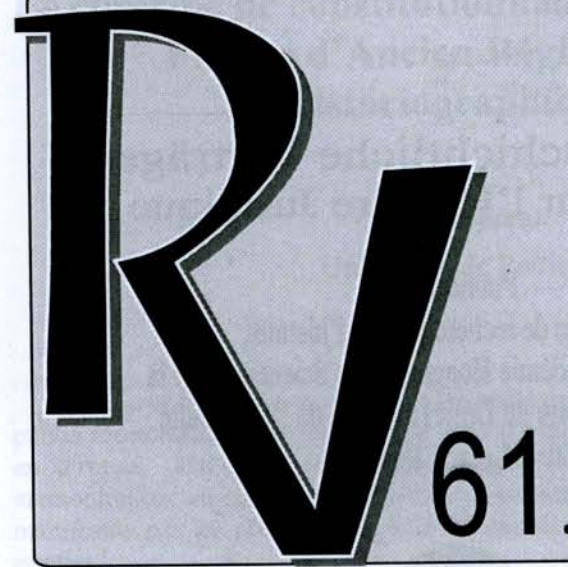


Rechtsgeschichtliche Vorträge/
Lectures sur l'Histoire Juridique

Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la
France d'Ancien Régime.
Bilan historiographique

ERIC GOJOSO

Budapest
2010



Rechtsgeschichtliche Vorträge/
Lectures sur l'Histoire Juridique

Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la
France d'Ancien Régime.
Bilan historiographique

ERIC GOJOSSO

Budapest
2010

Rechtsgeschichtliche Vorträge/ Lectures sur l'Histoire Juridique

Publication
du groupe de recherche pour l'histoire
juridique de l'Académie Hongroise des Sciences et de la
Chaire de l'Histoire du Droit Hongrois de l'Université
Eötvös Loránd Budapest



Édité par

Prof. Dr. Barna Mezey

© Eric Gojosso 2010

Éditeur technique:
Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la France d'Ancien Régime. Bilan historiographique

Eric Gojosso

Université de Poitiers

Professeur d'histoire du droit à l'Université de Toulouse I, Jacques Krynen a publié récemment le premier volume d'un ouvrage traitant de *L'Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle* dans lequel il consacre un chapitre aux «remontrances au siècle des Lumières», revenant de ce fait sur la prétention manifestée par les cours souveraines à contrôler la constitutionnalité des lois royales.¹

Inaugurée il y a près de vingt ans par Jean-Louis Mestre,² nourrie depuis par plusieurs études dont certaines écrites par l'auteur de ces lignes, la question des origines du contrôle de constitutionnalité des lois est devenue un objet d'étude qui a progressivement gagné en acuité chez les juristes et historiens du droit, au point d'être présent depuis une décennie dans le manuel de *Droit constitutionnel* dirigé par Louis Favoreu.³ L'argument peut en être résumé de la façon suivante: ce mécanisme associé en France à la modernité politique (voire à la plus récente modernité puisque sa concrétisation véritable date de 1958) n'a pas été imaginé par le révolutionnaire Emmanuel Joseph Sieyès qui avait proposé, lors des débats constitutants de 1795, la création d'un «jury (ou jurie) constitutionnaire».⁴ Il est antérieur à la Révolution et trouve sa source dans la production juridique et politique de l'ancienne monarchie. Deux types principaux de documents en véhiculent au XVIII^e siècle une première ébauche: les déclarations et remontrances des cours souveraines grâce auxquelles se déploie un dialogue de plus en plus tendu entre les magistrats et la monarchie; les écrits doctrinaux des publicistes qui font la part belle aux idées nouvelles. On rappellera aux lecteurs étrangers que, sous l'Ancien Régime, la dénomination de «cours souveraines»

¹ *L'Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009, t. 1, «L'idéologie de la magistrature ancienne», 326 pages. Voir plus particulièrement les pp. 239-279.

² J.-L. Mestre, «L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775)» in *Etat et pouvoir. L'idée européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, pp. 21-36.

³ L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd. 1998, pp. 274 et suiv., 12^e éd. 2009, pp. 289 et suiv. La rubrique dédiée à l'histoire de la justice constitutionnelle en France a été continuellement enrichie depuis 1998 par J.-L. Mestre.

⁴ Cf. le point de vue critique de M. Troper, *Terminer la Révolution. La constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, pp. 197 et suiv.

ou «cours supérieures» s'appliquait principalement aux parlements, juridictions ordinaires de dernier ressort, mais aussi aux Cours des aides et Chambres comptes, juridictions du dernier degré spécialisées en matière financière. Dans un contexte d'opposition de plus en plus virulente, lesdites cours trouvèrent un soutien auprès de juristes et notamment auprès des avocats adeptes du jansénisme, soutien qui culmina au moment de la réforme de 1770-1771, lorsque le chancelier Maupeou bouleversa l'organisation judiciaire du royaume et mit au pas les magistrats.⁵

Traiter du contrôle de constitutionnalité sous l'Ancien Régime en échappant au reproche d'anachronisme requiert préalablement de dissiper quelques équivoques. Le plan sur lequel se situe l'analyse est purement spéculatif pour deux raisons essentielles. D'une part, la France monarchique n'a jamais eu de constitution, ni au sens formel, ni au sens matériel. Elle n'a connu que quelques principes qualifiés de «lois du royaume» ou de «lois fondamentales», bornés à la succession au trône et au régime du domaine de la couronne. D'autre part, la France monarchique n'a jamais eu d'organe assumant une fonction spécialisée de contrôle des lois ordinaires au regard de normes jugées supérieures. Les éléments accréditant la thèse d'un parlement «juge constitutionnel» sont en vérité aussi nombreux que ceux qui l'infirmement. Sur le terrain des actes à valeur juridique (qualifiés d'«arrêts»), les cours souveraines se sont peu souvent dressées contre la volonté royale, même lorsque cette dernière portait atteinte aux lois fondamentales.⁶ Leur opposition a presque toujours épousé la forme bénigne de représentations ou remontrances. Elle n'a jamais été que sporadique avant la seconde moitié du XVIII^e siècle.

Pourtant, les parlements et les cours des aides, par le biais de textes pour la plupart dénués de portée normative, et avec eux les auteurs faisant œuvre doctrinale, ont peu à peu donné consistance au principe de constitutionnalité. Pour ce faire, ils disposaient, il est vrai, de quelques matériaux. L'idée de hiérarchie des normes ne leur était pas étrangère. Présente dans la doctrine savante, largement admise par les juristes français, elle avait revêtu au fil du temps une formulation moderne, consacrée notamment par Charles Loyseau (1564-1627) lequel postulait l'existence de «trois sortes de lois qui bornent la puissance du souverain, sans intéresser la souveraineté»: «les lois de Dieu (...) les règles de justice naturelle et non positives (...) les lois fondamentales de l'Etat...».⁷ Partant, quoique parfaitement souverain, le roi de France apparaissait tenu par un ordre juridique supérieur intégrant tout à la fois des principes religieux et moraux, mais aussi des règles positives. Selon les théoriciens de

⁵ Sur tous ces points, pour une approche synthétique, cf. E. Gasparini et E. Gojoso, *Introduction historique au droit et aux institutions*, Paris, Gualino, 3^e éd. 2009, pp. 293-297; pp. 321-322.

⁶ Cf. A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, 2006, pp. 421 et suiv.

