

Malesherbes et la philosophie du droit : la question de la tolérance

Guilhem Armand

Dans son *Histoire européenne de la tolérance (XVI^e-XX^e siècle)*, Thierry Wanegffelen ne mentionne qu'à deux reprises Chrétien Guillaume Lamoignon de Malesherbes, autour de l'édit « qu'on qualifie abusivement "de tolérance" »¹. C'est qu'au regard de l'Édit de Nantes, la disposition essentiellement civique de 1787 déçoit une grande partie des protestants. Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne, qui avait pourtant collaboré avec Malesherbes, critique vivement les insuffisances de cet édit, dans son discours à l'Assemblée Nationale le 28 août 1789². Ce que réclame le pasteur, c'est une véritable « égalité des droits » :

[...] que tous les non-catholiques français soient assimilés en tout, et sans réserve aucune, à tous les autres citoyens, parce qu'ils sont citoyens aussi, et que la loi, et que la liberté, toujours impartiales, ne distribuent point inégalement les actes rigoureux de leur exacte justice³.

Ce qu'il demande, en fait, c'est non plus la tolérance – qui implique un jugement de valeur – mais l'acceptation totale, l'assimilation, notion désormais possible au moment où l'idée d'une monarchie de droit divin s'écroule en France, fille aînée de l'Église.

Et c'est à l'aune de cette différence fondamentale que l'on a parfois jugé Malesherbes *a posteriori*, ou plutôt déjugé son combat, oubliant qu'il convient de le situer dans le cadre de la monarchie absolue, fût-ce deux ans avant la Révolution Française. C'est une réflexion de plus d'un siècle, réunissant des penseurs tels que Locke, Montesquieu ou encore Voltaire, qui trouve enfin avec Malesherbes un aboutissement concret. Et pour l'auteur, c'est le résultat d'un travail de plus de dix ans, qu'il avait réellement entamé en devenant le 20 juillet 1775 secrétaire d'Etat à

¹ Thierry Wanegffelen, *L'Édit de Nantes. Une histoire européenne de la tolérance (XVI^e-XX^e siècle)*, Paris, Librairie Générale Française, Le Livre de Poche, coll. « Histoire », 1998, p. 220.

² Reproduit dans *Une histoire européenne de la tolérance*, éd. cit., p. 289-291.

³ *Discours de Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne à l'Assemblée nationale le 28 août 1789*, cité par Th. Wanegffelen, éd. cit., p. 288.

la Maison du roi, responsable, entre autres, de la question protestante. La mauvaise conscience de l'Histoire voulait-elle oublier cet homme, avocat de Louis XVI, que la Révolution a décapité avec sa famille ? Or, Voltaire, que la mémoire républicaine a retenu pour avoir posé la figure de l'intellectuel engagé avant la lettre, pour avoir connu le succès que l'on sait dans l'affaire Calas, ne réclamait pas autre chose dans son *Traité sur la tolérance*. Si l'appel glisse sur la fin vers un désir de fraternité déiste, les tout derniers chapitres de son ouvrage, en faisant un point sur les résolutions royales, n'osent pas explicitement demander l'acceptation et l'assimilation.

Aimé du peuple, incarnant même à plusieurs reprises un espoir, s'étant montré capable de hausser le ton contre l'injustice – l'affaire Monnerat eut quelque écho –, Malesherbes était toutefois un homme de l'ombre, préférant la solitude des cabinets ou de son château, aussi sa stratégie est-elle radicalement différente de celle du patriarche de Ferney, et pas seulement sur le plan du bruit qu'il se refusait à faire : le juriste avait bien conscience que provoquer le parti des dévots ne pourrait que nuire à son entreprise. Si certains arguments, ceux des Lumières, leur sont communs, il s'agit pour l'auteur du *Mémoire sur le mariage des Protestants* non pas d'écraser l'Infâme, de combattre un ennemi trop grand et inaccessible, mais de réduire concrètement des injustices tangibles, avec les armes qui sont les siennes : celles du droit.

Il s'agira donc ici de se concentrer sur le *Mémoire sur le mariage des Protestants en 1785*⁴, texte fondateur, à l'origine de l'*Édit de Versailles* aussi appelé *Édit de tolérance*, premier grand pas vers l'acceptation de la pluralité des confessions, pour comprendre comment Malesherbes renouvelle efficacement le combat pour la tolérance religieuse, comment il parvient à combiner habilement les pensées des Lumières sur le droit aux réflexions historiques des cabinets ministériels.

