours parlementaires et ces écrits politiques où il s'agit moins d'offrir une constitution moderne qu'une toute nouvelle mentalité, imprégnée d'idéaux repensés. Aussi doit-on prémunir le lecteur contre une première équivoque : si la pérennité du concept de « constitutionnalisme octroyé » au Portugal provient de l'instabilité chronique du pays durant le premier XIX^e siècle, facteur de violences à chaque élection³⁴, elle sert surtout de révélateur de l'inefficacité du texte constitutionnel écrit. La stabilisation du pays et la consolidation du libéralisme politique, garanties (provisoirement) à partir de la période dite de Régénération (*Regeneração*), nourrira en effet ce concept. Véritable âge d'or constitutionnel, longtemps encensé par l'historiographie avant d'être aujourd'hui nuancé³⁵, la Régénération abrite en

³² Pour une illustration parlante, citons O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. Raynaud/St. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, p. 134 : « seule sera ici retenue l'acception *stricto sensu* de constitutionnalisme parce que le constitutionnalisme ancien ou médiéval est devenu obsolète depuis la naissance de la souveraineté et de l'État moderne ».

³³ En rappelant que le mot catholique signifie « universel » et a donc vocation à abriter l'ensemble du genre humain. La notion d'apatride a ainsi pu voir le jour et poser la question de la protection des droits de l'homme, dont la particularité a été d'être « nationalisés », donc réservés aux ressortissants nationaux ou tenus pour tels. Pour une position du problème, voir H. Arendt, *L'impérialisme*, in *Les Origines du totalitarisme*, Paris, Quarto Gallimard, 2002, pp. 591-607.

³⁴ M. de Fátima Bonifácio, « « A guerra de todos contra todos » (ensaio sobre a instabilidade política antes da Regeneração) », in *Análise Social*, n° 115, 1992, pp. 91-134.

³⁵ Ce sont principalement les constitutionnalistes qui ont véhiculé, tout au long du XX^e siècle, cette image positive et caricaturale de la Régénération. L'action du pouvoir modérateur du roi, enfin assumé sous le règne de D. Pedro V, aurait permis l'alternance au pouvoir des deux principaux partis politiques, désormais institutionnalisés au sein d'un bipartisme. Ces prises de position, décelables dès Marcello Caetano, mais adoptées également par Jorge Miranda et par le président de la République Marcelo Rebelo de Sousa, ont été nuancées, voire contestées, depuis une vingtaine d'années. Voir par exemple J. M. Sardica, « Os partidos políticos no Portugal oitocentista (discursos historiográficos e opiniões contemporâneas) », in *Análise Social*, n°142, 1997, notamment pp. 566-569.

son sein la vision méliorative du constitutionnalisme octroyé : celle d'un constitutionnalisme continu, quotidien même, capable d'endiguer les maux des régimes politiques modernes tout en permettant le développement de ses bienfaits à l'ombre de garanties aussi bien anciennes que nouvelles ; celle, aussi, d'un constitutionnalisme conçu et enseigné par le Roi, au moyen de son pouvoir modérateur³⁶, concept d'origine française mais uniquement consacré en droit positif par les contrées lusophones au point de devenir une référence de leur pensée contemporaine³⁷.

De ce fait, cette thèse fut combattue par les positivistes républicains qui n'accepteront jamais les bienfaits du constitutionnalisme monarchique à l'aune de la loi des trois états d'Auguste Comte ; elle sera également sabrée par certains professeurs de droit ne tolérant pas l'idée d'un constitutionnalisme qui ne repose pas sur la souveraineté nationale³⁸ : sans en nier la nature, le projet éclectique porté par l'octroi de D. Pedro demeurera selon eux infertile et suranné (II). En se montrant ainsi oublieux du constitutionnalisme ancien, pourtant lui-même fondé sur le consentement exprès ou tacite de la population par le jeu de l'*opinio iuris*, ces acteurs et spectateurs de la vie politique et constitutionnelle devaient minimiser, voire taire, l'ambiguïté de la naissance du pouvoir constituant du Roi et les soubassements du droit politique au Portugal (I).

I. LA NAISSANCE AMBIGUE DU POUVOIR CONSTITUANT DU ROI

L'origine de l'ambiguïté constitutionnelle portugaise tient assurément à son cadre légal. La France s'appuyait sur des lois fondamentales du royaume, progressivement insérées dans une constitution coutumière sous l'impulsion concomitante, bien qu'asymétrique, de Bossuet et des parlementaires³⁹. De son côté, le Portugal présentait une double singularité depuis l'époque médiévale. D'une part, le pays bénéficiait d'une retranscription du serment prononcé lors des *Cortes* de Lamego de 1143 : base de sa constitution coutumière, elle se présente comme une *Magna Carta* lusitaine. Certes, ce document se révélera apocryphe, publié puis magnifié au XVII^e siècle dans le but de lutter contre l'occupation espagnole en servant la cause des

³⁶ Voir O. Ferreira, « Le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824 et la Charte portugaise de 1826 : les influences de Benjamin Constant ou de Lanjuinais ? », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°89, 2012, pp. 1-40.

³⁷ O. Ferreira, « L'élection au suffrage direct du Président au Portugal : renforcer et contenir le pouvoir modérateur en République (1911-2011) », in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *La désignation du chef de l'État. Regards croisés dans le temps et l'espace*, Paris, Fondation Varenne, 2012, pp. 117-161.

³⁸ Deux exemples typiques : R. Ehrhardt Soares, « Constituição », in *Dicionário jurídico da administração pública*, Coimbra, Atlântida, vol. I, p. 665 et J. M. Cardoso Da Costa, « Constitucionalismo », in *Pólis*, Lisbonne, Verbo, vol. I, cols. 1151-1156.

³⁹ Pour un résumé : O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Jus politicum*, n°3, 2009, pp. 14-21.

Bragances⁴⁰ ; mais, précisément en vertu de son poids allégorique obtenu lors de la Restauration de 1640, ce texte devait, jusqu'au second XIX^e siècle, continuer à être vu comme authentique et conserver son aura singulière, symbole de l'indépendance nationale recouvrée. D'autre part, les lois portugaises, dans la plupart des domaines du droit, ont été rédigées de longue date, placées au sein des *Ordenações*⁴¹. Ces compilations juridiques, calquant le plan bâti par Raymond de Peñafort pour organiser le *Liber Extra*, présentaient ainsi cinq parties censées appréhender l'ensemble du droit portugais, sans pour autant former un tout⁴². Bien qu'elles connurent trois formes successives (alphonsines, manuélines, philippines), l'ordonnancement de leurs matières ne variera point ; ainsi, leur livre II se focalisa toujours sur des éléments de droit public, en traitant autant des rapports entre l'Église et l'État que du droit politique interne, à commencer par les *regalia*⁴³.

Comme le soulignent les professeurs de droit constitutionnel portugais⁴⁴, ce livre II ne peut guère s'assimiler à une constitution écrite. En plus d'être anachronique dans sa formulation, ce terme ne saurait retranscrire l'idée défendue par les rois lusitains, qui n'y abordent que partiellement l'agencement de l'État⁴⁵ – celui-ci étant comme exclu du champ de compétence de l'être humain qui, en tant qu'animal politique, est tenu de respecter l'obligation naturelle d'une vie en communauté. Le pouvoir constituant n'appartient de toute façon pas au Roi très chrétien, si bien qu'une partie du livre II, à la différence des quatre autres, ne peut être perçue comme une œuvre de création au sens fort, donc divin, du terme. Le livre II s'ingénie d'ailleurs à effectuer des renvois au « roi philosophe » D. Duarte, principal maître d'œuvre d'un projet qu'il ne pût mener à son terme⁴⁶, dans le but de

⁴⁰ Il fut publié une première fois en 1632 par António Brandão, à la fin de la domination espagnole (1580-1640). Le premier à exprimer sérieusement ses doutes dans un ouvrage d'histoire du droit fut M. Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito patrio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1851 – soit à une période plus apaisée que la guerre civile portugaise (1828-1834) où le débat portera sur son maintien.

⁴¹ Voir J. Domingues, *As Ordenações Afonsinas. Três Séculos de Direito Medieval (1211-1512)*, Sintra, Zéfiro, 2008 et A. L. de Carvalho Homen, « Législation et compilation législative au Portugal au début du XV^e siècle. La genèse des ordonnances d'Alphonse V », in *Saint-Denis et la royauté. Etudes offertes à Bernard Guenée*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, pp. 671-690.

⁴² En effet, ces compilations prennent en compte la normativité du *jus commune* au Portugal.

⁴³ Sur ces emblèmes et rituels des pouvoirs royaux, inhérents au caractère sacré des princes investis par Dieu, voir B. Dupaigne/Y. Vadé (éd.), *Regalia. Emblèmes et rites du pouvoir*, Paris, L'Harmattan, 2011. Le livre II traite aussi de l'administration fiscale, des privilèges de la noblesse ou encore, dans sa version alphonsine, du statut particulier des Juifs et des Maures.

⁴⁴ P. Ferreira da Cunha le défendait dès sa thèse : *Mythe et constitutionnalisme au Portugal*. Par souci d'accessibilité, nous la citerons dans ce paragraphe à travers sa publication partielle dans plusieurs livraisons, aujourd'hui numérisées, de la revue *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, et notamment ici le n°13, 2000/2001, p. 367.

⁴⁵ A. M. Hespanha souligne cependant que les livres I et II étaient appréhendés comme des lois fondamentales, ce qui ne fera que renforcer la difficulté que nous présentons ci-dessous. Voir « O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese », art. cité, p. 478.

⁴⁶ D'où l'existence d'une compilation manuscrite connue sous le nom, trompeur, d'*Ordenações de D. Duarte* ; l'œuvre a été publiée à la fin du XX^e siècle par la Fondation Calouste Gulbenkian.

rappeler la soumission du pouvoir temporel à la loi sacrée et au droit naturel, entendu autant au sens aristotélicien qu'au sens stoïcien du terme. Selon la tradition juridique portugaise, le Roi n'est pas même « l'auteur » des parties des *Ordenações* relatives à certains pans bien déterminés du droit public, inaltérables depuis la naissance du pays, y compris par la voie contractuelle. Aucun être humain ne saurait être à l'origine de dispositions « imposées par la loi ou la coutume de longue date », en somme sanctionnées par le temps en tant qu'auxiliaire de Dieu, tant et si bien que le propre légiste chargé de leur rédaction initiale, Rui Fernandes, se voit en quelque sorte dépossédé de son travail⁴⁷. Nous voici donc en présence d'un complément écrit, et malléable, de la *Providentia consuetudinis* théorisée par Jean de Terre Vermeille, à savoir cette coutume constitutionnelle, assimilée en terres lusitaines aux promesses prétendument prononcées lors des *Cortes* de Lamego, dont la source relève « d'avantage de l'ordre de la transcendance que de celui de l'immanence, de l'ordre du fondement métaphysique que de celui du produit historique relatif »⁴⁸.

Une telle grille de lecture, contenant manifestement sa part de foi et de mythe, s'avérerait en effet nécessaire dans l'optique du constitutionnalisme médiéval. Suivant une lecture traditionnelle du serment prononcé après la bataille d'Ourique⁴⁹, le libéral *vintista* Borges Carneiro affirmait encore, en 1820, qu'après l'acclamation du premier Roi de Portugal, « ses augustes successeurs ne furent, depuis lors jusqu'à aujourd'hui, jamais levés [sur le pavois] sans jurer au préalable de garder les lois fondamentales, au même titre que les coutumes, libertés et *foros* du Royaume ; ils leur sont liés sous peine de subir de graves imprécations »⁵⁰. L'adage romain *Tu patere legem quam ipse fecisti* (« subis les conséquences de ta propre loi »), adopté non sans tergiversations par l'Église, renforça encore le poids de la parole donnée.

⁴⁷ Nous renvoyons ici à la distinction écrivain/auteur de la Constitution, vue dans le premier article.

⁴⁸ St. Rials, *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, op. cit., p. 17.

⁴⁹ D'après la mémoire historique et religieuse portugaise, le Christ en croix serait apparu à D. Afonso Henriques sur le champ de bataille. Cette célèbre victoire contre les Maures, scellée du sceau de la religion, lui permit de fonder le royaume de Portugal. Sur cette croyance, plus tardive qu'escomptée mais encore forte au premier XIX^e siècle, voir R. Durand, « Le souverain vu du cloître. Hagiographie et idéologie royale au Portugal : le cas de Sainte-Croix de Coïmbre », in *Religion et mentalités au Moyen Âge. Mélanges en l'honneur d'Hervé Martin*, PU Rennes, 2003, pp. 55-63.

⁵⁰ M. Borges Carneiro, *Portugal regenerado em 1820*, Lisbonne, Typografia Lacerdina, 1820, 3^e éd., pp. 8-12. Le mode de désignation royale fait aujourd'hui encore l'objet d'après discussions : l'élévation fit place à l'acclamation, sachant que le sacre des rois de Portugal, pourtant autorisés à recevoir l'onction depuis la bulle *Venit ad præsentiam nostram* (1428) du pape Martin V, n'a semble-t-il jamais été pratiqué. P. Merêa, « Sobre a aclamação dos nossos Reis », in *Revista Portuguesa de História*, t. X, 1962, pp. 411-417. D'aucuns estiment que cette curiosité démontre l'absence de considération du Roi portugais pour toute symbolique religieuse, quand il ne s'agit pas de nier la force du serment devant Dieu. De façon explicite, l'*alvará* du 9 septembre 1647 laissait pourtant entrevoir la « malédiction de Notre Seigneur, de la Sainte Mère, des Apôtres, et de la Cour céleste » à tout roi ne respectant pas son serment de respecter les privilèges, libertés et coutumes du royaume. Cité par J. M. Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, Coimbra, França e Armenio, 1915, pp. 17-18.

Cette conviction étonne par sa vivacité accrue et pérenne en droit public, au rebours d'un droit privé de moins en moins coutumier, car vite livré à la *plena potestas regia*. Suivant un sentiment commun à l'Europe médiévale, la rédaction des coutumes aurait été observée avec inquiétude par des populations habituées à dégager leur propre droit ; de façon obreptice voire subreptice, leur mise par écrit pouvait servir les prétentions législatives d'un Roi censé être le gardien des « bonnes coutumes »⁵¹. Sans attendre Savigny, la pensée des XVIII^e et XIX^e siècles se nourrit ainsi de ce type de craintes, surtout dans une contrée comme le Portugal où le Roi se cantonnait originellement à ses missions de paix et de justice, appelé à délivrer le pays de la menace musulmane et à le protéger contre la soif de conquête espagnole. Une rédaction, même officiellement menée en vue de clarifier ou de constater le droit existant, dissimule en effet bien des dangers, de la romanisation des coutumes au détriment des seigneurs locaux⁵² à l'irrespect des us de la population, alors vus comme des conventions que nul ne peut reprendre de façon unilatérale.

Compte tenu de ces considérations, la mise par écrit des coutumes, y compris et surtout en droit public, incitait à la vigilance, quand il ne s'agissait tout simplement pas d'en nier l'opportunité. Quelques mois après la chute de la monarchie, le Président du Conseil Teófilo Braga n'hésita pas à brocarder, comme de coutume⁵³ mais non sans raison⁵⁴, les juristes ; en effet, ces « nouveaux Maître Pathelin » (*sic*) se prostituent volontiers auprès du pouvoir royal, en vue de déposséder la Nation de son bien : « Cette force des coutumes devient la force des lois, de tel mode que nous pouvons esquisser une évolution analogue au sein des autres peuples européens ; il y a une constitution traditionnelle, qui prend une forme écrite nommée *Ordenação*,

⁵¹ N. J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português. Fontes de direito*, Lisbonne, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, 5^e éd., p. 272. Ce qui laisse donc une singulière marge d'appréciation des « mauvaises coutumes » qu'il s'agit de réformer. À rapprocher des cas européens, ici limités à la France et à l'Espagne, naturels points de comparaison : J. Krynen, « *Voluntas Domini regis in suo regno facit us*. Le roi de la France et la coutume », in A. Iglesias Ferreiros (dir.), *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi Internacional*, Barcelone, Associació Catalana d'História del Dret "Jaume de Montjuïc", 1998, pp. 59-89 ; du même, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n°7, 2000 (en ligne : <http://crm.revues.org/892>) ; A. Iglesia Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid, Marcial Pons, 1996, vol. II, p. 410.

⁵² M. Grinberg, *Ecrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France, XVI^e-XVIII^e siècles*, Paris, PUF, 2015, en particulier sa deuxième partie.

⁵³ La critique s'exprime aussi en France : « La résistance des privilégiés à la constitution s'explique tout naturellement par leur intérêt ; mais quelle explication donner de celle des légistes ! je n'en vois qu'une de plausible : leur amour du despotisme est un amour pur que, de siècle en siècle, ils ont hérité d'Appius et de la loi des Douze Tables ». Article d'E. Aignan in *La Minerve française*, t. VII, 1819, p. 205.

⁵⁴ Voir l'article iconoclaste de Robert Jacob, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », in M. Mousnier/J. Poumarède (dir.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne. Actes des XX^e Journées internationales d'histoire de l'abbaye de Flaran*, Toulouse, PU du Mirail, 2001, pp. 103-119. Mais nous pourrions aussi bien citer André Gouron : « sans renaissance des droits universitaires, point de coutume ». A. Gouron, « La coutume en France au Moyen Âge », in *Recueils de la Société Jean Bodin*, n°52, *La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 205.

Ordenance ou *Ordonamiento* [...]. Qui a fait cette œuvre ? Le jurisconsulte, le juriste, le légiste, durant le Moyen Âge »⁵⁵.

Vers la fin du XVIII^e siècle et au premier XIX^e siècle, la formulation de ce type de jugement semble cependant inconcevable, à moins de l'exprimer *mezza voce*. Invité à la modestie en matière constitutionnelle, après la période de despotisme éclairé, le Roi se doit d'être respectueux de « l'œuvre » des pères de la Nation, inspirés par Dieu⁵⁶. Toutefois, comme en France⁵⁷, l'usage bien connu du verbe *concedere* et de ses traductions en langue vulgaire (concéder, accorder, octroyer) nourrit l'ambiguïté : le Roi paraît tiraillé entre une volonté affichée de confirmer les règles anciennes et un désir, souvent assouvi, de créer du droit ou des droits nouveau(x) sous le regard bienveillant du Tout-puissant.

L'échec du dernier projet de révision des *Ordenações*, initié à la suite du décret du 31 mars 1778 signé par la reine D. Maria, peut alors s'interpréter à l'aune de ce legs aussi pesant qu'ambivalent. Le Roi peine en effet à émanciper son pouvoir constituant d'un cadre portugais ancien dont il mesure l'importance pour son propre trône (1.1). C'est dire à quel point l'octroi de D. Pedro, au Portugal mais non au Brésil, va devenir un objet de lutte encore plus marqué qu'en France : la bataille opposera les miguelistes, attachés à une lecture traditionnelle et providentielle de la constitution, aux partisans d'une Charte qui, pour emporter la conviction, cessera vite de se présenter sous les traits d'une innovation constitutionnelle d'importation française⁵⁸ pour exploiter l'équivoque de la concession (1.2).

1.1. Le respect révérencieux du constitutionnalisme ancien

En 1778, les circonstances politiques ne pouvaient qu'inciter à la prudence dans le domaine constitutionnel et législatif. Le décret du 31 mars 1778 peut même être vu comme une célébration du premier anniversaire de la *viradeira* (revirement), marquant la fin des Lumières symbolisée par la disgrâce du marquis de Pombal⁵⁹. Du point de vue libéral, ce « règne de la

⁵⁵ T. Braga, *Diario da assembleia nacional constituinte*, Legislatura I, sessão 1, n°23, 18/07/1911, p. 18. Les termes « *ordenance* » (vieux français du mot ordonnance, que l'on trouve par exemple chez Beaumanoir) et « *ordonamiento* » (terme espagnol) sont employés tels quels dans le texte.

⁵⁶ Ce procédé légitime aussi les projets réformateurs. Borges Carneiro invite ainsi le « Dieu immortel » à « terminer son œuvre », en prêtant son soutien au présent travail de régénération constitutionnelle et religieuse. *Portugal regenerado em 1820*, op. cit., pp. 64-65 et 72-73.

⁵⁷ O. Guillot, A. Rigaudière et Y. Sassier, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Paris, A. Colin, 1994, tome 2, p. 131.

⁵⁸ Une critique qui devait pourtant parcourir tout l'histoire constitutionnelle portugaise : l'évêque de Bethsaida, António Aires de Gouveia, l'exploite encore afin de laisser « la France à la France » et pour excuser ses pères de s'être laissés séduire par l'exemple de Louis-Philippe et de « notre constitutionnalisme d'importation ». *Diário da Câmara dos dignos pares do reino*, n°22, 25/6/1891, p. 15. Les premiers déçus du républicanisme en feront de même, Goulart de Medeiros regrettant que les nouveaux gouvernants fassent leurs lois dans l'esprit du constitutionnalisme « inspiré par les idées de la révolution française ». *Diário do Senado*, session 57, 17/3/1914, p. 9.

⁵⁹ Longtemps retenue, la qualification d'illumineisme dans le Portugal du XVIII^e siècle fait l'objet de critiques ; nous ne les trancherons pas ici. Voir par exemple Fl. Rey de Carvalho, *Um*

stupidité »⁶⁰ qu'initie la reine D. Maria dès son accession au trône mérite assurément l'opprobre du fait de son traditionalisme et du rehaussement timoré du pouvoir des nobles et de l'Église ; toutefois, même en subissant l'influence des préceptes religieux, son esprit n'en demeure pas moins respectable, attaché aux cadres juridiques et institutionnels anciens qu'il convenait cependant de réformer⁶¹.

S'il ne s'agit plus d'encenser l'esprit de système comme au temps de Pombal, la commission formée par D. Maria apparaît cependant divisée quant à la méthode à employer, en particulier en matière de plan et d'ordonnancement des matières. La logique du constructivisme juridique, adoptée par Catherine II de Russie et par Frédéric II de Prusse, est observée avec attention, tant pour la suivre que pour la critiquer au nom du respect de la distribution en cinq parties des *Ordenações*. Nouvelle rédaction ou codification moderne ? En pratique, les jurisconsultes ne savaient plus réellement s'ils devaient raisonner uniquement *de jure constituto* ou s'il leur était enfin permis de parler *de jure constituendo*⁶². En 1789, la querelle opposant le professeur de droit Mello Freire (1738-1798), rédacteur du projet principal, à Ribeiro dos Santos (1745-1818), reflète au mieux la position du problème tournant autour du pouvoir créateur offert au Roi⁶³. Car si Mello Freire⁶⁴, partisan déclaré de la monarchie absolue, insiste sur le manque d'originalité de son projet et sa conformité à l'ancien droit, Ribeiro dos Santos, en qualité de docteur en droit canon⁶⁵, y voit malgré tout une atteinte à la constitution traditionnelle de la monarchie...non sans proposer la reconnaissance de lois fondamentales qui n'avaient, jusqu'à présent, jamais été tenues pour telles.

iluminismo português ? A Reforma da Universidade de Coimbra de 1772, mémoire, Université de Brasília, 2007.

⁶⁰ Selon l'expression fleurie des historiens libéraux du XIX^e siècle mentionnés par J.-Fr. Labourdette, *Histoire du Portugal*, Paris, Fayard, 2000, p. 462.

⁶¹ A. Mansuy-Diniz Silva, « Noblesse et pouvoirs intermédiaires au Portugal à la fin de l'Ancien Régime », in M.-L. Legay/R. Baury (éd.), *L'invention de la décentralisation. Noblesse et pouvoirs intermédiaires en France et en Europe*, PU du Septentrion, 2009, pp. 101-112.

⁶² Rétrospectivement, c'est le débat principal de la période selon Borges Carneiro, *Juízo crítico sobre a legislação de Portugal ou Parabola VII accrescentada ao Portugal regenerado por D.C.N. Publicola*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1821, pp. 5-10 en notes. Selon lui, Mello Freire se contenta d'exposer le droit constitué, c'est-à-dire le droit en vigueur ; pour le compléter, nous dirons que Ribeiro dos Santos préfère, quant à lui, parler du « droit constituant », comprendre le droit que l'on peut faire.

⁶³ A. P. Ribeiro dos Santos, *A imagem do poder no constitucionalismo português*, Lisbonne, IRI/ISCSP, 1990, pp. 38-39 et P. Ferreira da Cunha, « Mythe et constitutionnalisme au Portugal... », in *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, n°15, pp. 343-433, et n°18, pp. 257-322.

⁶⁴ Sur sa pensée : V. A. Duarte Faveiro, *Pascoal de Mello Freire e a formação do direito público nacional*, Ansião, 1968.

⁶⁵ Il formule ses critiques en employant ce grade académique, même s'il était déjà professeur avant d'accepter, au terme de sa querelle, les fonctions de juge à la *Casa da supplicação*. Sur son parcours et ses idées, voir J. Esteves Pereira, *O pensamento político em Portugal no século XVIII. António Ribeiro dos Santos*, Lisbonne, INCM, 1983.

La position des deux théoriciens a posé bien des problèmes d'interprétation, origine de leur exploitation postérieure par des camps aux thèses parfois opposées : ainsi, Ribeiro dos Santos, souvent appréhendé comme un libéral avant la lettre, fut curieusement moins bien reçu par les libéraux des années 1820 que son adversaire⁶⁶. En revenant à la source, le conflit porte en grande partie sur le contenu même des lois fondamentales que nul ne saurait toucher de façon unilatérale ; cela sous-entend autant le besoin d'une action conjointe entre le Roi et la Nation (un nouveau pacte constitutionnel ou, si l'on préfère, un *pactum subjectionis*, dans le prolongement de la théorie médiévale et de celle de la Restauration portugaise de 1640⁶⁷, mais non un contrat social au sens de Rousseau), que le respect d'un héritage naturel et/ou divin couvert par la nuit des temps.

Tel un archéologue du droit, Ribeiro dos Santos semble avancer prudemment, par couches successives. Il dégage d'abord le droit public universel, tiré de la propre nature de la société civile et donc commun à tout État ; puis il expose le droit public national, ce mélange de droit public conventionnel conclu entre le Roi et la Nation et de droit public civil – ce qui, en langage romain, signifie qu'il tire toute sa force de l'*imperium* détenu par le magistrat supérieur⁶⁸. On comprend vite que seul le droit public national conventionnel (ou « lois du royaume »⁶⁹) l'intéresse vraiment : d'une part, le droit public universel, s'il est vraiment partagé par toutes les nations, n'a nul besoin d'une retranscription écrite, en particulier dans le cadre restreint d'un code national ; d'autre part, le droit public civil (ou « lois du Roi ») ne peut s'assimiler à une œuvre constitutionnelle, dont il est ici question. Expressément inspiré par l'École moderne du droit naturel, son argumentaire rationaliste l'invite ensuite à dévoiler ses véritables intentions visant à faire triompher le principe anthropocentrique, à la fois contractuel et artificiel⁷⁰. Il

⁶⁶ Loué pour ses qualités de juriconsulte, Mello Freire n'aurait cependant pu concrétiser son projet « constitutionnel » qu'au moyen d'une révolution selon Borges Carneiro, *Portugal regenerado em 1820*, op. cit., p. 12.

⁶⁷ J. Verissimo Serrão, *História de Portugal*, vol. V : *A restauração e a monarquia absoluta (1640-1750)*, Lisbonne, Verbo, 1991, p. 60. Sur la notion de pacte constitutionnel, nous renvoyons à la note 179 de la première partie de notre article.

⁶⁸ *Notas ao plano do novo código de direito publico de Portugal, do D^{or} Paschoal José de Mello, feitas e apresentadas na junta da censura e revisão pelon D^{or} António Ribeiro em 1789*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844, pp. 5-6. L'œuvre comprend les échanges entre les deux auteurs.

⁶⁹ Le vocabulaire de Ribeiro dos Santos puise manifestement aux sources françaises, lui qui se plaît à citer à de nombreuses reprises les *Maximes du droit public français* d'Aubry, Mey et Maultrot. Son usage des termes « constitution », « loi fondamentale » et « loi du royaume », nous paraît ainsi plus proche du langage juridique adopté en France depuis le XV^e siècle (voir J. Krynen, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII^e-XIV^e siècle*, Paris, Gallimard, 1993, p. 133) que de la terminologie typique portugaise. Mot n'est dit, en revanche, quant à un contrôle de constitutionnalité.

⁷⁰ Significative est en ce sens l'absence de renvois à Francisco Suarez, ancien maître de Coimbra. La distinction que Ribeiro dos Santos effectue aurait pu s'en prévaloir, mais son objectif diffère résolument de celui du jésuite espagnol : il semble vouloir affaiblir la base métaphysique ou divine du fondement de la société, pour donner une place toujours plus conséquente aux hommes et à leur accord de volontés. Il s'inscrit donc dans la lignée de Grotius et d'Althusius, prenant ici appui sur les derniers descendants de l'École. Sur ce changement de paradigme, voir

dégage ainsi un ensemble de lois fondamentales « primitives et primordiales », porteuses d'un héritage ininterrompu depuis, au moins, la « constitution gothique », et que le Portugal aurait recueillies à la suite de sa séparation du royaume de León ; à celles-ci s'ajoute une collection de lois fondamentales postérieures, que Ribeiro dos Santos cherche à insérer dans le nouveau code politique⁷¹. Certaines de ces lois fondamentales postérieures sont consensuelles, à l'image de celles issues des *Cortes* de Lamego fixant la nature du gouvernement et l'ordre de succession de la Couronne ; d'autres, en revanche, constituent le cœur de la polémique, à commencer par l'accord des *Cortes* de Lisbonne du 23 novembre 1674, réglant la tutelle des princes mineurs et la régence. En théorie, il ne saurait être question de créer une nouvelle constitution ; ses doléances ne présentent rien de novateur et se limitent, au nom du respect et de l'accessibilité du droit⁷², à déclarer et à retranscrire par écrit ce qui a déjà été entériné par la convention entre le prince et son peuple : il en va de la protection et de la singularité de la loi la plus importante de l'État⁷³.

Cependant, la nouveauté figure bien dans sa présentation. D'une part, en souhaitant écarter les dispositions écrites relevant du droit public universel et en particulier la référence à Dieu, origine du pouvoir⁷⁴, Ribeiro dos Santos fait fi d'une des bases du constitutionnalisme médiéval ; son existence ou son efficacité lui importe d'ailleurs peu : cela ne rentre pas dans le cadre du code politique de la Nation, invitant ainsi cette dernière à forger ses propres garanties. D'autre part, son optique veille bien à entériner le pouvoir constituant, en se mettant au diapason des penseurs juridiques de cette fin de XVIII^e siècle, nommément Vattel et Wolff⁷⁵. Ce choix de références n'a rien

J. Chevallier, *Histoire de la pensée*, Paris, éditions universitaires, 1992, vol. 4 : De Duns Scot à Suarez, pp. 206-207.

⁷¹ *Notas ao plano do novo codigo de direito publico de Portugal...*, op. cit., p. 8.

⁷² *Ibid.*, pp. 9-10.

⁷³ « [...] il convient de fixer exactement la différence entre les lois fondamentales, et les autres ; parce qu'elles sont, par leur origine, par leur autorité, et par leurs propres effets, les plus sacrées, universelles et inviolables de tout l'État, il est très nécessaire d'en signaler et d'en distinguer clairement le caractère et la nature ; et que soient bien connues leur force, leur étendue et leur souveraineté, afin de faire entendre le respect sacré que leur doit le peuple, et le propre Prince, et afin que nul ne leur porte atteinte sans le consentement mutuel [du peuple et du Prince] ». *Ibid.*, p. 10.

⁷⁴ *Notas ao titulo II das leis e do costume do novo codigo de direito publico de Portugal...pelo D^{ro} António Ribeiro*, pp. 59-60. Il ne s'agit pourtant pas de nier l'origine divine du pouvoir, que Ribeiro dos Santos envisage à la lumière de Thomas d'Aquin : *omnis potestas a Deo per populum*. Pour autant, cette règle, relevant du droit public universel, n'a pas sa place dans un code politique national.

