



HAL
open science

Peut-on parler d'une censure juridictionnelle des violations de la " Constitution " sous l'Ancien Régime? L'exemple de 1763

Eric Gojosso

► **To cite this version:**

Eric Gojosso. Peut-on parler d'une censure juridictionnelle des violations de la " Constitution " sous l'Ancien Régime? L'exemple de 1763. La protection de la constitution, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, pp.107-114, 2018, 979-10-90426-83-2. hal-02388039

HAL Id: hal-02388039

<https://hal.science/hal-02388039v1>

Submitted on 24 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PEUT-ON PARLER D'UNE CENSURE JURIDICTIONNELLE DES VIOLATIONS DE LA « CONSTITUTION » SOUS L'ANCIEN RÉGIME ? L'EXEMPLE DE 1763

Éric GOJOSO

*Professeur d'histoire du droit à l'Université de Poitiers
Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences sociales*

Depuis l'article pionnier de Jean-Louis Mestre, le thème des origines lointaines du contrôle de constitutionnalité a acquis une forte légitimité historiographique¹. Il a donné lieu à une floraison d'études, avec un cap franchi autour de l'an 2000. Il suffit pour s'en convaincre de considérer la bibliographie figurant dans le manuel dirigé par Louis Favoreu. On y trouvera une liste de travaux qui va s'allongeant au fil du temps, de moins d'une page dans la première édition à quatre dans la dernière². Les avancées signalées buttent cependant sur une difficulté qui n'a pas échappé à Michel Troper : l'enquête repose sur les discours des parlementaires. Elle se borne à analyser l'idéologie des cours, le droit positif n'ayant jamais entériné leurs prétentions à anéantir la norme royale inconstitutionnelle. Elle nourrit en définitive une théorie idéaliste et non réaliste du droit³.

Il n'est pas question dans les lignes qui suivent de renverser une telle conclusion. Il paraît néanmoins possible de l'infléchir en introduisant des considérations d'ordre pratique révélées par l'expérience conflictuelle de 1763. Elles conduisent à accorder une consistance plus forte, une effectivité plus grande, à l'intention de contrôler la constitutionnalité des lois. L'entreprise suppose des précautions.

Il serait vain et abusif en effet de chercher des correspondances exactes entre les catégories juridiques actuelles et ce qu'on peut trouver de ressemblant sous l'Ancien Régime. La remarque vaut spécialement pour la constitution. Le mot existe certes déjà, mais peut-on en dire autant de la chose⁴ ? Les juristes sont divisés sur la question. De nombreux historiens du droit soutiennent dans une certaine mesure que la monarchie disposait d'une constitution dont les lois fondamentales auraient été l'expression la plus remarquable, un ensemble de dispositions coutumières venant les compléter. Les publicistes sont majoritairement d'un avis contraire et démontrent, en mobilisant trois arguments, que les lois fondamentales ne sauraient être assimilées à une constitution⁵.

1 J.-L. MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775) », in AFHIP, *Europe et État*, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, pp. 21-36.