L'objectivité du magistrat

Dans le *Second Mémoire sur le Mariage des Protestants* (1786) avant de poser les « principes dans lesquels [la loi] doit être faite » (chapitre 2), Malesherbes prouve que cette loi est nécessaire (chapitre 1). Il s'appuie sur des arguments juridiques et moraux : il existe une « tolérance tacite »⁵, mais une vraie loi permettrait de résoudre le problème à la fois de transmission d'héritage et de morale. Les dispositions de cette loi ne relèvent – au grand regret *a posteriori* de Rabaut de Saint-Etienne – que de l'état civil et ne permettent d'accorder aux protestants que les droits « qu'on n'a pas pu leur refuser ».

Cependant, tout le talent de Malesherbes a consisté justement à ce que l'on ne puisse plus leur refuser ces droits essentiels mais qui leur étaient interdits depuis

⁴ On se référera à l'édition de 1787 qui contient les deux mémoires, mais aussi une série d'annexes parmi lesquelles le *Mémoire de M. Joly de Fleury* : Malesherbes, *Mémoire sur le Mariage des Protestants*, Londres, 1787 (on utilisera désormais les références suivantes : *1^{er} Mémoire* et *Second Mémoire* qui, bien que réunis dans un même volume, ont des paginations renouvelées).

⁵ *Second Mémoire*, p. 1.

plus d'un siècle et la stratégie du premier *Mémoire* était de les rendre évidents. Son ambition est à la mesure de ses capacités et des circonstances, et il semble même regretter de ne pouvoir faire plus, comme il l'écrit à Séguier :

Je crois que les Protestants sont dans l'erreur à plusieurs égards sur l'état actuel de leurs affaires et qu'il est nécessaire de les détromper. Ils sont persuadés, dans plusieurs provinces, qu'on va nécessairement changer leur état. Ce bruit s'est répandu à l'avènement du Roi...⁶

L'auteur y revient sur le « préjugé tiré de l'autorité respectable de Louis XIV, & de l'inaction dans laquelle on s'est tenu pendant tout le règne de Louis XV »⁷ pour démontrer que le grand artisan de la Révocation de l'Édit de Nantes ne voulait pas que l'on réduisît les enfants des Protestants à la bâtardise, et ne s'est pas opposé au mariage des Protestants. Il énonce sa thèse au bout de quelques pages :

Voilà ce qu'on auroit à dire pour faire rendre aux Protestans les droits de Citoyens, s'il étoit vrai que ce fût Louis XIV qui les en eût dépouillés. Mais je vais plus loin, & je soutiens, contre l'opinion commune, que jamais Louis XIV n'a voulu prononcer contre les Familles Protestantes l'espece de mort civile à laquelle elles sont réduites aujourd'hui⁸.

La progression de la démonstration est spiralaire et, en fait d'argumentation, Malesherbes, érudit magistrat, propose davantage au lecteur une leçon à la fois d'histoire de la question protestante en France – en particulier depuis le règne de Louis XIV – et de droit. L'auteur présumé de la célèbre formule « qui aurait cru que la tolérance même aurait ses fanatiques ? »⁹ se refuse à la polémique et veut amener la question sur son terrain, celui de la raison juridique. Il veut, selon la formule de Jean des Cars, « réduire l'Édit de Nantes à un simple problème de technique administrative »¹⁰.

C'est d'ailleurs en cela qu'il se distingue des Philosophes du siècle des Lumières¹¹. Si Voltaire fait preuve d'une véritable érudition théologique dans ses notes du *Traité sur la tolérance*, Malesherbes se fonde davantage sur les lois, les

⁶ Cité par Jean des Cars, *Malesherbes gentilhomme des Lumières*, Paris, Éditions de Fallois, 1994, p. 341.

⁷ *Ibid.* p. i.

⁸ 1^{er} *Mémoire*, p. 7.

⁹ Cité notamment par Jean des Cars, *op. cit.*, p. 334.

¹⁰ J. des Cars, *op. cit.*, p. 338.