⁷⁵ « Ce n'est pas seulement la pratique de nos princes qui est en faveur de cette doctrine, mais également le sentiment général qu'ont sur ce sujet plusieurs et très doctes écrivains du droit public universel. Ils posent comme principes certains que le prince, de commun accord avec ses peuples, peut changer et altérer toutes les lois fondamentales de l'État, que les peuples en soient ou non leur auteur : parce que, s'ils en sont l'auteur, ils peuvent, d'un commun accord avec leur Prince, les modifier tout comme ils ont pu les établir ; et, s'il n'en sont pas l'auteur, qui empêche alors le Prince [...] de traiter avec ses peuples de l'altération ou de la modification de la constitution du royaume ? ». *Notas á resposta...pelo D^{ro} António Ribeiro*, op. cit., pp. 140-141. Sur cette influence de Vattel, voir J. Esteves Pereira, *O pensamento político em Portugal no século*

d'anodin. En 1758, Emer de Vattel venait en effet de conclure le mouvement de transformation des lois fondamentales : elles cessent d'être une norme coutumière et intangible, dont l'auteur reste anonyme (même si la référence à Dieu peut sembler évidente ou à tout le moins tacite), pour devenir une norme contractuelle, donc révisable par les parties contractantes⁷⁶. De ce fait, la nature et plus encore l'emploi du pouvoir constituant se veulent résolument modernes en invitant au changement de paradigme constitutionnel. C'est précisément ce que trahit la distinction établie par Ribeiro dos Santos entre souveraineté absolue, uniquement soumise au constitutionnalisme médiéval⁷⁷, et souveraineté limitée (*sic*), qui se définit par rapport au respect dû à une norme fondamentale, la Constitution :

« [...] la souveraineté limitée est celle qui reçoit de la constitution fondamentale certaines limites ou modalités particulières d'exercice, c'est-à-dire en quoi l'usage du pouvoir souverain est lié à certaines lois positives et conventionnelles de l'État, à certaines règles fixes et constantes, qui furent imposées au Prince, et dont il ne peut jamais dévier dans l'exercice de son pouvoir : ce sont ces modifications et ces restrictions dans la manière d'exercer le pouvoir qui constituent les lois fondamentales et positives de la nation, et qui caractérisent les États où la souveraineté est limitée »⁷⁸.

Or, parmi ces lois fixes, on note que le prince ne peut guère attenter aux « droits constitutionnels des peuples »⁷⁹ ; la locution, résolument moderne, s'éloigne bien des privilèges accordés par le droit public civil, que l'on ne pouvait préserver qu'en tant que droits acquis et sur le fondement du respect de la parole donnée. Le Roi paraît donc invité à offrir autre chose qu'une simple refonte du code politique : bien qu'il s'en défende, Ribeiro dos Santos l'incite à donner une constitution au sens fort et novateur du terme, dissertant de la répartition des pouvoirs, de la protection des droits, mais aussi du détenteur et de l'étendue de la souveraineté. S'il refuse malgré tout d'être vu comme un créateur, prétextant que toutes ses propositions ont été entérinées de long temps au Portugal, nous voyons bien que nous sommes en 1789, avec son lot de contrariétés et d'équivoques ; ce lecteur assidu des *Maximes du droit public français* finira d'ailleurs par épouser le parti de Gabriel-Nicolas Maultrot⁸⁰ en refusant d'adhérer à l'œuvre de la Révolution

XVIII..., *op. cit.*, pp. 308-312.

⁷⁶ C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », in *Jus politicum*, n°3, 2009, pp. 14-15. Mais, ce faisant, Vattel offrait la souveraineté au peuple...

⁷⁷ « [...] la souveraineté absolue est celle où le Prince, par la constitution du royaume, reçoit la couronne sans aucune condition et modification ; où il dispose de l'autorité de gouverner selon son libre arbitre, et d'exercer tous les droits de majesté, sans autre obligation que la loi de Dieu, la loi naturelle et le bien de l'État ». *Notas ao titulo II das leis e do costume do novo codigo de direito publico de Portugal...pelo D^o António Ribeiro*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁰ Sur cet ouvrage publié d'abord de façon anonyme : Cl. Saguez-Lovisi, *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la Couronne*, Paris, PUF, 1984, p. 88 et s.

française⁸¹.

Mello Freire a ainsi beau jeu d'affirmer que le propos de son censeur vise à « fonder au Portugal une monarchie nouvelle, et une nouvelle forme de gouvernement », à moins qu'il ne souhaite « la tempérer et l'accommoder à ses désirs et à sa philosophie »⁸². Car, bien que loué à l'avenir pour sa tentative avortée de modernisation, Mello Freire incarne au mieux la tradition juridique monarchique, en particulier sur le terrain constitutionnel, l'incitant de ce fait à démasquer son adversaire. Encore faut-il bien le comprendre : en jouant la carte de la monarchie absolue et du droit de conquête, Mello Freire ne cherche à aucun moment à tendre le pouvoir « constituant » au Roi. Au contraire, ses développements demeurent fort classiques, y compris dans sa mention de la *lex regia*, inaltérable comme il se doit. Aussi tient-il à faire entendre sa thèse : si une nouvelle loi fondamentale peut toujours émerger à la suite d'une entente entre le Roi et la Nation, réunie solennellement, il ne saurait cependant être question de prendre ces modifications à la légère, en offrant à toutes les décisions issues de réunions sortant de l'ordinaire le qualificatif de fondamental. Les lois fondamentales « postérieures » dégagées par Ribeiro dos Santos passent donc pour des élucubrations d'un esprit corrompu par les Lumières, par les idées contractualistes et par le nouveau concept de constitution. Or, selon Mello Freire, un État « ne peut bien se réguler, sans que règnent en son sein certains principes d'honneur et de fierté, et une certaine façon de penser en général, dont se moquent les sombres philosophes »⁸³.

Cette « façon de penser » n'est guère neuve ; il s'agit d'un plaidoyer à la fois tacite et sincère en faveur du constitutionnalisme médiéval. Les archaïsmes souvent relevés de sa pensée, à commencer par sa défense du droit de conquête et le respect des droits des sujets⁸⁴, s'expliquent autant par la volonté de protéger la souveraineté royale que par le besoin de plier la volonté humaine devant l'œuvre divine ; une nécessité à laquelle ne peut échapper le propre Prince, qui doit son royaume à la bienveillance du Tout-puissant selon une lecture providentielle de l'histoire que l'on retrouvera, cette fois de façon totalement assumée, dans la pensée contre-révolutionnaire des années 1820⁸⁵. En effet, dans sa défense du pouvoir absolu (simple *potestas*

⁸¹ Nous en avons le témoignage dans ses diverses poésies : voir P. Ferreira da Cunha, « António Ribeiro dos Santos e o Direito nas Poesias de Elpino Duriense », in *Estudos em homenagem a Luís António de Oliveira Ramos*, Porto, Faculté de lettres, 2004, note 17.

⁸² *Resposta, que deu o desembargador Paschoal José de Mello Freire dos Reis...*, op. cit., p. 84.

⁸³ *Ibid.*, pp. 98-99.

⁸⁴ Ou plutôt des vassaux, fidèle en cela à la terminologie féodale déjà rencontrée en introduction. Sur son approche des libertés publiques, voir P. Ferreira da Cunha, « Da protecção jurídica das pessoas no projecto de novo código de direito publico de Paschoal de Mello Freire », in *Revista chilena de historia del derecho*, n°16, 1990, pp. 471-488.

⁸⁵ La défense de Mello Freire nous étonne en effet par le peu de références religieuses expresses, alors que son projet, qui s'ouvre sur un préambule louant pesamment la grâce divine, et les fondements de sa propre démonstration, reposent indubitablement dessus. Le persiflage des « sombres philosophes » y serait-il pour quelque chose ? À moins qu'il n'ait simplement voulu

constituta), Mello Freire invite le Prince à ne pas sacrifier ses droits : suivant les brisées de Jean Bodin, d'introduction tardive au Portugal⁸⁶, le roi, personne physique, ne peut s'imposer des lois à lui-même ou à ses successeurs⁸⁷, ne saurait en ce sens porter atteinte au Roi, en tant qu'institution. Son pouvoir, pour le traduire dans le langage de Ribeiro dos Santos, ne peut donc porter que sur le droit public civil (ce qui comprend l'octroi de privilèges) ; ceci emporte donc exclusion du droit naturel et du droit public universel ou droit des gens. Son raisonnement ne laisse ainsi aucune latitude aux peuples et aux princes séparément ; pour autant, il ne saurait non plus leur permettre de tout faire, même conjointement : si l'institution royale est préservée contre les errements touchant les Français en cette même année 1789, c'est donc moins en vertu de la force ou du détenteur de la souveraineté, que de la soumission de cette dernière à un cadre « constitutionnel » qui lui échappe⁸⁸. Un cadre qui, tout en ressemblant encore au *status* d'une *res publica*, cet ensemble de règles stables pour l'établissement de l'État, porte aussi en lui une idée adossée au droit divin comme dans la pensée juridique française du Grand Siècle : celle d'une norme transcendant l'ordre juridique national⁸⁹.

D'ailleurs, en matière de lois fondamentales, et fidèle à la tradition romaine, il réserve l'interprétation par voie d'autorité non au juge, mais aux seuls auteurs (Roi et Nation)⁹⁰ ; un choix qui nous semble motivé par la volonté de consacrer un véritable conservatisme constitutionnel. Son rejet de toute loi fondamentale non écrite⁹¹ s'explique aussi simplement. Bien

extirper de l'arène les desseins divins (et ses garanties), pour ne soumettre à l'approbation du comité de censure et de révision que les aspects constitutionnels nationaux.

⁸⁶ Les réflexions sur la souveraineté de Bodin ont été reçues tardivement, peut-être sous le règne de D. João V (1706-1750), car peu adaptées au pluralisme institutionnel portugais. Mello Freire a contribué à acclimater la théorie du professeur angevin au climat lusitain. Voir A. M. Hespanha (dir.), *História de Portugal. O Antigo Regime (1620-1807)*, Lisbonne, Estampa, 1993, vol. IV, pp. 134-137.

⁸⁷ *Resposta, que deu o desembargador Paschoal José de Mello Freire dos Reis...*, op. cit., p. 64. En rupture avec le droit romain (encore respecté par Bodin), Mello Freire ne confond plus les mots « loi » et « constitution » ; une équivoque relative à ces « lois fondamentales » peut certes être soutenue, mais ne nous paraît guère probante : sans être pleinement mature, le vocabulaire est mieux fixé en 1789 que dans la pensée juridique européenne des siècles antérieurs. Surtout, le mot constitution semble employé dans un souci de légitimation du pouvoir royal qui, sans s'appesantir longuement dessus (au rebours de Ribeiro dos Santos, porté par la polémique visant à exclure le droit public universel de la discussion, pour laisser le champ libre au droit public national conventionnel), s'appuie sur le concept paulinien de l'origine divine du pouvoir.

⁸⁸ Son caractère flou importe peu. Au demeurant, l'expérience française concomitante, engendrée par ce même débat houleux (v. H. Duranton, « La France a-t-elle une Constitution ? Un aspect du débat idéologique à l'aube de la Révolution », in *Cahiers d'histoire de l'Institut de recherches marxistes*, n°32, 1988, pp. 142-152), devait inciter à la prudence du côté portugais.

⁸⁹ Voir M.-Fr. Renoux-Zagamé, « Du juge prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes », in J.-L. Thireau (dir.), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, pp. 143-186.

⁹⁰ *Resposta, que deu o desembargador Paschoal José de Mello Freire dos Reis...*, op. cit., p. 70.

⁹¹ *Ibid.*, p. 68. Les Français pourraient également songer aux positions du courant aristocratique de Boulainvilliers, Saint-Simon et Le Laboureur, défenseurs acharnés de la constitution coutumière face aux dérives absolutistes. Voir O. Tholozan, *Henri de Boulainvilliers*.

entendu, il s'agit d'éviter de faire dire à la coutume constitutionnelle tout et son contraire, la coutume *contra legem* représentant un danger évident pour les institutions ; mais ce n'est pas tout : ces lois fondamentales non écrites n'ont pas même d'intérêt en cas de conformité au droit public universel ou au droit naturel, et l'on peut même penser qu'elles tendraient à les fragiliser en devenant nationales. Or, pour un théoricien multipliant les références au droit naturel, notamment pour ordonner le respect de la parole donnée, une telle transformation produit à son tour des maux difficilement réparables, en sapant la force même de ce droit public commun placé au-dessus des forces humaines.

Dans ces conditions, l'échec du projet de révision est moins une défaite de Mello Freire⁹² qu'un revers pour Ribeiro dos Santos : à tout prendre, le *statu quo* entériné de la sorte correspond mieux aux convictions du premier et à sa crainte d'ouvrir une boîte de Pandore, qu'aux aspirations du second. Pour autant, ce premier grand débat ne lève pas toutes nos interrogations. Faut-il en particulier considérer l'octroi d'une constitution (ou, ici, d'un code politique) comme une œuvre nécessairement créatrice ? Et, si oui, peut-on se satisfaire d'une réponse donnée uniquement sur le terrain du droit, alors que le constitutionnalisme ou, plus exactement, le passage du constitutionnalisme ancien, plus moral que juridique, au constitutionnalisme moderne, plus juridique que moral (bien que l'absence d'un gardien de la constitution, de préférence un juge, ait longtemps obscurci ce constat), implique un effort de pédagogie à destination des populations ?

La première question pose ici problème pour d'évidentes raisons intellectuelles. En effet, les deux catégories de lois fondamentales dégagées par Ribeiro dos Santos (et que ne critique pas, du moins jusqu'à un certain point, Mello Freire) expriment un double refus du pouvoir constituant des Modernes, marqué du sceau de la Nature et de l'Histoire. D'une part, les lois fondamentales naturelles se présentent comme intouchables : que l'on adhère à un droit naturel immuable (de type platonicien) ou à un droit naturel variable (d'obédience aristotélicienne), elles échappent dans les deux cas aux forces proprement humaines, limitées en principe à les observer et/ou à les retranscrire. D'autre part, les lois fondamentales nationales pourraient certes paraître modifiables et faire la part belle au consensualisme, en requérant l'assentiment conjoint du Roi et de la représentation du pays ; pour autant,

L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire, PUAM, 1999, pp. 245-267. Pour autant, le positionnement de Mello Freire ne nous semble guère conditionné par eux. Pour ce gardien de la mémoire vétuste, les *Ordenações* renferment les lois fondamentales (ou certains de leurs morceaux) par écrit et seule leur nouvelle rédaction lui importe. Mais il ne s'agit que d'une déclaration de ce qui existe déjà. La crainte du potentiel pouvoir créateur de la coutume ou de l'autorité qui se dissimule derrière – roi compris conformément à l'ancienne querelle française sur les origines de la règle de masculinité (voir *Ibid.*, note 1028 et sa riche bibliographie), peut au moins être suspectée dans la pensée de Mello Freire. Cela laisse alors entendre qu'il reconnaît plus de poids à l'élément psychologique de la coutume (*l'opinio iuris*) qu'à son élément matériel (le précédent ou *diuturnus usus*), alors que son adversaire, Ribeiro dos Santos, tend (en apparence...) à accorder plus d'autorité au procédé empirique.

⁹² Ses thuriféraires, dont son neveu, se chargeront de tourner l'épisode à son avantage. Ainsi s'explique en grande partie l'image de réformateur laissée à la postérité.

une telle lecture occulte une partie du raisonnement : ces normes « nationales » sont en fait induites des rapports nécessaires tirés de la nature des choses, tant et si bien que les lois fondamentales portugaises s'imposent moins du fait de leur ancienneté et de l'accord des parties que de leur conformité à des considérations naturelles et sociales propres au pays. La Restauration portugaise de 1640, référence commune aux deux adversaires, se fondait déjà sur des ébauches de la théorie des climats commandant le respect du législateur⁹³ ; l'attrait de la géographie constitutionnelle⁹⁴ en cette fin de XVIII^e siècle devait renforcer cet état d'esprit : les lois fondamentales nationales obéissent aussi à des considérations étrangères aux volontés des hommes. Ainsi s'explique la ténacité de propos visant à exclure du champ des possibles la transformation de la monarchie portugaise en république portugaise : la menace espagnole est trop pesante pour se permettre de livrer le pays à la douceur des régimes mixtes ou démocratiques.

Bien qu'elle eut un rôle évident dans la formation du constitutionnalisme moderne, la supplique de 1808, dite des *afrancesados*⁹⁵, symbole de l'interférence napoléonienne et émanation de l'esprit de système, devrait donc, pour cette même raison, être écartée de l'étude visant à saisir l'esprit lusitain du constitutionnalisme octroyé⁹⁶. Les brochures d'époque ne présentaient-elles pas la résistance glorieuse des Portugais face aux Français comme « la victoire de Dieu et non des hommes » sur le « tyran satanique » et son odieux système politique et juridique⁹⁷ ? Pour autant, il n'est pas exclu de penser que cette supplique va contribuer, au même titre que la Charte de Louis XVIII, à modifier la mentalité de la maison de Bragance.

L'ambiguïté du projet d'octroi de D. João VI vient précisément le démontrer. En dépit de son avortement et du double langage du duc de Palmela⁹⁸, un projet de constitution a bien vu le jour. Cet oublié de l'histoire

⁹³ En particulier César de Meneses (*Suma Política*, II, 1) et Carvalho de Parada (*Arte de Reinar*, Livre I, disc. I, fl. 3). Voir L. Reis Torgal, *Ideologia política e teoria do Estado na Restauração*, Universidade de Coimbra, 1981, vol. I, p. 36. Le lien entre les lois d'un côté, et la nature et la société d'un pays de l'autre, ne doit donc pas se lire à la (seule ?) lumière de Montesquieu.

⁹⁴ Dans l'attente de la publication des actes du colloque « Le droit constitutionnel et la géographie », organisé par le CERCLE à Bordeaux en décembre 2015, il est possible de lire, en dépit d'un angle plus moderne, P. Ferreira Da Cunha, *Geografia constitucional, sistemas juspolíticos e globalização*, Lisbonne, Quid Juris, 2009.

⁹⁵ Voir A. M. Hespanha, « Sob o signo de Napoleão : a súplica constitucional de 1808 », in *Almanack Braziliense*, n°7, 2008, pp. 80-101 et surtout N. J. Espinosa Gomes da Silva, « Reflexões sobre a génese do chamado « Projecto » de Constituição de 1808, a outorgar por Napoleão a Portugal », in *Direito e Justiça*, ano XVIII, tome II, 2004, pp. 39-186.

⁹⁶ Voir, malgré son titre trompeur, M. H. Carvalho dos Santos, « A evolução da ideia de constituição em Portugal. Tentativas constitucionais durante a invasão de Junot », in *Revista de História das Ideias*, vol. 10, 1988, pp. 435-456.

⁹⁷ M. Janin-Thivos, « Répression et censure durant les « Invasions Napoléoniennes ». Une voie étroite pour les Français installés au Portugal... », in *Rives méditerranéennes*, n°36, 2010, pp. 30-31.

⁹⁸ Ses mémoires, inédits jusqu'en 2010, permettent de comprendre l'origine de son louvoiement. Palmela y décrit l'inertie royale et l'hostilité de la cour, nuisant de fait à toute « fondation d'un système constitutionnel ». Palmela se montre donc acquis aux concepts nouveaux dès 1820 ; mais, en raison de son isolement, il a préféré jouer la carte du

constitutionnelle, présent dans les papiers Raimundo Nogueira, a été publié au XX^e siècle. Son ampleur modeste, sorte de brouillon d'une constitution moderne, peut décevoir, surtout si on la compare aux suggestions de longue date d'un Pinheiro Ferreira, invitant le Roi à se saisir pleinement du pouvoir constituant, non sans respecter la méthode historique⁹⁹. Cette simplicité pourrait certes suggérer sa vocation complémentaire, une addition à la constitution traditionnelle de la monarchie. Or, de toute évidence, il n'en est rien : quoique succinct, le projet prend la peine d'aborder la succession royale et rappelle le caractère inviolable et sacré du roi, ce dernier étant perçu comme le « protecteur et défenseur né de l'Église lusitaine ». Ces éléments pourraient s'apparenter à des rappels, mais le projet indique très nettement une procédure de révision, à l'issue d'une convocation extraordinaire des *Cortes* par le Roi ; à cette occasion, rien ne vient distinguer des dispositions fondamentales intouchables (ou naturelles) par opposition à des dispositions réglementaires secondaires (purement nationales), à l'image de la thèse officiellement véhiculée en France sous la Restauration¹⁰⁰. Bref, si les concessions aux traditionalistes sont bien présentes, à commencer par la composition des *Cortes*, « identiques depuis la fondation de la monarchie »¹⁰¹, le texte dévoile, nonobstant son caractère lâche, des fondements curieusement modernes. Seule l'esquisse de ce qui semble s'apparenter à un préambule, rappelle, sous un amas de références religieuses bien dans l'air du temps, le besoin de régénérer les anciennes institutions du pays, et en particulier ces vénérables *Cortes* tombées en désuétude depuis leur dernière convocation en 1698¹⁰².

L'interruption du projet permit au ministère Pamplona de glorifier les formes du constitutionnalisme ancien, sans toujours être sincère¹⁰³ : garantie

rétablissement des anciennes *Cortes*, solution de compromis qui ne satisfaisait finalement personne. *Memórias do Duque de Palmela*, Alfragide, Dom Quixote, 2010, pp. 169-170 et 176-179.

⁹⁹ O. Ferreira, « Un Sieyès rouge ? Regards sur le système politique de Silvestre Pinheiro Ferreira », art. cité, p. 104. En confisquant ce pouvoir aux assemblées, par nature instables au point d'obscurcir voire d'anéantir leurs propres textes de loi, l'auteur espère ainsi voir apparaître des constitutions abouties aux plans technique et idéologique. Pour ce faire, le Roi doit s'appuyer sur le travail d'une saine bureaucratie, suivant le modèle revendiqué du baron prussien Karl von Stein.

¹⁰⁰ Le 29 mai 1824, en qualité de rapporteur de la loi sur la septennalité, Martignac la reprend encore en distinguant les «dispositions fondamentales et essentielles» des «dispositions secondaires» qui ont déjà, par le passé, été modifiées par l'union des trois pouvoirs. Voir *Archives parlementaires*, t. XLI, pp. 67-68. Sur cette thèse officielle, mais d'application difficile, voir St. Rials, *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle*, op. cit., p. 109 ; P. Rosanvallon, *La Monarchie impossible*, op. cit., p. 130 ; P. Marx, *L'évolution du régime représentatif vers le régime parlementaire de 1814 à 1816*, thèse droit, Paris, Rousseau et Cie, 1929, p. 186. Joseph Barthélemy nous livre nombre d'exemples significatifs tirés des archives parlementaires dans son article «La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet », précité, pp. 10-11 et notes.

¹⁰¹ *Projecto de constituição de 1823*, op. cit., p. 24.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 32-34.

¹⁰³ Freire de Carvalho note qu'en dépit des louanges adressées aux *Cortes* et aux traditions du pays, ce ministère devait être le premier à ne pas tenir parole, faisant peu de cas d'un des éléments essentiels du constitutionnalisme ancien qu'il prétendait pourtant remettre sur pied. Voir son *Ensaio político sobre as causas que prepararão a usurpação do infante D. Miguel no anno*

par le serment de fidélité des Rois lors de leur accession au trône, « l'ancienne constitution » sera officiellement rétablie par la loi du 4 juin 1824¹⁰⁴. Cet insuccès obligera D. Pedro à franchir le dernier pas, du haut de sa culture libérale passionnément française ; ainsi s'ouvre, sous des auspices modernes, l'ère du constitutionnalisme octroyé.

1.2. Le poids des interférences : la reprise du débat constitutionnel français

Etonnamment, l'influence française, déjà patente en ce début de XIX^e siècle, n'embrase les débats constitutionnels qu'à partir de l'octroi de D. Pedro en 1826. Nous serions tentés de dire qu'elle va corrompre l'esprit juridique et politique lusitain en bouleversant ses cadres anciens. L'innovation, en ce domaine, s'annonçait pourtant prévisible : en ne cassant pas certains pans typiques de la législation pombaline, à commencer par la « loi de la bonne raison » du 18 août 1769¹⁰⁵, la reine D. Maria devait livrer l'âme portugaise à toutes sortes d'importations juridiques étrangères. Pour le marquis de Pombal, il s'agissait de pallier les déficiences des *Ordenações* en découvrant la source de la droite raison : aux termes de sa loi, la raison remonte ainsi à ces « vérités essentielles, intrinsèques et inaltérables, que l'éthique des propres Romains avait établies et qui furent formalisées par les droits divin et humain, afin de servir de règles morales et civiles au sein du christianisme ». Son projet veillait pourtant à rehausser la loi portugaise au détriment des droits savants et de leurs commentateurs attitrés, à commencer par les autorités d'Accurse et de Bartole. Pombal cherchait ainsi à imposer d'autres règles d'interprétation de la loi, qui en sort renforcée, en fournissant de nouvelles recommandations aux juges quant aux sources du droit extérieures qu'il convient désormais de privilégier.

L'heure n'était plus au respect scrupuleux et exégétique des textes, mais à la recherche d'une vérité intemporelle, valable de tout temps et en tout lieu. La méthode se veut résolument déductive, la Raison humaine ne se contentant plus d'être le moyen de découvrir le droit comme chez les Anciens¹⁰⁶ : elle en est désormais la source, influence de l'École moderne du droit naturel oblige¹⁰⁷. La loi de 1769 permettait en outre de rencontrer la

de 1828, e com ella a queda da Carta constitucional do anno 1826, Lisbonne, Imprensa Nevesiana, 1840, p. 30.

¹⁰⁴ A. Delgado da Silva (éd.), *Collecção da legislação portuguesa desde a última compilação das Ordenações*, Lisbonne, Typ. Magrense, 1830, vol. 7, P. 2 : Legislação de 1823 a 1828, surtout p. 30.

¹⁰⁵ Ce sobriquet, inventé par Corrêa Telles en 1824, est dû aux multiples références du texte à la « *boa razão* », autrement dit à cette droite raison encensée par l'École moderne du droit naturel.

¹⁰⁶ Dans un élan d'enthousiasme, le jeune Almeida Garrett louait le roi D. José et son ministre Pombal, grâce à qui « tout a changé de face ; le colosse jésuite, le règne d'Aristote et la barbarie thomiste sont tombés ». *Ensaio sobre a história da pintura*, in Almeida Garrett, *O retrato de Venus*, s. l. [Coimbra], s. e., s. d. [1821], p. 145. L'ère de Descartes et de Bacon s'annonce enfin au Portugal.

¹⁰⁷ En 1772, les nouveaux statuts de l'Université le diront de façon éloquente, en exaltant « l'Empire de la raison », dans lequel le professeur doit rechercher « la vérité, l'ordre, la déduction,

« bonne raison » au sein de toutes les « règles qui, de consentement unanime, ont fondé le droit des gens aux fins de direction et de gouvernement des nations civilisées », comprendre chrétiennes, laissant une ultime porte ouverte sur toutes les « lois politiques, économiques, mercantiles et maritimes que ces mêmes nations chrétiennes ont promulguées » : dans ces matières jugées dépendantes du progrès, la préférence était même accordée aux droits étrangers contemporains, abritant selon toute vraisemblance les règles de droit les plus conformes à la raison.

Cette ouverture d'esprit devait, sans crier gare, exposer le droit portugais à de multiples influences ; à partir du XVIII^e siècle, la culture juridique lusitaine sera ainsi marquée par l'éclectisme, non sans adopter une coloration bien particulière : le projet pombalien poursuit l'objectif de concilier l'innovation de la pensée moderne des XVII^e et XVIII^e siècles avec les préceptes de la religion chrétienne¹⁰⁸. La raison et l'expérience deviennent ainsi les bases du savoir scientifique, mais rencontraient une barrière dans leur investigation : le dogme catholique.

Cet état d'esprit détermina le jusnaturalisme professé par les juristes du premier XIX^e siècle¹⁰⁹ ; il produit une autre conséquence : nul ne saurait adopter l'innovation étrangère en bloc. Juges, professeurs et praticiens du droit étaient ainsi invités à élaborer une synthèse des avancées doctrinales européennes en les acclimatant au pays. Un tel programme, parfaitement mené par les civilistes, profitera à Seabra, père du Code civil de 1867 ; il engendre toutefois plusieurs controverses quant à la part de droit « national » véritablement préservé de la sorte¹¹⁰.

En droit constitutionnel, cette législation produisit des résultats tout aussi ambigus. Instruits par les échecs français, les hommes politiques et publicistes de tous bords affichent en façade leur rejet le plus virulent de l'esprit de système. La recherche d'une constitution idéale, créée de toute pièce par la main de l'homme, ne saurait rentrer dans leur champ de vision : tous flétrissent les « faiseurs de constitution » et en particulier l'abbé Sieyès, devenu au Parlement un objet répété de moquerie. Et si cette remarque vaut, de manière attendue, pour les contre-révolutionnaires et les royalistes modérés, elle imprègne également l'esprit de nombreux *vintistas*¹¹¹, *setembristas*¹¹² et, plus tard, des propres républicains¹¹³. Cette curiosité

la méthode et la démonstration » ; tout semble partir de ces « préceptes que la Nature a écrits dans les cœurs (*sic*) de l'Homme ». *Estatutos*, Livre II, titre III, chapitre V.

¹⁰⁸ P. Calafate, « Eclectismo e metodologia na Ilustração portuguesa », in *Metamorfoses da Palavra. Estudos sobre o pensamento português e brasileiro*, Lisbonne, INCM, 1998, pp. 217-225.

¹⁰⁹ J. R. de Lima Lopes, « Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX », in I. Jancsó (dir.), *Brasil. Formação do Estado e da nação*, São Paulo, Unijuí, 2003, pp. 195-218.

¹¹⁰ O. Ferreira, « Le Code civil portugais de 1867... », art. cité, pp. 94-97 et *passim*.

¹¹¹ Voir les exemples cités, dont Pereira do Carmo, par A. da Silva Pereira, « Constitucionalismo e modernidade », in *Revista de História das Ideias*, vol. 19, 1997, pp. 521-522.

¹¹² « M. le Président, en matière de constitutions, il n'y a pas de perfection absolue ; elles ne sont pas non plus une œuvre de pure création. Une constitution est bonne ou mauvaise en fonction des peuples qu'elle gouverne. [...] à chaque Nation correspond une unique constitution

s'explique en partie par le hiatus existant entre la culture libérale et la culture juridique portugaises : le jusnaturalisme pombalien invitait plus à ordonner la structure de l'Etat et du droit national qu'à fonder un régime de libertés. Dès lors, dans la pensée lusitaine, la Constitution s'appréhendait comme le « code des codes » ; ce n'était pas, du moins à l'origine, un « statut des citoyens » initié par un pouvoir constituant¹¹⁴. Aucune rupture idéologique forte n'existait donc sur le terrain constitutionnel ; le Portugal s'annonçait comme un cas fort différent de la France.

En conséquence, les créations et autres innovations constitutionnelles se muent en insultes jetées au visage d'adversaires accusés de ne point respecter le cadre moral, intellectuel, juridique, politique, géographique et historique du pays ; sous l'égide du jurisconsulte néerlandais Gerard Noodt¹¹⁵, les révolutionnaires de 1820 en usent même afin de vilipender l'absolutisme, forme inédite de gouvernement au Portugal avant le XVIII^e siècle, en conséquence indésirable¹¹⁶. Tous souhaitent un retour aux institutions antiques, glorifiant à nouveau les mythiques *Cortes* de Lamego. Certes, cette attitude va, du moins en 1822, céder face à un esprit philosophique teinté de rousseauisme et de jusnaturalisme moderne, non sans garantir une part conséquente à la morale catholique dans le droit politique ; ainsi s'explique l'étonnante et ouvertement chrétienne « constitutionnalisation de la vertu civique » opérée à l'article 19 de la Constitution de 1822¹¹⁷ : « Tout Portugais doit être juste. Ses principaux devoirs sont de vénérer la religion ; d'aimer la patrie ; de la défendre avec les armes, lorsqu'il y sera appelé par la loi ; d'obéir à la Constitution et aux lois ; de respecter les autorités publiques ; et de contribuer aux dépenses de l'État ». Pour autant, ces premières recherches historiques ne tombaient nullement dans la contemplation stérile : concilier ce

qui lui convienne, et qui lui soit propre. [...] Cette constitution est celle qui est la plus conforme à ses us et coutumes, la plus accommodée à ses intérêts divers, la plus en harmonie avec les pays avec lesquels elle noue des relations, la plus conforme à sa position géographique ». Fernandes Thomaz, in *Diário das Cortes geraes extraordinarias, e constituintes da nação portuguesa*, n°75, 25/4/1837, p. 39.