⁷ *Traité des seigneuries*, Paris, Abel L'Angelier, 1608, II, § 9, p. 26 (version numérisée sur gallica (www.bnf.fr)).

l'absolutisme cependant, aucune institution n'était chargée d'en assurer l'effectivité. En cas de contravention princière, Jean Bodin (1259/1530-1596) n'admettait que deux voies de sanction, l'une providentielle,⁸ l'autre souveraine mais différée.⁹ Il n'appartenait donc pas aux sujets de contrecarrer les entreprises royales, fussent-elles attentatoires aux normes les plus hautes, ni par la mise en œuvre d'un droit de résistance ni par le recours à un organe de contrôle. C'était, dans l'optique de Bodin suivi en cela par la plupart des juristes de l'ancien droit, un enjeu majeur de souveraineté. C'était aussi une solution conforme en tout à la logique du droit divin qui imprégnait la société politique de l'ancienne France.¹⁰ Bossuet (1627-1704) l'avait écrit dans sa *Politique tirée de l'Écriture sainte*: «C'est autre chose que le gouvernement soit absolu, autre chose qu'il soit arbitraire. Il est absolu par rapport à la contrainte: n'y ayant aucune puissance capable de forcer le souverain, qui en ce sens est indépendant de toute autorité humaine. Mais... il y a des lois dans les empires contre lesquelles tout ce qui se fait est nul de plein droit; et il y a toujours ouverture à revenir contre, ou dans d'autres occasions, ou dans d'autres temps».¹¹ Le propos était tout à la fois clair sur le premier point et vague sur le second...

L'idée d'un contrôle de la norme édictée n'était pas davantage une nouveauté ou une incongruité. Depuis le XIV^e siècle déjà, les parlements procédaient à l'examen des actes normatifs royaux. A l'origine, à l'imitation du modèle romain de vérification des rescrits impériaux, il s'agissait seulement de veiller à ce que les lettres patentes d'intérêt privé, obtenues sur requête présentée par un corps ou un particulier, n'aient pas été délivrées sur la base d'informations erronées et ne lésassent ni le droit des tiers ni l'intérêt public ni la justice. Par la suite, ce champ de compétence initialement réduit en vint à englober la totalité des lettres patentes, tant celles émises du propre mouvement du roi que celles touchant aux affaires publiques.¹² La justification théorique d'une pareille extension fut apportée à la fin du XVI^e siècle par Etienne Pasquier (1529-1615). Explorant l'histoire nationale, il expliqua que le parlement, peu à peu confiné pour des raisons pratiques dans le seul registre de l'administration de la justice, avait obtenu en compensation des prérogatives politiques par lui perdues et désormais assumées par le conseil du roi, la faculté de rendre

⁸ *Les six livres de la république*, éd. de 1593, Paris, Fayard, 1986, préface: s'il advient que les princes désobéissent à Dieu, «alors on voit que Dieu vient venger ses injures et faire exécuter la loi éternelle par lui établie, donnant les royaumes aux plus sages et plus vertueux princes, ou (pour mieux dire) aux moins injustes et mieux entendus au maniement des affaires et gouvernement des peuples».

⁹ *Ibid.*, I, 8, p. 197: «quant aux lois qui concernent l'état du royaume (...), le Prince n'y peut déroger, comme est la loi salique: et quoi qu'il fasse, toujours le successeur peut casser ce qui aura été fait au préjudice des lois royales sur lesquelles est appuyée et fondée la majesté souveraine».

¹⁰ M.-Fr. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 214.

¹¹ *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, éd. J. Le Brun, Genève, Droz, 1967, Liv. 8, art. 2, 1^{ère} proposition.

¹² M.-Fr. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, p. 215, pp. 220-222; J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, pp. 252-253.

exécutoires les lois.¹³ La doctrine exploita parfois aussi cette procédure dans un sens favorable à une conception modérée du pouvoir. Claude de Seyssel (v. 1450–1520) qui faisait de la justice (avec la religion et la police) l'un des trois freins à «la puissance absolue» du monarque, en confia la responsabilité au parlement, à charge pour ce dernier de l'assurer par les jugements rendus en matière contentieuse et par l'entérinement des lettres d'intérêt privé.¹⁴ Pasquier en usa de manière analogue, comme d'autres juristes réservés ou critiques à l'égard de l'absolutisme tels Jean Papon (1505–1590)¹⁵ ou Bernard de La Roche-Flavin (1552–1627).¹⁶

Ce premier contrôle, qualifié de contrôle de «civilité» (M.-Fr. Renoux-Zagamé), ayant été exercé sur la base de critères très larges dont les procédures parlementaires conservèrent durablement l'empreinte, il est impossible d'en rendre compte en des termes actuels. Jusqu'à la Révolution, la constitutionnalité des lois royales fut rarement envisagée de manière autonome. Bien souvent, les mêmes mesures furent également appréciées du point de vue de leur opportunité ou de leur cohérence par rapport au droit en vigueur. Il n'est d'ailleurs pas facile de faire le départ entre les différentes grilles de lecture proposées tant leurs éléments demeurent enchevêtrés.¹⁷

Avec le XVIII^e cependant, les choses gagnent en précision car ni les magistrats ni les juristes ne sont restés à l'écart du mouvement des idées. A leur manière, ils ont répercuté cette «crise de la conscience européenne» qui coïncide avec la fin du règne de Louis XIV. Il n'est pas inutile de redire ici que la monarchie absolue a fait fond sur les guerres civiles de la seconde moitié du XVI^e siècle dont le souvenir a longtemps hanté les esprits, la Fronde (1648–1652) en ayant même constitué une exhalaison tardive. Le besoin de sécurité unanimement ressenti a conduit les Français des âges baroque et classique, élites sociales et intellectuelles en tête, à embrasser une conception forte du pouvoir, incarnée d'abord par Henri IV, puis par Louis XIII et Richelieu, enfin par Louis XIV. Or, au XVIII^e siècle, la situation est bien différente. La paix civile est devenue une évidence telle qu'elle ne paraît plus susceptible de remise en cause. L'absolutisme perd peu à peu en nécessité. Des aspirations libérales se manifestent de nouveau avec vigueur, notamment au sein même de ce parlement muselé depuis 1667–1673, qui, avec la Régence (1715–1723), retrouve de la voix.

¹³ E. Gojoso, «Etienne Pasquier ou l'histoire au service de la modération (1560–1565)» in *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, pp. 210–213.

¹⁴ Cl. de Seyssel, *La monarchie de France et deux autres fragments politiques*, éd. J. Poujol, Paris, Librairie d'Argences, 1961, t. 1, pp. 117–118.

¹⁵ L. Pfister, «Des «rescrits du prince». Le pouvoir normatif du roi selon Jean Papon» in *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 2002, n 22, pp. 95 et suiv.

¹⁶ B. de La Roche-Flavin, *Treize livres des parlemens de France*, Bordeaux, S. Millanges, 1617, p. 693. J. Krynen, «A propos des Treize livres des parlemens de France» in J. Poumarède et J. Thomas (dir.), *Les parlements de province*, Toulouse, Framespa, 1996, pp. 691–699.

¹⁷ A. Vergne, *op. cit.*, p. 440.