¹¹ S'il les apprécie – on se souvient de l'affaire de l'*Encyclopédie* – et qu'il ne s'en défend pas, il marque tout de même ses distances comme il le rappelle régulièrement, notamment dans cette lettre au Roi où il écrit : « Mon amitié pour la plupart de ceux qu'on appelle aujourd'hui les philosophes et mon goût pour la lecture de leurs ouvrages ne m'ont jamais aveuglé sur les excès auxquels ils se porteraient si on les laissait les maîtres et que personne n'a jamais plus respecté que moi la véritable piété. » (cité par J. des Cars, *op. cit.* p. 345). Et l'on connaît son rapport ambigu à Voltaire (sur ce point, voir V. André, *Malesherbes à Louis XVI, ou les avertissements de Cassandre*, Paris, Tallandier, « Bibliothèque d'Evelyne Lever », 2010, p. 29-30).

décrets, les mémoires et autres documents historiques (tels que les lettres de Mme de Maintenon) pour fonder son discours. Il s'agit pour lui de conserver l'objectivité du magistrat. Il ne plaide pas, il examine.

Dès le début, il élude, sur le mode de la prétérition, les arguments désormais classiques de ses prédécesseurs dans ce combat :

1°. Il est superflu de mettre sous les yeux du Conseil, les inconvénients trop connus de l'état où sont depuis un siècle les Protestans en France¹².

Et de rappeler le « tort irréparable [...] fait au commerce aux manufactures & à la population »¹³, la forte émigration, le contre-exemple d'Abbeville et l'exemple de Neuchâtel. On notera d'ailleurs que les inconvénients susmentionnés concernent non pas les Protestants eux-mêmes, dont il n'est jamais question, mais la situation économique du Royaume. Mais ces « considérations politiques »¹⁴ que l'on a déjà lues dans les *Lettres persanes* ou dans les *Lettres anglaises*¹⁵ sont vite laissées de côté.

L'autre grande qualité du magistrat est de conserver sa parfaite neutralité, du moins de l'affirmer régulièrement. A plusieurs reprises, il dédouane le clergé, soulignant que celui-ci n'est en rien responsable de la situation actuelle :

La profanation des Sacremens étoit un scandale qu'il falloit faire cesser ; mais il falloit en même tems pourvoir au sort des Citoyens, à qui il ne restoit plus de moyen d'assurer leur état civil & celui de leurs enfans.

Ce n'est point au Clergé à statuer sur l'état civil des Citoyens. Il a fait son devoir en empêchant la profanation, c'est au Législateur à faire le sien¹⁶.

Il s'agit de replacer systématiquement la question dans son cadre juridique, d'opérer une séparation des domaines entre ce qui concerne la foi et ce qui regarde la loi. Il opère alors une démonstration dont il est familier, puisque c'est celle des *Remontrances* de 1771 : il y rappelait les principes premiers de l'impôt en remontant à l'origine de l'aide volontaire au Roi au XIV^e siècle, afin d'appuyer sa théorie d'un impôt consenti et limité¹⁷. Là encore, il s'agit de re-montrer au Roi ce qu'il n'a pas pu voir, éclairé de conseils aveugles (ou aveuglés) qu'il était.

¹² *Ibid.* p. 1.

¹³ *Ibid.* p. 2.

¹⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁵ « Le Roi y a perdu des Sujets, sans que l'Église y ait acquis des Catholiques. » *Ibid.*, p. 6. La même idée parcourt la fameuse Lettre 85, d'Usbek à Mirza, sur les Guèbres, ou les Lettres sur les Quakers. En tant que magistrat, Malesherbes peut s'exprimer sans le détour de l'allégorie : c'est à une analyse économique de la situation de l'État qu'il se livre, et non à l'écriture d'un ouvrage de *Philosophie*.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18. De même, autour de l'affaire de 1752, lorsqu'obligation avait été faite au clergé de donner les derniers sacrements aux protestants et que celui-ci s'y était refusé, Malesherbes souligne l'impossibilité de trancher : « Je trouve même que dans les circonstances où l'affaire étoit présentée, on ne devoit céder ni de part ni d'autre. » (p. 94).

¹⁷ Voir sur ce point E. Badinter, *Les « Remontrances » de Malesherbes*, Paris, Éditions Tallandier, « Texto », 2008, p. 38.