¹¹³ Le Président du Conseil Teófilo Braga refuse ainsi de voir dans la constitution politique une « œuvre mécanique que chacun peut tailler à sa façon », estimant qu'elle présente toujours des « bases fondamentales qui dérivent du sentiment du pays ». *Diário da assembleia nacional constituinte*, Leg. I, sessão 1, n°23, 18/07/1911, p. 17. Et d'accuser ensuite la Charte de 1826 d'être une pure fabrication d'idéologues, conçue dans le but de maintenir la monarchie (*Ibid.*, pp. 18-19).

¹¹⁴ J. R. de Lima Lopes, « Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX », art. cité, p. 205.

¹¹⁵ Sur ce jurisconsulte quelque peu oublié, voir G. Van den Bergh, *The life and work of Gerard Noodt, 1647-1725*, Oxford, Clarendon, 1988.

¹¹⁶ M. Borges Carneiro, *Portugal regenerado em 1820*, op. cit., p. 59. L'invocation d'un étranger peut surprendre, mais illustre bien la mentalité d'un juriste éduqué par la loi de la bonne raison.

¹¹⁷ F. Catroga, « A constitucionalização da virtude cívica (os seus ecos nas Cortes vintistas) », in *Revista de História das Ideias*, vol. 29, 2008, pp. 335-345. L'auteur souligne l'espace séparant la Constitution portugaise de 1822 et la Constitution de Cadix de 1812 : l'article 6 du texte espagnol, qui servit pourtant de modèle, ne mentionne aucun devoir religieux. Nous voici donc en présence de traits typiquement lusitains, que nous aurons l'occasion de retrouver tout au long de l'article.

legs constitutionnel portugais avec les idées nouvelles fut bien à l'ordre du jour¹¹⁸ et ce programme va perdurer.

Paradoxalement, ce cadre intellectuel invitant à redécouvrir la constitution traditionnelle du Portugal dans ses récits d'histoire, inclinait les politiques à reprendre les arguments ressassés en France sous la Restauration. Jusqu'à présent mêlées à une culture juridique européenne, les références culturelles françaises vont, entre 1820 et la fin de la guerre civile en 1834, pulluler dans les écrits lusitains, sans même se cantonner aux pamphlets rédigés par les émigrés réfugiés en France. Les milieux contre-révolutionnaires professent ainsi leur rejet du pouvoir constituant humain (1.2.1) sous l'égide de Bonald, Maistre et Ferrand. Faut-il alors s'étonner de voir apparaître une nouvelle bataille de l'octroi guidé par l'aiguillon français (1.2.2) ?

1.2.1 La défense de la thèse classique : du rejet du pouvoir constituant humain

« Lorsque les Gouvernements, au lieu des artifices d'une politique sournoise, adopteront comme unique règle de leur conduite la justice et la raison que Dieu, avec son doigt créateur, a gravées dans le cœur des hommes ; quand, en [...] un mot, ils prendront pour base de leurs procédures, au lieu de l'arbitraire et du despotisme féroce, une constitution formée sur la justice et la dignité de la nature humaine, nous verrons alors, et seulement alors, la fin définitive de toutes ces guerres internes [...] »¹¹⁹. La singularité du discours d'emblématiques libéraux *vintistas* comme Borges Carneiro¹²⁰ tient à l'invocation continue de la main divine créatrice, interdisant au prince d'altérer l'essence des institutions et d'en revendiquer la paternité¹²¹. Pour évident qu'il soit, le procès tenu à l'encontre de l'absolutisme emportait aussi, implicitement, un rejet du véritable pouvoir constituant ; les *Cortes* dites constituantes étaient ainsi appelées à faire preuve de retenue en se contentant de réformer les « institutions des faibles humains qui se corrompent avec l'avancée des siècles »¹²². La marge de manœuvre, malgré tout conséquente,

¹¹⁸ A. da Silva Pereira, « Constitucionalismo e modernidade », art. cité, p. 527.

¹¹⁹ M. Borges Carneiro, *Parabola VI acrescentada ao Portugal regenerado. A necessidade de constituições provada pela injustiça dos Cortesãos*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1821, pp. 97-98.

¹²⁰ Affirmation équivalente dans ses autres œuvres : « [Les habitants] furent ainsi tous tenus d'obéir au chef commun et ce dernier à faire exécuter les lois. S'il osait les modifier, la société s'insurgerait contre lui, en tant que violeur du lien qu'il devait maintenir. Le bien commun fut ainsi la loi suprême et l'ultime fin de ces sociétés. Dieu qui, par la loi et la raison naturelle, avait dicté aux hommes de s'établir, a confirmé par la révélation cette voix de la nature ; puis la religion est apparue, comme un second lien ». M. Borges Carneiro, *Portugal regenerado em 1820*, op. cit., p. 6.

¹²¹ Clin d'œil de l'histoire, il affirme ainsi que les privilèges concédés aux villes et communautés urbaines par des chartes n'étaient pas des grâces offertes par les seigneurs et les princes, mais des dus, inhérents au droit naturel et à l'obligation, imposée par Dieu, de s'unir en société. *Ibid.*, p. 15.

¹²² *Ibid.*, pp. 13-14. Sur ce constitutionnalisme réformiste invitant la Constitution de 1822 à rétablir la mémoire constitutionnelle traditionnelle, celle des lois fondamentales oubliées : A. M. Hespanha, « O constitucionalismo monárquico português. Breve síntese », art. cité, pp. 488-489.

invitait donc à respecter le code divin offert à chaque Nation, à charge pour elle de refondre la partie humaine de ses lois fondamentales, selon ses inspirations du moment¹²³.

Toutefois, même si son préambule fait expressément mention de « l'oubli des lois fondamentales de la monarchie », la Constitution finalement adoptée en 1822 s'inscrivait plus volontiers dans un cadre constitutionnel moderne en consacrant le volontarisme juridique¹²⁴. Précisément, cette part, plus ou moins modeste, offerte au pouvoir constituant, attisait l'ire des nombreux adversaires du mouvement *vintista*. Qu'il s'agisse ou non de les octroyer, les constitutions écrites produites par la main de l'homme rencontraient en effet le même type d'adversaires qu'en France. La raison paraît simple à exposer : les contre-révolutionnaires portugais¹²⁵, pour une bonne part francophones, ont manifestement lu les œuvres de Louis de Bonald, Joseph de Maistre et Antoine Ferrand. Aussi n'ont-ils pas hésité à en demander des traductions destinées à être répandues dans le pays¹²⁶ ; elles serviraient de digue à la propagande destructrice menée par la Typographie Rollandiana¹²⁷. De surcroît, en défendant la constitution traditionnelle de la monarchie, ces personnalités s'inscrivent également dans le cadre ultraroyaliste : en France comme au Portugal, la haute noblesse poursuit l'œuvre du duc de Saint-Simon en prenant la plume aux fins de reprendre la place qui lui serait due, et qu'elle a perdue, l'une du fait de la pratique absolutiste du pouvoir¹²⁸, l'autre en raison du despotisme ministériel initié en 1755 par le marquis de

¹²³ Le même programme, sous des traits plus ouvertement jusnaturalistes, figure au sein du *Manifesto da nação portuguesa aos soberanos e povos da Europa*, annonciateur de la révolution de 1820. Voir Cl. J. dos Santos (éd.), *Documentos para a história das cortes geraes da nação portuguesa*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1883, t. I, pp. 123-124.

¹²⁴ Z. Osório de Castro, « Constitucionalismo vintista : antecedentes e pressupostos », art. cité, p. 640. Des brochures calquant le *Qu'est-ce que le Tiers état ?* de Sieyès anticipaient ce changement, par exemple celle de José Teotónio Canuto de Forjô, *Memória em que deo o seu parecer ao convite das juntas do governo supremo do Reino em 24 de Outubro*, Lisbonne, Alcobia, 1820.

¹²⁵ Peu d'études à leur sujet, comme le déplore Z. Osório de Castro, « A nostalgia da eternidade e o ideário contra-revolucionário », in M. Tavares Ribeiro (dir.), *Outros combates pela História*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2010, pp. 509-520. Les actes du colloque publiés par R. Marchi (dir.), *As raízes profundas não gelam ? Ideias e percursos das direitas portuguesas*, Alfragide, Texto Editores, 2014, tentent de pallier ces lacunes, que l'on complètera utilement avec A. Barreiros Malheiro da Silva, *Miguelismo. Ideologia e mito*, Coimbra, Minerva, 1993 et A. P. Mesquita, *O pensamento político português no século XIX. Uma síntese histórico-crítica*, Lisbonne, INCM, 2006, pp. 287-401.

¹²⁶ « Au lieu de ces doctrines désorganisatrices, on devrait nous publier celles de Burke, de Hume, de Mallet du Pan, de Chateaubriand, de Ferrand, de Maistre, de Bonald, et d'une centaine d'autres écrivains fameux de cette trempe ». J. Accursio das Neves, *Continuação das Cartas aos Portuguezes*, Lisbonne, Typografia de Simão Thaddeo Ferreira, 1823, p. 104.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 75-77 (typographie ici flétrie pour avoir publié *La loi naturelle* de « l'athée Volney »).

¹²⁸ Il existe trois courants contre-révolutionnaires en France (J. Godechot, *La contre-révolution. Doctrine et action 1789-1804*, Paris, Quadrige/PUF, 1984, pp. 7-21). Mais la Restauration faisait surtout la part belle au conservatisme historique, la tendance absolutiste étant nettement brocardée.

Pombal¹²⁹. L'ensemble incitait naturellement à la redécouverte des limites de la monarchie, en dévoilant une ancienne tradition de gouvernement à grand conseil et une constitution coutumière fixée aux racines du pays.

Ainsi, durant les années 1820, l'argumentation classique devait être propagée auprès du public, bénéficiant même de l'appui de l'Imprimerie royale à la fin de cette décennie. Le père José Agostinho de Macedo (1761-1831), principal représentant de cette tendance royaliste composite mélangeant allègrement historicisme et régéralisme dans le but de saper les prétentions contractualistes et révolutionnaires¹³⁰, avait ainsi publié un ouvrage au titre évocateur : *Bazes eternas da constituição política* (Bases éternelles de la constitution politique). En écho aux *Bases de la Constitution* votées par les Cortes constituantes en 1820, sorte de pré-constitution, le titre du livre entame la polémique : nul ne peut élaborer une constitution, celle-ci étant, comme l'origine du pouvoir et la langue, des éléments qui « ne rentrent pas dans le pouvoir de l'homme »¹³¹. La thèse se veut organiciste, religieuse et dépendante de l'argumentation aristotélico-thomiste, seul rempart aux théories « perverses » des Lumières¹³². En vérité, la Constitution existe toujours, sans avoir à la coucher sur papier : comme tout être vivant, l'État et la Nation en possèdent une, ainsi que le prouve la pérennité de leur propre existence¹³³. Cette conviction banale prend précisément appui sur la nature de l'homme, un animal politique dans la lignée du Stagirite. Brocardant le matérialisme et plus encore le sensualisme de Condillac, Macedo ne peut tolérer des philosophies créatrices, à même de justifier le modelage et le remodelage de l'homme, de leurs lois et de leur constitution¹³⁴. Autrement dit, tout est dans la nature, y compris dans notre propre nature, mais rien n'est

¹²⁹ L. M. Bastos Pereira Das Neves/G. Pereira Das Neves, « Indépendance au Brésil et Lumières au Portugal : politique et culture dans l'espace luso-brésilien (1792-1823) », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°365, 2011, pp. 38-39. Les grandes œuvres portugaises que nous avons lues nous confortent dans notre idée : bien que parfois éclectiques, elles s'insèrent dans le cadre d'une défense des droits historiques, n'étant guère éloignées de leurs équivalents français.

¹³⁰ Sur cet auteur, voir M. I. de Ornellas de Andrade, *José Agostinho de Macedo. Um iluminista paradoxal*, Lisbonne, Colibri, 2001 et, du même, *A contra-revolução em português. José Agostinho de Macedo*, Lisbonne, Colibri, 2004.

¹³¹ J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, Lisbonne, Imprensa da Rua Formosa, 1824 (écrit le 20 janvier), pp. 36-37.

¹³² Plus précisément, il estime que les « germes révolutionnaires » de la « fausse philosophie » ne pourront être détruits qu'en revenant à la source de tout, à savoir l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote. Voir *Ibid.*, pp. 12-13. Vers la fin de son pamphlet (*Ibid.*, p. 47), il appelle ses lecteurs à se détourner des théories politiques des Bentham et des Constant pour apprendre, en priorité, la saine science de la religion en s'abreuvant de la *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte* de Bossuet. Pour sa part, Accursio das Neves préférerait solliciter les écrits de Ferrand, Chateaubriand, Maistre et Bonald pour lutter contre les « doctrines désorganisatrices du démagogue Benjamin Constant ». J. Accursio das Neves, *Continuação das Cartas aos Portuguezes*, *op. cit.*, pp. 70, 138 et s.

¹³³ J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, *op. cit.*, pp. 23-26.

¹³⁴ Les attaques sont ici tacites, mais se comprennent aisément quand il aborde ces « officiers de constitutions politiques, qui ont fait de certains hommes des tigres, et d'autres des ânes ». *Ibid.*, pp. 6-7. Difficile de ne pas sentir ici la référence à la métaphore de la statue de Condillac, développée en droit politique par Diderot et surtout par les Idéologues, à l'image de Cabanis.

dans la convention¹³⁵. En raison des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, et en particulier de notre instinct social et politique, la Constitution de chaque Nation est invariable, car elle correspond à une œuvre indirecte de Dieu venant compléter le Décalogue offert à Moïse sur le mont Sinaï¹³⁶ ; elle ne s'écrit donc pas. Macedo vulgarise ainsi, au point de le paraphraser (plagier ?), la pensée de Joseph de Maistre et en particulier le chapitre VI de ses *Considérations sur la France*¹³⁷.

D'originalité, il ne saurait de toute manière en être question dans son œuvre, véritable vulgate de la pensée ultraroyaliste et de son legs thomiste. L'ensemble se veut très inspiré par la Bible, à travers la grille de lecture fournie par Bossuet, et par les thèses françaises de la Restauration, plus ou moins bien assimilées et adaptées au cadre portugais. Ainsi, Macedo reprend tacitement Bonald et Thomas d'Aquin en professant la thèse d'un premier grand Législateur : cet homme extraordinaire, présent lors de l'enfance des Nations, ne ferait pourtant que retranscrire les éléments fournis par la nature, à charge pour ses successeurs et pour la population visée de respecter cet héritage jusqu'au jugement dernier¹³⁸ ; son pouvoir législatif exceptionnel, qui ne se confond guère avec le pouvoir constituant dans la mesure où il ne peut se définir comme *créateur*, s'épuise ainsi au premier usage. En principe, donc, son successeur, le Roi, s'apparente à un greffier de la nature et à un conservateur de la Tradition ; il laisse les choses en l'état, car tout est à sa place, ordonné selon les commandements divins. Imprégné de postulats aristotéliens, Macedo peut alors affirmer que chacun a obtenu son dû ou, qu'en toute hypothèse, les lois civiles, inspirées par la loi mosaïque, se placent dans la continuité de la justice

¹³⁵ « Aucune constitution ne résulte, ou ne peut résulter, d'une délibération, parce qu'on ne peut délibérer de ce qui est éternellement présent dans l'essence de l'homme en tant qu'animal social, ou n'est pour la société de ses semblables. Les droits des peuples ne peuvent s'écrire : ils ne peuvent ni être écrits, ni même être offerts par une constitution factice, puisqu'ils les possèdent déjà par nature ». *Ibid.*, p. 38.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 6-7 et 44-47.

¹³⁷ Par exemple, la citation de la note 135 est calquée sur un de ses paragraphes : « Aucune constitution ne résulte d'une délibération ; les droits des peuples ne sont jamais écrits, ou du moins les actes constitutifs ou les lois fondamentales écrites, ne sont jamais que des titres déclaratoires de droits antérieurs, dont on ne peut dire autre chose, sinon qu'ils existent parce qu'ils existent ». J. de Maistre, *Considérations sur la France*, chap. VI : De l'influence divine dans les constitutions politiques.

¹³⁸ « Les Législateurs, au sens rigoureux du terme, sont des hommes extraordinaires qui, peut-être, n'appartiennent qu'au Monde antique, et à la jeunesse des Nations. Ces Législateurs, avec leur merveilleux pouvoir, n'ont pas fait plus qu'adjoindre les éléments préexistants, et tous ont œuvré au nom de la Divinité. La liberté, en un certain sens, est un don des Souverains, parce que presque toutes les Nations libres ont été constituées, et formées, par les Rois ». J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, *op. cit.*, p. 39. Comparer avec Bonald : « Le pouvoir constitué est dans la société comme la clef de voûte contre laquelle toutes les parties viennent s'appuyer, et qui soutient leur effort, et les maintient en place par sa position seule. En général, il suffit d'un grand homme qui donne la première impulsion à la machine de l'État, et ses successeurs ont toujours assez de talent lorsqu'ils savent en régler et en entretenir le mouvement ». *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social...*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, vol. I, p. 234.

distributive¹³⁹ ; le pouvoir civil se limite donc à assurer la justice commutative, ou corrective, chargée de rétablir ce qui a été modifié par l'homme de façon préjudiciable. L'héritage chrétien est d'autant plus net que l'ensemble évoque en bien des points Thomas d'Aquin. Dans un ouvrage inachevé complété par son disciple Ptolémée de Lucques, l'Aquinate s'évertua en effet à décrire le roi comme un fondateur qui, par l'établissement d'un royaume, assure aux hommes un nouveau commencement. Or, ce fondateur n'était pas lui-même un *créateur*, puisqu'il devait accepter et faire usage de choses préexistantes dans la nature, le forçant à accepter la nature telle qu'elle est et vouloir la création de Dieu telle qu'elle a été créée¹⁴⁰.

Dans son esprit imbu de thomisme, Macedo tempère la monarchie absolue en lui donnant une raison d'être, une finalité ; la monarchie absolue se propose ainsi de préserver, autant que faire se peut, l'état du droit et de la société tels qu'ils ont été conçus par ce premier législateur, lui-même respectueux de l'œuvre divine. La place réduite offerte aux *Cortes* et la concentration des pouvoirs entre les mains du Roi s'expliquent naturellement par ce souci de prévenir toute innovation législative : il s'agit bien de respecter la constitution naturelle du pays considéré, en offrant au Roi ce que les ultraroyalistes français appelaient alors un « pouvoir conservateur »¹⁴¹. Et pour cause : Macedo sous-entend que seule une vision saine de la morale contenue dans les dispositions naturelles peut fournir les éléments propices à la consolidation de la cité humaine, à commencer par le respect dû aux lois positives, application concrète d'une obligation posée par le droit naturel et par Dieu¹⁴².

Tout au plus tolère-t-il, comme la plupart des ultras, la faculté de réformer ces institutions, suivant une approche typique de l'esprit des siècles. Nul ne saurait ainsi toucher aux constitutions sans une main tremblante, toujours respectueuse des données fournies par les caractères propres au pays, déterminés par son climat, ses mœurs ou encore son histoire. Mais il s'agit, ici encore, de revenir à l'état initial de la constitution, un retour aux choses premières censé retirer la patine obscurcissante des siècles¹⁴³ ; rien ne vient ainsi légitimer l'innovation, l'esprit de système révolutionnaire n'ayant

¹³⁹ J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, op. cit., p. 46.

¹⁴⁰ Thomas d'Aquin, *De regno*, II, 2. Nous empruntons ici beaucoup à l'analyse de H. Cl. Mansfield Jr, *Le prince apprivoisé. De l'ambivalence du pouvoir*, Paris, Fayard, 1994, pp. 138-142.

¹⁴¹ O. Ferreira, *Le pouvoir royal (1814-1848). À la recherche du quatrième pouvoir ?*, thèse, droit, Paris XII, 2010, II^e partie, Titre I, chapitre II, section 1, §1.

¹⁴² « [...] s'il n'y a pas de loi naturelle qui commande l'exécution des lois qui se font, à quoi servent-elles ? [...] Sans le Dogme d'un Dieu Législateur, et Auteur de la Nature, et de ses Lois, tous les devoirs et obligations morales sont une chimère. La force d'un côté, la faiblesse de l'autre, voici tout le lien des sociétés humaines ». J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, op. cit., p. 38.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 22-23. Ceci se rapproche, encore beaucoup, des positions françaises, la réformation s'entendant comme la réduction « des choses aux premières règles et institutions » depuis les lettres du 9 août 1542. Voir Fr. Olivier-Martin, *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 212-213.

pas son mot à dire en matière constitutionnelle. Ceci explique l'attachement de Macedo aux lois fondamentales issues des mythiques *Cortes* de Lamego de 1143¹⁴⁴, mais aussi, de façon plus polémique, son rejet de tout « vêtement de Français »¹⁴⁵... Nous l'aurons suffisamment compris : une constitution n'imité pas ; aucun texte étranger ne peut donc servir de modèle.

De surcroît, ce n'est pas la constitution proprement dite qui peut être révisée de la sorte. Macedo adopte une thèse déjà observée en France : lui aussi distingue la constitution, œuvre divine, intouchable voire indicible (d'où son impossible retranscription), des conventions entre les hommes, sorte de complément politique ou de glose de la constitution¹⁴⁶. En résumé, Macedo reprend à son compte, mais sous un vocabulaire qui lui est propre, la distinction entre coutumes constitutionnelles et conventions de la constitution¹⁴⁷, laissant aux Rois et aux représentants de la Nation le loisir de modifier ces dernières, produits politiques des sociétés humaines.

Sans doute, les références doctrinales des contre-révolutionnaires portugais diffèrent parfois entre eux. Dans quelques cas, leur manque de culture engendre une littérature au ton tantôt rabelaisien, tantôt basement polémique, propre à être colportée, avec un bonheur inégal, par les chants populaires¹⁴⁸. Ainsi, les pamphlets antimaçonniques, et parfois délirants, d'un Faustino José da Madre de Deus (1773-1833)¹⁴⁹, en font clairement un équivalent portugais de l'abbé Barruel ou du chevalier de Malet¹⁵⁰. Cependant, malgré la qualité parfois discutable de ces productions, des récurrences se rencontrent en droit constitutionnel : foi en l'existence d'une constitution non écrite¹⁵¹, certes née des rapports nécessaires issus de la nature et de la société

¹⁴⁴ J. A. de Macedo, *Refutação do monstruoso, e revolucionario escripto impresso em Londres intitulado Quem he o legitimo Rei de Portugal ?...*, Lisbonne, Impressão Regia, 1828, p. 13.

¹⁴⁵ J. A. de Macedo, *Bazes eternas da constituição política*, op. cit., p. 31.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 37, où il précise notamment que les constitutions que les hommes font « sont des ajustements, sont des conventions entre les hommes », « des explications et des expositions de la Constitution qui est toujours faite, qui est éternelle, et que les hommes n'ont pas faite, parce qu'il est impossible de faire une Constitution ».

¹⁴⁷ P. Avril, *Les conventions de la constitution*, op. cit.

¹⁴⁸ Voici deux couplets d'une de ces chansons : « Já pouco tarda o momento Da nossa consolação Em que ha-de baixar dos Céus A nossa Constituição » et « Viva o nosso soberano, O amado sexto João, Que ha-de sellar com seu nome, A nossa Constituição ». Cette chanson, réclamant une constitution portugaise venue des cieux, mais portant le sceau de D. João VI, est attestée par de nombreux témoignages ; le plus cité est celui du libéral milanais Giuseppe Pecchio, alors réfugié au Portugal, d'après ses *Cartas de Lisboa. 1822*, Lisbonne, Livros Horizonte, 1990, pp. 21-22.

¹⁴⁹ A. Barreiros Malheiro da Silva, *O discurso ideo-político de Faustino José da Madre de Deus. Contribuição para a história das ideias anti-liberais em Portugal*, Lisbonne, Livros Horizonte, 1991.

¹⁵⁰ Si le premier reste célèbre, le second, tombé dans l'oubli, a également contribué à la popularité de cette théorie du complot en publiant ses *Recherches politiques et historiques qui prouvent l'existence d'une secte révolutionnaire. Son antique origine, son organisation, ses moyens, ainsi que son but, et dévoilent entièrement l'unique cause de la Révolution française*, Paris, Gide fils, 1817.

¹⁵¹ J. Accursio das Neves, *Continuação das Cartas aos Portuguezes*, op. cit., p. 98.

portugaises¹⁵², mais souvent héritée des *Cortes* de Lamego¹⁵³ ; différence martelée entre despotisme et monarchie absolue (limitée par les droits divin et naturel, par les lois fondamentales, par sa finalité liée au bien commun et par l'éducation spécifique du prince)¹⁵⁴, preuve de la force du constitutionnalisme ancien¹⁵⁵, voire de sa supériorité sur le constitutionnalisme nouveau ; refus de l'esprit de système¹⁵⁶, impliquant la préservation des anciennes lois et institutions¹⁵⁷ ; et surtout rejet du pouvoir constituant, qu'il soit exercé par le Roi seul ou par la Nation prétendument souveraine par le biais de ses représentants¹⁵⁸.

Doté d'une solide culture juridique, aux fondations résolument aristotéliennes, António Joaquim de Gouvea Pinto (1777-1833) résumera le programme contre-révolutionnaire de cette manière : « Qu'une prompte réforme de nos lois soit nécessaire, voire très nécessaire, nul ne l'ignore ; mais il faut noter que cette réforme ne devra toucher que nos lois civiles et criminelles, à l'exception des lois fondamentales de la monarchie, afin de ne pas altérer l'ancienne forme de Gouvernement, établi par Dieu au Portugal, et que nous avons eu la joie de voir rétablie comme par miracle »¹⁵⁹. La reprise des thèses de la royauté adamique¹⁶⁰, autrefois développée par Robert Filmer,

¹⁵² J. da Gama e Castro, *O novo príncipe, ou o espirito dos governos monarchicos*, Rio de Janeiro, typ. J. Villeneuve, 1841, 2^e éd., pp. 137-139, qui compare ainsi toute constitution écrite à une grammaire, qui ne crée pas de langue, mais ne fait qu'en exposer les règles préexistantes.

¹⁵³ A. J. de Gouvea Pinto, *Os caracteres da monarquia, expostos em resumo, para o fim de mostrar ao mesmo tempo a preferencia, que ella merece entre as mais fórmãs de Governo*, Lisbonne, Impressão Regia, 1824, p. 8 ; F. J. da Madre de Deos, *A constituição de 1822 comentada e desenvolvida na prática*, Lisbonne, Typografia Maignense, 1823, 2^e éd., p. 94.

¹⁵⁴ A. J. de Gouvea Pinto, *Os caracteres da monarquia...*, *op. cit.*, pp. 11-13 et 25 ; J. da Gama e Castro, *O novo príncipe...*, *op. cit.*, pp. 88-101 ; J. Accursio das Neves, *Continuação das Cartas aos Portuguezes*, *op. cit.*, p. 101. Ce dernier s'en prend à l'invention du mot absolutisme qui, en langage révolutionnaire, sert de synonyme au mot despotisme. Une accusation amusante, dans la mesure où ce mot a été introduit en France par Chateaubriand en 1797 dans son *Essai sur les révolutions...*

¹⁵⁵ Gama e Castro rehausse l'importance de la religion dans les gouvernements libéraux, dans l'optique de l'obéissance au pouvoir : mieux vaut craindre Dieu, que de devoir redouter le pouvoir des seuls hommes désireux d'être suivis par la population. *O novo príncipe...*, *op. cit.*, pp. 239-240.

¹⁵⁶ J. Accursio das Neves, *Cartas de hum Portuguez aos seus concidadãos sobre diferentes objectos de utilidade geral, e individual*, Lisbonne, Typografia de Simão Thaddeo Ferreira, 1822, pp. 33-40 ; A. J. de Gouvea Pinto, *Os caracteres da monarquia...*, *op. cit.*, p. 28 ; F. J. da Madre de Deos, *Os povos, e os Reis. Opusculo offerecido aos Portuguezes*, Lisbonne, Impressão Regia, 1825, p. 98.

¹⁵⁷ A. J. de Gouvea Pinto, *Os caracteres da monarquia...*, *op. cit.*, p. 28 (citant en appui l'*Histoire de la législation* du comte Emmanuel de Pastoret).

¹⁵⁸ J. Accursio das Neves, *Continuação das Cartas aos Portuguezes*, *op. cit.*, p. 100 ; F. Neri Soares de Avelar, *A legitimidade da exaltação do muito alto, e muito poderoso rei, o senhor D. Miguel primeiro, ao throno de Portugal, demonstrada por principios de direito natural e das gentes*, Lisbonne, Impressão Regia, 1828, p. 23 ; F. J. da Madre de Deos, *Os povos, e os Reis*, *op. cit.*, p. 116 (même s'il n'exclue pas totalement cette faculté pour les Rois, « esclaves obéissants » de la Constitution, comme nous le verrons par la suite).

¹⁵⁹ A. J. de Gouvea Pinto, *Os caracteres da monarquia...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 6

et de la conception ministérielle du pouvoir temporel, puisée chez saint Augustin, ne faisaient qu'accentuer le devoir d'obéissance de la population au Roi, et du Roi à Dieu¹⁶¹, unique Créateur. Ce poncif de la littérature royaliste en secondait un autre, lié aux figures cynico-stoïciennes du roi sage ; est ainsi reprise la thèse du gouvernement royal par l'exemple de ses vertus, et non par l'exercice de la violence, grâce à la raison des hommes qui les contraint imperceptiblement à imiter les bons modèles : le bien commun est ainsi garanti par les bonnes mœurs, chaque sujet étant appelé à imiter son prince¹⁶².

Assurément, rien ne les démarquait à l'origine de leurs correspondants français, sauf à y voir des traces d'auteurs portugais plus anciens, au demeurant jamais cités¹⁶³... Madre de Deos se plaisait ainsi à démasquer les Constituants *vintistas* qui, sous couvert de redresser le pays, s'inspiraient des pires expériences constitutionnelles françaises. Son commentaire de la Constitution de 1822 s'achevait ainsi sur un bon mot : quitte à puiser leur inspiration en France, pourquoi ne se sont-ils pas entichés de la Charte de Louis XVIII¹⁶⁴ ? Une option d'autant plus tentante, que Madre de Deos avait été le seul contre-révolutionnaire à exprimer une « hérésie » constitutionnelle : maîtrisant mal le vocabulaire juridique de ses pairs, et confondant souveraineté et pouvoir constituant, il avait admis la faculté, pour le Roi, de *développer* et donc de *modifier* (non uniquement de *réformer*) les *lois fondamentales*, après consultation des procureurs des Trois états du royaume¹⁶⁵ ; le pouvoir royal, libéré de ses chaînes, n'était plus cantonné à la

¹⁶¹ « [...] c'est un principe incontestable, que les Rois, en qualité de Ministres de Dieu, et en tant que dépositaires de son pouvoir, doivent toujours le conserver sans jamais l'aliéner, se présentant comme des usufruitiers de l'Autorité Royale, qu'ils doivent préserver intacte pour leurs successeurs [...] ». *Ibid.*, pp. 23-24.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 13-14. Une régénération morale est donc toujours possible à chaque nouveau règne, Gouvea Pinto n'étant pas loin de paraphraser les beaux vers de Camões, *Os Lusíadas*, c. IV, XVII.

¹⁶³ Ce constant touche aussi José da Gama e Castro (1795-1873), habituellement mentionné en ce sens depuis L. Reis Torgal, *Tradicionalismo e contra-revolução. O pensamento e a acção de José da Gama e Castro*, Univ. de Coimbra, 1973, pp. 137-150. En effet, sa principale œuvre, *O novo príncipe*, ne cite guère d'auteurs portugais et préfère prendre pour cible ou pour appui des Français : Fouché, Thiers, Montesquieu, d'Alembert, Mirabeau ou encore Tocqueville. Sa seule singularité, liée à la date tardive de ses publications (et à un « absolutisme » de droit divin qu'il professe, mais qui, selon lui, serait passé de mode), provient de l'absence remarquée des contre-révolutionnaires français.