2 L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 1998, pp. 346-347, et 18^e éd., 2015, pp. 396-400.

3 M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, en ligne, consulté le 18 septembre 2016.

4 Voir sur ce point 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.

5 Cf. par ex. C.-M. PIMENTEL, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir

D'abord, il ne peut y avoir de constitution sans pouvoir constituant. Or les lois fondamentales sont des normes sans auteur, fruit de la nécessité plus que de la volonté. Certes, mais ne pourrait-on pas dire la même chose de la constitution anglaise ? Ensuite, la constitution coutumière de l'ancienne France est le reflet d'un ordre politique et social figé et daté. Elle n'est pas un instrument de réforme ou de révolution. Évidemment, mais ne pourrait-on pas étendre la remarque à toutes les constitutions frappées de caducité, y compris les plus progressistes d'entre elles ? Parce qu'elles ont été dépassées par la modernité, doit-on leur dénier pour autant la qualité de constitution ? Au reste, si l'on considère que l'histoire constitutionnelle a un « sens », la monarchie d'Ancien Régime n'a-t-elle pas incarné une étape majeure, celle qui correspond à la concrétisation de l'État souverain, érigé sur les débris de la féodalité ? Enfin, les lois fondamentales ne sont pas de même nature que la constitution moderne. Elles n'assurent pas une réglementation globale du pouvoir et ne sont pas des normes d'habilitation, leur fonction étant uniquement de limiter. C'est là l'argument le plus sérieux et pour tout dire décisif, bien que l'on puisse objecter que la loi salique opérerait une forme d'habilitation et que toute constitution a aussi pour effet de limiter. Cependant même si l'on conclut à l'absence de constitution sous l'Ancien Régime, il convient de ne pas perdre de vue qu'au XVIII^e siècle, surtout après 1750, intervient une accélération du processus d'édification du droit public moderne dont les éléments caractéristiques commencent à être définis et articulés, en attendant une concrétisation significative avec la Révolution.

Voilà pourquoi l'interrogation sur les origines du contrôle de constitutionnalité avant 1789 se situe dans un cadre essentiellement théorique qui n'est pas alimenté d'ailleurs par la seule idéologie parlementaire, mais aussi par la réflexion de certains philosophes des Lumières et des membres de l'école physiocratique⁶.

L'objet de cette contribution est de montrer que les parlements ont cherché à dépasser le stade théorique sur lequel l'attention s'est beaucoup focalisée, en inscrivant leur prétention à contrôler les lois du roi dans le champ du droit en vigueur, à la définition duquel ils ont toujours contribué, ne serait-ce qu'au moyen des arrêts de règlement. Ils l'ont fait ici en usant d'un procédé inédit, à même d'opérer une authentique censure constitutionnelle. On en décrira rapidement les modalités pour dire qu'il y a bien apparition généralisée d'une technique d'obstruction juridiquement plus régulière et à terme sans doute plus performante, avant de s'interroger sur les raisons qui en expliquent l'avènement.

I. L'APPARITION GÉNÉRALISÉE D'UN AUTHENTIQUE PROCÉDÉ DE CENSURE CONSTITUTIONNELLE

Le phénomène s'inscrit dans le contexte de la fin de la Guerre de Sept Ans, marquée par la défaite de la France et la perte du Canada. Pour affronter les difficultés financières qui résultent de cette situation, la monarchie doit maintenir une pression fiscale élevée alors qu'elle avait promis le contraire. Un édit et une déclaration sont rédigés en ce sens en avril 1763, qui prorogent les 1^{er} et 2^e vingtièmes – le 3^e vingtième et les suppléments de

constituant », *Jus politicum*, n° 3, décembre 2009, en ligne, consulté le 18 septembre 2016, pp. 6 et suiv. de la version pdf.

6 Cf. É. Gojosso, « L'établissement d'un contrôle de constitutionnalité selon Catherine II de Russie et ses répercussions en France (1766-1774) », *RFDC*, 1998, n° 33, pp. 87-99 et « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *RFDC*, 2007, n° 71, pp. 499-512 ; A. MERGEY, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007.

capitation étant pour leur part supprimés. Conformément à l'usage solidement établi, ces actes, en forme de lettres patentes, doivent être enregistrés par les cours souveraines pour devenir exécutoires. D'emblée, ils suscitent une vive opposition qui revêt deux manifestations⁷. À Paris, des remontrances sont émises et vite surmontées par la tenue d'un lit de justice, le 31 mai 1763. En province, face à une attitude que l'on suppose hostile par suite de la collusion des hauts magistrats, le pouvoir décide d'imposer l'enregistrement à la veille des vacances judiciaires, s'échelonnant d'août à novembre, par le recours à des commissaires royaux (gouverneurs, lieutenants généraux, commandants en chef). Ceux-ci font procéder à la transcription, malgré les protestations des juges. Dans la grande majorité des cas, la résistance verbale est prolongée par l'adoption d'arrêtés et d'arrêts de défense.