La période de la Régence est intéressante à plus d'un titre: menée au nom d'un passé mythique qu'il importe de restaurer pour rendre à l'aristocratie un rôle politique, la réaction à la monarchie louis-quatorzienne prend parfois des accents très modernes— involontairement bien sûr. Ainsi Philippe d'Orléans fait-il endosser à Louis XV, encore mineur, l'édit du 6 juillet 1717 par lequel se trouve abrogées les dispositions prises par son arrière-grand-père, habitant à régner ses enfants adultérins, qui contrevenaient aux lois successorales, et consacré le droit de la nation de choisir une nouvelle dynastie en cas d'extinction des Capétiens.¹⁸ Peu après, le 26 juillet 1718, le parlement indique au roi qu'il n'enregistrera que les «édits et autres lois» n'ayant «rien de contraire aux intérêts de Votre Majesté et de l'Etat et aux lois fondamentales du royaume». ¹⁹ Il faudra pourtant attendre 1750 pour que la prétention à exercer un contrôle de constitutionnalité devienne une constante de la rhétorique parlementaire.²⁰ Une telle évolution est consécutive à la parution de *l'Esprit des lois* (1748) de Montesquieu (1689–1755) dont l'influence sur la haute magistrature est précisément limitée à quelques thèmes corrélatifs.²¹ En définissant la monarchie comme le régime dans lequel un seul gouverne «par des lois fixes et établies», le magistrat bordelais inscrit la sécurité juridique, synonyme pour lui de liberté politique, au cœur d'un système dont le négatif est le despotisme, fondé sur le caprice, l'absence de «lois fondamentales» et subséquemment de «dépôt des lois». Elément essentiel de différenciation entre les Etats monarchiques et despotiques, cette dernière institution s'identifie en France au parlement dont l'une des missions est d'annoncer les lois lorsqu'elles sont faites et de les rappeler lorsqu'on les oublie.²²

Si l'autorité de Montesquieu sert fréquemment à étayer le principe d'un contrôle juridictionnel de l'activité normative royale, ce dernier est également conforté par les écrits des avocats jansénistes et des physiocrates. Parce que le jansénisme recrute largement dans le milieu des professions juridiques, avocats et magistrats cultivent au siècle des Lumières une longue connivence qui se traduit par des prises de position communes dont les plus célèbres sont le refus de la bulle Unigenitus, érigée par Louis XV en loi de l'Etat, en 1730, et la condamnation des jésuites, expulsés du royaume en 1764. Quoique contestataire, l'argumentation développée notamment par Louis Adrien Le Paige (1713–1802) et les auteurs des *Maximes du droit public français* est restée intimement tributaire d'une conception conservatrice de la monarchie, trop longtemps occultée par l'imputation d'une volonté mal dissimulée d'instituer un

¹⁸ Cf. H. Morel, «Les «droits de la Nation» sous la Régence» in *Mélanges Henri Morel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1989, pp. 428–443.

¹⁹ Itératives remontrances du 26 juillet 1718 in J. Flammermont, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, imprimerie nationale, 1888, t. 1, p. 88.

²⁰ Cf. A. Vergne, *op. cit.*, pp. 413 et suiv.

²¹ J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, pp. 244–245.

²² Cf. E. Gojoso, «L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité» in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, n 71, pp. 499–505.

«gouvernement des juges» ou d'exercer «une sorte de co-souveraineté» -on y reviendra plus loin.

Dans le camp des défenseurs de l'absolutisme monarchique au siècle des Lumières,²³ les physiocrates occupent quant à eux une place à part. L'attention qu'ils portent aux questions économiques n'a jamais été exclusive de préoccupations politiques et administratives. En la matière, les vues nouvelles qu'ils exposent ne participent pas d'une remise en cause de la royauté à laquelle ils restent sincèrement attachés. Cela se vérifie globalement: pour mieux asseoir encore l'autorité forte qui est au cœur de leur programme, ils veulent seulement rationaliser l'administration territoriale en faisant le choix de la décentralisation. Cela est vrai aussi du point de vue du pouvoir suprême: si, dans une veine qui ressuscite Montesquieu, certains auteurs tels Pierre Paul Le Mercier de la Rivière (1719-1801) envisagent de soumettre les actes royaux à un contrôle, ils n'ont nullement l'intention d'amoindrir les prérogatives du souverain.²⁴

Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, le contrôle de constitutionnalité revendiqué par certains juristes du XVIII^e ne peut pas être appréhendé selon nos critères actuels. Il ne s'insère pas dans le cadre de l'Etat de droit. Il participe encore de la logique de l'Etat de justice et se heurte aux carences d'une réflexion juridique qui n'est pas encore totalement entrée dans la modernité politique. Il s'achoppe aussi aux limites d'une réflexion politique dominée par le principe de centralité de la loi, défendue aussi bien par les partisans de l'absolutisme que par les tenants des «idées nouvelles» favorables au peuple ou à la nation.²⁵ Le créneau est donc étroit. Ne peuvent s'y engouffrer que des hommes attachés au régime monarchique, mais en souhaitant l'infléchissement dans un sens qui profiterait à la haute magistrature ou au pouvoir judiciaire. Il est temps de voir plus en détails les différents aspects de ce contrôle,²⁶ en considérant successivement l'organe qui en est chargé, la procédure mise en œuvre et les normes de référence utilisées à cette occasion.

²³ Cf. S. Baudens, «Défenses et justifications de la monarchie absolue en France au XVIII^e siècle», thèse droit, Aix-Marseille III, 2007.

²⁴ E. Gojoso, «Le Mercier de la Rivière et l'établissement d'une hiérarchie normative» in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n 20, 2004, pp. 285-305; E. Gojoso, «L'encadrement», article cité, pp. 506-508; A. Mergey, «L'Etat des physiocrates: autorité et décentralisation», thèse droit, Orléans, 2007, pp. 146 et suiv. Voir aussi M. Einaudi, *The Physiocratic Doctrine of Judicial Control*, Cambridge (Ma.), Harvard U. P., 1938, aux conclusions parfois contestables.

²⁵ Pour plus de détails sur tous ces points, cf. E. Gojoso, «Le rapport entre la loi et la constitution dans la pensée des Lumières», *Dix-huitième siècle*, 2005, n 37, pp. 147-150. Sur la loi au XVIII^e siècle, cf. R. Scialom, «La distinction lois politiques-lois civiles (1748-1804)», thèse droit, Aix-Marseille III, 2003 et la thèse en préparation, à l'Université de Poitiers, de Marie-Laure Duclos, «La notion de loi au XVIII^e siècle», sous la direction d'Eric Gojoso.

²⁶ Nous prolongeons ici les premières conclusions présentées dans E. Gojoso, «Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle: une autre approche» in *Giornale di Storia costituzionale*, 2002, n 2, pp. 148-154.

I – L'organe de contrôle: le «dépôt des lois»

Le contrôle doit être exercé par l'organe qui a la garde et la conservation des lois, qui en est le dépositaire. Des incertitudes planent sur l'origine de cette notion de «dépôt des lois», fréquente dans la littérature parlementaire.²⁷ Catherine Maire en a fait récemment une transposition juridique, due à Le Paige, du thème du «dépôt de la vérité» chère à l'ecclésiologie janséniste.²⁸ A la suite de Marie-France Renoux-Zagamé, Jacques Krynen est plutôt enclin à relier cette formule au discours des hauts magistrats du XVI^e siècle dont l'inspiration reste religieuse, mais dissociée des postures hétérodoxes.²⁹ Le texte de référence serait ici la lettre de saint Paul à son disciple Timothée, au terme de laquelle il lui enjoignait de garder le dépôt de la foi et de la tradition (Première épître, 6.20).