¹⁶⁴ F. J. da Madre de Deos, *A constituição de 1822 comentada...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

¹⁶⁵ « En plus de cela, je n'ai pas démontré, ni ne prétend démontrer, que les lois fondamentales de la Monarchie ne peuvent pas être réformées et développées, puisqu'elles l'ont été [par le passé] [...]. Ce que je démontre, c'est que les peuples n'ont pas le droit de modifier la forme de leur gouvernement légitime. Or, il existe une grande différence entre changer une institution et réformer les lois fondamentales de cette même institution ; ainsi même, la réforme et le développement qu'on a faits des unes et des autres lois, n'ont jamais été réalisés par le peuple, qui n'a pas le droit de le faire, lui étant impossible d'exercer la souveraineté. Les unes et les autres lois ont été réformées et développées par les Monarques portugais, seuls individus qui disposent du droit de le faire, écoutant, ou non, les procureurs des trois états du royaume, selon leur bon vouloir et en fonction de la gravité de la matière [...] ». F. J. da Madre de Deos, *Os povos, e os Reis*, *op. cit.*, p. 85.

seule réforme des conventions de la constitution. Malheureusement pour l'auteur, la bravade sera prise au sérieux ; l'ironie de l'histoire marque ainsi le véritable début de l'équivoque du constitutionnalisme octroyé au Portugal.

1.2.2. L'autre bataille de l'octroi

La Charte octroyée de 1826 marque un tournant dans la pensée contre-révolutionnaire : il ne s'agit plus de contester une Constitution issue de la « faction révolutionnaire », quand bien même d'anciens *vintistas* ont rejoint le camp de D. Pedro¹⁶⁶, mais une œuvre offerte par le Roi désigné par la loi fondamentale. Une œuvre qui, de surcroît, aurait modifié autant la partie « humaine » de la Constitution (les conventions de la constitution), sans en référer aux représentants de la Nation¹⁶⁷, que la partie « divine » de la Constitution (les lois fondamentales).

Cette singularité les contraint à un changement de paradigme (1.2.2.2) auquel n'échappent pas non plus les libéraux *lato sensu*. En effet, la conjoncture, vite marquée par la guerre civile (1828-1834), suscite une tentation peu commune, visant à présenter la Charte non comme une constitution absolue, donc déliée de toute autre loi constitutionnelle, même antérieure, mais comme le complément d'une « loi du pays » ; soit une constitution, naturelle ou historique, présente dans le cœur des Portugais et que nul ne peut leur ravir, surtout pas un pouvoir constituant qui peine encore à se faire un nom (1.2.2.1).

1.2.2.1 Constitution absolue ou complément d'une Constitution non écrite ?

En y regardant de plus près, l'octroi hésite à se présenter sous les traits du pouvoir constituant. Certes, le texte laisse *a priori* peu de place au doute ; en témoigne son vocabulaire¹⁶⁸. Même la consécration officielle, par son article 144, de la différence entre articles constitutionnels et dispositions secondaires de la Charte, réformables par la voie législative ordinaire¹⁶⁹, s'interprète

¹⁶⁶ À l'instar de Silva Carvalho et de Ferreira Borges. Voir M. de Fátima Bonifácio, *A monarquia constitucional 1807-1910*, Alfragide, Texto editores, 2010, p. 31.

¹⁶⁷ Les contre-révolutionnaires feront valoir que D. Pedro IV a modifié unilatéralement le cadre d'exercice de la représentation, non sans en référer à la métaphore surannée du corps de la Nation. Ils exploitent ainsi son manifeste du 2 février 1832, pourtant destiné à les contrer : « *J'ai décidé* que seraient réunis dans une seule chambre les deux bras du clergé et de la noblesse [...], l'expérience ayant montré les inconvénients résultant d'une délibération séparée de ces deux bras ». *Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o governo da regência estabelecida na Ilha Terceira*, 1^{ère} série, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1836, 2^e ed., p. 162. Nous soulignons.

¹⁶⁸ L'usage répété du mot « constitution » (art. 10, 11, 15, 44, 75, 76, 79, 109, 139, 140, 143, 145) et l'emploi de l'expression « loi fondamentale » en fin de texte (art. 143) démontrent, à plusieurs reprises, qu'il s'agit bien de remplacer l'ancien cadre constitutionnel et non de le compléter.

¹⁶⁹ Art. 144 de la Charte de 1826 : « Il n'y a d'articles constitutionnels que ceux qui rentrent dans les limites et les attributions respectives des pouvoirs politiques, et sont conformes aux droits individuels des citoyens. Tout ce qui n'est pas constitutionnel peut être modifié par les législatures ordinaires, sans qu'on ait recours aux formalités exposées ci-dessus ». Les débats sur cet article (par exemple la discussion du 6 mars 1852, *Diário da Câmara dos senhores deputados*

difficilement à la lumière des *Cortes* de Lamego ou d'une constitution naturelle : le texte n'ouvre aucune perspective en ce sens, puisqu'il se suffit manifestement à lui-même. Selon une antienne parlementaire, répandue depuis le premier des actes additionnels de la Charte (1852, soit une date déjà tardive)¹⁷⁰, cette modalité spécifique et expresse de révision la fait même rentrer dans le cadre du constitutionnalisme moderne. Et si tout porte à croire que les porte-plume de D. Pedro, au moment de valider cette distinction, se sont inspirés des écrits et des débats parlementaires français de la Restauration, l'opposition entre royalistes et libéraux est volontairement tue. La controverse, qui alimentera un siècle plus tard la pensée de Carl Schmitt, s'avérerait pourtant profonde et significative pour notre sujet. Pour les ultras et pour quelques députés indépendants, le propos conduisait à distinguer les articles inaltérables de la Charte, propres à la constitution naturelle/historique du pays et/ou aux valeurs de la civilisation chrétienne (« une Charte non écrite, à laquelle la Charte écrite doit céder » disait Flaugergues¹⁷¹), d'articles secondaires, offerts aux choix humains et aisément modifiables en sollicitant le double accord du Roi et de la représentation nationale. Une dispute entre Anciens et Modernes, autrement dit¹⁷², quant à l'alliance entre deux formes de constitutionnalisme qui pouvait au moins être expérimentée. Ne s'agit-il pas de consacrer, en droit positif (mais avec une portée normative finalement réduite et dont l'intérêt peut même être questionné), l'antique respect dû aux lois naturelles, aux lois fondamentales du royaume et à la *lex regia* ? De façon plus fine, ce projet ne vise-t-il pas à conférer une valeur positive au « pouvoir directif » de la loi de la Nature (et de ses avatars), exposé depuis Thomas d'Aquin¹⁷³ ? L'expérience, en France, devait néanmoins échouer devant le refus obstiné d'ultras peu enclins à adhérer, même *a minima*, au constitutionnalisme moderne, et de libéraux, comme Constant, n'y voyant qu'un stratagème destiné à ressusciter à terme la monarchie absolue de droit divin¹⁷⁴.

da nação portuguesa – désormais DCD –, n°50) s'inscrivent aussi dans la modernité : ils dégagent la place respective du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, sans chercher à établir la supériorité d'articles issus de la constitution naturelle ou historique qui auraient été consacrés par la Charte.

¹⁷⁰ Voir l'intervention d'Antônio Maria de Carvalho, DCD, n°21, 1^{er} février 1884, notamment p. 199, qui met ainsi en exergue la différence fondamentale avec la Charte française de 1814.

¹⁷¹ « Il est donc des principes supérieurs, et comme une Charte non écrite, à laquelle la Charte écrite doit céder. Le souverain, c'est-à-dire, le Roi uni aux Chambres, n'a d'autre règle à suivre que cette Charte tracée des mains de la nature ». P.-Fr. Flaugergues, *De la représentation nationale, et principes sur la matière des élections*, Paris, Barrois, 1820, p. 97.

¹⁷² Proposée par Cromwell, la distinction entre les dispositions modifiables et les dispositions fondamentales, intrinsèquement intangibles, de l'*Instrument of Government* (1653) pourrait également rentrer dans ce cadre de pensée et en être une sorte de précurseur. Voir A. Esmein, « Les constitutions du protectorat de Cromwell », in *Revue du droit public*, 1899, p. 212.

¹⁷³ Ce qui en fait une sorte de norme métajuridique, qui s'impose du fait de sa finalité. Voir *Les deux corps du roi* de E. Kantorowicz, in *Œuvres*, Paris, Quarto/Gallimard, 2000, p. 759 et s. ; O. von Gierke, *Les théories politiques du Moyen Âge*, Paris, Dalloz, 2008 (réimpression éd. 1914), p. 252.

¹⁷⁴ Voir en particulier son article « De l'inviolabilité de la Charte » publié dans la *Minerve française* (tome VIII, novembre 1819).

De surcroît, tous les témoignages des parlementaires portugais de 1826 et 1827 vont dans le sens moderne, présentant la Charte comme une totale nouveauté offerte par le Roi « quand il était Constituant, et non pas Constitué »¹⁷⁵ ; ils invitent ainsi les mœurs et les institutions à se mettre au diapason¹⁷⁶, en embrassant les garanties juridiques modernes (constitution écrite, rigidité du texte assuré par une procédure de révision complexe, séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués...). Cette profession de foi, typique de l'esprit de système reçu au Portugal à travers une lecture poussée de l'Idéologie, pousse les fidèles du régime à repousser vigoureusement les traces de constitutionnalisme ancien et la pérennité des articles des *Ordenações* et/ou des *Cortes* de Lamego non repris par la Charte¹⁷⁷. Un discours de José Mouzinho da Silveira (1780-1849)¹⁷⁸ appelle ainsi au sacrifice de la « Loi Mentale » : promulguée par D. Duarte le 8 avril 1434, avant de figurer au livre II des compilations juridiques portugaises, cette loi veillait à freiner l'expansion du régime seigneurial en restreignant la transmission des biens de la Couronne par donation et en refusant d'y voir un fief¹⁷⁹. Cet emblème de l'influence du droit romain au Portugal, et du rejet concomitant de la conception patrimoniale du royaume, semble cependant détourné de son objet. En se plaçant dans une perspective historique européenne, la démonstration de Mouzinho da Silveira invite à une réflexion d'ensemble : elle joue sur l'origine du nom de cette loi, ainsi désignée en vertu de sa normativité avant promulgation, étant présente *in mente* dès le règne de D. João, prédécesseur de D. Duarte sur le trône. La « Loi Mentale » devient ainsi le symbole d'un ancien cadre constitutionnel qui a forcément vécu. Peu respectée de son temps, sans pour autant être désuète, la « Loi Mentale » est désormais lettre morte ou en tout cas inutile, voire dangereuse, dans le cadre du constitutionnalisme moderne ; son abrogation tacite est présumée. En bref, à compter de sa promulgation, tout se résume à la Charte, acte créateur par excellence :

« [...] il me semble qu'après la Charte, la Loi Mentale n'existe plus, et qu'elle se trouve comme abrogée par la Charte ; et l'on rencontre, en conséquence, des actes accomplis qui abrogent la Loi Mentale, à l'image de la création de la Chambre héréditaire. La Loi Mentale était une restriction que les Rois se donnaient à eux-mêmes [...]. Depuis des

¹⁷⁵ Gerardo de Sampaio, DCD, n°32, session du 13/02/1827, p. 324.

¹⁷⁶ Alberto Soares, DCD, n°18, session du 26/1/1827, p. 182 : « La Charte constitutionnelle est une nouveauté ; ce don précieux nous fut octroyé il y a peu ; il est venu changer les mœurs, changer l'administration publique ; pour mettre la Charte constitutionnelle en marche, plusieurs modifications devront se faire, plusieurs établissements nouveaux [...]. La nature n'aime rien de mieux que le changement ; tout change dans la nature, les mœurs changent, et par conséquent la formation des Chambres doit également être modifiée ».

¹⁷⁷ Le député Leomil en prend acte en affirmant que le « dogme subversif de l'obéissance passive » (pourtant paulinienne, donc chrétienne...) n'existe plus : désormais, toute obéissance s'appuie sur un texte de loi ou sur la Charte. DCD, n°43, 26/2/1827, p. 453.

¹⁷⁸ Sur cette figure centrale du libéralisme sous le règne de la Charte, qui trouvera refuge en France pendant la guerre civile, voir M. Halpern Pereira, *Mouzinho da Silveira. Pensamento e acção política*, Alfragide, Assembleia da República et Texto Editores, 2009.

¹⁷⁹ A. H. de Oliveira Marques, *Histoire du Portugal et de son empire colonial*, Paris, Karthala, 1998, p. 67. L'étude pionnière de P. Merêa (« Gênese da Lei Mental (algumas notas) », in *Boletim da Faculdade de direito de Coimbra*, n°10, 1926-1928, pp. 1-15) reste une référence.

temps fort anciens, les Souverains ont connu la nécessité de telles limites ; il suffit pour cela de lire l'abbé Dubos ; il suffit de voir le désordre, qui existait en France du temps de la reine Brunehaut, pour reconnaître la nécessité d'une Loi Mentale dans les monarchies pures ; mais cette Loi ne trouve pas de place dans les monarchies constitutionnelles : dans ces dernières, le droit public et politique se trouve dans la Charte, et aucun fragment ne se rencontre en dehors d'elle ; or, personne ne doute que la Loi Mentale est un fragment politique. Ainsi, le Roi s'étant créé de plus grandes bornes dans la Charte, il n'est pas juste, en retour, d'admettre une quelconque autre limite qui ne soit pas dans la Charte ; et il est si évident que la Loi Mentale n'existe plus, que, si elle existait, le Roi pourrait défaire la Charte, chose absurde, mais conséquence de la Loi Mentale en vigueur »¹⁸⁰.

Cette thèse prend des traits assurément provocateurs : en l'adaptant dans un langage moderne, Mouzinho da Silveira sous-entend que la traditionnelle hétérolimitation des Rois, sise dans un cadre divin et jusnaturaliste dont dépend la force de la coutume, ne serait en vérité qu'une autolimitation aux effets incertains, car inhérents à une société peu civilisée¹⁸¹. La légende noire de la reine Brunehaut¹⁸² renforce l'idée au regard de la psychologie et de la sociologie. L'autolimitation, ainsi démasquée, ne peut effectivement fonctionner que si elle repose sur deux assises propres aux mentalités humaines : celle du Roi d'une part, qui comprend que le respect de lois « extérieures » consolide son trône et préserve ses intérêts ; celle du peuple, d'autre part, qui se doit d'exercer une pression sociale, ou d'user de « politesse », afin de garantir ses privilèges et droits acquis¹⁸³. De tels propos légitiment certainement la nouvelle autolimitation qu'il s'agissait de défendre, à la fois continuité de l'ancienne, une fois « décryptée », et rupture, aux fins de correspondre au progrès humain.

Toutefois, même en invoquant l'autorité de l'abbé Dubos¹⁸⁴, les partisans de la Charte ne pouvaient qu'attiser l'ire des « miguelistes » (soutiens de D.

¹⁸⁰ Mouzinho da Silveira, in DCD, n°65, session du 29/03/1827, p. 777. Le débat sur la « Loi Mentale » reprendra après la guerre civile, sous l'angle de son abrogation tacite par la Charte. Pour un exemple, voir Guilherme Henriques, DCD, n°78, session du 15/04/1839, p. 94.

¹⁸¹ Comparer avec la critique livrée par Michel Troper à l'encontre de l'État de droit : « Dans la réalité, cet État, prétendument soumis à un droit supérieur, est nécessairement lui aussi un gouvernement des hommes et non des lois, car ces lois, auxquelles on veut qu'il soit soumis, ne se donnent pas à voir immédiatement. Il faut les découvrir, les dégager, les interpréter, toutes tâches qui ne peuvent être accomplies que par des hommes et qui impliquent des choix [...] ». « Le concept d'État de droit », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°15, 1992, p. 56.

¹⁸² Remise en cause par Br. Dumézil, *La reine Brunehaut*, Paris, Fayard, 2008, qui ne se limite pas à livrer la description habituelle de ce règne, longtemps vu comme une « suite de meurtres, de vengeances et de sacrilèges » - ce dernier trait soulignant l'insuffisance du constitutionnalisme ancien.

¹⁸³ Sur cette pression sociale et la relation intime entre lois, mœurs et manières, voir Ph. Raynaud, *La politesse des Lumières*, Paris, Gallimard, 2013.

¹⁸⁴ Ou à cause d'elle, l'approche romaniste défendue par l'abbé Dubos dans son *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules* (1734) étant après tout susceptible de déplaire à des partisans résolus des libertés aristocratiques. Voir L. Calvié, « Liberté, libertés et liberté(s) germanique(s) : une question franco-allemande, avant et après 1789 », in *Mots*, vol. 16, 1988, pp. 9-33. Pour reprendre la terminologie de François Guizot, la guerre entre « publicistes féodaux » à la Boulainvilliers et « publicistes monarchistes », comme Dubos et Jacob-Nicolas Moreau, se livre aussi au Portugal, la plupart des contre-révolutionnaires portugais, comme leurs homologues français sous la Restauration, semblant plus enclins à suivre les premiers.

Miguel, frère de D. Pedro et prince régent), attachés à une lecture traditionnelle de la constitution. Ce ne seront pas les seuls critiques : certains sectateurs de la Charte ne tardèrent pas à déjuger cette opinion après le coup d'État de D. Miguel en 1828. Parmi eux s'impose José Liberato Freire de Carvalho (1772-1856). Pendant la guerre civile, cet ancien député libéral et franc-maçon publie, depuis son refuge parisien, un important *Essai historico-politique sur la constitution et le gouvernement du Portugal*¹⁸⁵. Sa défense de la Charte, promue au rang de propriété nationale, n'étonne guère ; son mépris de la culture romaine, flétrie pour sa soumission volontaire au pouvoir impérial, ne surprend pas non plus : fidèle à l'air du temps, Freire de Carvalho livre une relecture de l'histoire politique de la péninsule ibérique à la lumière des libertés germaniques. Les conciles des Goths, préservés de l'envahisseur musulman par les Asturiens, ne seraient cependant qu'une reprise d'une pratique constitutionnelle des Lusitaniens, assimilée à une « arche sainte » et aux « tables de la loi »¹⁸⁶.

Ce legs lui permet toutefois d'introduire la thèse principale de son opuscule, reposant sur l'existence, perpétuelle et imprescriptible, de la « loi du pays » (ou « loi de la terre », dans sa version originale)¹⁸⁷. Celle-ci abrite un principe essentiel, inhérent à la loi naturelle régissant la partie occidentale de la péninsule : le droit, remis à la Nation, de discuter de ses propres affaires. Dans cet ordre d'idées, la Charte se définit non comme un don, mais comme une simple mais « généreuse restitution de nos institutions politiques anciennes et primordiales, seulement modifiées à présent d'après les progrès des lumières du siècle et les changements inévitables que le temps a amenés dans l'organisation intérieure des divers ordres de l'État »¹⁸⁸. Toutefois, Freire de Carvalho ne saurait enfermer la loi du pays dans un texte soumis aux désirs fluctuants du pouvoir constituant. La conjoncture l'incite à prendre appui sur la garantie offerte par la « loi du pays » ; il adapte ainsi le plaidoyer conçu par les Portugais en 1640 contre l'occupant espagnol. Indépendamment de la Charte, Freire de Carvalho n'hésite donc pas à consacrer la valeur toujours *positive* des principes de la « loi du pays » déclarés par les *Cortes* de Lamego¹⁸⁹.

¹⁸⁵ L'ouvrage est paru en français (publication chez Charles Heideloff en 1830) et en portugais (publié chez Hector Bossange la même année). Nous le citerons d'après la version française.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 3-6.

¹⁸⁷ « Les assemblées constitutionnelles, ou les Cortès, ont de tout temps été regardées en Portugal comme la chose la plus sacrée et la plus précieuse pour la nation ; c'est de cette institution que les libertés nationales ont toujours dépendu, comme elles en dépendent encore aujourd'hui. Cette institution est d'autant plus sacrée que n'ayant dans l'origine été établie par aucune loi écrite dont l'histoire nous ait transmis le souvenir, elle n'a jamais cessé de porter le caractère d'une de ces lois naturelles qui n'ont pas besoin d'être tracées en caractères écrits, pour être transmises d'une génération à l'autre, gravées dans la mémoire et dans le cœur des peuples. L'institution de nos Cortès, ou de notre représentation nationale, peut donc à juste titre être regardée comme une *loi du pays*, fondée sur l'usage immémorial et très ancien, maintenu au milieu des ruines de l'empire romain par tous les peuples du nord, qui vinrent fonder [...] le Portugal ». *Ibid.*, pp. 1-2. Il souligne.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁸⁹ « Et, puisque ce texte même des Cortès de 1143, communément dites de Lamego, est aujourd'hui généralement admis parmi nous comme constituant une partie très essentielle de *notre droit public actuel*, et que nous regardons comme lois fondamentales celles qu'ont dit avoir

Certes, cette foi commune aux libéraux en exil explique la diffusion de compilations des *Cortes*¹⁹⁰ ; toutefois, ces textes n'offrent qu'un support labile. Il faut en revanche croire en un droit non écrit supérieur et pérenne, une protection inaltérable dissimulée dans le tabernacle. De ce fait, les libertés historiques récupérées par les Portugais en 1640 et par les Anglais en 1689 ne s'apparentent qu'à des rappels, utiles sans doute, de libertés découlant de nos droits de nature¹⁹¹, conséquemment offerts par Dieu. Freire de Carvalho résout donc le nœud gordien de tout texte de transaction¹⁹² à la manière d'Alexandre : il le tranche, en interprétant ses éléments hétérogènes à l'aune d'une idéologie homogène qui ne pouvait que difficilement séduire ses pairs¹⁹³. Toujours est-il qu'en l'analysant de la sorte, la Charte se voit ravalée au rang de complément écrit d'une constitution plus vaste et plus normative, car enracinée dans le cœur des hommes. La Charte n'aurait-elle, en conséquence, qu'un intérêt secondaire, une convention subséquente entre gouvernants et gouvernés qu'on pourrait alors assimiler à un renouvellement des vœux du mariage qui unit, depuis les métaphores médiévales européennes, le Roi à son Royaume¹⁹⁴ ?

été promulguées dans ces Cortès, il convient de nous y attacher rigoureusement, et d'examiner d'après cet acte quelle est la portion de liberté politique qu'il nous confère, et à laquelle tous les Portugais, soit en corps de nation, soit en leur capacité individuelle, ont un droit incontestable ». *Ibid.*, pp. 7-8. Nous soulignons.

¹⁹⁰ Pour un cas édité depuis la France : V. Pinto de Sousa Coutinho, *Memórias sobre algumas antigas cortes portuguesas extraídas fielmente de manuscritos autenticos*, Paris, Goetschy, 1832.

¹⁹¹ « Le peuple anglais, d'après ces mêmes droits, qui sont ceux de la nature et par conséquent la propriété de tous les peuples [...] posa certains principes politiques qu'il nomma alors et nomme encore aujourd'hui le *bill des droits*, qui forme une partie très essentielle de la constitution anglaise. Or, de même que les Anglais regardent comme des principes constitutionnels ces droits qu'ils ont proclamés dans leur révolution de 1688, nous aussi, les Portugais, devons conserver et maintenir comme principes constitutionnels ces droits très manifestes et très solennels que nos ancêtres ont si généreusement proclamés dans notre révolution de 1640. Et nous devons le faire d'autant plus, qu'ayant été les premiers à donner un si bel exemple, il ne nous convient pas, et il serait indigne de nous de rester maintenant en arrière de nos imitateurs ». J. Liberato Freire de Carvalho, *Essai historico-politique sur la constitution et le gouvernement du Portugal*, op. cit., pp. 86-87.

¹⁹² C'est précisément le cas du *Bill of Rights*, « acte inconséquent sous le rapport de la logique et du droit », qui « sanctionne un arrangement entre forces politiques » sans pouvoir être le « dépôt d'une philosophie cohérente de la légitimité politique ». D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999, p. 46. L'accord commun porte, en particulier, sur l'interdiction de décider de la forme du régime, ce qui nécessitait l'absence de toute allusion à un pacte immémorial conclu entre le Roi et le peuple. Voir D. Baranger, *Ecrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008, p. 101.

¹⁹³ Sachant qu'il s'agit clairement d'un écrit de circonstance. L'opportunisme est d'autant plus flagrant que cet ancien *vintista* aura l'occasion de reconnaître et de louer le pouvoir constituant de la représentation nationale, exercé en 1822 et 1838, dans des écrits postérieurs dont *A Carta e os seus vinte e dois annos de idade*, Typografia da revolução de setembro, 1848, p. 2 et *passim*.

¹⁹⁴ Pour le cas portugais, voir J. de Sande Magalhães Mexia Salema, *Princípios de direito político applicados à Constituição política da monarchia portugueza de 1838 ou Theoria moderada dos governos monarchicos constitucionaes representativos*, Coimbra, Imprensa do Trovão, 1841, t. I, p. 88. Pour le cas français, voir R. Descimon, « La symbolique de l'inaliénabilité du domaine : les fonctions de la métaphore du mariage politique du Roi et de la République en France du XV^e au XVII^e siècle », in *Annales E.S.C.*, novembre/décembre 1992, n°6, pp. 1127-1147.

Afin de taire l'ensemble de ces critiques et en prélude à sa reconquête du pays en faveur de sa fille, D. Pedro crut donc bon de déjuger ses premiers partisans. Un improbable exposé des motifs fut ainsi livré dans son manifeste du 2 février 1832. Il y présente sa Charte comme une simple réforme (au sens de retour aux sources) des institutions originelles, en s'inscrivant explicitement dans la lignée du roi restaurateur D. João IV et de son propre père :

« Au moment de conclure cette abdication, Mes devoirs [...] m'ont conduit à suivre l'exemple de mon illustre aïeul D. João IV, et de tirer parti du court espace de Mon Règne pour restituer, comme Il le fit, à la Nation portugaise la possession de ses anciens *foros* et privilèges ; J'ai aussi accompli, de cette manière, les promesses de Mon Auguste Père, de glorieuse mémoire, annoncées dans sa Proclamation du 31 mai 1823 [...]. C'est avec ce dessein que J'ai promulgué la Charte constitutionnelle du 29 avril 1826, dans laquelle se trouvait virtuellement reconfirmée l'ancienne forme du Gouvernement portugais, et la Constitution de l'État : et pour que cette Charte soit réellement une confirmation, et une continuation de la Loi Fondamentale de la monarchie, J'ai garanti en premier lieu la protection la plus solennelle, et le plus profond respect, à la sacro-sainte religion de notre pays ; J'ai confirmé la loi de succession avec toutes les clauses des *Cortes* de Lamego [...] J'ai reconnu les deux principes fondamentaux de l'ancien Gouvernement Portugais : à savoir que les lois ne pouvaient être faites qu'au sein des *Cortes*, et que les impositions et l'administration des finances publiques ne seraient discutées qu'en leur sein, et jamais en dehors d'elles »¹⁹⁵.

L'ensemble, fondé sur la religion et sur la volonté de préserver et de prolonger la loi fondamentale du royaume héritée de ses pères, s'inscrit naturellement dans le cadre du constitutionnalisme médiéval. Respectueux de l'ordre divin, du produit de l'histoire et des mœurs nationales, et au rebours de ce qu'il présentait au Brésil, D. Pedro ne reconnaît pas, dans son octroi, un exercice à part entière du pouvoir constituant ; il se serait contenté de restaurer les droits historiques et le gouvernement portugais, conformément à sa mission traditionnelle de gardien de la loi fondamentale¹⁹⁶. Le choix du mot « charte » pour son octroi portugais, contrastant avec le terme « constitution » de sa concession brésilienne, n'est ainsi pas anodin : ce terme pouvait, comme en France, revendiquer un héritage médiéval, les chartes désignant ces diplômes octroyés par le Roi, ou toute autre autorité de droit public, concédant un régime particulier ou des droits à une personne ou un groupe¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o governo da regência estabelecida na Ilha Terceira, op. cit.*, pp. 161-162.

¹⁹⁶ La légende d'un prince soumis à l'esprit des siècles persistera à l'assemblée. En 1878, Luciano de Castro expose ainsi une anecdote instructive contée par Sá da Bandeira à Latino Coelho : il lui rapporte que « l'Empereur, après avoir promulgué la Charte constitutionnelle du 29 avril 1826, lui avait dit plus d'une fois qu'il regrettait d'avoir octroyé la Charte constitutionnelle avec une chambre des pairs héréditaire et viagère, parce qu'il ignorait l'état social du Portugal, et parce que s'il avait été alors bien informé, comme il le fut plus tard, il aurait doté le pays d'une chambre similaire au sénat brésilien [...] ». DCD, n°66, 16/04/1878, p. 1134.

¹⁹⁷ N. J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português, op. cit.*, pp. 172-176.

1.2.2.2. *Delenda Carta*¹⁹⁸ : le changement de paradigme de la pensée contre-révolutionnaire

Les contre-révolutionnaires portugais et leurs alliés européens n'adhéreront toutefois jamais à cette grille de lecture, *a priori* motivée par des considérations politiques liées à la guerre civile. Pour eux, D. Pedro a bien modifié la loi successorale en abdiquant dans la foulée de son octroi et en offrant la Couronne à sa fille, au mépris de la règle de masculinité et des droits de son fils, voire de son frère. Son usage du pouvoir constituant aurait donc été total, à la différence de celui de Louis XVIII, inévitable point de comparaison ; car le prince français s'était montré au moins respectueux des lois fondamentales du royaume au point de refuser de les retranscrire intégralement dans sa Charte, sous-entendant ainsi leur permanence.

Au plan théorique, l'octroi de D. Pedro pose deux interrogations. La première nous intéresse peu : l'Empereur du Brésil, nouvellement indépendant, pouvait-il légalement succéder à son père et être en mesure d'exercer le pouvoir ? Paradoxalement, la réponse s'annonçait complexe en raison d'un « oubli » juridique majeur du Traité de reconnaissance et d'amitié du 29 août 1825 conclu entre les deux pays lusophones : la branche « brésilienne » de la Maison de Bragance n'avait pas expressément renoncé à ses droits sur la Couronne de Portugal¹⁹⁹...

La seconde question nous touche en revanche directement, bien qu'elle se lie parfois à la première : le roi D. Pedro pouvait-il octroyer une constitution, c'est-à-dire faire usage du pouvoir constituant, de surcroît de façon unilatérale ? La réponse eût été simple si les contre-révolutionnaires portugais s'en étaient tenus à la thèse classique du refus du pouvoir constituant ; D. Pedro a de fait commis deux impairs, l'un grave au regard de la justice humaine, en modifiant par lui-même les conventions de la constitution, l'autre impardonnable aux yeux de la justice divine, en usurpant le pouvoir créateur du Tout-puissant. Fidèle à sa thèse d'origine, Gouvea Pinto n'hésitait pas à assimiler l'octroi à un « crime capital contre la société » ou à un abus de pouvoir, étant entendu que la mission du Roi consiste à préserver la Constitution, non à la modifier²⁰⁰. En agissant de la sorte, et sans même

¹⁹⁸ Le jeu de mot, forgé à partir de la conclusion acharnée de Caton l'Ancien, provient de la plume du baron de Dordigné (resté anonyme) dans un ouvrage traduit faisant autorité au Portugal, et d'ailleurs préfacé par Macedo : *D. Miguel I. Obra a mais completa e concludente que tem apparecido na Europa sobre a legitimidade e inauferiveis direitos do senhor D. Miguel I ao throno de Portugal*, Lisbonne, Impressão regia, 1829, p. 29 (note 2). Le traducteur portugais ne s'est pas trompé en modifiant le titre de l'ouvrage : il s'agit bien de l'œuvre la plus complète sur ce sujet.

¹⁹⁹ L'oubli a pu sembler volontaire, du moins du côté de D. João VI : il préservait ainsi l'espoir d'une réunion future des deux couronnes sur la tête de son fils aîné. Ceci dit, la question successorale, puis la Charte issue du Brésil, embarrassèrent considérablement les puissances européennes. Voir Br. A. Aquino Brancato, « A carta constitucional portuguesa de 1826 na Europa : um exame a partir de documentos espanhóis », *Revista de História das Ideias*, vol. 10, 1988, pp. 457-473.

²⁰⁰ A. J. de Gouvea Pinto, *Demonstração dos direitos que competam ao Senhor D. Miguel I*, Lisbonne, Impressão regia, 1828, p. 5. Selon lui, les lois fondamentales, divines et inviolables, sont celles relatives « à l'essence et au corps de la Société, à la forme du Gouvernement, à la manière dont doit s'exercer l'Autorité Publique, et celles qui régulent la Succession ».

avoir à réfléchir sur l'ordre successoral, le chef de l'État a cessé d'être légitime : il a déchiré le pacte social qui l'unissait aux Portugais. Ces derniers, ne lui devant plus obéissance, sont ainsi autorisés à prendre les armes²⁰¹. Quant au serment fait à la Charte, y compris par D. Miguel, il est réputé nul : le climat de violence aurait vicié le consentement tant du roi légitime que de la population embrigadée²⁰².