Le mouvement est loin d'être anodin : il concerne les parlements de Dijon, Rouen, Besançon, Grenoble, Bordeaux, Toulouse et Pau⁸. Douai, Aix et Metz sont les seules cours qui échappent à la fronde. La Bretagne n'est pas concernée pour des raisons de calendrier. La Lorraine (Nancy) n'est pas encore française. Dijon, Rouen, Besançon, Grenoble et Toulouse font le choix de rendre des arrêts de défense. Bordeaux et Pau optent pour des arrêtés. Quel que soit le procédé utilisé, il constitue une nouveauté. Jusqu'à présent, les parlementaires usaient préalablement à l'enregistrement de la technique des remontrances et des itératives remontrances. C'était une faculté reconnue par le pouvoir, légitime et régulière. Cependant face à une loi royale imposée par un enregistrement forcé, en lit de justice, et perçue comme particulièrement pernicieuse, les parlementaires poursuivaient la lutte dans l'illégalité, soit en présentant collectivement leur démission, soit en cessant leur service.

En 1763, les robins provinciaux persistent dans l'opposition en employant une technique empruntée à la procédure civile qui a pour effet de neutraliser la loi : celle des arrêtés et arrêts de défense. L'arrêté permet de déclarer la nullité de l'enregistrement, sans autre conséquence, si ce n'est qu'un texte non enregistré n'est pas exécutoire. Ainsi l'arrêté du parlement de Bordeaux du 7 septembre 1763 semble avoir suffi à empêcher la collecte des nouveaux impôts⁹. L'arrêt de défense ne se borne pas à prononcer la nullité de l'enregistrement, il l'assortit d'une interdiction d'appliquer qui expose les contrevenants à une sanction pénale. En défendant aux juridictions subalternes d'observer le texte royal, il le rend inopérant et, sur ce terrain, son efficacité ne prête pas à discussion, comme l'atteste l'enquête menée par Jean Egret en Dauphiné¹⁰. Certains parlements annulent même, de manière expresse, les transcriptions effectuées dans les bailliages et sénéchaussées de leur ressort, en Franche-Comté ou en Dauphiné encore¹¹. Il s'agit pour les officiers d'une question de principe, comme en témoigne l'attitude exprimée par la

7 Nous renvoyons pour le détail et les références étayant ce qui suit à notre article, « La crise parlementaire de 1763 et l'émergence d'une censure constitutionnelle des lois royales », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Ganzin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2016, pp. 271-314.

8 Quel a été le degré de collusion entre les hautes juridictions ? La chose mériterait une enquête approfondie. Ce qui est sûr, c'est que l'information a circulé, comme en témoigne la notation figurant à la fin du volume *Objets des remontrances du parlement de Franche-Comté*, s.l.n.d., p. 52, (BNF, LB38-915), qui indique que les parlementaires francs-comtois connaissaient les termes de l'arrêt de défense rendu à Rouen, mais choisirent de ne pas s'en inspirer.

9 *Relation de ce qui s'est passé au Parlement de Bordeaux*, Bordeaux, J. CHAPPUIS, s.d. (1763), p. 5.

10 J. EGRET, *Le Parlement de Dauphiné et les affaires publiques dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle*, Grenoble, impr. Allier, 1942, t. 1, pp. 106-108.

11 Arrêt du parlement de Besançon du 21 novembre 1763, p. 14 ; Arrêt du parlement de Grenoble du 29 novembre 1763, in *Seconde suite de la relation de ce qui s'est passé à Grenoble*, s.l.n.d., p. 35. Il est à noter qu'en Franche-Comté, les bailliages de Gray, Dôle et Lons-le-Saunier refusèrent ou différèrent l'enregistrement des lettres patentes, *Journal de jurisprudence*, Bouillon, oct. 1763, p. 179 et nov. 1763, p. 187.

compagnie toulousaine dans une décision du 9 décembre 1763 qui suspend l'application de l'arrêt de défense rendu le 15 septembre, tout en proclamant la nullité des enregistrements opérés dans les tribunaux inférieurs¹². En cela réside la différence essentielle entre les arrêts, dotés d'une valeur contraignante mais n'engageant que la cour, et les arrêts de défense dont la portée plus large s'étend au public¹³.