La leçon de l'érudit

Sa démarche se fonde sur une abondante documentation, comme nous l'indique Valérie André qui rappelle que l'intérêt de Malesherbes pour la question de la tolérance des Protestants est ancien :

Quand Malesherbes arrive à la Maison du roi, il est déjà sensibilisé à la cause de ces citoyens brimés. L'inventaire des archives familiales prouve qu'il avait lu tout ce qui avait été écrit sur la question¹⁸.

Il avait déjà envoyé au roi un *Mémoire sur les affaires de religion*, le 11 juin 1776, dont 78 des 111 pages étaient consacrées au protestantisme, et où déjà apparaissait l'idée de remplacer le prêtre par un laïc lors des formalités d'enregistrement d'une naissance ou d'un mariage. Il correspondait depuis un certain temps avec des intellectuels calvinistes comme Lecointe de Marcillac, Louis Dutens, il avait rencontré Claude Carloman de Rulhière¹⁹, La Fayette, Rabaut de Saint-Etienne, puis, plus tard, au moment de la rédaction de l'Édit, Thomas Paine, futur président des Etats-Unis.

Et c'est une leçon qu'il propose à ses lecteurs à qui il démontre que l'Édit de Nantes n'a jamais interdit le mariage des Protestants, mais que *de facto*, par une aporie de l'Histoire, ce dernier est devenu impossible. A travers sa lecture des diverses ordonnances, de celle du 13 mars 1679 qui prônait une tolérance à l'égard des convertis insincères²⁰, jusqu'à celle du 8 mars 1715, il se pose en interprète éclairé de la pensée et de la volonté de Louis XIV :

Or, on reconnoitra aisément que c'est être fidèle aux principes qui étoient dans le cœur de Louis XIV, de donner aux Protestans un état civil & des droits communs de tous les Citoyens. Car nous avons déjà vu qu'il a voulu constamment préserver leur race de la bâtardise à laquelle on les condamne aujourd'hui²¹.

¹⁸ V. André, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹ Chargé par le Baron de Breteuil d'une enquête sur l'état des protestants en France, J. des Cars note aussi que :

« Le premier mérite de Malesherbes est donc de rassembler des chiffres, des usages, des revendications, des espérances, en somme des composantes du Royaume et de relever des contradictions et des aberrations qui scandalisent son esprit de justice sociale. Enfin, l'ancien ministre veut prendre sa revanche sur la politique officielle. Ce qu'il n'a pu accomplir comme ministre du Roi, Malesherbes le diligentera comme aristocrate de robe, davantage écouté lorsqu'il éclaire les ombres du pouvoir.

[...] Lorsqu'on examine les papiers du château de Tocqueville, on observe avec quelle minutie Malesherbes a progressé dans la connaissance du problème. Le magistrat a rassemblé, compulsé et annoté des archives spécifiques depuis le siècle précédent [...] »

²⁰ *1^{er} Mémoire*, p. 9, note 1.

²¹ *Ibid.*, p. 22.

Et de dénoncer :

C'est donc contre l'intention de Louis XIV, contre celle du Clergé de 1685, & contre celle des Magistrats du regne de Louis XV, que cette bâtardise, de plus d'un million de Citoyens, a été introduite dans le Royaume²².

L'auteur nous rappelle qu'il avait été demandé aux pasteurs, avant et après la Révocation, d'envoyer les registres aux Greffes des Justices Royales : il cite les différents arrêts de 1665 à 1685. Et selon Malesherbes, l'ordonnance du 15 juin 1697 qui voulait contraindre les protestants à réhabiliter leur mariage devant l'Église, plutôt qu'une négation de leur religion, serait une mesure civique prouvant que le roi ne voulait pas laisser « procréer des races de bâtards »²³. Mais peu après, le Cardinal de Noailles s'oppose à ce que les convertis insincères paraissent à l'église simplement pour remplir cette formalité. La principale erreur historique fut de considérer la Révocation comme un état de fait, entériné par une loi en 1715. Aussi tous les protestants du Royaume furent-ils « rangés dans la classe des Nouveaux-Convertis »²⁴, et le 8 mars 1715, il fut officiellement déclaré qu'il n'y avait plus de protestants en France :

Ce système des Magistrats du regne de Louis XV, qui est aussi celui des Evêques de 1685, oblige les Protestans à se marier dans l'Église Catholique, & oblige aussi le Clergé à leur accorder le Sacrement, lorsqu'ils le demandent ; car on ne sauroit douter qu'un Curé ne soit obligé de marier un Catholique son paroissien²⁵.