Ces considérations, largement partagées dans son camp²⁰³, démontrent la difficile applicabilité de cette thèse ; car, si les ultras français en sont restés au stade des récriminations et des déceptions, flétrissant Louis XVIII dans leurs écrits sans jamais oser en tirer les conclusions pratiques, les contre-révolutionnaires portugais sont, pour leur part, contraints d'en déduire toutes les conséquences en faisant usage du droit de résistance. Une position des plus inconfortables. Certes, pendant un temps, il leur fut loisible de défendre la théorie de l'emprise de la « faction révolutionnaire », voire anglaise, sur l'esprit de D. Pedro : le temps de rédaction de la Charte de 1826 (moins d'une semaine !) laissait entendre une supercherie, l'œuvre constitutionnelle n'ayant pu être conçue qu'en amont par d'autres personnes que l'Empereur²⁰⁴. Madre de Deos tente de le démontrer en comparant la Charte avec la Constitution impie de 1822, soulignant la similarité de nombreux articles, preuve selon lui d'une identité de vue, si ce n'est de plume²⁰⁵. Mais, en dehors même du résultat politique, ce sont les considérations juridiques et constitutionnelles qui prouvent la faiblesse intrinsèque de cette thèse.

En effet, la pensée ultraroyaliste française se révèle hostile à toute résistance à l'oppression, en ce qu'elle risque de troubler l'ordre établi, en tout cas plus que le fauteur initial. Fidèle à l'approche médiévale, elle préférerait réserver cette *ultima ratio populi* à des cas extrêmes où le roi cesse d'être à l'image de Dieu en ne respectant plus la loi divine et l'équité²⁰⁶. Bonald l'écarte

²⁰¹ « Le Chef de la Nation est si obligé à l'exacte observation des lois fondamentales de l'État, qu'à partir du moment où il les viole, ou les altère, les liens qui l'unissent au Peuple sont réputés rompus ; le Peuple devient libre et se désoblige du Pacte Social, en raison même de l'acte du Souverain, ne voyant plus en ce dernier qu'un usurpateur qui souhaite l'opprimer ; il lui est alors loisible d'en élire un autre, ou de pouvoir appeler celui à qui revient de droit la Couronne, d'après les lois fondamentales. C'est pour cela que, dans un tel cas, une Guerre Civile est réputée juste, quand elle est faite aux fins de se soustraire au gouvernement de celui qui a violé la loi fondamentale ; [...] même si ce dernier désire transiger, ou contracter avec un autre, à qui appartient désormais le droit de succession, un pareil contrat, ou transaction, ne peut avoir aucune validité, à moins d'être approuvé par la Nation, ou par ses représentants ; il avait en effet perdu son droit à la Couronne par le fait de violer la loi fondamentale, c'est-à-dire l'Arche d'Alliance que nul ne peut toucher ». *Ibid.*, pp. 5-6.

²⁰² *Ibid.*, p. 14.

²⁰³ Par exemple J. A. de Macedo, *Refutação do monstrososo, e revolucionario escripto impresso em Londres...*, *op. cit.* (porté sur les arguments historiques) ou encore le baron de Dordigné, *D. Miguel I*, *op. cit.*, pp. 26, 33 et 42-43, où il appelle le roi à résister contre une constitution « subreptice et abusive », « contraire à la religion, aux mœurs, à la dignité du pays », en bref issue de l'enfer.

²⁰⁴ Le rôle joué par le diplomate anglais Charles Stuart, déjà impliqué dans le traité reconnaissant l'indépendance du Brésil, est ainsi volontairement exagéré.

²⁰⁵ F. J. da Madre de Deos, *Justificação da dissidência portuguesa contra a carta constitucional*, Lisbonne, Imprensa da rua dos Fanqueiros, 1828, pp. 7-12.

²⁰⁶ Sur cette conception « médiévale » du droit de résistance, voir Fr. Saint-Bonnet, *L'état*

ainsi en raison de ses dangers ; préférant l'obéissance active aux lois, impliquant amour et respect de la population pour son gouvernement juste et légitime²⁰⁷, il n'acceptait la révolte qu'en cas de réussite certaine, preuve de l'acquiescement divin²⁰⁸. La pensée chrétienne, d'une façon générale, imposait l'obéissance au pouvoir temporel ; l'augustinisme politique lui-même peinait à le tolérer, la faculté offerte aux Pontifes de délier les sujets du Roi étant une mesure délicate dans ses applications pratiques. Seul Joseph de Maistre faisait preuve de hardiesse, en acceptant la résistance de la population en réponse aux empiétements du pouvoir sur ses droits ; des droits qu'il ne faut pas comprendre au sens subjectif et moderne du terme, dans la mesure où Maistre fait clairement référence aux droits inhérents à la constitution naturelle du pays considéré, qui « existent parce ce qu'ils existent », à moins que ce ne soient des « concessions des Souverains » qui, d'ailleurs, ont « toujours été précédées par un état de choses qui les nécessitait et qui ne dépendait pas de lui »²⁰⁹. Autrement dit, il s'agit de privilèges octroyés par le roi suivant la justice distributive dans un cadre strictement aristotélicien qui appréhende l'homme comme un animal politique en devenir : ces droits sont des droits du citoyen qui varient dans l'histoire, selon les formes du gouvernement ; les prétendus droits de l'homme constituent, à ce titre, une régression à l'état « d'homme naturel »²¹⁰. Dans ce cadre et du fait de l'impossibilité de vivre en dehors de la société, le peuple était inévitablement incapable de se constituer un gouvernement, sous peine de céder à l'anarchie et de perdre ses droits. Son droit de résistance était ainsi limité à la simple déposition : « L'homme peut-il faire un souverain ? Tout au plus il peut servir d'instrument pour déposséder un souverain et livrer ses états à un autre souverain déjà prince »²¹¹.

Délaissés par leurs alliés, de nombreux contre-révolutionnaires portugais sont alors contraints d'en référer aux représentants de la pensée juridique moderne pour justifier leurs actes. Le *droit public universel* de Vattel

d'exception, Paris, PUF, 2001, p. 124 et E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 17-20.

²⁰⁷ « [...] la doctrine de l'Église chrétienne sur le pouvoir enseigne l'obéissance active et la résistance passive ; et les doctrines philosophiques enseignent l'obéissance passive et la résistance active, et elles placent l'homme perpétuellement entre la servitude et l'insurrection ». *Législation primitive...*, in L. de Bonald, *Œuvres complètes, op. cit.*, vol. II, p. 115. Dans un autre écrit, il précise : « Tant que les rois sont des ministres de bonté et de paix, *minister in bonum*, les bons leur doivent l'obéissance active, l'obéissance du cœur, l'obéissance d'amour et non de crainte ; ce sont encore les paroles de l'apôtre : l'obéissance alors est un devoir. Quand, à leur place, ce sont des ministres de vengeance et de colère, des tyrans, en un mot, l'obéissance active, l'obéissance qui sert n'est plus un devoir ; mais l'obéissance passive, l'obéissance qui souffre, est une nécessité imposée par la force. Ainsi, on ne peut s'empêcher de payer les impôts, même à un tyran, par cela seul qu'on habite le sol soumis à sa domination [...] ». *Pensées sur divers sujets*, in *Ibid.*, vol. VI, p. 184.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 185.

²⁰⁹ J. de Maistre, *Considérations sur la France*, chap. VI.

²¹⁰ Voir l'entrée « droits de l'homme » par P. Glaudes, du « Dictionnaire Joseph de Maistre », in J. de Maistre, *Œuvres, op. cit.*, pp. 1163-1165.

²¹¹ J. de Maistre, *Considérations sur la France*, chap. X.

sert ainsi de caution de probité pour Gouvea Pinto²¹², mais nous sommes surtout interpellés par un pamphlet de Filipe Neri Soares de Avelar, pourtant accompagné d'une lettre élogieuse de Macedo. En lui se rencontrent en effet toutes les « erreurs » attribuées à la « secte philosophique », employées ici pour servir la cause légitimiste. La démonstration se fonde en effet sur Grotius et l'ensemble des représentants de l'Ecole moderne du droit naturel, Aristote et Thomas d'Aquin étant clairement mis de côté. La difficulté provient, pourtant, du changement radical de perspective : en agitant le spectre de la résistance à l'oppression, ces auteurs modernes s'employaient à préserver les droits subjectifs des individus, présents à l'état de nature et objet principal du contrat social²¹³. L'emploi de leurs thèses aux fins de contrer l'octroi de D. Pedro paraît dès lors hasardeux. En effet, l'exigence initiale des miguelistes tendait à recouvrer des libertés historiques inscrites soit dans les *Ordenações*, soit dans la constitution non écrite ; en complément, ils en appellent aussi aux privilèges concédés par des chartes. Or, en s'abreuvant à de nouvelles sources, les contre-révolutionnaires modifient au passage la nature de ces droits revendiqués, désormais produits de la raison humaine – ce qui se retrouve dans l'acte officiel des Trois États du Royaume convoqués par D. Miguel, qui prend certes le soin de ne pas se fonder sur Vattel, mais fait néanmoins dépendre les lois fondamentales de la raison universelle²¹⁴.

Certes, la cible visée s'est entre-temps élargie ; il s'agit autant de justifier la légitimité de D. Miguel et « l'inconstitutionnalité » (*sic*) de l'octroi, que de prévenir l'intervention des puissances étrangères, tentées par le droit d'ingérence. Toute l'argumentation de Soares de Avelar veille ainsi à calquer l'égalité juridique naturelle des nations sur celle des hommes entre eux, suivant une thématique courante depuis les invasions napoléoniennes²¹⁵. Un « droit des gens nécessaire » (Grotius) accompagne ainsi un « droit des gens volontaire » (reprise explicite de Wolff), afin d'assurer la cohabitation des nations, mais interdisant à toute puissance étrangère de porter un regard

²¹² A. J. de Gouvea Pinto, *Demonstração dos direitos* [do] *Senhor D. Miguel I*, op. cit., p. 6.

²¹³ E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., p. 37 et s. ; Fr. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, op. cit., p. 270 et s.

²¹⁴ « Tout ce qu'on disposera et pratiquera concernant le droit fondamental et spécialement concernant le droit de succession à la couronne, sans le consentement des trois États, du moins inféré légitimement, clairement et facilement, est non seulement abusif et illicite, mais nul et sans aucun effet. Les trois États ne puisent pas cette assertion dans le publiciste Watel, mais dans la jurisprudence ou plutôt dans la raison universelle ; et en cela ils se conforment à ce qui a été déclaré par nos ancêtres, aussi réunis en cortès en 1641 ». *Assento dos Tres Estados do Reino juntos em cortes na cidade de Lisboa, feito a onze de julho de mil oitocentos e vinte e oito*, Lisbonne, Impressão regia, 1828, p. 17 (nous reprenons ici la traduction officielle assurée par António Ribeiro Saraiva).

²¹⁵ Cette thèse fut notamment véhiculée par les auteurs de langue allemande, comme Friedrich Ludwig Jahn (*Das Deutsches Volkstum*, 1810) ou Ernst Moritz Arndt (*Ein Blick aus der Zeit auf die Zeit*, 1814). Ce dernier, peut-être inspiré par le Deutéronome (27 :19), affirma : « Maudit soit celui qui oserait soumettre et gouverner des peuples étrangers ». Si ces individus ont trouvé naturellement leur place dans les écrits de Hannah Arendt (*L'impérialisme*, in H. Arendt, *Les Origines du totalitarisme*, op. cit., p. 426 – d'où est puisée la citation précédente), ils ne semblent pas avoir été lus par les miguelistes, sans doute en raison de la barrière de la langue. Ceci explique en partie l'usage d'auteurs déjà anciens en appui à l'argumentation de Soares de Avelar.

critique sur les gouvernements désignés en interne²¹⁶, y compris au sein de pays de faible envergure politique. Une leçon qui, précisément, ne peut apparaître comme une vérité absolue, valable de tout temps et en tout lieu, qu'en adoptant la thèse d'un droit naturel immuable et fondé sur la raison, excluant par cela même toute convention contraire²¹⁷. Il s'oppose ainsi au droit naturel classique de Thomas d'Aquin qui, à la suite d'Aristote, repose sur une dynamique propre à la nature, tendue vers une forme achevée ; une modernité qui aurait pu isoler Soares de Avelar, si d'autres miguelistes n'y voyaient pas une adaptation (fort singulière) de la loi naturelle de saint Augustin d'Hippone, fondée sur une conception de la nature correspondant à l'état originel et inaltéré des choses créées par Dieu²¹⁸.

Cette approche jusnaturaliste moderne implique une autre conséquence inattendue : la faculté de modifier la Constitution. Dans la mesure où le droit naturel nous pose une obligation naturelle indépassable, à savoir la conservation de nos propres corps, celui de la nation compris, Soares de Avelar refuse de voir dans les lois fondamentales de l'État des émanations de ce droit naturel immuable²¹⁹ ; en effet, un vice inhérent à ces créations humaines pourrait, au fil du temps, condamner la société qu'elles régissent, détournant ainsi les citoyens de leurs premiers devoirs. Aussi, tout en refusant de concéder au Prince le pouvoir constituant, Soares de Avelar tolère malgré tout les corrections apportées aux lois fondamentales, toutes assimilées à des conventions synallagmatiques. Ainsi, au nom de l'utilité publique, le Roi peut en corriger les abus, en sollicitant la Nation pour ce faire²²⁰.

À son corps défendant, et sous couvert d'en référer à l'antique mission de réformation des coutumes, la pensée politique la plus intransigeante venait d'adoubé une nouveauté révolutionnaire ; ses références sont ici modernes, ses procédés également : les conventions de la constitution ne sont plus les seules modifiables, car les propres lois fondamentales, jusqu'à présent domaine réservé de Dieu, rentrent désormais dans le champ d'application des *Cortes* – la raison passant du moyen de découvrir ces lois à leur véritable source²²¹. La propre acclamation de D. Miguel en mai 1828, à la suite de la

²¹⁶ F. Neri Soares de Avelar, *A legitimidade da exaltação do muito alto, e muito poderoso rei, o senhor D. Miguel primeiro, ao throno de Portugal, demonstrada por principios de direito natural e das gentes*, op. cit., pp. 19-20 (cette fois, en référence à Pufendorf). L'ensemble ressemble beaucoup à une paraphrase de la célèbre *summa divisio* de Vattel défendue dans *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Livre III, chap. XII.

²¹⁷ F. Neri Soares de Avelar, *A legitimidade da exaltação do muito alto...*, op. cit., p. 5.

²¹⁸ M. Sénellart, *Les arts de gouverner*, op. cit., p. 163.

²¹⁹ « Le droit naturel n'est pas autre chose que la raison générale, principe égal, et uniforme, dans tous les lieux : or, comme les lois dites *de l'État* ne sont pas les mêmes dans toutes les sociétés, il s'en suit que le droit naturel ne peut pas régler l'ordre de la Succession à la Couronne ». F. Neri Soares de Avelar, *A legitimidade da exaltação do muito alto...*, op. cit., p. 25.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 22-23.

²²¹ Le débat tend ainsi à glisser progressivement dans la plupart des écrits postérieurs à 1826. Le baron de Dordigné ne parvient à écarter la « force du génie » dans le domaine constitutionnel qu'au nom de l'esprit des siècles : une constitution idéale n'existe pas, ne fonctionnant pas pour tous les peuples et pour tous les temps. D. Miguel I, op. cit., p. 44. Ceci nous éloigne sensiblement

convocation des Trois États du Royaume, c'est-à-dire des *Cortes* ancienne formule, présente ces mêmes contours ambigus. D'une part, D. Miguel se doit en effet de renier la Charte, qu'il a pourtant juré d'appliquer ; il rompt ainsi un serment prononcé devant Dieu, ravalé au rang d'un *flatus vocis*²²². D'autre part, en requérant le consentement des trois ordres de l'État (clergé, noblesse, tiers état), le nouveau roi renoue certes avec le consensualisme, pièce essentielle du constitutionnalisme médiéval ; mais en agissant de la sorte, il désavoue la pratique absolutiste de ses prédécesseurs, qui n'avaient cure pour ce type d'accords. Dans le contexte de 1828, cette volonté de réformer les institutions, de respecter une obligation ancienne ou qui se considère comme telle, ne peut en vérité qu'aboutir à une novation²²³. Les formes peuvent paraître anciennes, mais le contenu se doit d'innover afin de rebâtir une construction ruinée depuis deux siècles, ce d'autant plus qu'un renversement du nouvel ordre constitutionnel devait être effectué au préalable. Cette tentative de résurrection de la constitution historique du pays qui, bien que contrefaite²²⁴, ne pouvait que déplaire au camp absolutiste mené par la reine mère, s'opérait donc sous les auspices de la modernité²²⁵ ; le réveil de Lazare relève bien du pouvoir divin, non du libre arbitre des hommes.

de la faculté, ou non, de *faire* une constitution : de toute évidence, s'il vaut mieux s'en tenir aux usages du passé, le pouvoir constituant au sens moderne du terme cesse d'être proscrit comme autrefois.

²²² La cérémonie du serment, telle que décrite par ses détracteurs, présenterait des signes avant-coureurs du parjure ; c'est du moins ce que laisserait entendre l'attitude gênée de D. Miguel, dont les paroles auraient été, à cet instant, inaudibles. J. Liberato Freire de Carvalho, *Ensaio político sobre as causas que preparão a usurpação do infante D. Miguel...*, op. cit., pp. 141-145. L'anecdote se poursuit : aucun acte écrit officiel reproduisant le contenu du serment n'a été envoyé aux chambres, en dépit de leurs demandes répétées ; une dissolution, doublement inconstitutionnelle, leur servira finalement de réponse. Voir *Ibid.*, pp. 147-148. Le serment devant Dieu n'avait donc plus, selon Freire de Carvalho, la puissance qu'on lui attribuait autrefois ; ce n'est plus qu'un souffle de voix.

²²³ La Charte de 1826 fut elle-même jurée par les trois États, D. Pedro espérant ainsi légitimer son œuvre. A. P. Mesquita, *O pensamento político português no século XIX*, op. cit., pp. 120-121.

²²⁴ La procédure de convocation des trois ordres, inconstitutionnelle au regard de la Charte de 1826 (même en l'analysant comme un complément de l'ancienne constitution), paraît aussi douteuse dans sa forme. En 1828, les députés se sont limités à acquiescer aux demandes de D. Miguel ; or, dans l'ancienne mouture, ils pouvait aussi présenter leurs doléances et prenaient ouvertement position au terme d'une argumentation : ce fut notamment le cas lors des *Cortes* de 1385 et de 1641, aux fins de désigner un nouveau Roi après extinction d'une dynastie. Voir A. de Sousa, *As cortes medievais portuguesas, 1385-1490*, Porto, INIC, 1990, vol. I, p. 488 et s. Les critiques juridiques ne tardèrent donc pas, même si elles proviendront de terres d'exil. Voir en particulier la brochure du docteur en droit (et futur ministre de la Justice sous la régence de D. Pedro) Joaquim António de Magalhães, *Breve exame do assento feito pelos denominados estados do Reyno de Portugal, congregados em Lisboa aos 23 de junho do anno de 1828*, Holborn, Greenlaw, 1828.

²²⁵ Nonobstant l'effort du baron de Dordigné, qui renoue la chaîne des temps pour mieux préserver l'intégrité de cette constitution originelle : « C'est peu effectivement que d'abolir sans respect et sans droit sa constitution originelle, nationale et sacrée, Charte de gloire et de liberté, conquise aux champs d'Ourique, inaugurée aux temples de Lamégo, confirmée dans le choix d'Alphonse le fondateur, cette Constitution, ratifiée en Jean I^{er}, justifiée aux combats d'Aljubarote et d'Atoleyros, cette Constitution, rétablie avec Jean IV, illustrée au jour d'Elvas et de Monteclaros, cette Constitution toute de victoires, restée debout sur les débris des trônes, garantie contre l'usurpation par l'invincible résistance d'une nation courageuse et fidèle, remise

Nous serions dès lors tentés d'affirmer que la défaite définitive de D. Miguel en 1834, après la reconquête du pouvoir par D. Pedro au bénéfice de sa fille D. Maria II, n'aurait, tout au plus, fait que retarder la consécration totale du pouvoir constituant : les esprits étaient naturellement conduits à l'accepter, au moins *a minima* et de façon exceptionnelle. Il reviendra au décret du 25 mai 1851 de l'admettre ouvertement, en investissant la prochaine chambre des députés de ce pouvoir exorbitant qui associera désormais la Nation au Roi. La naissance ambiguë du pouvoir constituant cède alors le pas à la vie équivoque du constitutionnalisme octroyé, à la fois doctrine politique et mécanisme de garantie des droits, dont on attend désormais autre chose qu'un simple texte écrit servant de pacte national.

II. L'IMPLANTATION INFERTILE D'UN « MOYEN TERME » : LE PROGRAMME AMBIVALENT ET INACCOMPLI DU CONSTITUTIONNALISME OCTROYÉ

Faisant œuvre d'historien cinquante ans après l'octroi, Joaquim Pedro de Oliveira Martins (1845-1894) estima qu'après la paix de 1834, et la mise au pas définitive de D. Miguel, « la liberté n'a pas vaincu ; entre elle et l'autorité, ils [les soutiens de D. Pedro] ont implanté un moyen terme : le constitutionnalisme »²²⁶. Faisant état de sa perplexité, ce socialiste inspiré par Proudhon²²⁷ devait y voir la « grande illusion » (*sic*) du XIX^e siècle²²⁸. En effet, le constitutionnalisme octroyé se proposait, selon lui, de poursuivre un but impossible, hypocrite voire dangereux : celui de moderniser un pays handicapé autant par son fanatisme, fruit d'une union du Trône et de l'Autel enracinée depuis le XIV^e siècle, que par l'absence d'industrie et par la mainmise d'une classe sociale sur les institutions – un fait social imposé historiquement par la force, mais que le constitutionnalisme veille à légitimer en droit de façon sophistique²²⁹, suivant un raisonnement que n'aurait pas

en vigueur par Jean VI, père commun et arbitre du partage ». *D. Carlos et D. Miguel. Oui ou non, est-il de l'intérêt des puissances légitimes et monarchiques de laisser périr dans la péninsule la monarchie légitime ?*, Paris, Dentu, s. d. [1835 ?], p. 35.

²²⁶ « Os 50 anos da monarquia constitucional », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, Lisbonne, Guimarães e C^a editores, 1957, tome I, p. 96.

²²⁷ Bien qu'il soit d'usage malaisé en raison de ses positions fluctuantes (y compris vis-à-vis de Proudhon) au cours de sa vie et de sa carrière politique. Sur son socialisme de jeunesse, on pourra notamment lire J. L. Oliva, « Oliveira Martins e o socialismo catedrático », in *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. 37, 1999, pp. 125-137 (entre autres études dédiées à Oliveira Martins dans ce numéro) et A. Santos Silva, *Oliveira Martins e o Socialismo. Ensaio de leitura crítica*, Porto, Afrontamento, 1979. D'autres, tel Mesquita, estiment qu'il sera toujours fidèle au socialisme d'État.

²²⁸ « Os 50 anos da monarquia constitucional », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, *op. cit.*, t. I, p. 95.

²²⁹ « Quelle répulsion pouvait-il avoir en acceptant le constitutionnalisme qui est, en théorie, un vaste sophisme destiné à voiler, sous les apparences de la légalité, la domination du *fait* traditionnel dans la société ? La société, qui a placé la royauté au sommet de la hiérarchie du pouvoir et l'a dotée d'un garde du corps, la pairie, héritier du privilège de caste, reconnaît péremptoirement la vertu du succès, l'assurance de la Force, la légitimité du *fait* consommé. Qu'est-ce que la monarchie, sinon la cristallisation politique de l'autorité usurpée de César ? ». « O

renié Rudolf von Jhering. En somme, Oliveira Martins lui reproche d'importer sur le sol portugais des garanties et des mécanismes pensés par le constitutionnalisme moderne dans le cadre d'un État rénové par l'impact des révolutions intellectuelle et industrielle ; un programme poursuivi avec succès dans les grandes contrées européennes, où le constitutionnalisme a pu s'y définir comme le « moyen de transition souple vers une société pleine d'intérêts et de bon sens »²³⁰, mais totalement irréalisable au sein d'un pays en voie de développement. La constitution réelle du pays ne pouvait donc correspondre à sa constitution écrite, suivant une subdivision que cet hégélien revendiqué a sans doute puisée chez le professeur de Berlin²³¹.

Un temps républicain, Oliveira Martins incarne ainsi au mieux les griefs portés à l'encontre du constitutionnalisme monarchique jusqu'à son dernier souffle en 1910. Sans être une totale nouveauté, son œuvre instruit le procès de l'octroi sur deux terrains différents. D'une part, il souligne l'invalidité du procédé : seuls les peuples peuvent rédiger une constitution²³² et tout octroi s'apparente à un expédient démagogique ou césariste, flattant les tendances plébéiennes de la population. D'autre part, et faisant sienne un raisonnement typique de l'esprit des siècles, Oliveira Martins soutient que le fait d'offrir une constitution moderne à un peuple immature n'aboutit qu'à la ruine financière du pays et au dépérissement moral de sa société. Le constitutionnalisme, inadapté en droit comme en fait, ne se soutiendrait en effet qu'au prix d'une forte corruption, et d'une guerre civile permanente, comme en témoigne la situation intérieure du Portugal de 1828 à 1870²³³.

Certes, ce ton pessimiste veille à exclure le constitutionnalisme monarchique du constitutionnalisme moderne *stricto sensu*, en flétrissant son régime de libertés publiques, confisquées au profit des milieux catholiques²³⁴ ;

golpe militar de 19 de maio de 1870 e a ditadura de Saldanha », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., p. 118.

²³⁰ « Os 50 anos da monarquia constitucional », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 97 et, pour toute la démonstration, pp. 96-98.

²³¹ Sur cette thèse, voir E. Weill, *Hegel et l'État*, Paris, Vrin, 2002, 2^e éd., p. 57.

²³² « Avant de mourir, et après avoir vaincu, D. Pedro a apporté dans sa tombe une leçon sans doute neuve pour lui : au XIX^e siècle, ce ne sont pas les princes qui octroient des constitutions, mais bien le peuple qui les détermine. Le peuple a censuré le prince ». « Os 50 anos da monarquia constitucional », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 99.

²³³ *Ibid.*, pp. 102-107.

²³⁴ « Pour le non catholique, la Charte constitutionnelle est une inquisition, qui n'ôte pas la vie de l'homme, mais qui réduit, parce qu'il lui enlève des droits, la vie du citoyen ». « O golpe militar de 19 de maio de 1870 e a ditadura de Saldanha », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, pp. 131-132. L'article 6 de la Charte de 1826 n'accordait la pratique du culte aux allogènes non catholiques que dans des lieux ne pouvant, en aucun cas, avoir l'apparence extérieure d'un temple. Une obligation de participation au culte catholique, selon une fréquence précisée par la loi, pesait sur les Portugais baptisés. De plus, une peine d'emprisonnement et la perte des droits civiques étaient prévues pour tout prosélytisme en faveur d'une religion différente de la catholique. Le Code pénal de 1852 sanctionnait les cultes protestants et israélite, poussés vers la clandestinité. Pour autant, une tolérance de fait se développa dès la seconde moitié du XIX^e siècle, marquée par la fondation, en 1878, de la première église protestante et la création, la même année, d'un registre civil réservé aux non catholiques. La jurisprudence, très libérale, soutenait l'entreprise en estimant, par exemple, que l'interdiction du prosélytisme n'invalide pas

mais il affiche aussi une confusion récurrente, propagée par les républicains : le « constitutionnalisme » s'apparente à un régime politique, duquel il faut impérativement sortir²³⁵.

Marquée au fer rouge par ces critiques, l'historiographie portugaise n'a que récemment redécouvert le climat libéral de la monarchie constitutionnelle en matière religieuse²³⁶. Toutefois, cette légende noire, faisant état d'un régime d'intolérance symbolisé par la consécration du catholicisme d'État (art. 6 de la Charte de 1826), n'est peut-être pas seulement le fruit d'une propagande républicaine qui arrachera la loi de séparation en 1911. Elle trouve, à notre sens, une autre raison d'être, dévoilée par les écrits contre-révolutionnaires d'un Gama e Castro²³⁷ : celle de préserver, sous couvert d'une unité religieuse au moins symbolique du pays, la soumission traditionnelle du pouvoir temporel aux forces spirituelles. Dans cette logique, nul ne songe pourtant à redonner du poids au pouvoir spirituel du Pape ou des évêques ; la crainte ultramontaine, bien qu'agitée par les républicains en souvenir de la destitution de D. Sancho II lors du concile de Lyon de 1245²³⁸, relève au contraire de l'irrationnel en raison de la mainmise du pouvoir royal sur tous les aspects de la vie religieuse : le réganisme, forme ibérique du gallicanisme, s'avère des plus actifs au XIX^e siècle²³⁹. Il s'agirait plutôt de revigorer plusieurs éléments du constitutionnalisme médiéval, de continuellement rappeler au prince sa qualité de Roi très chrétien, avec les devoirs qui y sont associés, et à la population sa vocation au salut, à laquelle il convient d'offrir une garantie institutionnelle. De redécouvrir, finalement, les vertus d'un monde ancien,

la presse protestante. Voir O. Ferreira, « Un jumeau réganisme de la loi de 1905 : la « loi » portugaise de séparation des Églises et de l'État de 1911 », in *Annuaire Droit et Religions*, n°7, 2014, pp. 210-211.

²³⁵ « Sortir du constitutionnalisme. Sortir franchement, radicalement, sans transactions, sans tergiversations, du funeste régime, qui ne sait rien faire si ce n'est compromettre, discréditer, annuler les meilleures volontés, qu'une fatale illusion entraîne à ses côtés. Sortir de l'équivoque, des moyens termes, des sophismes officiels, pour la grande lumière du ciel démocratique, pour l'air libre de la vie populaire. Sortir – pour la République ». « O golpe militar de 19 de maio de 1870 e a ditadura de Saldanha », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 135.

²³⁶ Ce tournant semble avoir été initié par L. Aguiar Santos, « O protestantismo em Portugal (séculos XIX e XX) : linhas de força da sua história e historiografia », in *Lusitania Sacra. Revista do Centro de Estudos de História Religiosa*, 2^e série, tome XII, 2000, notamment pp. 41-45.

²³⁷ J. da Gama e Castro, *O novo príncipe...*, op. cit., pp. 240-241 : sa défense de l'intolérance religieuse ne vaut que pour les pays où la foi a pu être uniforme, à l'image du Portugal. Il s'agit pour lui d'un bienfait, évitant toute sorte de dissension et affermissant la soumission au Tout-puissant.

²³⁸ « O ultramontanismo. Direito contra o direito pelo bispo do Pará (Porto, 1875) », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 267-269. Les rois de la première dynastie royale, celle des Bourguognes, subirent souvent l'excommunication. D. Sancho II fut même déclaré *rex inutilis* par Innocent IV lors du concile de Lyon de 1245, prélude à sa destitution au profit de son frère. Ces leçons d'histoire, ressassées avec encore plus d'acidité en 1909 et 1910 par la presse (*O Mundo*) et par une étude de Teófilo Braga, nourrirent considérablement le climat politique de la fin de la monarchie et des débuts de la République ; elles expliquent l'attrait inattendu des républicains pour le réganisme. Voir F. Catroga, « O laicismo e a questão religiosa em Portugal (1865-1911) », in *Análise Social*, vol. XXX, n°100, 1988, p. 234.

²³⁹ J. Seabra, *O Estado e a Igreja em Portugal no início do século XX. A lei de separação de 1911*, Cascais, Principia, 2009, p. 9. La thèse avancée par Maistre dans *Du Pape* n'eut aucune audience.

évitant à toute une génération la tristesse du siècle, voire ce dégoût de la vie (*tædium vitæ*) tant brocardé par Sénèque. Revenues de l'idolâtrie de la liberté et de l'adoration de l'urne électorale, à présent vide²⁴⁰, les sociétés libérales envisagent l'apostasie constitutionnelle. Le pays rêve des neiges d'antan en soupirant à l'évocation de la Vierge Marie, finalement aperçue en 1917 à Fatima.