Ce moyen, plus régulier que les démissions et les grèves, est-il juridiquement efficace ? Non car le roi fait aussitôt casser par son conseil les arrêts de défense et les arrêts. Il n'empêche que face à la cassation, certaines juridictions ne plient pas. Ainsi, le parlement de Normandie rend un nouvel arrêt de défense, aussitôt cassé, et démissionne collectivement. Le parlement de Guyenne déclare l'arrêt de cassation nul et non avenu – ce qui évite une nouvelle navette. À Toulouse et à Grenoble, des poursuites sont engagées contre les commissaires royaux, le duc de Fitz-James et le marquis Chastellier-Dusmenil, décrétés de prise de corps. Au total, face à une hostilité durable, la monarchie est contrainte à la reculade. La sortie de crise est finalement assurée par une déclaration négociée entre la couronne et le parlement de Paris¹⁴.

Ces éléments factuels ayant été rapidement rappelés – il était nécessaire de le faire pour souligner le caractère novateur d'une opposition se déployant sur le terrain juridique mais dans une direction inhabituelle – il convient désormais d'en rechercher la motivation.

II. UNE CENSURE MOTIVÉE PAR LA PROTECTION DE LA CONSTITUTION

Les raisons susceptibles d'expliquer l'émergence d'un procédé de censure constitutionnelle peuvent être identifiées à deux niveaux : celui de la motivation formelle des arrêts et arrêts de défense ; celui, sous-jacent, de l'idéologie parlementaire, une idéologie sensible aux progrès de la réflexion constitutionnelle qui sort des limbes.

Pour l'ensemble des cours provinciales, l'enregistrement forcé, imposé par commissaire royal, est une atteinte à l'édifice constitutionnel monarchique. Le parlement de Paris avait déjà eu l'occasion de le soutenir, en quelques occasions, mais sans en tirer toutes les conséquences. Dans un arrêté du 22 juillet 1761, il avait ainsi déploré un acte « tendant à la subversion des lois fondamentales du royaume »¹⁵. Il avait réitéré cette position, au mot près, dans une délibération du 1^{er} juin 1763¹⁶. Le même langage est tenu par les magistrats provinciaux qui veulent empêcher l'exécution des mesures qu'ils réprouvent. Les Bisontins, le 5 septembre, refusent de cautionner tout ce qui pourrait être fait au préjudice « des lois constitutives de la monarchie » ou qui tendrait à la subversion « desdites lois et maximes fondamentales »¹⁷. De même, le lendemain, leurs homologues

12 Arrêt du 9 décembre 1763, in *Seconde suite*, op. cit., pp. 6-7.

13 À rapprocher des conclusions de Ph. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1999, pp. 328 et suiv.

14 Cf. sur ce point A. ALIMENTO qui revient avec précision sur les modalités de la sortie de crise, *Réformes fiscales et crises politiques dans la France de Louis XV*, Bruxelles, P. LANG, 2008, pp. 259 et suiv. et A. DECROIX, *Question fiscale et réforme financière en France (1749-1789)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, pp. 231 et suiv.

15 Arrêté du 22 juillet 1761 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, impr. nationale, 1888-1898, t. 2, p. 314.