C'est cette « fiction » – le terme revient à plusieurs reprises – que dénonce Malesherbes, et il y revient avec d'autant plus d'insistance qu'elle s'est ancrée dans les dédales du droit français sous le règne de Louis XV : « C'est une obstination puérile d'insister sur la fiction qu'il n'y a plus de Protestans en France »²⁶. L'aporie historique levée, il ne reste plus qu'à statuer juridiquement :

Ce devoir [d'état civil] peut être rempli sans déroger aux dispositions précises d'aucune Loi, & seulement en renonçant à la fiction qu'il n'y a plus de Protestans en France ; car dès qu'on voudra bien consentir à nommer Protestans ceux qui le sont réellement, toutes les Loix sur les mariages des Nouveaux Convertis ne les concerneront plus, & on verra bientôt qu'il n'y en a jamais eu aucune qui interdise aux Protestans un mariage légitime²⁷.

La leçon d'Histoire se transforme alors en cours de droit, voire en explication de texte. Malesherbes nous rappelle que l'édit révocatoire ne contenait pas un seul mot concernant le mariage des protestants, d'où son intérêt pour ce « vide

²² *Ibid.*, p. 13-14.

²³ *Ibid.*, p. 12.

²⁴ *Ibid.*, p. 12.

²⁵ *Ibid.*, p. 13.

²⁶ *Ibid.*, p. 19.

²⁷ *Ibid.*

juridique ». Cela implique en effet, explique-t-il, que la question du mariage doit être abordée selon les mêmes résolutions qu'avant : un ministre du culte pouvait prononcer le mariage, mais sans faire de messe. Ce sont les dispositions contradictoires d'incitation au mariage des Nouveaux Convertis – et non des protestants, c'eût été une abominable hypocrisie – et la crainte de persécutions qui ont retenu les Réformés de faire appel à cette loi toujours en vigueur :

Si quelque Protestant avoit demandé un Ministre pour le marier, la loi étoit toute faite, on le lui auroit accordé ; mais en espérant qu'ils n'en demanderoient pas, ce qui arriva réellement ; et alors il fallait qu'ils se mariassent dans l'Église, qui étoit très-disposée à les recevoir, & dès ce moment ils furent inscrits dans la liste des Nouveaux Convertis, & obligés de remplir toute leur vie les devoirs des Catholiques, à peine d'être condamnés comme relaps²⁸.

« C'est ainsi que la loi faite par Louis XIV n'a jamais été exécutée pendant tout son règne, quoiqu'elle n'ait jamais été révoquée »²⁹ conclut Malesherbes qui cite à l'appui des lettres de Mme de Maintenon et divers « Mémoires du tems ». Le temps fit son ouvrage et l'interdiction, *de facto*, eut valeur de loi... parce qu'on ne lisait pas la loi : « il semble n'avoir seulement pas lu l'Édit d'octobre 1685 »³⁰ celui qui pense que Louis XIV était contre le mariage des protestants, explique-t-il.

Comment peut-on dire que ceux qui vivent en 1752 manquent aux promesses qu'on suppose faites par eux en 1685 ? D'ailleurs, comment est-il possible que l'Evêque d'Alais, ou ceux par qui il faisait faire ses recherches, aient ignoré que ce qu'on appeloit l'exercice en 1685, & ce qui a été toujours connu sous ce nom depuis 1598, est l'exercice public, & les Assemblées dont la suppression n'a jamais ôté à chaque particulier la liberté de professer en particulier sa Religion, ainsi n'a point produit une conversion générale³¹.

C'est bien en tant qu'érudit, historien du droit, que Malesherbes conclut modestement sur l'importance de « faire connoître qu'on n'avoit à [...] proposer qu'une loi de Louis XIV lui-même »³² et des faits ignorés des « Ministres de la fin du règne de Louis XV » : « Il n'étoit pas même possible qu'ils la sçussent, parce qu'ils ne sont recueillis nulle part »³³.

²⁸ *Ibid.*, p. 45. *Relaps* : «(On prononce les deux dernières lettres.) Qui est retombé dans l'hérésie », précise le *Dictionnaire de l'Académie française*, 4^e édition, 1762.

²⁹ *Ibid.* p. 48.

³⁰ *Ibid.* p. 104.