Quoi qu'il en soit, au dernier siècle de l'Ancien Régime, le dépôt des lois paraît trouver son incarnation la plus authentique dans les cours souveraines. La monarchie elle-même le concède, dans un sens bénin qui confine à la conservation archivistique.³⁰ Les parlementaires le soutiennent avec des arrière-pensées politiques et polémiques, peut-être dès 1731, plus sûrement à partir du milieu du siècle, confortés en cela par l'œuvre de Montesquieu. Même si ce n'était que de manière négative et pour ainsi dire détournée que ce dernier avait crédité les hautes juridictions du rôle de gardien des lois,³¹ les contemporains ne s'y trompèrent pas: l'autorité du juriste philosophe fut immédiatement mise au service de la cause parlementaire à laquelle elle venait opportunément offrir un surcroît de légitimité.

Exploitée avec ingéniosité par les cours souveraines ainsi que l'a démontré Arnaud Vergne, la notion tout à la fois consensuelle et équivoque de «dépôt des lois» conduisit sous la plume des hauts magistrats à des conclusions contestables.³² L'imprécision du terme «loi» leur permit d'abord de réaliser une extension de leur champ d'intervention qui ne fut plus cantonné aux seules lois ordinaires, mais engloba désormais les lois fondamentales. Sur un tel fondement, ils affirmèrent ensuite de façon très progressive leur position dans l'édifice institutionnel. Parce que les lois fondamentales dont les parlements étaient dépositaires avaient pour caractéristique première d'être immuables, les corps préposés à leur préservation devaient être stables et, par suite, leurs membres inamovibles, ce que garantissait dans une certaine mesure leur statut

²⁷ R. Bickart, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, thèse droit, Paris, Alcan, 1932, pp. 86-100.

²⁸ C. Maire, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 378 et suiv.

²⁹ J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, p. 246; M.-Fr. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, p. 125.

³⁰ A. Vergne, *op. cit.*, pp. 389-390; M. Antoine, *Louis XV*, Paris, Fayard, 1989, p. 578.

³¹ E. Gojoso, «L'encadrement», article cité, pp. 503-504.

³² A. Vergne, *op. cit.*, pp. 391-397.

d'officiers, titulaires de charges vénales, insusceptibles d'être démis sauf cas de forfaiture. Au surplus et en dépit de la réalité, ils prétendirent que ces corps constituaient un seul et même organe, en application de la «théorie des classes» selon laquelle les différentes cours souveraines n'étaient que les parties «d'un Parlement unique, indivisible en son principe et réparti dans le royaume pour la commodité du service de la justice» (Fr. Olivier-Martin). Enfin, ils soutinrent qu'à cette seule institution était réservée la conservation des lois.

En l'espèce, Montesquieu leur avait une nouvelle fois préparé le terrain, déniaut au conseil du roi, soumis et changeant, l'exercice de la fonction dépositaire.³³ Pourtant, dans le concert des tenants du contrôle de constitutionnalité, des voix discordantes ne manquèrent pas de se faire entendre, à tout le moins avant l'avènement de Louis XVI (1774). La plus éminente du point de vue politique fut celle de l'impératrice de Russie, Catherine II (1729–1796). L'une des plus atypiques dans le camp des «philosophes» fut celle de Voltaire. Dans un texte rédigé vers 1766, *l'Instruction en vue de l'élaboration d'un code de lois* ou *Nakaz*, très influencé par Montesquieu et Beccaria, la tsarine se prononça en effet en faveur de l'établissement d'un dépôt des lois, chargé de garantir l'intégrité des lois fondamentales. Rompant toutefois avec les vues du juriste bordelais auquel elle était par ailleurs assez fidèle, elle entendait en attribuer la responsabilité au Sénat, formé en Russie par la réunion des dix présidents des collèges ministériels, appelé conjointement à servir de conseil des ministres et de cour suprême, à l'image du conseil du roi de France.

Si ce projet resta lettre morte, il fut largement diffusé en Europe et salué notamment par les juristes proches des cours souveraines qui reprirent à leur compte les thèses de Catherine, du moins celles qui semblaient favorables à l'institution qu'ils défendaient, passant sous silence l'embarrassante option sénatoriale, à l'image de l'avocat André Blonde (1734–1794) qui fit paraître en 1771 un opuscule au titre évocateur: *Le Parlement justifié par l'impératrice de Russie*.³⁴ Que Voltaire (1694–1778), partisan déterminé de la réforme Maupeou qu'il défendit la plume à la main, ait condamné une telle interprétation et préconisé lui aussi, contre Montesquieu, d'attribuer au conseil du roi la conservation des lois fondamentales et ordinaires, ne fut en rien décisif.³⁵ Le rappel par Louis XVI, au lendemain de son avènement, des anciennes cours supprimées par son aïeul fit triompher dans l'opinion éclairée le point de vue acquis aux parlements. Il suffit pour s'en convaincre de suivre l'évolution doctrinale d'un physiocrate de premier plan comme Le Mercier de la Rivière. Fermement attaché à la monarchie traditionnelle dont il souhaitait seulement la modernisation, celui-ci envisagea d'abord, en 1767, de confier le dépôt des lois

³³ E. Gojosso, «L'encadrement», article cité, p. 503.

³⁴ E. Gojosso, «L'établissement d'un contrôle de constitutionnalité selon Catherine II de Russie et ses répercussions en France (1766–1774)» in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1998, n 33, pp. 88–93.

³⁵ Fr. Quastana, *Voltaire et l'absolutisme éclairé (1736–1778)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 200–201.

à la magistrature en général, avant de se rallier finalement, dans la décennie 80, à la seule solution parlementaire, accompagnant ainsi le mouvement général.³⁶

L'unanimité qui s'installa après 1774 fut cimentée par la thèse de la représentation nationale. Celle-ci s'imposa au terme d'un glissement dont les premiers témoignages datent du milieu du siècle,³⁷ quand les parlements voulurent moins apparaître comme les représentants du roi, ce qui était leur posture traditionnelle, que comme ceux de la nation. Dès lors, ils ne cherchèrent plus tant à promouvoir une justice inscrite au cœur du régime monarchique qu'à défendre les droits et intérêts de la communauté elle-même. Pour accréditer leurs prétentions, les parlementaires et leurs zéloteurs bâtirent un véritable «roman historique», reposant sur une filiation légendaire, déjà avancée à l'époque de la Fronde. Selon eux, tous les parlements du royaume possédaient une origine commune qui remontait à l'époque franque et à l'établissement de la monarchie. Ils perpétuaient à leur manière l'assemblée générale des guerriers qui aurait porté sur le trône le mythique Pharamond, grand père de Clovis. Par la suite, sous les Carolingiens, l'extension du royaume rendit impossible la convocation de l'ensemble des hommes libres; les plaids ne réunirent plus que les grands et l'habitude ainsi prise se perpétua à l'époque capétienne au sein de la *curia regis*. Le démembrement de celle-ci, au XIV^e siècle, fit apparaître un organe sédentaire, le parlement, plus spécialement chargé de rendre la justice aux particuliers, et un conseil itinérant, composé de personnes privées accompagnant le roi dans ses déplacements. La généalogie ainsi reconstituée permit de renforcer la position des parlements face au pouvoir. Consubstantiels à la monarchie, ils ne tirent pas leurs prérogatives de la volonté du prince: celles-ci procèdent uniquement de la constitution primitive du royaume et sont, en outre, considérables. Les plaids détenaient en effet la souveraineté: ils faisaient les lois, décidaient de la paix et de la guerre, scellaient les alliances et se prononçaient sur toutes les affaires importantes. Amoindris, ces pouvoirs furent transférés au parlement qui exprima néanmoins le consentement général de la nation, à plus forte raison en l'absence de réunion des Etats généraux, seul concurrent sérieux en matière de représentative.