16 Arrêté du 1^{er} juin 1763, *ibid.*, t. 2, p. 339.

17 Arrêté du 5 septembre 1763 à la suite des *Objets des remontrances du parlement de Franche-Comté*,

grenoblois protestent contre le « renversement des maximes et lois fondamentales du royaume »¹⁸. Le surlendemain, les Bordelais dénoncent à leur tour un procédé destructif « des lois primitives de la monarchie et des constitutions fondamentales de l'État »¹⁹. Le parlement de Rouen décrit même les transcriptions illégales comme « des voies de fait et des coups d'autorité attentatoires à la constitution de la monarchie »²⁰. En Bourgogne, il leur est fait grief d'« anéantir les maximes du royaume, [d']altérer essentiellement sa constitution et [de] détruire l'État »²¹. C'est une « violation manifeste des lois et des constitutions fondamentales de la monarchie »²².

La position des hautes juridictions est par suite on ne peut plus claire : la libre vérification des lois préalable à leur enregistrement, autrement dit la faculté de porter sur elles une appréciation critique, est une règle de valeur constitutionnelle, d'un rang supérieur aux ordonnances du souverain. La censure ne sanctionne pas directement l'irrespect de dispositions substantielles et l'absence de conformité de la loi à celles-ci. L'argumentation parlementaire s'attache avant tout à l'infraction à la procédure. Par ses agissements illégaux, le pouvoir a bafoué la règle essentielle de libre vérification. Pourtant, les considérations de fond ne sont jamais tout à fait occultées et percent sous certaines formules que l'on retrouve dans les arrêtés et arrêts de défense. Les magistrats normands rappellent ainsi que le « dépôt sacré » des lois fondamentales du royaume leur a été confié²³. En réalité, il ne s'agit pas d'une mention incidente car les remontrances rédigées en amont des transcriptions d'autorité ont déjà contesté le bien-fondé des mesures fiscales au regard « des lois essentielles et constitutives du gouvernement ». Pour les Grenoblois, par exemple, la pression fiscale est portée à une telle extrémité qu'elle annihile le droit de propriété et avec lui la liberté des sujets : « où il n'y a point de propriétaire, on ne connaît que des esclaves : il n'est plus d'État ni de société, parce que l'État et la société ne sont fondés que sur la propriété »²⁴. Conviction voisine à Rouen : « la plupart des impositions dont ce peuple est accablé, attaquent par l'arbitraire de leur répartition sa liberté naturelle et légitime »²⁵. Et le parlement de Toulouse de prévenir : « il faut qu'il y ait un terme où la loi fiscale s'arrête et respecte la loi naturelle »²⁶. Au surplus, certaines cours invoquent le principe du consentement à l'impôt, le rattachant parfois aux privilèges locaux. Les robes rouennais mettent ainsi en avant la charte normande qui, déclarent-ils à Louis XV, « subsiste dans toute sa force : elle fait partie des droits de vos sujets, dont vous avez juré le maintien à la face de celui *par qui règnent les rois* »²⁷. Leurs collègues toulousains rappellent quant à eux sur un plan général une exigence qui, hélas !, semble

s.l.n.d., pp. 42-43.

18 Arrêté du 6 septembre 1763 à la suite des *Très humbles et très respectueuses remontrances*, du 17 août 1763, p. 40.

19 Arrêté du 7 septembre 1763 in *Relation*, op. cit., pp. 6-7.

20 Arrêté du 18 août 1763 in *Relation de ce qui s'est passé au parlement séant à Rouen*, s.l.n.d., p. 14.

21 Arrêté du 12 août 1763, p. 2 (BNF LB38- 907).

22 Arrêt du parlement de Dijon du 15 décembre 1763, *Arrêt du parlement qui déclare nulle*, s.l.n.d., p. 3.

23 Arrêté du 16 novembre 1763 in *Arrêts et arrêtés du parlement séant à Rouen*, s.l.n.d., p. 10 (BNF LB38- 924).

24 Remontrances du 17 août 1763, *Remontrances du parlement de Dauphiné au roi au sujet de l'édit du mois d'avril*, s.l., 1763, p. 8. Dans le même sens, cf. les représentations bordelaises du 7 janvier 1764, *Très-humbles représentations qu'adressent au roi*, s.l.n.d., p. 2.