³¹ *Ibid.* Et il cite à l'appui cet extrait de l'édit : « lesdits de la R.P.R. pourront demeurer dans le Royaume sans y être troublés ni empêchés, sous prétexte de leur dite Religion, à condition, comme dit est, de ne point faire d'exercice, de ne point s'assembler sous prétexte de priere ou de culte de ladite Religion. » (p. 105).

³² *Ibid.*, p. 131.

³³ *Ibid.*, p. 132.

Pour une philosophie pragmatique

Mais derrière la rigoureuse exégèse des décrets de Louis XIV et Louis XV, peut se lire la volonté malesherbienne d'établir une forme de jurisprudence rigoureuse, laïque, fondée sur le droit naturel. Sous couvert de pragmatisme politique et juridique, Malesherbes prend par moments de discrets accents de philosophe des Lumières.

La fiction de la fin du protestantisme en France dénoncée, la dimension illogique de la situation révélée³⁴, il convient alors de s'interroger sur la question des moyens. Or la situation est bloquée puisque les curés ont en quelque sorte la charge d'officier d'état civil :

Ainsi le Curé qui, comme Ministre de l'Église, obéit aux Loix de l'Église, obéit en même tems, comme sujet & comme Officier civil, à la Loi de son Souverain temporel³⁵.

Dans son jugement impartial de la conjoncture, Malesherbes souligne qu'un curé ne peut marier des protestants, et qu'un roi catholique ne peut reconnaître une union bénie par un pasteur. Cependant, il est indispensable que tous les sujets du Roi de France soient citoyens français, d'autant que les protestants agissent en bons sujets du roi, comme le fait remarquer l'auteur en évoquant les troubles du Languedoc au milieu du siècle :

Les Protestans, dans leurs ouvrages, ne manquent pas aussi d'observer qu'ils ont été les premiers à porter aux Intendans la déclaration de leurs biens pour les faire imposer au vingtième, pendant que le Clergé s'y refusait³⁶.

La solution est dans cette idée, héritée de Locke, d'une séparation sinon des pouvoirs, du moins des responsabilités. « La loi du Souverain exige l'obéissance, mais non pas la croyance »³⁷ insiste Malesherbes, tandis que « C'est au Souverain, & sous son autorité, aux Magistrats à faire jouir les Citoyens des droits de leur naissance. C'est donc par des officiers revêtus par le Souverain d'un caractère public que les registres doivent être tenus »³⁸. Il fait ainsi écho au philosophe anglais qui explique :

Il me semble que l'Etat est une société d'hommes constituée à seule fin de conserver et de promouvoir leurs biens civils. [...]

³⁴ « Enfin, Louis XIV n'a jamais ordonné que les Protestans qui avouaient leur Religion, & qui ne s'étoient jamais souillés d'une fausse abjuration, fussent mariés dans l'Église Catholique, je crois même que la seule proposition d'une pareille Loi lui auroit fait horreur. C'est cependant ce qui résulte de cette malheureuse fiction qu'il n'y a plus de Protestans en France. » *Ibid.*, p. 17.

³⁵ *Ibid.*, p. 28-29.

³⁶ *Ibid.*, p. 91.

³⁷ *Ibid.*, p. 19.

³⁸ *Ibid.*, p. 25.

Tout ce qui va suivre me semble démontrer que toute la juridiction du magistrat concerne uniquement ces biens civils et que le droit et la souveraineté du pouvoir civil se bornent et se limitent à conserver et à promouvoir ces biens-là seulement, et qu'ils ne doivent ou ne peuvent en aucune façon s'étendre au salut des âmes.

Premièrement, parce que le magistrat civil, pas plus que les autres hommes, n'a été chargé du soin des âmes³⁹.