Cette situation singulière conduit une partie des intellectuels portugais à repenser ou plutôt à se (re)convertir au constitutionnalisme ancien²⁴¹. Dans son chemin vers Damas, Oliveira Martins en vient à considérer que le droit constitutionnel ne peut se limiter à la constitution écrite, à un acte individuel humain, car il s'agit avant tout d'une œuvre *révélée*, d'abord par l'Histoire, ensuite par les religions :

« [...] nous, les disciples de Hegel, de Bunsen, de Feuerbach, de Proudhon, de Vacherot, pensons que le droit [ne peut] provenir d'un simple acte individuel ; ni nous, ni personne, n'avons jamais pensé à placer l'origine du droit dans les convictions arbitraires des hommes. La raison absolue est, en effet, *révélée*, et transmise de génération en génération par une tradition ininterrompue ; elle réunit ainsi toutes les garanties de certitude. Antérieure à tout le droit, et jamais démentie par un quelconque code, expression de la relation sociale et juridique entre les hommes, la raison trouve dans l'Histoire une révélation incessante, dont les plus beaux et lumineux moments sont les *révélations* qui, successivement, donnèrent des religions »²⁴².

Et s'il estime encore que la religion est une superstition au même titre que l'origine divine du pouvoir, Oliveira Martins n'en demeure pas moins lucide quant à l'inconvénient engendré par la perte de cette croyance : le culte du droit dans la raison humaine, ce fruit de la pensée juridique moderne en provenance directe de la révolution « copernicienne » de Grotius, est érigé au rang de source de tous les maux contemporains. Ces maux portent un nom ; c'est la souveraineté populaire :

« Jusqu'au début de ce siècle, il était supposé que l'autorité politique provenait de Dieu. Une révolution qui a agité l'Europe pendant trente ans a rayé ce principe des constitutions, a nettoyé les trônes de cette légende, a balayé les miracles qui alimentaient la vie de nos pays ; et de là est née cette nouvelle crise qui alimentera la vie de nos fils. [...] Le droit divin a été nié au nom d'un droit naturel, parce que la philosophie supposait que les idées de bien, de juste et de droit, ne venant pas de dehors, étaient *innées ou existantes dans l'esprit, antérieurement à toute activité de l'intelligence*. Cette supposition a conduit à substituer la souveraineté ancienne par la souveraineté populaire. L'autorité, autrefois incarnée dans les dynasties royales au

²⁴⁰ « Cette indifférence [électorale], cependant, a une raison d'être plus profonde [...] : c'est que le culte antique des formules du libéralisme est mort pour toujours. L'idolâtrie de la liberté est finie, la superstition des formules a été balayée des esprits de tout le monde. Le jacobinisme appartient à l'histoire des nobles illusions de l'esprit humain. [...] L'adoration de l'Urne est une des formes les plus rudes de cette ancienne religion tombée ». « As eleições », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 280.

²⁴¹ L'idée prolonge sa tentative de concilier liberté des Anciens et liberté des Modernes. Voir R. Ramos, « Oliveira Martins e a ética republicana », in *Penélope*, n°18, 1998, pp. 172-175.

²⁴² « O ultramontanismo. Direito contra o direito pelo bispo do Pará (Porto, 1875) », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 251. Il souligne.

moyen d'une onction divine, fut transférée en intégralité au peuple en masse, comme dépositaire des premiers principes innés de l'esprit humain »²⁴³.

Cette œuvre de résistance face à l'homme masse des XIX^e et XX^e siècles dépeint surtout un pays tiraillé entre la modernité constitutionnelle européenne et une tradition qui, à tout prendre, eût des résultats, et pas uniquement en Angleterre. Il démontre que ce passage d'un constitutionnalisme vers l'autre n'est pas aussi évident que ce que l'on suppose aujourd'hui, à l'heure où l'on se propose de fonder un constitutionnalisme global. Une hésitation d'autant plus réelle dans un pays qui, en dépit d'une tradition juridique profondément ancrée dans le droit continental européen, a aussi lorgné, avec un sentiment mêlant admiration, jalousie et haine, du côté du système coutumier anglais. Qu'importe alors la rupture consommée en 1820, le Portugal cherchant à s'affranchir de la tutelle de son prétendu protecteur britannique en embrassant les canons juridiques français – sauf à solliciter le parrainage de personnalités anglaises comme Bentham²⁴⁴, précisément connues pour vouloir modifier leur propre modèle juridique²⁴⁵. Le constitutionnalisme octroyé va en effet décevoir, tant en raison de ses faiblesses intrinsèques, inhérentes à une solution compromissaire intenable cherchant à exorciser le pouvoir des masses en isolant le pouvoir constituant (2.1), qu'en vertu de son incapacité à tenir ses promesses civiques, formulées sur un ton décidément trop messianique pour ne pas nourrir les désillusions finales des républicains et des futurs salazaristes (2.2).

2.1. La prétendue proscription du pouvoir constituant ou la recherche tacite d'un gardien constitutionnel

« [...] nous croyons que la restitution de la Charte est une nécessité publique [...]. Nous défendons pourtant l'idée que sa proclamation doit être issue du trône, et non du peuple : un décret l'a suspendue, un autre décret doit l'inaugurer. En faisant l'inverse, nous heurterions les principes que nous défendons : nous sombrerions dans l'erreur et le crime dans lequel sont tombés les hommes de Septembre ; nous nous arrogerions un pouvoir souverain que nous n'avons pas exercé ; nous commettrions enfin un acte anarchique »²⁴⁶. En exposant ce programme de l'organe de la restauration de la Charte dans ses œuvres historiques, Costa Cabral (1803-1889) souhaitait se dédouaner de toute accusation de récupération du pouvoir constituant²⁴⁷. Principal maître d'œuvre

²⁴³ « As eleições », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História, op. cit.*, t. I, p. 292-293.

²⁴⁴ M. H. Carvalho dos Santos, « « A maior felicidade do maior numero ». Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822 », in *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisbonne, Sá da Costa, 1982, t. I, p. 91 et s.

²⁴⁵ Gw. Guyon, « *Made in England ? Nationalisme et modèle juridique français dans le discours des partisans anglais de la codification au XIX^e siècle* », in T. Le Yoncourt, A. Mergely et S. Soleil (dir.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, PU Rennes, 2014, pp. 91-113.

²⁴⁶ Organe de la restauration de la Charte de Porto, cité par A. B. da Costa Cabral, *Apontamentos históricos*, Lisbonne, Typographia da Silva, 1844, vol. I, p. 371 (note 75).

²⁴⁷ M. F. Bonifácio, « Costa Cabral no contexto do liberalismo doutrinário », in *Análise Social*, n°123-124, 1993, p. 1087.

du décret du 10 février 1842 rétablissant la Charte au détriment de l'éphémère Constitution de 1838, le chef portugais du libéralisme doctrinaire, tant préoccupé par le parallélisme des formes, visait au contraire à reconnaître la pérennité de l'octroi ; le texte offert par D. Pedro serait désormais compris comme une arche sainte, un symbole d'union nationale.

La problématique s'annonçait en effet complexe dans le contexte postérieur à la guerre civile. Rétablie après la parenthèse absolutiste, la Charte devait être renversée de nouveau en 1836, cette fois par une révolution libérale cherchant à faire triompher la souveraineté nationale. La pomme de discorde entre les partisans de la Charte (*cartistas*) et leurs adversaires (*setembristas*) portait alors sur le détenteur de la souveraineté, avec en ligne de mire le pouvoir constituant.

Ces deux restaurations présentent évidemment leurs particularités. Celle de 1834 suivait les brisées de la révolution de Juillet. En dépit d'un contexte différent, les Portugais esquissèrent ce parallèle à maintes reprises, tant en 1834 qu'en 1836²⁴⁸ et 1842²⁴⁹. Le programme, identique, tend à transformer une révolution opérée dans une capitale en mouvement populaire d'adhésion au nouveau régime, par le truchement du respect dû à la Charte. Cette dernière se mue en pacte national que nul ne peut remettre unilatéralement en cause. Si la guerre civile portugaise se solde ainsi par la victoire du camp de D. Pedro, ses contemporains préféraient saluer le triomphe d'une Nation désireuse de vivre sous une constitution qu'elle a nécessairement faite sienne en luttant pour elle²⁵⁰. La Nation a usé de sa liberté retrouvée pour s'octroyer la Charte de 1826, transformée rétroactivement en *Constitution* de 1826 selon Almeida Garrett ; ainsi était purgé son « vice d'origine »²⁵¹. La chaîne des temps se renouait : Almeida Garrett analysait le pouvoir constituant comme un pouvoir inhérent à la nation portugaise depuis les *Cortes* de Lamego, que nul ne peut lui confisquer, en dépit des apparences²⁵². Même le premier député républicain, le professeur

²⁴⁸ « De ce point de vue, nous avons fait en septembre 1836 la même chose que la France en juillet 1830. Il y avait une Charte octroyée par Louis XVIII, dotée d'un préambule qui offensait la dignité de la Nation française ; une révolution a été faite, et les députés du peuple, qui alors se trouvaient à Paris, modifièrent cette Charte : ils biffèrent ce préambule qui minimisait ses droits, la transformèrent en une expression de la volonté nationale, et l'offrirent à l'acceptation d'un nouveau roi, après avoir exclu une dynastie odieuse ». Fernandes Thomaz, in *Diário das Cortes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portugueza*, n°75, 25/4/1837, p. 39.

²⁴⁹ Agostinho Albano, DCD, n°31, 17/08/1842, p. 171.

²⁵⁰ De multiples témoignages sont cités en ce sens par Marques Gomes dans le premier volume de ses *Luctas caseiras. Portugal de 1834 a 1851*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1894.

²⁵¹ « D'un autre côté, le parti libéral le plus puritain ne pouvait, ni ne devait en toute logique, trouver un vice d'origine dans la constitution de 1826 : c'était la même constitution que celle de 1822, certes revue par le prince, mais acceptée par le peuple ; et il était trop tard pour nier la compétence du réviseur, puisqu'il y avait prescription ». Vicomte de Almeida Garrett, *Memória histórica do conselheiro A. M. L. Vieira de Castro*, Lisbonne, Typographia José Baptista Morando, 1843, p. 28. À la page précédente, il estime de toute manière que la Charte de 1826 n'a jamais été reçue par le parti libéral « comme octroyée ou donnée », mais plutôt vue comme « une restitution de liberté ». Cette conviction s'affiche sous une forme un peu différente dans un écrit rédigé pendant son exil (*Portugal na balança da Europa*, Londres, Sustenance, 1830, p. 301), où il parle bien de « constitution de 1826 », celle-ci ayant été « faite et constituée par la Nation et par le Souverain ».

²⁵² Conviction venant se greffer sur des thèses avancées dès 1821 dans son essai *O Dia Vinte e*

José Joaquim Rodrigues de Freitas (1840-1896), parlait, à propos de la Charte, d'un « code octroyé, et plus tard conquis »²⁵³. Par conséquent, les révolutionnaires de 1836 ne pouvaient s'en défaire de façon cavalière²⁵⁴, sauf à en référer directement à la Nation au nom même de la Charte²⁵⁵ ; la thèse du texte constitutionnel national, quoique octroyé, imprégnait leurs propres esprits²⁵⁶. Ainsi devaient-ils faire l'effort de présenter leur entreprise sous les traits d'une manifestation du droit de résistance, d'une victoire nationale contre une oligarchie au pouvoir ayant fait fi du texte octroyé. Le renversement de la Charte peinait en conséquence à se justifier : d'aucuns regrettent cet « accident de l'histoire » au nom de leur crainte du retour du pouvoir constituant²⁵⁷ ; d'autres, plus proches des cénacles du gouvernement, formulent des explications alambiquées jouant sur l'acclimatation plus ou moins accomplie d'un texte²⁵⁸ qui, en n'empêchant pas les précédentes dérives ministérielles, n'offrait pas les garanties escomptées. Leur solution n'en apparaît pas moins étonnante : le Roi doit endosser ou confier la magistrature dictatoriale, « indispensable à l'implantation du système représentatif, et au triomphe de la Révolution »²⁵⁹. Que les Portugais le veuillent ou non, ils auront le constitutionnalisme moderne...

La seconde restauration de la Charte en 1842 nous intéressera plus. Les discours parlementaires des *cartistas* peuvent tout d'abord surprendre en raison de la réitération d'un propos enchaîné aux pensées chrétienne et doctrinaire, visant à proscrire tout retour du pouvoir constituant. Le professeur de philosophie Agostinho Albano da Silveira Pinto (1785-1852), fidèle partisan du

Quatro de Agosto. Voir F. Araújo, « Almeida Garrett e o constitucionalismo », in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2013, n°5, pp. 3536-3538.

²⁵³ Rodrigues de Freitas, DCD, n°20, 30 janvier 1874, p. 269.

²⁵⁴ Certains députés, comme José Estevão (1809-1862), encensent néanmoins la nouvelle ère de l'histoire qu'initie « la capitulation des Chartes octroyées ». *Diário das Cortes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portuguesa*, n°201, 6/10/1837, p. 148.

²⁵⁵ M. F. Bonifácio, « A Revolução de 9 de Setembro de 1836 : a lógica dos acontecimentos », in *Análise Social*, n° 71, 1982, pp. 331-370. L'article produit des citations probantes de Passos Manuel et de Herculano, le premier n'hésitant pas à justifier la révolution « contre la Charte, mais par la Charte ». Un autre article du même auteur (« O Setembrismo corrigido e actualizado », in *Penélope. Revista de história e ciências sociais*, n°9-10, 1993, p. 210) précise cependant que la révolution de 1836, faussement populaire, cherchait par tous moyens une légitimité.

²⁵⁶ Le plus bel exemple (bien que pathétique) est offert par Gorjão Henriques : *Diário das Cortes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portuguesa*, n°79, 29/4/1837, p. 117.

²⁵⁷ Comte de Taipa, *Diário das Cortes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portuguesa*, n°75, 25/4/1837, pp. 40-41.

²⁵⁸ Voir en ce sens l'avis du président de la chambre des députés en 1837 : « Je ne suis ni partisan de cette Charte, ni ne cesse de l'être ; car elle est peut-être le code politique le plus approprié à ce pays, pour être en proportion et en harmonie avec les lumières, us et coutumes du Portugal ; pour autant, dans cette loi fondamentale, figurait le principe rongeur qui devait la tuer – la Chambre des pairs ». *Diário das Cortes geraes, extraordinarias e constituintes da nação portuguesa*, n°78, séance du 28 avril 1837, p. 95. Sentiment plus contrasté du côté du banc ministériel, où la Charte de 1826 est vue comme une œuvre purement doctrinale, « un livre de politique » fait de la même substance que ceux de « Benjamin Constant, Delolme ou Lanjuinais », ce qui ne pouvait guère satisfaire un peuple souhaitant autre chose que des « leçons de droit public ». *Ibid.*, n°3, 21/1/1837, p. 130.

²⁵⁹ *Ibid.*

gouvernement doctrinaire des frères Cabral, entend le dire en priant Dieu de délivrer les Portugais du pouvoir constituant exercé par les Rois²⁶⁰. L'obsécration ne le mène pourtant pas à solliciter le procès de l'octroi ; au contraire, Albano décrit, en termes laudatifs, ce qu'il appelle le « pouvoir octroyant »²⁶¹. Mais voici ce que n'est pas la Charte de 1826 : une émanation du pur (et maléfique ?) pouvoir constituant, ayant engendré « la Constitution de la Convention française »²⁶². Les approximations constitutionnelles tendent alors à se multiplier : Albano assimile expressément l'octroi à la Grande Charte, confondue ici avec la Charte d'Henry II de 1154 et les lois de saint Edward le Confesseur. Qu'importent les méprises, la leçon étant manifestement ailleurs : *Magna Carta* et ses textes antérieurs ne sont de toute manière pas des constitutions écrites, du moins au sens moderne du mot, mais des émanations d'un constitutionnalisme d'un autre temps²⁶³ qu'Albano cherche à réimplanter. La Charte en tire parti : elle a cessé d'être un octroi pour devenir un « acte national » à partir du moment où elle a été acceptée et jurée par la population. Par conséquent, la concession ne peut plus, à l'instar de ses homologues sous l'Ancien Régime, être reprise unilatéralement²⁶⁴ ; l'autolimitation ne saurait entrer ici en ligne de compte, car la parole donnée devant Dieu constitue, à elle seule, la meilleure des garanties.

De son côté, le *cartista* dissident Luís da Silva Mouzinho de Albuquerque (1792-1847) devait également encenser l'octroi et le décret du 10 février 1842 au nom de sa foi. Au-dessus des partis et des intérêts qui menacent la Nation, la Reine devient l'image de Dieu sur Terre²⁶⁵, fidèle aux analogies médiévales²⁶⁶ également employées par des doctrinaires comme Royer-Collard sous la Restauration²⁶⁷ ; elle seule peut éteindre les dissensions en faisant usage

²⁶⁰ Agostinho Albano, DCD, n°31, 17/08/1842, pp. 168-169.

²⁶¹ « Dieu te sauve, pouvoir octroyant, qui a fait à ce pays un don de paix, un don de prospérité ! [...] ce pouvoir octroyant qui a livré au Pays cette auguste donation [...] ». *Ibid.*, p. 168.

²⁶² *Ibid.*, p. 169.

²⁶³ Voir Br. Daugeron, « La Magna Carta et le constitutionnalisme contemporain : héritage ou mythe constitutionnel ? », in J.-P. Machelon et E. Cartier (dir.), *Le huitième centenaire de la Magna Carta : généalogie et filiation d'un texte constitutionnel*, Mare et Martin, 2016, pp. 227-243.

²⁶⁴ Agostinho Albano, DCD, n°31, 17/08/1842, p. 168.

²⁶⁵ « M. le Président, quand le Trône apparaît, comme dans le Décret du 10 février, interposant son indépendance, la hauteur de sa situation, la respectabilité de son prestige, au milieu de l'agitation des passions vulgaires ; alors, M. le Président, le Trône me semble haut, sublime et pour ainsi dire plus qu'humain. C'est alors que ceux qui l'occupent se présentent aux yeux des hommes comme de véritables images de Dieu sur la Terre ». Mousinho d'Albuquerque, DCD, n°22, 27/1/1843, p. 274.

²⁶⁶ *Les deux corps du Roi*, in E. Kantorowicz, *Œuvres*, op. cit., p. 691 et s.

²⁶⁷ Nous pouvons même suspecter la lecture du discours suivant : « Heureuse, dans son malheur, une nation qui, réduite par des attentats et des revers inouïs à ce désordre où les lois s'arrêtent comme d'elles-mêmes, trouve dans son prince, image de la Providence, un modérateur élevé au-dessus de toutes les passions, capable de rattacher les événements à leurs causes, et de découvrir dans la nature des maux celle des remèdes qu'ils sollicitent ; un juste arbitre de la sévérité et de la clémence, qui, après avoir fait concourir l'un et l'autre au salut de l'État, n'étudie plus dans le passé que la leçon de l'avenir, et se hâte d'appeler tous les intérêts de la grande famille à une réconciliation solennelle et durable ». Discours de Royer-Collard sur la loi d'amnistie

d'un pouvoir à proprement parler extraordinaire : le pouvoir constituant. Cependant, ce pouvoir ne saurait être compris comme un pouvoir de création *ex nihilo*. Mouzinho de Alburquerque s'en explique : son détenteur détient en fait un pouvoir impuissant, puisque incapable d'imposer son joug, c'est-à-dire son texte de façon unilatérale. Cette puissance ni arbitraire, ni créatrice, se réduit à une force de proposition ; à la Nation de décider, ou non, de lui donner suite²⁶⁸. En conséquence, à chaque acceptation populaire correspond une nouvelle constitution. La lettre de la Charte rétablie en 1842 a beau être la même que celle de 1826, son esprit est différent : l'octroi n'existe plus (si tant est qu'il ait existé), pour faire place à un pacte national. Le pouvoir constituant, vidé de sa substance, se doit de toute façon d'entendre le message du Créateur : le texte constitutionnel destiné à enchaîner les hommes n'a nul besoin d'être techniquement évolué, car « le principe unique de toute la politique est la morale », c'est-à-dire un ensemble de règles simples à comprendre, pourvu que l'homme accepte sa condition et qu'il s'arme de foi²⁶⁹.

Nous pourrions continuer longtemps à citer ces discours empreints de religion. De façon pathétique, nombre de parlementaires louent en effet la restauration de l'octroi du « roi philosophe » D. Pedro : sa mort précoce, peu de temps après sa victoire, en fit un martyr de la liberté, mieux, un saint, sujet de culte – une situation renforcée par le don de son cœur à la ville de Porto²⁷⁰. L'anecdote ne doit pas nous détourner du principal, que l'on peut résumer en deux leçons.

En premier lieu, ces appels au Roi, pour religieux qu'ils soient, présentent bien une utilité juridique : ils servent cependant moins à glorifier le pouvoir constituant, voué à l'abandon, qu'à encenser le rôle de gardien de la constitution qui lui est au moins tacitement dévolu²⁷¹, soit à la manière française, soit au titre de son pouvoir modérateur. Bien qu'insérée dans un cadre constitutionnel étranger à la Charte, la suspension du décret du Congrès constituant du 24 août 1837 par la reine D. Maria II²⁷² fait figure

(1815), in Pr. de Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard, ses discours et ses écrits*, Paris, Didier, 1861, tome I, p. 193.

²⁶⁸ « M. le Président, quand un pouvoir quelconque, quand un Etre Politique, qu'il s'agisse du Souverain ou d'une fraction quelconque de la masse nationale, s'érige en Constituant, que fait-il ? Impose-t-il par hasard à la Nation entière un joug obligatoire et indissoluble ? Non, M. le Président ; le Constituant, quel qu'il soit, n'impose pas, ni ne peut imposer une Constitution ; il se contente de soumettre un Pacte à l'acceptation nationale. C'est la Nation qui, par son acquiescement, par son acceptation, exprimée lors du jurement, appose le sceau légal sur la Constitution de l'État ». Mousinho d'Alburquerque, DCD, n°22, 27/1/1843, p. 274. Ce type de position s'inscrit naturellement dans la lignée des thèses libérales françaises sur le contrat politique, encore défendues sous la III^e République par Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, pp. 211-212.

²⁶⁹ Mousinho d'Alburquerque, DCD, n°22, 27/1/1843, p. 275.

²⁷⁰ Vaz Preto, DCD, n°14, 18/1/1844, p. 134. Le reste du corps sera transféré au Brésil en 1972. Sur ce véritable culte civique, voir F. Catroga, « O culto cívico de D. Pedro IV e a construção da memória liberal », in *Revista de História das Ideias*, vol. 12, 1990, pp. 445-470.

²⁷¹ A. M. Hespanha, « O constitucionalismo monárquico português... », art. cité, p. 498.

²⁷² « Ce projet de loi détruirait, s'il recevait ma sanction, les principes établis dans la constitution et dans ses lois organiques [...] et devant être respectés de tout temps » ; une position

d'antécédent explicite – sans pour autant faire l'unanimité, compte tenu des débats relatifs à l'étendue de ses droits de veto et de sanction. Quoi qu'il en soit, cette figure tutélaire de la royauté, renforcée par le pouvoir modérateur, explique l'extrême rareté de l'invocation d'un contrôle de constitutionnalité par le juge²⁷³, du moins avant 1900. À partir de cette date, plusieurs professeurs de droit, soutiens ou futurs adhérents républicains, vont, à l'image de la figure centrale d'Afonso Costa, prendre fait et cause en sa faveur²⁷⁴. La consécration du contrôle judiciaire dans la Constitution de 1911 (art. 63), sur le modèle des États-Unis, symbolise donc la rupture avec la théorie du pouvoir modérateur. Car, au risque d'insister, ce modèle juridictionnel de garantie de la constitution s'immisce de façon tardive dans la mentalité lusitaine : cette dernière préféra, tout au long du XIX^e siècle et sous l'influence conjointe des libéraux français et de Silvestre Pinheiro Ferreira, raisonner en termes de garanties politiques²⁷⁵. Ainsi, même les *setembristas*, à commencer par leur théoricien le plus fécond, Manuel dos Santos Cruz, optent pour un contrôle assuré par une assemblée politique. Ce choix exprime leur défiance à l'encontre du pouvoir royal, mais non leur rejet du pouvoir conservateur : ce dernier subsiste de façon au moins implicite dans leurs travaux, pourvu qu'il ne soit plus imaginé comme une garantie externe à la constitution. En l'espèce, c'est à une chambre haute, fortement inspirée par le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII, et dans une moindre mesure par le jury constitutionnaire de Sieyès, que Santos Cruz souhaitait offrir le rôle de Tribunal constitutionnel²⁷⁶. Nous avons donc affaire à une garantie interne à

que la reine affirme devoir tenir en « étant, à titre personnel, la première gardienne des garanties individuelles, consacrées dans la constitution et les lois organiques de l'État [...] ». Cité par J. Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, op. cit., pp. 51-52.

²⁷³ Seuls deux cas sont recensés par la thèse précitée (*Ibid.*, pp. 54-58) et la doctrine n'en a pas, à notre connaissance, trouvé d'autres depuis. Le premier exemple est celui de Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *Tractado sobre direitos e encargos da Sereníssima Casa de Bragança*, Lisbonne, Andrade et Silva, 1852, pp. 253-255. L'auteur s'appuie exclusivement sur des auteurs français (Dupin, Chateaubriand et Henrion de Pansey), ainsi que sur la jurisprudence du Tribunal de cassation relative au Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII, pour défendre la supériorité de la Constitution sur la loi et la nécessité, pour le juge, de prendre ses responsabilités ; encore s'agit-il là d'une digression, assurément peu lue de son temps. Le second précédent, tout aussi isolé mais éventuellement plus lu, date de 1856 et provient de la plume du rédacteur de la *Gazeta dos Tribunaes*, n°1211, p. 9464.

²⁷⁴ J. M. Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade...*, op. cit., pp. 58-62. Afonso Costa défendra et fera triompher l'idée devant une Constituante initialement récalcitrante.

²⁷⁵ C'était déjà le cas au lendemain de la révolution libérale de 1820. José Maria Dantas Pereira, sous le pseudonyme *Lusitano Filantropo*, proposait certes la création d'un tribunal suprême chargé des crimes contre la constitution ; mais cette attribution en complétait une autre, liée à la répression des crimes de haute trahison. En fait, la logique du contrôle de constitutionnalité lui échappe totalement, ces crimes contre la constitution devant plutôt se comprendre comme des atteintes à l'ordre établi de la part de personnes bien précises (ministres, députés, juges). La nature politique de ce tribunal suprême ne laisse aucune place au doute. Voir ses *Fantasia constitucionaes, seguidas por algumas reflexões da razão, e da experiencia*, Lisbonne, Imprensa nacional, 1821, p. 4.

²⁷⁶ M. dos Santos Cruz, *Projecto de modificações à Constituição de 1822*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1837, pp. 11-15. Bien que rejetée sans ménagements, et nonobstant sa brièveté, la proposition constitutionnelle de Santos Cruz mériterait une analyse approfondie. Pour une

la constitution, cette dernière continuant d'être perçue comme un mécanisme nécessitant des réglages ponctuels²⁷⁷. Ce refus réitéré de la « juridicisation » de la Charte empêchera toute pacification des conflits politiques par le droit comme outre-Atlantique²⁷⁸. Ainsi, au lieu d'en référer au juge pour déclarer l'inconstitutionnalité de telle ou telle loi, voire de tel ou tel acte, c'est, dans le meilleur des cas, au Roi que l'on demandait secours, en l'invitant à ne pas faire usage de son droit de sanction, attribut exprès de son pouvoir modérateur (art. 74 de la Charte). Dans le pire des cas, nous le verrons, l'appel à la population ne restera pas un vain mot, quitte à renouer avec le vieux schéma du droit de résistance.

En second lieu, le constitutionnalisme médiéval vivote dans la pénombre du texte écrit. D'une part, les frères Cabral n'hésitent pas à le reconnaître explicitement. Selon Silva Cabral, ministre de la justice, des « articles sociaux », c'est-à-dire liés à la nature sociable de l'homme et/ou consacrés par un accord au moins tacite de la population, subsistent à côté de la Charte ; la succession au trône en fait partie, guère circonscrite par l'article 145 du texte constitutionnel²⁷⁹, puisque c'est sur elle que reposent la légitimité de l'octroi et la pérennité de l'État²⁸⁰. Les contours de ces articles, de même que leur nombre, s'avèrent toutefois brumeux ; signe des temps, les mystères de la royauté, ces *arcana imperii* prestement couverts d'un voile, refont surface. Raison d'État ou raison dans l'État ? Quel que soit le motif de ce silence, il faut convenir que le maintien de la cohésion nationale imposait certains tabous.

D'autre part, et de façon plus étonnante, leurs adversaires partagent aussi des croyances de cette nature. Passos Manuel (1801-1862) loue certes le pouvoir constituant de la Nation, le seul qui puisse véritablement exister. Cependant, les garanties ne sauraient se limiter aux constitutions modernes, produits éphémères des forces humaines²⁸¹ ; afin de prétendre à l'éternité, elles doivent aussi puiser dans les mœurs²⁸². Les rois ne peuvent non plus y déroger, étant toujours tenus par leurs promesses. Passos Manuel cite ainsi les paroles prêtées à Jean II le Bon pour mieux illustrer une leçon de morale que l'on croirait tirée d'un miroir des princes : « si la loyauté disparaissait

entrée en matière, voir J. Rodrigues da Silva, « A Constituição de 1838 », in *Historia constitucional*, n°13, 2012, pp. 589-591 et J. J. da Costa Rodrigues da Silva, « O constitucionalismo setembrista e a revolução francesa », in *Revista de História das Ideias*, vol. 10, 1988, pp. 477-478.

²⁷⁷ Voir le chapitre intitulé « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in M. Troper, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 147 et s.

²⁷⁸ Voir O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France », art. cité, pp. 24-25.

²⁷⁹ Silva Cabral (ministre de la Justice), DCD, n°21, 27/3/1846, p. 22.

²⁸⁰ Idée à rapprocher de J. de Sande Magalhães Mexia Salema, *Princípios de direito político*, op. cit., t. I, p. 363.

²⁸¹ « Belles sont ces paroles de Manuel Fernandes Thomaz : « Aucune loi ou institution humaine n'est faite pour durer infiniment ». Le grand Prince [D. Pedro] qui a si noblement brisé le pouvoir absolu, qui a ouvert à son pays le chemin de la félicité, ne pouvait avoir la conviction ridicule et puérile que sa loi serait éternelle comme la Nation, éternelle comme sa propre gloire [...] ». Passos Manuel, DCD, n°49, 18/10/1844, pp. 191-192.

²⁸² *Ibid.*, p. 195.

jamais de la Terre, on devrait la retrouver dans le cœur des Rois »²⁸³. Cette invitation à la modestie et à la probité touche en particulier l'œuvre du « Washington couronné », D. Pedro : en affirmant qu'il est revêtu, pour les siècles à venir, non de la gloire de Solon, mais de celle de Servius Tullius et de Théopompe²⁸⁴, Passos Manuel célèbre le sacrifice royal et l'autolimitation²⁸⁵ sans pour autant plier le genou devant le pouvoir créateur du Roi. Le choix de ces dirigeants antiques, érigés en modèles de comportement, ne laissent pas de place au doute et évoquent la célèbre citation de Benjamin Constant : « plus de Lycurgue, plus de Numa, plus de Mahomet »²⁸⁶. En somme, loin d'être des démiurges, les rois ne peuvent plus rien créer s'ils souhaitent réussir, car tout a déjà été accompli ; ils doivent cesser d'imiter les grands Anciens, ce profond puits d'illusions²⁸⁷, et se contenter d'adapter la législation et la constitution à l'existant, tâche ingrate, car moins spectaculaire et moins pérenne.

Comme le dira Almeida Garrett, « les questions politiques, malheureusement, n'ont pas disparu, et devront se répéter, car il n'est pas en notre pouvoir de les éviter » ; il devait poursuivre en regrettant que Dieu n'ait pas offert à sa créature la constitution qui devait nous régir²⁸⁸. Dans leur déréliction, les hommes sont condamnés à rapiécer continuellement la loi fondamentale de leurs pères, à redécouvrir des droits qu'il ont toujours eus, mais adaptés aux temps présents, aux besoins nouveaux²⁸⁹. Triste sort d'une espèce incapable de forger ses garanties, sauf à réemployer les solutions antiques : l'amour du peuple pour sa constitution²⁹⁰ ; l'amour de Dieu pour sa créature²⁹¹. Le pessimisme et la dévotion en moins, ces convictions récurrentes sonnent comme une antienne depuis Benjamin Constant²⁹² ; mais

²⁸³ *Ibid.*, p. 193. Bien que courante, cette citation, qui apparaît ici sans auteur, ressemble beaucoup à celle qui figure (également sans références précises) dans les *Mémoires de Louis XVIII*, Paris, Mame/Delaunay, 1832, t. V, p. 362. Nous estimons qu'il s'agit de la probable source utilisée par Passos Manuel. Ce dernier s'était exilé en France à Euabonne pendant la guerre civile, ainsi qu'en atteste G. Boisvert, *Un pionnier de la propagande libérale au Portugal : João Bernardo da Rocha Loureiro (1778-1853)*, Lisbonne, Faculté de Lettres, 1974, p. 108.