Ce ne fut qu'à l'approche de la Révolution, en raison du divorce consommé dans l'opinion entre la magistrature, acquise aux privilégiés, et le parti patriote, porteur d'aspirations libérales, que les cours souveraines furent peu à peu déchues du titre de défenseur de la nation. Il est vrai que le parlement de Paris, lui-même, avoua son incompétence dans les remontrances du 26 juillet 1787, renvoyant aux Etats généraux la connaissance des questions fiscales.³⁸ Il fut en

³⁶ E. Gojosso, «Le Mercier de la Rivière», article cité, pp. 285–305.

³⁷ J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, pp. 268–276; A. Slimani, *La modernité du concept de nation au XVIII^e siècle (1715–1789)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, pp. 197 et suiv., pp. 322 et suiv.

³⁸ J. Flammermont, *Remontrances*, *op. cit.*, t. 3, pp. 667–675. Sur l'attitude du parlement et son revirement, cf. A. Decroix, *Question fiscale et réforme financière en France (1749–1789)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, pp. 503 et suiv.

autre confronté, en mai 1788, à la tentative finalement avortée de création d'une «cour plénière», supposée plus docile, que le pouvoir imagina de lui substituer dans l'exercice de la fonction de dépôt des lois.³⁹ Malgré un climat désormais défavorable, la formule parlementaire conserva toutefois quelques partisans, à l'image de Le Mercier de la Rivière qui y était encore fidèle en 1788 et 1789.⁴⁰ Par delà la rupture révolutionnaire (les parlements disparurent définitivement en 1790), il fut rejoint dans cette attitude par Louis XVIII, en 1795, ainsi que par certains auteurs contre-révolutionnaires, tels Joseph de Maistre ou Louis de Bonald, résolus à confier la mission de contrôle de l'activité normative à la haute magistrature des «grandes cours de justice» dont ils espéraient la restauration avec la monarchie.⁴¹ Bien sûr, en 1814, lors du retour des Bourbons, il n'en fut plus question.

II – La procédure de contrôle: la vérification préalable à l'enregistrement

La procédure de contrôle s'identifie à la vérification préalable à l'enregistrement réalisée par les hauts magistrats des parlements et cours des aides.⁴² Ses origines ont été signalées plus haut, lorsque a été évoquée la mise en place du «contrôle de civilité». Il n'est pas sans intérêt d'en rappeler ici les tenants et aboutissants. L'usage de soumettre à l'examen des cours souveraines les lettres patentes édictant des mesures nouvelles pour qu'elles soient enregistrées et revêtues de la force exécutoire s'était établi au XIV^e siècle. Cette pratique visait initialement à assurer la conservation, la publication et l'exécution des actes royaux qui étaient transcrits sur des registres. Très tôt et à l'invitation du roi, les juridictions concernées procédèrent à l'examen critique des textes qui leur étaient soumis et s'arrogeaient le droit, bientôt reconnu par le pouvoir, de n'être pas tenues d'enregistrer les ordonnances contenant des dispositions jugées injustes ou déraisonnables. Pour expliciter les motifs de leur refus et demander des modifications, elles adressaient au roi des observations «très respectueuses», techniques et secrètes qui prirent le nom de représentations ou remontrances. Elles n'étaient qu'une des manifestations du devoir de conseil incombant à tout sujet.

Concrètement, le texte transmis par la chancellerie était étudié et donnait lieu à un rapport. Lors d'une audience générale, les conclusions de celui-ci

³⁹ Cf. M. Bottin, *La réforme constitutionnelle de mai 1788*, Nice, 1982.

⁴⁰ E. Gojosso, «Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution: l'opinion de Mercier de la Rivière» in *Revue de la Recherche Juridique*, 1999-1, pp. 238-240.

⁴¹ E. Gojosso, «Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire» in *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 229-243.

⁴² A. Vergne, *op. cit.*, pp. 438 et suiv.; A. Slimani, *op. cit.*, pp. 268 et suiv.; J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, pp. 247 et suiv.

étaient présentées, à la suite de quoi la cour statuait sur l'enregistrement.⁴³ Si, au terme de cette vérification, le texte était jugé conforme, il était recopié dans les registres puis proclamé à haute voix et le plus souvent imprimé, ce qui en facilitait la diffusion. Si, en revanche, il apparaissait contraire à l'intérêt du roi et de l'Etat, la cour refusait l'enregistrement et émettait des remontrances. En pareil cas, le roi pouvait choisir de faire droit aux observations et modifier ses lettres patentes. Il pouvait aussi persister dans ses intentions premières et, en utilisant des lettres de jussion, ordonner aux magistrats d'enregistrer. A ce stade, ces derniers s'inclinaient (la transcription avait lieu «de l'express commandement du roi») ou persévéraient en adressant d'itératives remontrances auxquelles le gouvernement répondait le plus souvent par l'envoi de nouvelles lettres de jussion. En cas de blocage, le souverain recourait finalement au procédé du lit de justice. Il se rendait physiquement dans l'enceinte de la cour et, par sa seule présence, suspendait la délégation accordée aux magistrats. C'est lui-même qui prononçait l'arrêt d'enregistrement et enjoignait au greffier de transcrire. Lorsque la cour était éloignée de Paris, le monarque était représenté par un commissaire, prince du sang, gouverneur, lieutenant général ou intendant. Face aux enregistrements forcés, la résistance se poursuivait par le refus d'appliquer les textes ou la grève judiciaire.

Par le moyen de l'enregistrement, les cours souveraines mirent en œuvre un contrôle de la constitutionnalité des lois royales aux modalités juridictionnelles. Elles manifestèrent en l'espèce des prétentions excessives, confortées le plus souvent par la littérature doctrinale. C'est ainsi que la vérification se vit attribuer une dimension systématique, dépassant les usages institutionnels: elle avait vocation à englober tous les actes royaux, y compris les ordonnances sans adresse ni sceau et les arrêts du conseil, et ne devait pas s'attacher seulement aux lettres patentes.⁴⁴ A la suite d'Etienne Pasquier,⁴⁵ les magistrats et leurs partisans placèrent d'ailleurs les opérations de contrôle au nombre des lois fondamentales du royaume établies par la nation.⁴⁶

Malgré les vifs reproches qui leur ont été adressés, parfois même par les historiens, les parlementaires n'exprimèrent jamais l'intention de sortir du cadre juridictionnel et d'entreprendre sur la prérogative législative du roi.⁴⁷ La doctrine fit preuve d'une semblable réserve. Les jansénistes les plus audacieux ne s'aventurèrent pas sur ce terrain. Fidèles en cela à Montesquieu qui refusait d'associer les puissances législative et judiciaire, fidèles aussi à l'orthodoxie monarchique qui postulait la concentration de tous les pouvoirs dans les mains

⁴³ La procédure détaillée est décrite par R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris, PUF, 2^e éd. 1992, t. 2, pp. 375-378.

⁴⁴ A. Vergne, *op. cit.*, pp. 446-448; A. Slimani, *op. cit.*, pp. 259-261; J.-L. Mestre, article cité, pp. 25-26. C'est aussi la position de Diderot dans les années qui suivent la réforme Maupeou, cf. E. Gojosso, «L'établissement», article cité, p. 94.