25 Remontrances du 5 août 1763, s.l.n.d., pp. 5-6.

26 Remontrances du 22 décembre 1763, *Très-humbles et très-respectueuses remontrances*, s.l.n.d., p. 8.

27 Remontrances du 5 août 1763, p. 22, souligné dans le texte car il s'agit d'une citation bien connue tirée des Proverbes, 8, 15.

appartenir au passé²⁸. On mesure bien, en présence des arguments mobilisés, la prégnance d'idées nouvelles ressourçant parfois des thématiques anciennes²⁹, qu'elles relèvent du jusnaturalisme moderne ou du libéralisme anglais, lesquelles supplantent d'ailleurs la fiction du consentement qui, sans disparaître totalement, ne connaîtra un regain de faveur qu'à la veille de la Révolution³⁰.

Il est vrai que les remontrances elles-mêmes traitent abondamment de la question des formes à observer, qui motivera la censure des enregistrements d'autorité, en raison de la place primordiale qu'elle occupe aux yeux des juges. Pour le parlement du Dauphiné, « la loi de l'enregistrement, cette loi gardienne des autres lois, tient essentiellement à l'existence de la monarchie »³¹. Pour son homologue de Rouen, elle est en l'espèce le procédé servant à constater les nécessités publiques, réelles et légales qui fondent l'impôt. Cette reconnaissance est le propre des États qui ne sont pas despotiques³². Si l'expression d'un tel point de vue reste exceptionnelle, elle a le mérite d'articuler les deux volets de l'opposition.

Les causes d'une censure motivée par des considérations procédurales sourdent du climat doctrinal. La prétention à la libre vérification des lois défendue avec force dans les arrêtés et arrêts de défense n'est pas nouvelle. On la trouve déjà à la fin du XVI^e siècle sous la plume d'Étienne Pasquier³³, puis au XVII^e chez La Roche-Flavin ou Louis Machon³⁴. De là elle passera au XVIII^e dans le *Judicium Francorum*³⁵. Le renouvellement rapide des idées lui donne subitement plus de relief et permet de comprendre la réaction inouïe de 1763. *L'Esprit des lois*, paru en 1748, est maintenant parfaitement assimilé. Or on sait que pour Montesquieu, dans les véritables monarchies, la modération ne passe pas par la distribution des fonctions, souvent confondue avec la séparation des pouvoirs, mais par l'institution d'un dépôt des lois pris en charge par les hauts magistrats³⁶. On sait également que le rôle de cet organe n'est pas défini par rapport à des normes dont il devrait assurer le respect, mais par les formalités qu'il est appelé à remplir pour assurer la fixité et la stabilité de la législation, garantissant en cela la liberté politique que Montesquieu identifie à la sûreté. Par la lenteur de ses procédures, le dépôt des lois est un frein à la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, donc au despotisme. On comprend mieux dès lors la résistance à la tentative de passage en force de l'été 1763. Cependant Montesquieu

28 Remontrances du 22 décembre 1763, p. 7.

29 On se souviendra que Bodin regardait avec suspicion l'impôt, atteinte à une propriété tenue pour naturelle.

30 Le parlement de Paris le remettra à l'ordre du jour dans la célèbre déclaration du 3 mai 1788, reconnaissant ici expressément la compétence des États généraux, *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. 1, p. 285.

31 Remontrances du 17 août 1763, *Remontrances du parlement de Dauphiné*, op. cit., pp. 9-10.

32 Remontrances du 5 août 1763, pp. 6-7.

33 *Lettres in Œuvres*, Amsterdam, Cie des libraires associés, 1723, t. 2, col. 345. La vérification, écrit-il, « est une loi fondamentale de notre État ». Sur la fonction du parlement chez Pasquier, cf. É. Gojosso, « Étienne 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.