²⁸⁴ Passos Manuel, DCD, n°49, 18/10/1844, p. 190.

²⁸⁵ Selon la tradition, encore discutée, le roi de Sparte Théopompe a fait le sacrifice d'une partie de sa puissance au profit des éphores. N. Richer, *Les Éphores. Étude sur l'histoire et sur l'image de Sparte (VIII^e-III^e siècles avant Jésus-Christ)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998, p. 65.

²⁸⁶ B. Constant, *Principes de politique* (version 1806-1810), Paris, Hachette, 1997, p. 371.

²⁸⁷ Chr. Avlami, « L'écriture de l'histoire grecque en France au XIX^e siècle : temporalités historiques et enjeux politiques », in *Romantisme*, n°113, 2001, p. 62.

²⁸⁸ Almeida Garrett, DCD, n°50, 6/3/1852, p. 98. Notons que cette figure du libéralisme et du romantisme portugais fut impressionnée dès sa jeunesse par le christianisme « à la Chateaubriand ». Voir O. Milheiro Caldas Paiva Monteiro, *A formação de Almeida Garrett : experiência e criação*, thèse, lettres, Coimbra, 1971, vol. I, pp. 241-250.

²⁸⁹ Almeida Garrett, *Portugal na balança da Europa*, op. cit., pp. 296-298. Selon lui, l'ancienne constitution portugaise, dont nul ne peut nier l'existence, indépendamment du caractère apocryphe des Cortes de Lamego, péchait simplement par sa forme ; elle fut donc une proie facile.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 314-316.

²⁹¹ Le christianisme est dépeint comme le protecteur naturel des droits de l'homme... *Ibid.*, p. 21.

elles vont, dans le contexte portugais, déboucher sur une approche originale du « constitutionnalisme » : un mélange déconcertant où la religion et le respect de la parole donnée viennent consolider les acquis du gouvernement représentatif et du libéralisme²⁹³. L'aporie de la reconnaissance du pouvoir constituant perdurera certes, mais de façon détachée, centrée sur la question de son détenteur et sur la volonté de se doter d'une constitution, en lieu d'une charte²⁹⁴.

En pratique, le débat parlementaire va, dès les années 1850 et sous l'impulsion des lectures progressistes de l'histoire, se focaliser sur un autre aspect des choses : l'éducation constitutionnelle. Le constitutionnalisme octroyé vilipendé par le positiviste républicain Teófilo Braga tient à cette singularité : la Constitution octroyée est une chose, le constitutionnalisme octroyé en est une autre, porteuse de valeurs, si ce n'est surannées (tel le droit divin des rois), du moins inconciliables, une union d'éléments par trop éclectiques la condamnant d'avance à l'échec. Improbable propédeutique, et véhicule d'une utopie, le constitutionnalisme octroyé serait en fait un programme éducatif qu'aurait proposé le Roi à ses sujets en vue de les faire entrer de force dans l'ère du constitutionnalisme moderne, après avoir observé, de la façon la plus objective possible, leur retard vis-à-vis des autres ressortissants européens²⁹⁵. La nouvelle garantie des droits passait donc par une alliance entre les deux versants du constitutionnalisme, tenant compte de la religion de la majorité des Portugais.

²⁹² « Nous possédons encore aujourd'hui les droits que nous eûmes de tout temps, ces droits éternels à consentir les lois, à délibérer sur nos intérêts, à être partie intégrante du corps social dont nous sommes membres. Mais les gouvernements ont de nouveaux devoirs : les progrès de la civilisation, les changements opérés par les siècles, commandent à l'autorité plus de respect pour les habitudes, pour les affections, pour l'indépendance de l'individu ». B. Constant, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes » (1819), in *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin et Cie, 1861, tome II, p. 556.

²⁹³ Selon l'aphorisme d'Almeida Garrett : « Les temps ont changé aujourd'hui : les libéraux ont fini par reconnaître qu'ils doivent être tolérants et qu'ils ont besoin d'être religieux ». *Voyages dans mon pays* (1846), Paris, La boîte à documents, 1997, p. 228. Sur cette volonté de réconcilier libéralisme et christianisme, voir J. M. Moreira, « Pensamento liberal em Portugal », in *Cultura*, vol. 25, 2008, p. 187.

²⁹⁴ Les discours se distinguent par leur mauvaise foi, à l'image de ceux de Consiglieri Pedroso qui préfère toujours la pire des constitutions à la meilleure des chartes. DCD, n°135, 6/7/1885, p. 2931. Pour sa part, José de Alpoim invite à se débarrasser d'une « macule originelle ». *Diário da Câmara dos dignos Pares do Reino*, n°15, 18/4/1910, p. 7.

²⁹⁵ Après avoir reconnu la stérilité de ce programme, Braga affirma sans ambages : « D. Pedro IV était un despote au Brésil et, au moment de venir au Portugal, dit dans une lettre adressée au marquis de Rezende qu'il devait nous constitutionnaliser de force ; ce qu'il fit par intermittence, œuvrant tantôt pour récupérer le trône pour son compte, tantôt pour le transmettre à sa fille ». T. Braga, *Dissolução do systema monarchico representativo*, Lisbonne, Nova livraria internacional, 1881, p. 6.

2.2. Conclure l'œuvre du constitutionnalisme octroyé : l'utopie démasquée de la nouvelle garantie des droits²⁹⁶ ?

« Il n'existe parmi nous aucune éducation constitutionnelle. Les partis jouent avec le peuple comme nous jouerions avec les pièces d'un jacquet »²⁹⁷. À l'image de Rodrigues Sampaio au début de la période de la Régénération, la pensée politique et constitutionnelle portugaise se lamentait de la situation d'un pays incapable de stabiliser ses institutions et de garantir ses droits, en raison du manque de culture de ses partis politiques. Le besoin d'éducation constitutionnelle était assurément dans l'air du temps²⁹⁸. Déjà, dans un opuscule publié en 1847, D. João de Azevedo l'appelait de ses vœux, aux fins de libérer le Portugal des excès de ce qui s'apparentait encore à des factions²⁹⁹. Il ne saurait ainsi être question de livrer le pays à ces produits de la force brute, à ces masses menées par une poignée de démagogues incapables de saisir l'intérêt général et préparant le terreau de l'ochlocratie³⁰⁰. Les partis politiques étaient donc invités à effectuer une mue, afin de devenir des agents de coordination de l'opinion publique, respectant l'intérêt général mais aussi l'identité et l'unité de la Nation³⁰¹. En somme, et pour reprendre (en le déformant un peu) le vocabulaire d'un Max Weber, l'objectif se proposait de transformer les « partis de masse » en « partis de notables », ou, si l'on préfère Maurice Duverger, en « parti de cadres » ; soit de nouvelles entités destinées à intégrer puis à contrôler le parlement, le faisant ainsi fonctionner de façon satisfaisante et sur la base de discussions sereines.

Dans la littérature et la presse de l'époque, une correction augustinienne devait ainsi être prodiguée par le Roi, afin d'enfanter des partis de notables, gage de garantie des institutions parlementaires modernes. C'est donc du jeu même de la démocratie politique que l'on attend une garantie moderne et

²⁹⁶ Ce titre est un clin d'œil au livre de Simão José da Luz Soriano, *Utopias desmascaradas do systema liberal em Portugal ou Epitome do que entre nós tem sido este systema*, Lisbonne, União Typographica, 1858.

²⁹⁷ Article de Rodrigues Sampaio, paru dans *A Revolução de Setembro* du 27/09/1851. Cité par J. M. Sardica, « Os partidos políticos no Portugal oitocentista... », art. cité, p. 587.

²⁹⁸ Almeida Garrett proposait dès 1826 une instruction publique (civique) dans le but d'asseoir les fondements de la constitution dans les esprits (*Carta de guia para eleitores*, Lisbonne, Typografia de D. Marques Leão, 1826, pp. 17-18) ; le propos du second XIX^e siècle, plus mûr et informé, préfère d'abord se concentrer sur la figure centrale des partis, encore adolescents.

²⁹⁹ J. de Azevedo Sá Coutinho (anonyme), *Autópsia dos partidos políticos e guarda-quebras dos governos ou Ensaio sobre as contínuas revoluções de Portugal*, Lisbonne, Typografia da Gazeta dos Tribunaes, 1847. Mêmes idées chez Alexandre Herculano, notamment lorsqu'il propose de dissocier les partis « qui vivent pour les idées », des factions, mues « par intérêt et par passion ». Article paru dans *O País*, repris dans A. Herculano, *Opúsculos*, Lisbonne, Livraria Bertrand, 1983, p. 241.

³⁰⁰ Les élections des années 1830 et 1840 furent marquées par une grande violence physique, incluant agressions d'électeurs, raids et incendies d'urnes électorales. Les députés les plus lucides, comme José Estevão, interrogeaient la légitimité d'une assemblée proche d'une « réunion d'hommes amenés ici par la violence, par la fraude et par l'ingérence criminelle des Autorités ». Cité par M. F. Bonifácio, « « A guerra de todos contra todos » (ensaio sobre a instabilidade política antes da Regeneração) », art. cité, p. 91. Comme le note cette étude, ce mécontentement généralisé attisa les haines : la presse servit ainsi de défouloir, entre deux tentatives insurrectionnelles...

³⁰¹ J. M. Sardica, « Os partidos políticos no Portugal oitocentista », art. cité, pp. 581-582 et 586.

suffisante des droits, un peu à la manière d'un Condorcet³⁰². Jalousant le rôle assumé par l'Empereur brésilien D. Pedro II au long de son règne, les Portugais sollicitent la dimension « civilisatrice » du pouvoir modérateur³⁰³ : celle d'un pouvoir chargé d'institutionnaliser deux partis politiques, représentant chacun l'un des deux intérêts dominants présents au sein de toute société (innovation contre conservation), tout en préservant celle-ci de l'implosion. Une approche au demeurant commune aux sectateurs du quatrième pouvoir en France, en particulier au lendemain de la chute de la monarchie de Juillet ; l'exemple de Victor Cousin est suffisamment évocateur sur ce point, du moins dans sa défense des « partis honnêtes » (*sic*)³⁰⁴.

Précisément, cette période de stabilité gouvernementale et politique connue sous le nom de Régénération, à même de consolider le libéralisme, se présente aussi comme une période de maturation constitutionnelle portée par le Roi. Grâce à l'Acte additionnel de juillet 1852, donnant satisfaction aux principales doléances des partis de gauche³⁰⁵, la Charte est désormais acceptée par les différents bords politiques et cesse (momentanément) d'être un objet de rejet ou d'adoration³⁰⁶. Cette situation assainie³⁰⁷ offre au pouvoir modérateur le loisir et la légitimité pour discipliner les partis politiques. C'est du moins dans cette optique que peut s'analyser l'adoption progressive, par le Portugal, d'un des systèmes électoraux les plus démocratiques d'Europe³⁰⁸, caractérisé par des élections directes, par un scrutin à la proportionnelle et

³⁰² Bien que les solutions pratiques diffèrent, Condorcet préférant s'en remettre au renouvellement périodique des assemblées (P. Rolland, art. cité, p. 196) – une solution trop limitée dans le contexte portugais, compte tenu des troubles à l'ordre public suscités par chaque élection.

³⁰³ Sur ce point : Heitor Lyra, *Historia de Dom Pedro II*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938, t. II, p. 507 et J. Murilo de Carvalho, *Un théâtre d'ombres. La politique impériale au Brésil*, Paris, éd. de la maison des sciences de l'homme, 1990, pp. 10 et 157-158. Nous reviendrons dessus lors de la troisième et dernière livraison de cette étude.

³⁰⁴ Dans un article de 1851, Cousin va décrire le roi comme la clef de voûte de l'édifice constitutionnel, en s'inspirant beaucoup du cas anglais (V. Cousin, *Des principes de la Révolution française et du gouvernement représentatif, suivi de discours politiques*, Paris, Didier, 1864, p. LXXIII, reprise d'un article du 1^{er} avril 1851 paru dans la *Revue des Deux Mondes*). Sa présence, en effet, permet aux « partis honnêtes » de livrer une bataille idéologique sans retenue ; or, ces partis sont chargés de représenter, l'un, les intérêts conservateurs, l'autre, les intérêts innovateurs. Le roi veille, en assurant tant l'alternance que l'institutionnalisation de ces partis, pour le bien-être des institutions. Comparer avec l'éducation des partis exposée par J. J. Lopes Praça, *Direito constitucional português. Estudos sobre a Carta constitucional de 1826 e acto adicional de 1852*, Coimbra, Livraria portuguesa e estrangeira, 1879, II^e partie, vol. I, p. 43.

³⁰⁵ M. Caetano, *História breve das constituições portuguesas*, Lisbonne, Verbo, 1965, pp. 54-55.

³⁰⁶ J. M. Sardica, « A política e os partidos entre 1851 e 1861 », in *Análise Social*, n°141, 1997, p. 281.

³⁰⁷ Du moins en surface : les fraudes électorales feront encore partie du paysage politique portugais. Voir M. F. Bonifácio, « « A guerra de todos contra todos »... », art. cité, pp. 96-99.

³⁰⁸ M. F. Mónica, « As reformas eleitorais no constitucionalismo monárquico, 1852-1890 », in *Análise Social*, n°139, 1996, pp. 1039-1040. La situation va en revanche se renverser à partir de 1895, et surtout en 1901 avec un célèbre décret que l'opinion publique, à la suite de João Franco, n'hésitera pas à qualifier « d'ignoble cochonnerie ».

par un suffrage élargi – bien que l'éligibilité aux fonctions de député demeure excessivement réduite³⁰⁹.

Mais ce système lorgnant du côté du bipartisme britannique peine à aboutir, tant en pratique³¹⁰ qu'en théorie. L'argumentation libérale de l'époque ne semble pas pleinement saisir la singularité du système bipartite par rapport au multipartisme continental, qu'elle brocarde inlassablement depuis les années 1840. Comme le défend Hannah Arendt³¹¹, la force des institutions britanniques réside moins dans l'enracinement de deux partis dans la vie politique, que dans leur intégration directe aux institutions de l'État. L'alternance constitue l'armature de l'administration, qui se bâtit autour d'elle ; en témoigne l'institution du *shadow cabinet* : l'opposition, certaine d'arriver un jour au pouvoir et de diriger à son tour l'État, garantit en retour l'intégrité institutionnelle, rejetant tout procédé violent. L'écueil du multipartisme, tel qu'il existait aussi au Portugal, provient de la dissociation continue entre, d'un côté, l'État et son chef, représentants de l'unité nationale, et, de l'autre, les partis, éléments isolés et fragmentés de la représentation, limités à la défense d'intérêts particuliers au moyen d'expédients à la limite de la légalité. Or, les hérauts du constitutionnalisme monarchique semblent plus enclins à défendre un assainissement de la vie politique, laissant de côté les petits intérêts parasites voire dangereux au profit des grandes idées (mais qui n'en demeurent pas moins protectrices d'intérêts particuliers), qu'une institutionnalisation accomplie, adossée à l'administration. Le moment venu, cette génération au pouvoir, surnommée les Régénérateurs (*Regeneradores*), adoptera une lecture du parlementarisme britannique au prisme du transformisme politique du président du Conseil italien Agostino Depretis ; à l'instar de Pereira Carrilho³¹² ou du professeur de droit João Arroyo (1861-1930), ils se limiteront à policer les mœurs des citoyens, qu'il s'agit d'adapter à une nouvelle terre idéologique³¹³, et des partis rapprochés du pouvoir, y insérant peu à peu des républicains et des socialistes.

³⁰⁹ J. M. Sardica, *A Regeneração sob o signo do consenso. A política e os partidos entre 1851 e 1861*, Lisbonne, Imprensa de ciências sociais, 2001, p. 95.

³¹⁰ Contrairement aux leçons des manuels d'histoire, le bipartisme n'existait pas avant les années 1870. Comme le démontre J. M. Sardica (« Os partidos políticos no Portugal oitocentista », art. cité, p. 563), un jeu politique instable liait quatre partis politiques. L'alternance était surtout le fruit de l'action du roi, en particulier depuis le règne de D. Pedro V (1853-1861) ; mais elle touchait plus volontiers les personnes que les partis eux-mêmes.

³¹¹ *L'impérialisme*, in H. Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Paris, Quarto/Gallimard, 2006, pp. 540-545.

³¹² A. Pereira Carrilho, *Portugal em 1872. Vida constitucional dum Povo de raça latina*, Lisbonne, 1873, pp. 19-21 et *passim*.

³¹³ Voir en particulier le discours de João Arroyo, DCD, n°78, 8/5/1885, pp. 1491-1493 : il admet l'extrême difficulté de l'éducation libérale du peuple portugais, naturellement attaché au trône et à l'autel dans sa terre propice à la monarchie absolue. Refusant l'esprit de système au profit d'une réforme opérée d'après une méthode expérimentale d'inspiration baconienne, sa conclusion constitue un poncif des *Regeneradores* : seul le programme modéré de la Charte sut implanter efficacement le constitutionnalisme au Portugal, car toute position extrême n'aboutirait qu'au rejet du greffon.

Un tel constat peut éventuellement s'expliquer par la présence de discours ambivalents. Deux d'entre eux se démarquent dans les débats parlementaires. Le premier est pour le moins attendu : les milieux républicains formulaient le même type de doléances, afin de préparer en douceur le changement de régime³¹⁴. Ainsi, sans jamais renier leurs convictions, les directeurs des périodiques *A Revolução de Setembro* et *Jornal do Comércio* encensaient régulièrement le rôle de « premier progressiste du pays » assumé par le roi D. Luís, dans la continuité de son frère, D. Pedro V, qu'ils surnomment affectueusement le « roi démocrate »³¹⁵. De tels propos suggèrent une lecture attentive d'une thèse défendue en France depuis la Révolution, et qu'aurait professée Louis XVIII en privé, faisant de toute monarchie constitutionnelle un « pont vers la République »³¹⁶. Suivant une lecture évolutionniste des régimes politiques, popularisée par Condorcet mais non sans lien avec la règle des trois états d'Auguste Comte, ces hérauts républicains et positivistes puisent ainsi aux sources françaises pour établir leur utopie³¹⁷. Il nous plaît ainsi de relever ce clin d'œil appuyé à Adolphe Thiers³¹⁸ dans un écrit de 1868 signé par João Dubraz, où ce dernier affirme fièrement que « nous avons déjà une république *sui generis* »³¹⁹.

La seule différence proviendrait dès lors d'un contexte singulier, offrant un surcroît de grandeur au rôle d'éducateur du Roi dans son usage du constitutionnalisme octroyé. Dubraz insère en effet son opuscule dans le cadre de la tentation ibérique, envisagée alors selon le modèle fédéraliste de Proudhon³²⁰, une référence commune de l'*intelligentsia* portugaise³²¹. En cette période d'incertitude constitutionnelle en Espagne, faisant suite à la

³¹⁴ Vidal, DCD, n°15, 19/3/1859, p. 160.

³¹⁵ Cités par R. Ramos, « A formação da *intelligentsia* portuguesa (1860-1880) », in *Análise Social*, n°116-117, 1992, p. 499.

³¹⁶ Entre 1789 et 1791, les rares républicains, tels Camille Desmoulins et Brissot, pensaient déjà que la monarchie constitutionnelle préparerait, en douceur, la transition vers une future et encore lointaine république. Voir E. Gojoso, *Le concept de république en France, (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, pp. 437-441. L'anecdote relative à Louis XVIII est un poncif. De surcroît, cette thèse fut souvent avancée par les miguelistes : pour Madre de Deus, ce type de monarchie est un pont imaginé par la « faction maçonnique » pour aller vers la « démocratie arbitraire ». *Justificação da dissidência portuguesa contra a carta constitucional*, op. cit., p. 29.

³¹⁷ M. Meireles Pereira, « Iberismo e nacionalismo em Portugal da regeneração à república. Entre utopia e distopia », in *Revista de História das Ideias*, vol. 31, 2010, pp. 257-284.

³¹⁸ Thiers hasarda l'expression « gouvernement *sui generis* » pour qualifier le « gouvernement de droit » issu de la révolution de Juillet. Voir son discours sur la garantie de l'emprunt grec du 8 juin 1833, in *Discours parlementaires de M. Thiers*, Paris, Calmann Lévy, 1879, tome II, p. 158.

³¹⁹ J. Dubraz, *A República e a Ibéria (palavras francas)*, Lisbonne, Typ. Joaquim Germano de Sousa Neves, 1869, p. 14.

³²⁰ P. Rivas, « Utopie ibérique et idéologie d'un fédéralisme social pan-latin », in *Utopie et socialisme au Portugal au XIX^e siècle*, Paris, Fondation C. Gulbenkian, 1982, p. 320.

³²¹ R. Ramos, « A formação da *intelligentsia* portuguesa (1860-1880) », art. cité, p. 483. L'influence d'Auguste Comte est aussi attestée par cet article fondamental, auquel nous empruntons beaucoup.

révolution de 1868³²², les républicains portugais s'ingéniaient à proposer un candidat portugais (ou « naturalisé ») à la Couronne d'Espagne : soit leur propre Roi, soit leur Roi consort Ferdinand, veuf de la reine D. Maria II et père de D. Luís. Sans doute s'agit-il là d'une curiosité : non seulement le panibérisme (voire le panlatinisme) fut moins développé, en théorie comme en acte, que le pangermanisme et le panslavisme, mais, de surcroît, cette thèse se professait plus volontiers dans un cadre républicain naïf, rêvant d'une union volontaire entre peuples frères, mais ô combien ennemis³²³.

Toutefois, nous ne saurions écarter avec légèreté cet épisode qui, quoique bref, n'en demeure pas moins significatif pour le constitutionnalisme octroyé. Au fond, les soutiens portugais de cette thèse, à laquelle souscrit naturellement Oliveira Martins³²⁴, défendent le progressisme de la maison de Bragance, par opposition au conservatisme des Bourbons³²⁵, pour un motif fort simple : ils espèrent voir leur prince mener l'union ibérique vers le républicanisme. L'objectif vise donc à laisser au Roi portugais le soin de bâtir une monarchie constitutionnelle en octroyant une constitution ; son rôle d'incubateur du régime républicain consistera ensuite à raffermir les nouvelles institutions, en éduquant notamment les partis, avant de quitter la scène politique une fois son œuvre accomplie³²⁶. De la sorte, les interminables guerres carlistes seraient reléguées aux livres d'histoire espagnole ; de surcroît, le régime républicain bénéficierait d'une garantie durable, sans être éternelle : il grandirait à l'ombre de la Couronne, se délestant progressivement des éléments théocratiques servant autrefois d'assise au constitutionnalisme

³²² Dite *La Gloriosa* (en référence aux antécédents anglais et français), mais aussi, de façon plus oubliée, *La septembrina* (avec ici un lien avec la révolution portugaise de 1838). Sur cette révolution de 1868, et la recherche par certains monarchistes progressistes d'une nouvelle dynastie libérale, voir A. Garcia-Balaña, « À la recherche du *Sexenio Democrático* (1868-1874) dans l'Espagne contemporaine. Chrononymies, politiques de l'histoire et historiographies », in *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°52, 2016, pp. 81-101 et C. Serván, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamento 1868-1873*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.

³²³ Comme le note C. Domingues dans « Du bon usage de la Révolution. Un ibériste portugais en 1868 », in *Siècles*, n°23, 2006, pp. 60-61, les nationalistes portugais parviendront à discréditer les thèses ibéristes en les accusant de travailler pour la franc-maçonnerie. Le choix espagnol, qui se porte en 1869 sur le fils de Victor-Emmanuel d'Italie, l'éphémère roi Amédée, enterra la discussion.

³²⁴ Dans son article « Do princípio federativo e sua aplicação à Península Hispânica », publié dans plusieurs livraisons du *Jornal do Comércio* entre le 19 et le 25 septembre 1869. Précisons toutefois qu'il finira par admettre que tout projet d'union latine relève de l'utopie, préférant la voie d'une alliance diplomatique pérenne visant à remplacer celle que le Portugal maintient, selon lui à tort, avec l'Angleterre (art. « Alianças », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História, op. cit.*, t. II, pp. 259-271).

³²⁵ Il ne s'agit pas d'une totale nouveauté : les libéraux espagnols s'adressèrent déjà à D. Pedro aux fins de mener leur cause à la fin des années 1820 – sa mère, pour rappel, n'est autre que la fille de Fernando/Ferdinand VII d'Espagne. Voir Br. Brancato, « D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal e o constitucionalismo ibérico », in *Historia constitucional*, n°5, 2004, pp. 141-159.

³²⁶ Art. « A democracia em Portugal », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História, op. cit.*, t. I, p. 9. La monarchie assure ainsi le triomphe du nouveau monde, marqué par le passage de la force au pacte, de la « liberté du chaos » vers la « liberté du cosmos », c'est-à-dire la liberté harmonique.

médiéval, à commencer par cette soumission à l'œuvre divine que seul l'âge théocratique pouvait enfanter selon Comte.

L'utopie est ici patente, ingénue aussi ; mais cette candeur, une nouvelle fois, ne paraît pas inédite : elle existait aussi en France, sous la plume de Chateaubriand et de Lamartine. Les deux académiciens français faisaient régulièrement état, l'un dans ses *Mémoires d'outre-tombe*³²⁷, l'autre dans sa *Politique rationnelle*³²⁸, d'un dernier rôle mythique réservé par la Providence aux Rois capétiens : celui de mûrir les institutions et les mentalités françaises, aux fins de les mener vers la République, voire au-delà. Mais tout ceci se limitera à un effet de mode au Portugal : la thèse de l'éducateur de la démocratie cessera vite de séduire le camp républicain, préférant se défaire le plus tôt possible de la royauté³²⁹.

Le second discours parasite, sans être foncièrement original, mérite toute notre attention : il provient du camp libéral chrétien, toujours présent sur les bancs de l'assemblée³³⁰ et dans les librairies. Celui-ci entend diffuser un message que les députés français ne souhaitent plus entendre depuis la chute de la Restauration³³¹. Dans un pays qui, au rebours de la France, refuse de séculariser son droit et se querelle volontiers sur le mariage civil³³², la garantie des droits ne saurait se limiter au seul texte constitutionnel, fut-il octroyé par un monarque de droit divin. Les garanties se fondent en effet aussi (et peut-être de façon plus efficace...), non sur les superstitions et autres préjugés, mais bien sur les croyances religieuses³³³. Prenant le contre-pied de Montesquieu qui, en écartant la vertu chrétienne comme morale sociale³³⁴,

³²⁷ Voir ses *Mémoires d'outre-tombe*, livre XL, chap. 1, où il expose le programme qu'il aurait inculqué au prince s'il en avait été le précepteur, en vue de conclure l'éducation de la France.

³²⁸ A. de Lamartine, *Sur la politique rationnelle*, Genève, Slatkine/Champion, 1977, fac-similé de l'édition de Paris, 1831, p. 20 et *passim*.

³²⁹ C'est la position, elle aussi très connue et souvent reproduite, d'Antero de Quental, exprimée notamment dans sa correspondance. Voir par exemple sa Lettre à Alberto Sampaio de la fin de l'année 1868 dans A. de Quental, *Cartas*, Lisbonne, editorial comunicação, 1989, tome I, p. 107.

³³⁰ La pensée catholique portugaise apparaît toutefois fragmentée en cette seconde moitié de XIX^e siècle. Voir A. P. Mesquita, *O pensamento político português no século XIX*, *op. cit.*, pp. 353-370.

³³¹ La question mériterait cependant d'être approfondie et réserverait peut-être bien des surprises. Pour l'heure, il semblerait qu'après la Restauration, la pensée politique française retrouve la position défendue par Boissy d'Anglas sous le Directoire, lui qui refuse de s'appuyer, comme les législateurs anciens, sur la superstition religieuse. P. Rolland, « La garantie des droits », art. cité, pp. 184-185.

³³² Voir S. Rodrigues, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisbonne, INIC, 1987.

³³³ D. José de Lacerda, *Da forma dos governos com respeito á prosperidade dos povos e das cousas políticas em Portugal*, Lisbonne, Typographia De Silva, 1854, p. 50 : [...] cependant, vous serez tous convaincus du fait que, sans l'autorité du principe religieux, il n'existe aucun moyen d'obliger les hommes, de manière effective et pérenne [...]. Toujours [...] nous observons l'action religieuse, inspirant et influençant les différentes formes sociales [...] sans jamais être interrompue et de façon directe, quoique diverse. [...] Qui forme les coutumes ? Qui consolide les conventions ? Qui délimite les droits ? Qui établit les devoirs ? ».

³³⁴ P. Rolland, « De la vertu politique chez Montesquieu, ou l'impossible perfection », in *Revue historique de droit français et étranger*, n°88-1, 2010, pp. 43-57.

ouvrait indirectement l'ère du constitutionnalisme moderne, nombre de Portugais demeurent séduits par la morale catholique, ouvertement invoquée en tant que facteur de cohésion des hommes et de socle du présent gouvernement représentatif. Le nouveau droit constitutionnel devient ainsi un complément du christianisme dans les discours de D. Rodrigo de Menezes (1813-1881), pour qui la civilisation est l'éducation constitutionnelle *et* religieuse des peuples. Pour ce député indépendant, le constitutionnalisme « ne vient pas de la charte constitutionnelle, elle date de plus loin, précisément de l'Évangile, où j'y trouve la fraternité, l'égalité et la liberté ; ma première charte constitutionnelle vient de la Croix. C'est ce phare lumineux qui nous conduit à la civilisation »³³⁵. Ces propos en deviennent même convenus dans un pays qui, à la lumière de l'œuvre imposante d'Alexandre Herculano, reconnaît expressément la part d'héritage religieux et le legs canoniste de notre droit constitutionnel moderne³³⁶ – soit une vérité³³⁷ que seuls des ultras comme Chateaubriand s'accordaient alors à admettre en France. Des catéchismes constitutionnels doivent ainsi accompagner les catéchismes religieux³³⁸, au point d'adosser continuellement la Charte³³⁹ à la religion qu'elle est censée protéger ; un sentiment que partage également le maréchal Saldanha³⁴⁰, un temps surnommé le « général théologue ». La garantie, de toute évidence lâche, offerte par une Charte détrônée puis remise en vigueur à deux reprises, ne peut donc se permettre l'économie d'un complément moral, ou plus exactement ancien et ayant donné ses preuves, n'en déplaise à Pierre Bayle³⁴¹.

Ces dires s'inscrivent dans la continuité du curieux traité de droit politique rédigé par João de Sande Magalhães Mexia Salema (1812-1873). Ce futur titulaire des chaires de droit ecclésiastique et de droit canonique à l'Université de Coimbra faisait la part belle aux fondements religieux de l'obéissance aux lois et aux constitutions³⁴², et conséquemment au serment

³³⁵ D. Rodrigo de Menezes, DCD, n°9, 12/5/1856, p. 102.

³³⁶ A. Herculano, *A supressão das conferencias do Casino* (1871), in *Opusculos*, Lisbonne, Viuva Bertrand, 1873, tome I (*questões publicas*), p. 260 : « Le gouvernement parlementaire, les maximes fondamentales dominant, à travers les siècles, la législation canonique, le droit commun se conciliant avec le respect dû aux autonomies [locales], le refus de reconnaître quelqu'un au-dessus des lois, la fraternité humaine, la tolérance matérielle à côté de l'intolérance doctrinale ; en somme, une grande partie des conquêtes de la civilisation moderne ne sont que de vieilles conquêtes du christianisme transférées à la société temporelle ».

³³⁷ Voir Br. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, *op. cit.*, D. Chagnollaud (dir.), *Les origines canoniques du droit constitutionnel*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2009 et, en complément, L. Fonbaustier, *La déposition du pape hérétique. Une origine du constitutionnalisme ?*, Paris, Mare et Martin, 2016.

³³⁸ D. Rodrigo de Menezes, DCD, n°9, 12/5/1856, p. 101.

³³⁹ Dont l'utilité se limite à « contenir les méchants » (*Ibid.*, p.103). Paradoxalement, nous sommes dans la continuité des catéchismes républicains français, louant la loi pour ses vertus correctrices.

³⁴⁰ Duc de Saldanha, DCD, n°56, 10/6/1850, p. 708.