⁴⁵ E. Gojosso, «Etienne Pasquier», article cité, p. 213.

⁴⁶ A. Vergne, *op. cit.*, p. 445; A. Slimani, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁴⁷ J. Krynen, *op. cit.*, t. 1, pp. 249-251.

du roi, ils n'attribuèrent pas aux hautes juridictions une quelconque faculté d'anéantir les lois royales jugées inconstitutionnelles. Dans leur esprit, il ne s'agissait que d'avertir, d'attirer l'attention du prince sur une disposition dont les conséquences n'auraient pas été bien aperçues; il ne s'agissait pas d'«empêcher», c'est-à-dire de censurer en empiétant sur la compétence normative.⁴⁸ Avec sans doute moins d'arrière-pensées, les physiocrates s'en tinrent eux aussi à une attitude déférente vis-à-vis de l'autorité monarchique. Si certains d'entre eux soutinrent l'existence d'une fonction judiciaire nécessairement séparée des fonctions exécutive et législative assumées sans partage par le monarque, et s'ils affirmèrent que cette fonction judiciaire devait être confiée à la haute magistrature appelée à remplir un devoir de conseil lors de la promulgation de la loi, ils n'envisagèrent pas un instant de l'assortir de la capacité d'anéantir la loi projetée – ce qui eût constitué une entrave inacceptable à la souveraineté royale.⁴⁹ Au reste, les tenants de l'absolutisme traditionnel usèrent du même argument pour écarter sans ambages l'idée d'un tribunal constitutionnel.⁵⁰

Sans renier la thèse dominante, c'est-à-dire en continuant de tenir des propos respectueux de la souveraineté royale et du dogme absolutiste, quelques auteurs tirèrent cependant toutes les conséquences du principe du contrôle juridictionnel et n'exclurent pas la possibilité de refuser d'enregistrer ou d'appliquer une loi inconstitutionnelle, ce qui équivalait à une forme de censure. L'opuscule de Blonde, déjà signalé, en offre un premier exemple. Bien qu'il rappelât de manière non équivoque que le prince seul était législateur, l'avocat ne le fit pas sans revêtir les cours souveraines du droit «constitutionnel» de refuser l'enregistrement d'une loi contraire à celles établies dans l'Etat.⁵¹ Une formule résume bien ce point de vue: «Le gouvernement monarchique est absolu, il suppose des lois, un corps politique dépositaire de ces lois, qui veille à leur maintien, qui *empêche* l'introduction d'une nouvelle loi destructive de ces lois primitives [les lois fondamentales]». ⁵² Mey (1712–1796) et Maultrot (1714–1803) imitèrent cette démarche dans les *Maximes du droit public français*.⁵³ Tout en veillant soigneusement à ne pas remettre en cause l'autorité législative du monarque,⁵⁴ ils ne manquèrent pas de doter le dépôt des lois du pouvoir de

⁴⁸ J.-L. Mestre, «L'évocation», article cité, p. 27; E. Gojosso, «L'encadrement», article cité, pp. 508–511.

⁴⁹ E. Gojosso, «Le Mercier de la Rivière», article cité, pp. 292–294; E. Gojosso, «L'encadrement», article cité, pp. 506–508.

⁵⁰ S. Baudens, thèse citée, pp. 154–155.

⁵¹ *Le parlement justifié par l'impératrice de Russie (1771) in Les efforts de la liberté et du patriotisme contre le despotisme du sieur Maupeou*, Londres, 1785, t. 1, pp. 98–99, pp. 92–93 (version numérisée sur gallica (www.bnf.fr)).

⁵² *Ibid.*, p. 96, souligné par nous.

⁵³ Ils sont les auteurs principaux de cet ouvrage anonyme, C. Maire, *op. cit.*, p. 568, sans doute secondés par Blonde, Aubry et Camus.

⁵⁴ Cf. par exemple les *Maximes du droit public français* (1772), Amsterdam, Rey, 2^e éd. 1775, t. 2, pp. 342–351 (version numérisée sur gallica (www.bnf.fr)). Sur l'interprétation de ce passage, cf. E. Gojosso, «L'encadrement», article cité, pp. 509–511.

faire obstacle à la volonté royale. Se retranchant parfois de manière abusive derrière les déclarations de Catherine II, ils livrèrent des propos dépourvus d'ambiguïté: «Ce n'est point assez que les corps politiques, où résident les pouvoirs intermédiaires aient le droit d'examiner les lois nouvelles, de faire des représentations au législateur: l'intégrité de leurs fonctions demande qu'ils aillent jusqu'à refuser de les enregistrer et de s'y conformer, lorsqu'elles se trouvent contraires à l'ordre établi dans l'Etat, et par conséquent aux lois fondamentales». ⁵⁵ Si le refus de vérifier n'est pas un acte législatif mais un «jugement d'improbation», il n'en demeure pas moins que, mis en œuvre par les magistrats, il «*empêchera* la publication et l'exécution de la loi». ⁵⁶ L'audace, ici, ne fut pas l'apanage de la seule doctrine. De façon marginale, les parlements de Pau et Besançon, en 1763, de Rouen, en 1771, la Chambre des comptes de Paris, la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, les parlements de Toulouse et de Pau, en 1788, n'hésitèrent pas à annuler des actes royaux jugés inconstitutionnels.⁵⁷

En définitive, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois préconisé au XVIII^e siècle pourrait bien présenter, en quelques circonstances et sous quelques plumes, une tournure étonnement moderne.

III – Les normes de référence: les lois fondamentales et la constitution

Le contrôle des lois royales est opéré au regard de normes supérieures, qualifiées de «lois fondamentales», de «lois constitutives» ou de «constitution». Au regard de la pratique des hautes juridictions d'Ancien Régime, Arnaud Vergne a livré une étude définitive, construite à partir de l'analyse des remontrances, arrêtés, arrêts, mémoires et lettres au monarque émanés de telles institutions. On se bornera ici à revenir sur quelques points, renvoyant pour le reste à ce travail auxquelles doivent beaucoup les remarques qui suivent.

La détermination des normes de références et de leur contenu fut l'un des enjeux majeurs de la contestation parlementaire et de la réflexion politique qui l'accompagna. Débordant du cadre étroit des lois fondamentales, les cours supérieures en vinrent après 1750 à mettre en avant le terme de «constitution», forgeant ainsi, de manière empirique et au gré de circonstances conflictuelles, un véritable concept. La constitution du royaume s'identifia selon elles à un «ordre fondamental et immuable impliquant un certain nombre de règles», lesquelles devaient s'imposer à un souverain dont il s'agissait de limiter la capacité

⁵⁵ *Maximes*, *op. cit.*, t. 1, pp. 62–63.

⁵⁶ *Ibid.*, t. 2, p. 353, souligné par nous.