Et c'est là que le texte glisse, par moments vers la plaidoirie. Il s'agit non seulement de permettre aux protestants de s'unir devant un laïc, officier d'état civil, mais bien plus de confier cette responsabilité, concernant l'ensemble des citoyens, au pouvoir temporel de la magistrature. Malesherbes reprend l'histoire du mariage chez les Chrétiens, soutenant que la tenue des registres par le clergé est avant tout une tradition remontant au « tems où les Ecclésiastiques étoient les seuls qui sussent lire & écrire »⁴⁰, mais il souligne qu'« ils ne peuvent avoir reçu cette mission que du Souverain temporel »⁴¹. Il va même plus loin, suggérant que le mariage ne relève pas tant d'une question culturelle, que d'un droit naturel inaliénable sur lequel l'autorité temporelle ou religieuse n'a aucun droit, sinon la charge strictement formelle de l'enregistrement. Par conséquent, empêcher le mariage des protestants (ou de quiconque) est un « ... pouvoir que n'ont jamais dû avoir la puissance spirituelle, ni la puissance temporelle, celui de permettre ou défendre arbitrairement de contracter l'engagement de mariage, cet acte qui est nécessaire dans la vie de la plupart des hommes »⁴². Et Malesherbes de citer la lettre de Mme de Maintenon au Cardinal de Noailles du 6 octobre 1699 afin de dénoncer, discrètement en note, cet abus du clergé : « M. de Pontchartrain dit que l'Église veut se servir de l'occasion pour tirer des avantages auxquels elle n'avoit jamais prétendu »⁴³.

S'il se garde bien d'opérer une réelle critique du Clergé, Malesherbes fonde toutefois – et dès le début – sa réflexion juridique sur le droit naturel :

Indépendamment de toutes ces considérations politiques, il en est une autre que j'ose dire encore supérieure ; c'est que ni la justice, ni l'humanité, ni la raison ne permettent de condamner des races entières à la bâtardise, pour les punir de l'hérésie de leurs pères⁴⁴.

Et toute la relecture historique que propose Malesherbes consiste à démontrer – sans doute avec une part de rhétorique dans cette interprétation des vues de Louis XIV – que les mesures prises à l'encontre des protestants ne contrevenaient pas,

³⁹ Locke, *Lettre sur la tolérance*, R. Polin (trad.), Paris, PUF, « Quadrige », 1995, p. 11-12.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁴¹ *Ibid.*, p. 28. A ce propos, il renvoie aux règlements de 1736 et 1782.

⁴² *Ibid.*, p. 92.

⁴³ *Ibid.*, p. 93, note 1.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

dans l'esprit, aux principes du droit naturel, sinon pour tenter une juste conversion... qui a échoué :

On pense communément que cette proscription a été prononcée par Louis XIV. Si cela étoit vrai, ce Prince, né avec l'amour de la justice, & qui ne s'en est écarté que quand il a cru que la Religion le lui commandoit, n'auroit pu rendre une loi si injuste, que parce qu'il étoit persuadé que c'étoit un moyen sûr de ramener un jour tous ses Sujets à la Religion Catholique. Or il est prouvé aujourd'hui par l'expérience d'un siècle, que la persécution des Protestans ne peut pas produire cette conversion dont il s'étoit flatté⁴⁵.

Aussi convient-il de revenir aux sources du droit, à la pensée de Louis XIV, et éviter une haine inutile :

On dira tant qu'on voudra que toute cette affaire fut conduite par la haine plus que par la raison, & qu'on auroit toujours voulu réduire les Protestans à la bâtardise, lors même que cela ne servirait à rien. Je ne nierai point que cette haine ne fut dans le cœur de beaucoup de Catholiques, sur-tout des Théologiens ; mais pour Louis XIV lui-même, il ne s'est permis des injustices que quand elles avoient un but qu'il croyoit utile à la Religion⁴⁶.

L'auteur prouve que cette haine s'était estompée par le rappel de la suppression des Tribunaux extraordinaires bien avant la Révocation de l'Édit de Nantes, en 1669 et en 1679. Ces arrêts témoigneraient de la volonté du souverain d'établir une véritable égalité des citoyens devant la loi, quelle que soit leur confession. Dans sa relecture du règne de Louis XIV, il prend les décrets à la lettre, se montrant presque candide en supposant par exemple que les arrêts de 1683 et 1684 dépouillant les protestants « des biens qui leur avaient été donnés ou légués pour prendre soin des pauvres et des malades de leur Religion »⁴⁷ constituaient en quelque sorte un progrès dans l'assimilation puisque les sommes devaient être reversées aux Hôpitaux généraux du Royaume qui les accueilleraient « avec la même charité » et sans les tourmenter pour les faire changer de religion. Il concède toutefois que ces mesures « furent portées à un excès qu'on ne sauroit approuver »⁴⁸.