³⁴¹ Voir l'attaque portée contre ce philosophe sceptique par J. de Sande Magalhães Mexia Salema, *Princípios de direito político*, *op. cit.*, p. 151 en notes.

³⁴² *Ibid.*, p. 148 : « La Religion fortifie, et consolide, la Constitution de l'État ; elle facilite, au

imposé aux Rois lors de leur acclamation³⁴³. Avant de rejoindre le parti conservateur, Salema ne répugnait pas à invoquer le Psaume 126 : *Nisi Dominus ædificaverit domum, in vanum laboraverunt qui ædificant eam*³⁴⁴. En écoutant la psalmodie jusqu'à sa fin, nul doute que tout repose sur la moralité des gouvernants et le respect de la parole donnée devant Dieu. Au terme d'un voyage séculaire, nous en revenons aux origines, aux allures de paradis perdu : le constitutionnalisme médiéval ne vaut-il pas finalement mieux ?

Il le vaut, sans doute, aux yeux des déçus de la monarchie constitutionnelle. Car, en vérité, le virulent procès du constitutionnalisme octroyé, intenté vers la fin du XIX^e siècle, sera aussi celui du constitutionnalisme moderne et de ses prétendues garanties qui ne font qu'accentuer la force du Léviathan. De moralité, il n'est ainsi guère question dans la pensée des ministres au pouvoir, accusés de bafouer la Charte, continuellement et sans vergogne, au point d'engendrer un nouvel élan d'absolutisme ou une pratique despotique du pouvoir inspirée par Napoléon III – la dictature de João Franco faisant office d'acmé du phénomène. Le cynisme du député Costa e Almeida prendra soin d'accabler ces personnalités restées sourdes aux objurgations morales, et devenues entre-temps des serviteurs de Mammon³⁴⁵ : le « religieux constitutionnalisme » professé par les gouvernants et autres députés, toujours prêts à voler au secours de la Charte en mots, mais jamais en actes, ne serait qu'une « confession de leur propre faute », un *Pœnitet me peccati*³⁴⁶... Ce simulacre de moralité constitutionnelle, à présent perdue³⁴⁷, est d'autant plus grave qu'il dévoile au grand jour les limites de la garantie moderne des droits. Il revient à la langue désabusée du chef du parti *Regenerador*, Ernesto Hintze Ribeiro (1849-1907), de prononcer l'épithète des illusions du constitutionnalisme moderne où nos libertés sont en réalité offertes à la main rarement tremblante du législateur :

sein des peuples, l'administration du gouvernement. On trouve en elle la raison justificative du droit, du devoir, de l'empire et de l'obéissance ; on relève même, en son sein, un merveilleux texte de lois fondamentales qui régulent l'exercice du pouvoir, et le mode d'obéissance [...] ».

³⁴³ *Ibid.*, pp. 100-101.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 140. La traduction du verset par Bossuet donne ceci : « Si le Seigneur ne bâtit la maison, c'est en vain que travaillent ceux qui la bâtissent ». Salema devait réclamer une plus grande sujétion à la loi de Dieu dans les régimes libéraux : l'indifférentisme religieux étant le corollaire de l'indifférentisme politique, toute l'instruction politique doit se fonder sur la morale catholique (pp. I-IV). Notons que les virulentes critiques adressées à ce traité par les constitutionnalistes de la fin du XIX^e siècle (à commencer par le regard condescendant de Lopes Praça) tiennent certainement à ces considérations religieuses ; il convenait de les taire au sein d'un droit qui se veut enfin scientifique.

³⁴⁵ La critique la plus virulente provient toutefois d'Oliveira Martins : « Que vaut un monarque sans pouvoir, ou une aristocratie sans privilèges ? Pas grand chose, voire rien du tout, face à l'omnipotence de l'argent ; c'est pour ça que le constitutionnalisme, mêlant la démocratie avec des éléments de pondération, et le droit divin avec la liberté individuelle, a créé un édifice de chimères, un système de ruses, venu substituer à la pensée la rhétorique, et à l'audace l'intrigue ; il a perverti tout et tout le monde [...] ». Art. « Eleições », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. I, p. 312.

³⁴⁶ Costa e Almeida, DCD, n°86, 12/8/1868, p. 1986.

³⁴⁷ Voir, de façon générale, D. Baranger, « La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la constitution) », in *Droits*, n°32, 2000, pp. 47-68.

« [...] nous vivons dans un pays où la propriété n'est déjà plus respectée, où aucun principe n'est maintenu en son intégralité. Voilà notre disgrâce ; c'est vivre dans un pays où tout est à la merci des gouvernements qui dictent la loi, et des parlements qui, presque sans la discuter, la votent. Mais je ne souhaite pas censurer mes collègues ; et pour ce motif, je m'abstiendrai de considérations sur le constitutionnalisme moderne. En disant que les droits individuels sont à la merci des gouvernements, je me limite à affirmer une triste vérité »³⁴⁸.

D'autres y verront plutôt le procès du constitutionnalisme octroyé et plus précisément de ses illusions. Des mirages qui tiennent à une double garantie des droits que l'on faisait miroiter : l'une moderne, à travers un texte constitutionnel, la Charte, que visiblement personne ne respecte ; l'autre ancienne, reposant sur le respect de la parole donnée, ce qui revient en cette fin de XIX^e siècle à prier face au silence : ce consensualisme honoré devant Dieu n'emporte plus aucune sanction « utile » depuis le renforcement inédit du réganisme et l'effondrement de la foi dans les grandes villes portugaises (ce qui n'est pas sans répercussion sur le simulacre de moralité constitutionnelle par ailleurs). Il était donc temps de mettre le Portugal aux normes modernes. Dans cette optique, Consiglieri Pedroso réclama la fin du serment à la Charte imposé aux députés. Après tout, ce type de jurement est totalement discrédité depuis les trois parjures royaux du XIX^e siècle : le serment de fidélité de D. João VI à la Constitution de 1822 ; celui de D. Miguel à la Charte de 1826 ; celui enfin de D. Maria II à la Constitution de 1838. Et de conclure : « Si ces exemples sont si proches de nous et si exubérants ; s'ils proviennent de si haut, que leurs fauteurs se sont crus inspirés du ciel en les pratiquant ; comment ne serions-nous pas autorisés à condamner et à stigmatiser le serment politique dans des sphères qui ne peuvent se mesurer à leurs hauteurs olympiennes ? »³⁴⁹.

Loin d'appeler au renoncement, la politique de ralliement initiée par le pape Léon XIII aura de ce fait une portée singulière dans le royaume portugais : il ne s'agit pas d'unir les catholiques sous l'égide de la République, comme en France, mais de rappeler aux gouvernements monarchiques l'importance du message chrétien. En 1894, la création de l'éphémère Centre Catholique Parlementaire, motivée par l'encyclique *Inter Sollicitudines* du 16 février 1892, place donc l'accent sur les revendications de la communauté de fidèles : celle-ci ne peut plus tolérer un gouvernement doté d'une morale évolutionniste, comprendre « sans Dieu »³⁵⁰ ; le constitutionnalisme ne saurait, à son tour, faire l'économie de ses ressorts anciens, qui assuraient les droits des chrétiens. Ainsi, à l'image de Quirino Avelino de Jesus, le catholicisme social lusitain tend à réfuter la « conception païenne » de la vie publique et de la vie privée : les valeurs fondamentales du christianisme, à commencer par l'insubordination de l'Église à l'État et par la réforme intérieure de l'Homme, doivent, en toutes circonstances, enserrer la moralité des gouvernants et leur

³⁴⁸ E. Hintze Ribeiro, *Diário da Câmara dos dignos Pares do Reino*, n°168, 10/7/1888, p. 1248.

³⁴⁹ Consiglieri Pedroso, DCD, n°9, 27/12/1884, p. 62.

³⁵⁰ Voir E. Castro Leal, « Quirino Avelino de Jesus, um católico « pragmático » : notas para o estudo crítico da relação existente entre publicismo e política (1894-1926) », in *Lusitania Sacra*, n°6, 1994, p. 362.

pratique institutionnelle³⁵¹. Confectionnée à partir d'un premier projet signé par Quirino Avelino de Jesus, la Constitution de 1933 en portera le témoignage en son article 4, où la morale et le droit sont censés contenir la souveraineté de l'État.

Redonner du poids à la morale chrétienne revient ainsi à redorer le blason du constitutionnalisme médiéval ou du moins à le concilier avec son versant moderne. Sur quelles bases démographique et culturelle ? Le recensement de la population réalisé en 1900³⁵² atteste certes d'une écrasante majorité catholique. Selon ces statistiques, sur 5 423 123 Portugais, 5 416 204 étaient déclarés catholiques ; seul 1,28% de la population se réclamait d'une autre obédience, dont 4491 protestants et seulement 1916 athées. Ces chiffres flatteurs occultent pourtant une réalité plus contrastée au sud du Tage et dans les villes de Lisbonne, Porto et Coimbra : en ces terres, seuls 20% des habitants professent le catholicisme dans un climat tendu et sensiblement hostile au clergé, annonciateur de l'anticléricalisme de combat qui caractérisera la jeune république portugaise³⁵³. De surcroît, l'idée chrétienne de Dieu, si importante au premier XIX^e siècle dans la pensée politique et constitutionnelle portugaise, y compris dans celle de l'ancien oratorien Silvestre Pinheiro Ferreira, se dilua progressivement dans les milieux intellectuels : elle sera remise en cause par le déisme de Amorim Viana, par le panthéisme de Domingos Tarroso, Antero de Quental et Guerra Junqueiro et par le messianisme de Sampaio Bruno, avant d'être finalement niée par l'athée Basílio Teles³⁵⁴. Toutefois, cette crise de la foi chrétienne (mais non religieuse, à l'exception de Teles) n'enlève rien au besoin de garantie « constitutionnelle » fondée sur des conceptions métaphysiques. L'identification de Dieu à l'univers renforce même cet état d'esprit, comme si l'autolimitation du pouvoir politique, et en particulier royal, ne pouvait se concevoir au Portugal sans une hétérolimitation cosmique, fondée sur des postulats aristotélico-thomistes : il faut des bornes naturellement fixées par une ou des puissances extérieures au gouvernement et au monde, autant dire une sollicitation de toute la force de l'Univers aux fins de renforcer le respect dû à la Constitution. Au rebours d'une histoire linéaire du constitutionnalisme, typique de la profession de foi libérale également appliquée au droit privé³⁵⁵, plusieurs politiques portugais (y compris des

³⁵¹ *Ibid.*, p. 382.

³⁵² *Censo da população do reino de Portugal no 1º de Dezembro de 1900*. Nous renvoyons à l'analyse complète de Manuel Clemente, *Igreja e sociedade portuguesa. Do Liberalismo à Republica*, Lisbonne, Assirio & Alvim, 2012.

³⁵³ Voir M. L. de Brito Moura, *A « guerra religiosa » na I República*, Lisbonne, Universidade católica portuguesa, 2010, 2^e éd. et L. Salgado de Matos, *A separação do Estado da Igreja. Concórdia e conflito entre a Primeira República e o Catolicismo*, Alfragide, Don Quixote, 2011, pp. 46-55 et 63.

³⁵⁴ A. Braz Teixeira, *Deus, o mal e a saudade. Estudos sobre o pensamento português e luso-brasileiro contemporâneo*, Lisbonne, Fundação Lusíada, 1993, p. 16.

³⁵⁵ D'inspiration libérale, les présentations schématiques des romanistes et historiens du droit libéraux du XIX^e siècle, à l'instar d'Ortolan dans son *Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien*, présentaient l'histoire des obligations comme un cheminement linéaire vers le triomphe du consensualisme, expression de la volonté et de la libération humaines. Ils

républicains repentis tel Oliveira Martins) ont pu être tentés par une histoire constitutionnelle cyclique, typique des anciens dans la lignée d'Aristote et de Polybe³⁵⁶ ; elle s'exprime par cette volonté diffuse d'abandonner les abstractions et/ou les mécanismes juridiques, devenus trop abscons, au profit de considérations religieuses aptes à offrir des réponses simples à la complexité du monde³⁵⁷. Il est parfois bon de regarder en arrière et de prendre appui sur d'anciennes béquilles, quitte à servir la cause de la nomologie³⁵⁸.

En toute hypothèse, avant de résoudre la question sociale, il fallait assurément s'occuper de la question religieuse³⁵⁹ – ce qui impliquait, du même coup, de régler le sort de la question constitutionnelle. Le mot d'ordre sera vite lancé par les professeurs de droit constitutionnel, convertis au positivisme et désireux de rompre définitivement avec ce legs religieux perturbant l'essor scientifique de leur discipline³⁶⁰. Dans son étude du pouvoir gouvernemental,

étendaient au droit le raisonnement qu'appliquait Condorcet aux institutions politiques et à l'espèce humaine : « susceptible de progrès » selon Raymond-Théodore Troplong (*De la vente*, Paris, Hingray, 1837, tome I, p. 45), le droit « se perfectionne » à mesure qu'il « se dégage des formes matérielles inutiles ». Ainsi, pour Dareste, collaborateur de Laboulaye, « les contrats réels ont précédé partout les contrats consensuels » ; ce second type de contrat ne pouvait naître, selon lui, au sein des groupes sociaux des origines qui, façonnés autour de la religion des mânes (âme des morts), agirait comme un tout, ignorant ainsi la propriété privée et même la relation d'échanges individuels. L'échange, dans ces sociétés archaïques, ne pouvait s'effectuer que de groupe à groupe. Le consensualisme, quant à lui, invention tardive de l'humanité, serait né avec l'émancipation elle aussi tardive de l'individu face au groupe et du poids nouvellement offert à la volonté. L'influence d'Ortolan au Portugal s'étendra jusqu'à Seabra, qui encense cette thèse évolutionniste de l'histoire des obligations. Voir O. Ferreira, « Le Code civil portugais de 1867 », art. cité, p. 87. Une étude plus globale mériterait cependant d'être menée à ce sujet, afin d'éclairer un peu plus le singulier état d'esprit lusitain du droit.

³⁵⁶ Voir par exemple l'article « Teoria da história universal », in J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. II, p. 21.

³⁵⁷ On appréciera à sa juste valeur la pensée foisonnante d'Oliveira Martins dans son article « Liberdade de cultos ». Dans sa critique de l'État moderne, un « machinisme dénué de pensée et de vie », et du constitutionnalisme, ce « bâtard des systèmes politiques », il propose comme substitut un idéal de société conçue comme un organisme harmonique, systématique et vivant, où la religion, la morale et le clergé retrouveraient le premier rang. Le paradoxe de cette pensée réside dans le rôle laissé à l'État, simple organe du droit ne devant pas servir de protecteur à la religion sous peine d'en pervertir l'esprit. J. P. de Oliveira Martins, *Política e História*, op. cit., t. II, pp. 69-85. Ce choix de l'indifférentisme étatique devait donc être renié : dans « O ultramontanismo. Direito contra o direito pelo bispo do Pará » (1875), il estimera que la séparation des Églises et de l'État est une erreur libérale ouvrant la voie à l'égoïsme, à l'utilitarisme, en bref à la dissolution sociale. *Ibid.*, pp. 272-274.

³⁵⁸ « Sobre o ensino da história », in *Ibid.*, p. 286.

³⁵⁹ F. Catroga, « O Republicanismo português (cultura, história e política) », in *História. Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, vol. 11, 2010, p. 97.

³⁶⁰ M. Braga da Cruz, « Para a história da sociologia académica em Portugal », in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVIII, 1982, pp. 73-119. On ne soulignera jamais assez la singularité du corps professoral portugais. Plus de la moitié des professeurs de droit a exercé des fonctions parlementaires sous la monarchie dite constitutionnelle et environ 20% d'entre eux ont tenu des portefeuilles ministériels. Voir M. F. Moura Ferreira, *A institucionalização do saber jurídico na monarquia constitucional. A Faculdade de direito da Universidade de Coimbra (1834-1910)*, thèse, Université du Minho, 2005, vol. I, pp. 279-286. Cette particularité, que l'on retrouve aussi sous l'État nouveau, est renforcée par le monopole de l'enseignement du droit offert à l'Université de Coimbra ; de fait, l'élite politique et administrative était formée par cette seule Faculté de droit.

publiée un an avant le renversement de régime, José Tavares se permet ainsi d'affirmer que la formule « roi par la grâce de Dieu » n'est que symbolique : la Charte abrite la fille d'une tradition religieuse, censée rendre hommage aux croyances « que l'on suppose encore être dominantes dans l'âme nationale »³⁶¹. De façon plus policée, mais dans un même ordre d'idées, Lopes Praça affirmait dès 1879 que le serment implique moins la soumission à Dieu que la reconnaissance de la souveraineté populaire³⁶². Il invitait les politiques à cesser d'invoquer Dieu et de « recourir à des prodiges » (*sic*) dans les affaires étatiques, notamment dans l'optique de légitimer la souveraineté : désormais, tout doit se soutenir par le seul droit positif, autant dire humain³⁶³.

Dans ce contexte, les positivistes endosseront le rôle de fossoyeur du constitutionnalisme octroyé. Ils commenceront par en saper les fondations en désacralisant son autel : à l'exemple de Trindade Coelho, ceux-ci veilleront autant à souligner le caractère incontestablement apocryphe des *Cortes* de Lamago³⁶⁴, qu'à propager la thèse de l'inutilité, de l'artificialité voire de la nocivité du pouvoir modérateur³⁶⁵. Mais ils vont surtout s'employer à ôter toute légitimité au constitutionnalisme octroyé en dévoilant ses multiples échecs, reproduisant ici leurs œuvres de démolition de la croyance chrétienne³⁶⁶. Certes, ces attaques ne peuvent faire valoir leur originalité : des déçus du libéralisme comme Simão José da Luz Soriano (1802-1891)³⁶⁷ livraient déjà un vif plaidoyer contre le système représentatif qui en serait l'héritage, dénonçant l'usage inconsidéré de l'esprit de système³⁶⁸. Mais si de telles récriminations ne cessent pas, les débats parlementaires présentent volontiers de nouveaux griefs : ils fourmillent ainsi d'accusations en tout genre, pointant du doigt les limites et autres ratés de l'éducation politique et constitutionnelle prétendument réalisable grâce à la Charte – violemment

³⁶¹ J. Tavares, *O poder governamental no direito constitucional português*, Coimbra, Imprensa academica, 1909, p. 20.

³⁶² J. J. Lopes Praça, *Direito constitucional português*, *op. cit.*, II^e partie, vol. I, p. 264.

³⁶³ *Ibid.*, p. 14.

³⁶⁴ J. Fr. Trindade Coelho, *Manual político do cidadão português*, Lisbonne, Parceria Pereira, 1906, pp. 197-198. L'œuvre veille aussi à invoquer la théorie des climats pour justifier la présence de différents États dans la péninsule ibérique ; le pan-latinisme n'était plus de saison...

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 495. Pour un exemple parlementaire, voir Sebastião Baracho, *Diário da Câmara dos dignos Pares do Reino*, n°2, 11/3/1910, p. 3.

³⁶⁶ Un cas célèbre concerne le républicain José Pereira de Bruno Sampaio (1857-1915), qui débuta sa carrière littéraire par un écrit typique du positivisme comtien, critique du christianisme : *Análise da crença cristã. Estudos críticos sobre o cristianismo, dogmas e crenças* (1874). Son évolution atypique, peu à peu tournée vers la mystique après son exil parisien (où il s'imprègne pourtant de figures socialistes comme Jules Guesde et Benoît Malon), offre un singulier exemple de la force d'attraction de la religion sur les mentalités portugaises dans un contexte pourtant hostile. Voir J. Serrão, *Sampaio Bruno. O homem e o pensamento*, Lisbonne, Livros Horizontes, 1986.

³⁶⁷ J. Rodrigues da Silva, « Simão José da Luz Soriano e o liberalismo moderado (1858-1860) », in *Cultura*, n°22, 2006, pp. 151-175.

³⁶⁸ S. J. da Luz Soriano, *Utopias desmascaradas*, *op. cit.*, pp. 19-22.

symbolisés, en fin de parcours, par le régicide de 1908³⁶⁹. Selon Manuel de Arriaga, les « fictions du constitutionnalisme monarchique », adossées au programme irréalisable de l'école doctrinaire³⁷⁰, ne peuvent plus leurrer la Nation : aussi condamne-t-il ce régime dualiste de « semi-libertés » qui « maltraitait et rejetait ses fils les plus illustres, et les rendaient nuls devant l'impossibilité de concilier les deux souverainetés, celle du roi et celle du peuple »³⁷¹. Tout aussi virulent, José Frederico Laranjo regrette le dur apprentissage du constitutionnalisme dans un pays où tout est prétexte à la dictature, y compris le moindre « vrombissement de mouches »³⁷².

Cette œuvre de destruction intellectuelle, lentement élaborée, en appelle finalement à la liquidation pure et simple du constitutionnalisme³⁷³. Elle sera présentée avec éclats sous la Constituante de 1911, suite au coup d'État renversant la monarchie ; son principal coryphée n'est autre que le président du Conseil, chef des républicains et introducteur du positivisme au Portugal³⁷⁴ : Teófilo Braga. On pourra toutefois être étonné par certains aspects du discours qui refusent, comme à peu près tous les autres bords parlementaires, de se livrer à l'esprit de système en matière constitutionnelle. En effet, pour Braga, l'esprit de système enfantera toujours une « œuvre mécanique », comprendre artificielle³⁷⁵. Pour mieux se faire entendre, le futur président de la République redouble de pédagogie : il prend le soin d'exposer ses fondements méthodologiques, comme dans ses œuvres doctrinales³⁷⁶. Il y

³⁶⁹ Voir en particulier le discours de Joaquim Pedro Martins (1875-1939), DCD, n°14, 22/05/1908, censé tirer les leçons du régicide de D. Carlos. D'après ce professeur d'histoire du droit, affilié au positivisme, « l'âme portugaise » ouvre les yeux après avoir été conditionnée par les « hypnotiseurs du constitutionnalisme » (p. 11) ; la Charte se révèle désormais dans toute sa nudité, celle d'un texte insuffisant au développement politique de la nation, qui n'a pas même su empêcher « l'orgie d'absolutisme » (*sic*) qui existe depuis 1890 (p. 16) et son résultat final.

³⁷⁰ Manuel de Arriaga, DCD, n°99, 16/6/1883, p. 1715 ; DCD, n°7, 11/1/1884, p. 32.

³⁷¹ Manuel de Arriaga, DCD, n°49, 26/3/1883, p. 806. Quelques mois plus tard, il rajoute que la Charte, qui fut un « bien relatif » en 1826, se limite depuis 1834 à servir le régime du triptyque « je peux, je veux, j'ordonne » (*posso, quero e mando*) : l'histoire du constitutionnalisme se résume ainsi à une série de coups d'État contre la Nation, qui démontrent bien son échec et la volonté continue de brimer la souveraineté du peuple. DCD, n°15, 23/01/1884, p. 119.

³⁷² Frederico Laranjo, *Diário da Câmara dos dignos Pares do Reino*, n°41, 11/4/1904, p. 487. Edgar Quinet analysait déjà le Portugal de la sorte quelques cinquante ans plus tôt : « Autant le peuple portugais aspirait à renaître, autant le gouvernement de dona Maria s'obstinait à empêcher cette résurrection. Il est si beau de trôner sur un peuple mort ! quelle paix souveraine ! quel calme majestueux ! On regrettait le tranquille Défunt de l'ancien régime, et l'on ne désespérait pas de faire rentrer dans son suaire le peuple qui y était resté sagement enseveli deux siècles. De là cette situation étrange d'un pays où toute marque de vie est considérée comme une rébellion ». *La France et la Sainte-Alliance en Portugal, 1847*, Paris, Joubert, 1847, p. 16.

³⁷³ Estêvão de Vasconcelos, DCD, n°38, 8/7/1908, p. 16.

³⁷⁴ F. Catroga, « Os inícios do positivismo em Portugal », in *Revista de história das ideias*, n°1, 1977, pp. 287-394. Les républicains positivistes, tels Consiglieri Pedroso, José Falcão, Carrilho Vieira, Teixeira Bastos et le professeur de droit administratif Manuel Emídio Garcia, apparaissent dès 1870.

³⁷⁵ T. Braga, *Diário da assembleia nacional constituinte*, I^{ère} législature, n°23, 18/7/1911, p. 17.

³⁷⁶ T. Braga, *Systema de sociologia*, Lisbonne, Typographia C. Irmão, 1884, p. 451. Application concrète dans son *História da literatura portuguesa*, Porto, Chardon, 1909, tome I, p. 107.

reprend les deux philosophes qui se sont partagés le monde des sciences et des juristes aux XVII^e et XVIII^e siècles, René Descartes d'un côté, Francis Bacon de l'autre, plus ou moins suivis et rajeunis par une succession de penseurs jusqu'à Auguste Comte. Braga opte rapidement pour la méthode sociologique et s'inscrit plus volontiers dans une voie baconienne, comme le fit le propre Comte, nonobstant l'hommage qu'il prêta aux deux maîtres de la philosophie moderne³⁷⁷.

Par voie de conséquence, le pouvoir « constituant » doit écarter la méthode dite « matheseologique » afin de s'en tenir aux éléments formant la base de la population, à commencer par les mœurs de ses Anciens, ses *mores maiorum*³⁷⁸. En employant cette référence romaine, Braga souligne l'enjeu du débat : la prochaine Constitution républicaine ne doit pas obéir à la mode de « l'éclectisme arbitraire » qui recourt à des implants en provenance du Brésil, de la France ou de la Suisse ; elle doit au contraire se composer d'éléments propres au pays et à ses traditions constitutionnelles³⁷⁹. Car Braga entend bien démontrer la persistance d'un fonds constitutionnel portugais, par-delà la Charte écrite de 1826, ce pur produit artificiel. Une Charte d'autant plus fausse qu'elle servait les intentions peu louables de la dynastie royale et de ses thuriféraires³⁸⁰, sous l'étendard équivoque de la religion et du constitutionnalisme octroyé :

« La Charte constitutionnelle de 1826-1910 a été conçue par des idéologues si habiles que toute cette Constitution fut fabriquée afin de permettre à la Dynastie des Bragances de se conserver inébranlable, avec son veto, son pouvoir modérateur, sa dotation royale et l'hérédité qui leur a donné tous les abus de la force ; au fond, c'était un absolutisme masqué, une manumission donnée aux sujets par un Roi de Portugal par la grâce de Dieu, qui a biffé le mandat que la Nation lui a offert lors des Cortes de 1641 »³⁸¹.

L'accusation est convenue, le choix de la méthode aussi. De surcroît, même l'argumentation rappelle furieusement celle déployée par les miguelistes à l'encontre de la Charte et, plus généralement, celle des contre-révolutionnaires, de Burke à Maistre, s'étant opposés à l'inutilité des

³⁷⁷ A. Kremer-Marietti, « *Philosophia prima et scala intellectus*, concepts en devenir chez Bacon et chez Comte », in M. Malherbe/J.-M. Pousseur (éd.), *Francis Bacon. Science et méthode*, Paris, Vrin, 1985, pp. 179-205.

³⁷⁸ T. Braga, *Diário da assembleia nacional constituinte*, lég. I, session 1, n°23, 18/7/1911, p. 17.

³⁷⁹ Ces éléments, inhérents à la théorie des climats (avec, nous le répétons, des sources plus anciennes que Montesquieu en tête), sont développés avec le plus de soin dans le traité de droit politique de José Frederico Laranjo, *Princípios de direito político e direito constitucional português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, pp. 28-44. Tout ceci a pour effet de limiter le « pouvoir de modification », nécessairement adossé à des considérations historiques, juridiques, religieuses ou encore morales antérieures sous peine de ne rien créer (*Ibid.*, p. 52).

³⁸⁰ La politique d'accroissement du pouvoir royal était en effet perçue comme une nécessité pour surmonter la crise des partis politiques. Dans les années 1880, plusieurs autorités littéraires, happées par la vie politique, y adhèrent : Antero de Quental, Eça de Queirós, Carlos Lobo d'Ávila, Luís de Magalhães. Voir F. Catroga, « O Republicanismo português... », art. cité, p. 107.

³⁸¹ T. Braga, *Diário da assembleia nacional constituinte*, lég. I, n°23, 18/7/1911, pp. 18-19.

constitutions écrites. Car Braga va justement les suivre : il existe bien des constitutions et des garanties non écrites, au Portugal comme ailleurs, qui nous protègent depuis toujours, et avec la même efficacité, contre l'arbitraire³⁸². Voilà, sans doute, la principale équivoque du constitutionnalisme octroyé : celle de nous faire croire en la nouveauté des garanties modernes, alors qu'elles sont le produit de notre histoire et de nos mœurs ; un mensonge qui en seconde un autre : ces garanties nécessiteraient une contrepartie exorbitante, à savoir la reconnaissance de prérogatives menaçantes accordées aux gouvernants. Braga ne se contente donc pas d'en appeler à la récupération de la souveraineté nationale confisquée par D. João VI en 1641, en tant que premier membre d'une « dynastie de la fraude »³⁸³ ; il invoque quelque chose de plus profond, de plus ancien, venant rabaisser l'importance des constitutions écrites : nos véritables garanties sont en nous, ce sont nos mœurs, nos manières, notre volonté de ne pas abandonner le champ de la politique pour toujours préserver les rênes de notre destinée. Braga retrouve les bienfaits de la mise sur un piédestal du *mos maiorum* romain, tant loué par Polybe ; ne reste plus qu'à le retranscrire dans un langage moderne, propre au troisième stade de la civilisation humaine, à moins qu'il ne se satisfasse du motif républicain fondé sur l'amour du peuple pour sa liberté, autrement dit : la liberté des Anciens...

Retour à la case départ ? Certainement pas. Mais ces propos du futur président de la République annoncent bien ce que sera le constitutionnalisme au Portugal, au moins jusqu'à la révolution des Œillets : un compromis inachevé entre le passé et le présent, prenant en compte (sauf à chercher comme Afonso Costa à le détruire) les caractères du pays, à commencer par sa religion. Car devant le catafalque de la monarchie et du constitutionnalisme, et à côté des positivistes qui, finalement, ne s'en remettent pas uniquement à un texte fondamental écrit, figurent également des jusnaturalistes qui prendront leur revanche avec Salazar. Constitution incomprise donc inappliquée³⁸⁴, la Charte devient pour le député et professeur de droit Caeiro da Matta (1877-1963), futur ministre salazariste, une coquille vide qui cède le pas face à une « constitution occulte » plus proche de nos mœurs et des racines de nos institutions³⁸⁵. La lecture hégélienne dissimulée derrière ce type de conviction se veut résolument polémique et inlassablement rabâchée, peu différente en surface du sentiment des républicains ; en profondeur, cependant, la donne est bien différente et marque sans doute le divorce

³⁸² « C'est dans notre pays, et en débattant de notre Constitution, que je vais suivre le critère sociologique, c'est-à-dire que je vais trouver dans les traditions de notre terre toutes les thèses, normes et développements des constitutions politiques actuelles ; et, même lors de cet examen, nous parvenons à la conclusion que ces choses qu'on nous affirme provenir de l'Angleterre [...] ou de la transition des chartes octroyées, lors des époques du constitutionnalisme, nous les avons déjà chez nous ». *Ibid.*, p. 17. Il le démontre lors des deux pages qui suivent.

³⁸³ *Ibid.*, p. 19.

³⁸⁴ Caeiro da Matta, DCD, n°37, 7/7/1908, p. 6.

³⁸⁵ « Sur la constitution expresse, écrite, prévaut, non de façon rare, une constitution occulte qui la dénature. Il est nécessaire d'analyser la structure générale d'un pays, de plonger jusqu'aux racines profondes de ses institutions, pour juger le mode comme le peuple se meut dans le chemin de la liberté et comment elles le laissent le parcourir ». *Ibid.*, p. 5.

irréremédiable entre, d'un côté, les professeurs de droit positivistes et républicains et, de l'autre, les professeurs de droit jusnaturalistes et conservateurs, qui formeront l'élite de la cathédocratie dirigeant l'*Estado Novo*. Signe des temps, cette dernière confectionnera la Constitution de 1933 en proposant un programme expressément éclectique, à même d'unir et de réconcilier les deux versants du constitutionnalisme³⁸⁶.

Enviado el (Submission Date) : 13/02/2107

Aceptado el (Acceptance date) : 22/05/2107

³⁸⁶ M. Caetano, *Lições de direito constitucional e de ciência política (1951-1952)*, Coimbra editora, 1952, p. 296.