⁵⁷ A. Vergne, *op. cit.*, pp. 421–427.

d'action.⁵⁸ Leur champ, fréquemment enrichi, finit par recouvrir des matières telles que la nature du régime politique, l'organisation des pouvoirs publics, la structuration de la société et les droits individuels. Des thèses constitutionnelles exposées par les parlementaires, il ressortait ainsi que la France était (ou devait être) une monarchie tempérée, obéissant en matière de transmission de la couronne à des lois fondamentales regroupées sous la dénomination de «la loi salique», qu'au sein de cette monarchie les fonctions des différents acteurs politiques (roi, cours souveraines, Etats généraux, assemblées délibérantes) étaient fixées avec précision, que l'adoption des lois de même que la création et la levée des impôts étaient soumises à des procédures faisant intervenir plusieurs organes, que la société était structurée en ordres disposant de privilèges intangibles, enfin que les sujets, de plus en plus considérés comme des citoyens, bénéficiaient de droits imprescriptibles comme la liberté, la propriété et la sûreté.⁵⁹ Ce fut, dans ses grandes lignes, la position que le parlement de Paris défendit dans sa déclaration du 3 mai 1788.⁶⁰

Très influencés par le courant jusnaturaliste suisse,⁶¹ les auteurs favorables au contrôle parlementaire de constitutionnalité tentèrent de systématiser ces normes de référence en les distribuant en deux grandes catégories, à partir d'une distinction imaginée par Jean-Jacques Burlamaqui (1694–1748). En effet, dans ses *Principes du droit politique*, publiés en 1751, le juriste genevois avait séparé la «loi fondamentale de droit et de nécessité» des «lois fondamentales de l'Etat».⁶² Reprenant à leur compte ce clivage, certains auteurs théorisèrent l'existence de lois fondamentales «naturelles» pour les unes, «positives» pour les autres.

Les lois fondamentales naturelles étaient décrites comme «inaltérables et imprescriptibles», tant par les rédacteurs des *Maximes du droit public français* qui ne cachèrent pas leur dette à l'égard du publiciste suisse⁶³ que par les physiocrates.⁶⁴ Ayant une dimension universelle et nonobstant l'exigence du gouvernement par la loi, elles correspondaient à peu près aux droits individuels qui furent bientôt consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789). Il s'agissait plus concrètement et par ordre d'importance de la propriété – personnelle, mobilière et foncière –, de la liberté et de la sûreté des sujets. Ensemble, elles formaient la «base du droit public» de tout Etat, selon le

⁵⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 99–174.

⁶⁰ *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. 1, p. 285.

⁶¹ Sur les apports de celui-ci, cf. M. Ganzin, «Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750–1789)» in *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 167–201; du même, «La dynamique du concept jusnaturaliste de constitution (1751–1789)» in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 689–703.

⁶² *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Châtelain, 1751, t. 1, l. 7, § 39 et § 41, pp. 77–48 (version numérisée sur gallica (www.bnf.fr)).

⁶³ *Maximes*, op. cit., t. 1, pp. 229 et suiv. Pour une analyse détaillée de la notion dans cet ouvrage, cf. J.-L. Mestre, article cité, pp. 28–29.

⁶⁴ Cf. les citations relevées par A. Mergey, thèse citée, p. 112.

mot du physiocrate Le Mercier de la Rivière,⁶⁵ et garantissaient le départ entre pouvoir absolu et pouvoir arbitraire. Toute disposition portant atteinte à l'un de ces droits devait donc être censurée.

Les lois fondamentales positives comprenaient quant à elles les règles propres à chaque Etat, touchant l'organisation du pouvoir et les relations entre l'autorité et les sujets. Appliquées à la monarchie française, elles s'entendaient d'abord des principes régissant la dévolution de la couronne et établissant l'inaliénabilité du domaine, s'identifiant ainsi aux lois fondamentales dans l'acception classique de l'expression. Cette première strate de règles était complétée par des dispositions diverses prescrivant l'indivisibilité de la couronne et de la souveraineté, la réunion périodique de la nation en assemblée, le respect des «stipulations faites par les différentes provinces» lors de leur réunion au domaine, l'inamovibilité des offices, le caractère constitutionnel du dépôt des lois et de la vérification des actes royaux...⁶⁶ Pour certains juristes, à l'instar des auteurs des *Maximes du droit public*, ces lois fondamentales positives étaient susceptibles de modification. Pour autant, le roi ne pouvait y déroger.

S'il passait pour être tenu par un ensemble de normes supérieures intéressant le royaume dans sa globalité, le monarque était aussi astreint au respect des constitutions provinciales, du moins selon les assertions des cours souveraines.⁶⁷ Car si tous les Français du XVIII^e siècle étaient alors soumis à un même chef, ils l'étaient ou prétendaient l'être à des titres divers, comme sujets du comte de Provence, du duc de Bretagne, du duc de Bourgogne..., la plupart des provinces périphériques ayant été intégrées à la couronne au terme de «capitulations». En vertu de celles-ci, selon la thèse développée par les cours supérieures, le rattachement à la France aurait été réalisé sur un fondement contractuel imposant au souverain des obligations et, notamment, l'observation des constitutions locales faites de franchises, libertés et privilèges des pays et villes.⁶⁸ En conséquence, les hauts magistrats apprécieraient à maintes reprises la conformité des décisions royales en les rapportant à ces constitutions provinciales au contenu mal défini dont ils se présentaient comme les dépositaires, tels le parlement de Rennes et la Chambre des comptes de Nantes

⁶⁵ Sur les conceptions de Le Mercier cf. E. Gojosso, «Le contrôle», article cité, pp. 243–245 et sur celles convergentes des physiocrates, cf. A. Mergey, thèse citée, pp. 107–112.

⁶⁶ J.-L. Mestre, article cité, pp. 29–31; E. Gojosso, «Le contrôle», article cité, p. 245; A. Mergey, thèse citée, pp. 113–120.

⁶⁷ J. Krynen, op. cit., t. 1, pp. 265–267.

⁶⁸ A. Vergne, op. cit., pp. 71 et suiv., pp. 263–271; A. Slimani, op. cit., pp. 113–116. La notion de constitution provinciale fait l'objet d'une thèse en préparation, à l'Université de Poitiers, celle de Gabrielle Goulet, sous la direction conjointe d'Eric Gojosso et d'Arnaud Vergne.

pour la Bretagne.⁶⁹ Ces prétentions trouvèrent un prolongement dans la littérature politique et juridique de l'époque.⁷⁰

Au terme de ces lignes, une interrogation subsiste: pourquoi la thématique du contrôle de constitutionnalité des lois qui avait acquis un évident relief dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, a-t-elle subitement perdu en pertinence avec le déclenchement de la Révolution française? Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. Les uns sont idéologiques: pour Rousseau et ses épigones qui triomphent au crépuscule de la monarchie, la loi est l'expression d'une volonté générale insusceptible de limitation. Les autres sont juridiques: d'emblée, dès la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les constituants s'en sont remis à la loi pour déterminer, limiter et garantir les libertés fondamentales, donnant par là une direction.⁷¹ Les plus importants sont doute tiennent aux événements: jamais les assemblées révolutionnaires n'ont répudié le légicentrisme véhiculant leur domination pour se soumettre à un texte constitutionnel, et moins encore les hommes qui ont profité des circonstances pour se hisser aux premières places. L'exemple napoléonien et l'ineffectivité du contrôle sénatorial prévu par la constitution de l'an VIII en témoignent.⁷²

⁶⁹ A. Vergne, *op. cit.*, p. 415, p. 418.

⁷⁰ A titre d'exemple, sur les débats autour de la constitution bretonne à la veille de la Révolution, cf. S. Baudens et A. Slimani, «La Bretagne: un autre laboratoire juridique et politique de la Révolution française (1788–1789)» in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n 29, 2009, pp. 95–148.