Si la première moitié du XVIII^e siècle a été marquée par une série d'incompréhensions de ces principes, Malesherbes constate cependant de récents progrès et fait remarquer qu'étrangement « l'inaction du Gouvernement pendant ces vingt-deux années a produit un bien »⁴⁹, comme un retour *de facto* au droit naturel, que suit même le clergé :

⁴⁵ *Ibid.*, p. 4-5.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 60-61.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 63.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 64. Cette lecture optimiste de l'Histoire, quelque peu forcée, peut d'une certaine manière rappeler la mauvaise foi de Voltaire qui évoque les progrès des Lumières qui éclairent chaque jour davantage le peuple, ou au contraire la populace ignorante, en fonction de ce qu'il veut démontrer.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 130.

Aujourd'hui les Evêques suivent toujours le mouvement de leur conscience, en se refusant à la profanation des Sacremens. Mais il n'est plus aucun qui demande au Roi des supplices, & je crois qu'il y en a peu aujourd'hui qui ne convinsent de la nécessité de donner un état civil à ceux à qui ils croient devoir refuser un Sacrement⁵⁰.

La précision « pendant ces vingt-deux années » nous ramène à 1763, date certes peu glorieuse du traité de Paris, mais il s'agit aussi du moment où Choiseul autorise l'*Encyclopédie*, et – plus proche de la question – de la publication du *Traité sur la tolérance* et de la réhabilitation de Jean Calas⁵¹. L'esprit philosophique, auquel Malesherbes feint de ne pas se rattacher, fait son œuvre et il ne reste plus qu'à l'entériner par un nouvel édit qui clarifie la situation. Certes Rabaut Saint-Etienne fustigea ensuite cet édit qui n'a accordé « que ce qu'on n'a pas pu leur refuser »⁵², alors que, dans le texte, il s'agit de « ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser ». La nuance est d'importance et le deuxième paragraphe de l'Édit de Versailles souligne l'évidence tardivement admise :

[...] notre justice et l'intérêt de notre Royaume ne nous permettent pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil ceux de nos sujets ou des étrangers domiciliés dans notre Empire, qui ne professent point la religion catholique [...] nous ne devons plus souffrir que nos lois les punissent inutilement du malheur de leur naissance, en les privant *des droits que la nature* ne cesse de réclamer en leur faveur. Nous avons considéré que les Protestants, ainsi dépouillés de toute existence légale, étaient placés dans l'alternative inévitable, ou de profaner les sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants, en contractant des mariages frappés d'avance de nullité par la législation de notre royaume⁵³.

Sont ici mis sur un même plan la volonté royale et le droit naturel, les sujets (protestants ou non) du Roi catholique et les Citoyens de la France.

Quand Voltaire réclamait à hauts cris la justice pour un Jean Calas déjà condamné, et pour lequel, en proie à ses hésitations, il ne s'impliqua que tardivement, Malesherbes préparait sans doute déjà cette argumentation juridique. Loin des éclats de la place publique – qui, d'ailleurs l'acclamait – le sage juriste a préféré l'efficace démonstration historique qui revient aux sources du droit et inscrit en filigrane les principes de la philosophie des Lumières, dont la principale mission, selon lui, consiste à éclairer une politique pragmatique. Ce faisant, Malesherbes illustre parfaitement la figure du savant – de l'intellectuel, pourrait-on dire – qu'il dépeignait lors de son discours d'entrée à l'Académie Française :

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Date qui ne marque pas la fin du fanatisme, loin de là, témoin l'affaire du Chevalier de la Barre en 1766.

⁵² *Discours de J.P. Rabaut Saint-Etienne*, éd. cit., p. 288.

⁵³ Nous soulignons.

Enfin, la littérature et la philosophie semblent avoir repris le droit qu'elles avaient dans l'ancienne Grèce, de donner des législateurs aux nations. [...] Osons dire même qu'un heureux enthousiasme s'est emparé de tous les esprits, et que le temps est venu où tout homme capable de penser, et surtout d'écrire, se croit obligé de diriger ses médiations vers le bien public⁵⁴.

La figure de l'intellectuel s'est inspirée, avec plus ou moins de succès de Voltaire, puis de Zola. L'exemple efficace et discret de Malesherbes pourrait tout au moins toucher la figure du politique moderne.

⁵⁴ *Discours prononcé à l'Académie Française, le jeudi XVI février M. DCC. LXXV...* p. 9-10 (V. André 45).