⁷¹ Pour une approche synthétique de la question juridique, effleurée ici, cf. les pages écrites par J.-L. Mestre in L. Favoreu (dir.), *op. cit.*, 12^e éd., pp. 292–296.

⁷² K. Fiorentino, *La seconde chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques (1789–1940)*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 176–202.

Rechtsgeschichtliche Vorträge/Lectures sur l'Histoire Juridique

Publication du groupe de recherche
pour l'histoire juridique de l'Académie Hongroise des Sciences
et de la Chaire de l'Histoire du Droit Hongrois
de l'Université Eötvös Loránd Budapest

1. **Kurt Seelmann:** Hegels Versuche einer Legitimation der Strafe in seiner Rechtsphilosophie von 1820, Budapest 1994
2. **Wolfgang Sellert:** Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionsprozeß, Budapest 1994
3. **Wilhelm Brauneder:** Grundrechtsentwicklung in Österreich, Budapest 1994
4. **Barna Mezey:** Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn), Budapest 1995
5. **Reiner Schulze:** Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Budapest 1995
6. **Kurt Seelmann:** Feuerbachs Lehre vom „psychologischen Zwang“ und ihre Entwicklung aus Vertragsmetaphern des 18. Jahrhunderts, Budapest 1996
7. **Kinga Beliznai:** Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16–18. Jahrhundert (Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens) Budapest 1997
8. **Michael Köhler:** Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte, Budapest 1998
9. **Atila Horváth:** Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn, Budapest 1998
10. **Allan F. Tatham:** Parliamentary Reform 1832–1911 in England, Budapest 1999
11. **Arnd Koch:** Schwurgerichte oder Schöffengerichte? C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren, Budapest 2002
12. **Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar I., Budapest 2002**
13. **Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der ungarischen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar II., Budapest 2002**
14. **Markus Hirte:** Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters, Budapest 2003
15. **Werner Ogris:** W. A. Mozarts Hausstandsgründung, Budapest 2003
16. **Hoo Nam Seelmann:** Recht und Kultur, Budapest 2003
17. **Arnd Koch:** Die Abschaffung der Todesstrafe in der DDR, Budapest 2003
18. **Kurt Seelmann:** Gaetano Filangieri, Budapest 2003
19. **Elisabeth Koch:** Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts, Budapest 2003
20. **András Karácsony:** Relationship between state-, political- and legal sciences in education of law, Budapest 2004
21. **Barna Mezey:** The history of the harmonisation of law and the legal education in Hungary, Budapest 2004
22. **Gizella Föglein:** Conceptions and Ideas about National Minorities in Hungary 1945–1993, Budapest 2004
23. **József Ruzsoly:** István Csekey und die ungarische Verfassung, Budapest 2004
24. **Atila Horváth:** Rechtswissenschaft in den sowjetischen Staaten, Budapest 2004
25. **Mária Homoki-Nagy:** Die Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Budapest 2004

26. **András Karácsony:** On legal culture, Budapest 2004
27. **Gernot Kocher, Barna Mezey:** Juristenausbildung in der österreichischen und ungarischen Geschichte, Budapest 2004
28. **Markus Steppan:** Die Grazer Juristenausbildung von 1945 bis zur Gegenwart, Budapest 2004
29. **Harald Maihold:** „Ein Schauspiel für den Pöbel“ Zur Leichnamstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie, Budapest 2005
30. **Barna Mezey:** Vier Vorträge über den Staat in der Zeit des Rákóczi-Freiheitskampfes, Budapest 2005
31. **Zoltán Szente:** The Issue of Superiority: National versus Community Legislation, Budapest 2005
32. **Günter Jerouschek:** Skandal um Goethe? Budapest 2005
33. **József Szalma:** Haupttendenzen im ungarischen (Deliktrecht) Haftpflichtrecht, Budapest 2005
34. **Georg Ambach:** Die strafrechtliche Entwicklung der Republik Estland in der ersten Seite des zwanzigen Jahrhunderts, Budapest 2005
35. **Gábor Máthé:** Der bürgerliche Rechtsstaat in Ungarn, Budapest 2005
36. **Paolo Becchi:** Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts, Budapest 2005
37. **Hinrich Rüping:** Anwaltsgeschichte als Juristische Zeitgeschichte, Budapest 2005
38. **Masakatsu Adachi:** Entwicklung der Nationalstaaten im 19. und 20. Jahrhundert aus japanischer Sicht, Budapest 2006
39. **Georg Steinberg:** Aufklärerische Tendenzen im ungarischen Strafrecht, Budapest, 2006
40. **Viktor Illés:** Die Rolle der Nationalkommissionen in der Aufstellung der Volksgerichte bis Februar 1945, Budapest 2006
41. **Gábor Máthé:** Die Bedeutung der Lehre von der Heiligen Stephanskronen für die ungarische Verfassungsentwicklung, Budapest 2006
42. **Hinrich Rüping:** Politische und rechtliche Schuld nach Systemumbrüchen im Europa des 20. Jahrhunderts, Budapest 2006
43. **Attila Barna:** Der wahre Diener des Staates – Verwaltungsreformen von Joseph II. in den ungarischen Komitaten, Budapest 2006
44. **Attila Horváth:** Geschichte des Strafrechts in Ungarn während des sowjetisch geprägten Sozialismus, mit besonderem Hinblick auf die Schauprozesse, Budapest 2006
45. **István Stipta:** Die Herausbildung und die Wirkung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den ungarischen Verwaltungsrechtsschutz, Budapest 2006
46. **Gábor Máthé:** Moments of making fundamental law in the Hungarian Parliament in the dualistic era, Budapest 2006
47. **Petronella Deres:** The criminal substantial law's evaluation of crimes committed under the influence of alcohol in the criminal code's general section, Budapest 2007
48. **Magdolna Szigeti:** Die Grundrechte und deren Geltung in dem sozialistischen Ungarn, Budapest 2007
49. **Gábor Béli:** Die Verjährung (praescriptio) und die Ersitzung (usucapio) im alten ungarischen Recht, Budapest 2007
50. **Jubiläumsband,** Budapest 2007
51. **Karl Borchardt:** Ungarn und Rothenburg ob der Tauber: Ein Überblick historische Kontakte, Budapest 2007
52. **Der österreichisch-ungarische Ausgleich 1867,** Budapest 2008
53. **Tamás Nótári:** Show Trials and Lawsuits in Early-Medieval Bavaria, Budapest 2008

54. **Günter Jerouschek:** „Wer Menschenblut vergießt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden.“ Überlegungen zu peinlicher Strafe, Fehde und Buße im mosaischen Recht, Budapest 2008
55. **Markus Hirte:** „non iuris necessitate sed importunitate petentis“ Innozenz III. als Richter und Schlichter im Umfeld der Besetzung des Erzbistums Esztergom, Budapest 2008
56. **Paolo Becchi:** Juristische Aufklärung, deutscher Idealismus und das Problem der Legitimation der Strafe, Budapest 2008
57. **Magdolna Szigeti:** Die verfassungsrechtlichen Änderungen der politischen Wende in Ungarn, Budapest 2008
58. **Christian Neschwara:** Zwischen Staatsgründung und Anschluss: Die Entstehung der Verfassungsordnung der Republik Österreich 1918–1938, Budapest 2008
59. **Dóra Frey:** Auf anderen Wegen Konfliktbewältigungsformen bei den Zigeunern in Ungarn, Budapest 2009
60. **József Szalma:** Differenzierung zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Haftung in der Theorie und in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts, Budapest 2009