34 B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, Bordeaux, S. MILLANGES, 1617, p. 702. L. MACHON, *Les véritables maximes du gouvernement de la France*, Paris, Vve Guillemot, 1652, p. 10.

35 *Mémoire touchant l'origine du parlement de France appelé judicium Francorum* (1732) in *Mémoires historiques et critiques de Mézeray*, Amsterdam, J. F. BERNARD, 1753, t. 2, p. 128. Rappelons que le *Judicium Francorum* démarque très largement l'opuscule de MACHON. Sur la place du *Judicium* dans les polémiques du XVIII^e, cf. S. BAUDENS, « La légende institutionnelle parlementaire et ses épigones sous le règne de Louis XV » in Fr. BIDOUBE (dir.), *Les parlementaires, les lettres et l'histoire*, Pau, PUP, 2008, pp. 27-46.

36 É. Gojosso, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu », art. cité, pp. 502-505.

s'était bien gardé d'attribuer aux juges le pouvoir de s'opposer aux textes qui leur étaient envoyés. Il était resté prisonnier de la logique du gouvernement par conseil qui ne pouvait s'accommoder que de simples remontrances. Les cours se bornaient à donner des avis au roi, seul maître de la décision. Leur accorder la faculté d'empêcher aurait conduit à un changement de régime. Dans ces conditions, comment expliquer le raidissement qui suit la fin de la Guerre de Sept Ans ? Sans doute par une prise de conscience chez les parlementaires. Pour atteindre son objectif, assurer la liberté politique, le dépôt des lois doit avoir les moyens de s'opposer efficacement, effectivement, à la volonté royale. À défaut, il ne constitue pas réellement un obstacle à l'arbitraire.

Cette manière de voir a sans doute été confortée par deux facteurs, l'un issu des milieux parlementaires, l'autre extérieur à eux. Le premier renvoie au « roman historique » dont on trouve trace par exemple dans les *Lettres historiques* de l'avocat janséniste Le Paige de 1753. On peut en résumer l'argument de la manière suivante : le consentement de la nation à la loi donné dans les assemblées de l'époque franque a été remplacé au fil du temps par la libre vérification. Celle-ci appartient donc à la constitution de la monarchie et ne peut être bafouée. Il n'est pas sûr toutefois que cette thèse ait été déterminante en 1763. Elle n'est pas inconnue, bien sûr, mais percera surtout dans le discours parlementaire à l'époque de la réforme Maupeou car elle alimente l'idée d'un partage du pouvoir législatif qui heurte quand même de nombreux magistrats. En outre, les thèses de Le Paige ne se signalent pas par leur cohérence. Il y a même d'une partie à l'autre de son livre des contradictions flagrantes. Dans la première, l'auteur soutient que, dépositaire et conservateur des « lois constitutives de l'État », le parlement rend un immense service au roi, unique titulaire de la « puissance législative et coactive », lorsqu'il s'oppose « comme un mur d'airain à tout ce qui p[eu]t affaiblir l'autorité de ces traditions et de ces lois »³⁷. Il est d'autant plus fondé à résister que le plaid général dont il est l'héritier, disposait jadis du pouvoir de rejeter les propositions royales et que les rois eux-mêmes l'avaient invité à le faire, lui enjoignant de n'avoir aucun égard « à tout ce qu'ils ordonneraient de contraire à la justice et à la loi »³⁸. Partant, il ne doit « rien faire, ni registrer » de « contraire aux lois du royaume, à l'intérêt véritable du monarque et de la monarchie, au cri de sa conscience » et être prêt « à tout sacrifier, mourir même, s'il le faut, plutôt que d'y contribuer en rien »³⁹. N'entrant pas dans le détail des techniques de résistance, l'auteur n'en indique pas moins la direction à suivre, fournissant au surplus l'exemple de princes amenés à résipiscence par l'attitude des magistrats, tels Louis XI et Henri IV⁴⁰. Dans la seconde partie du livre, le discours est aux antipodes. Dans une note, Le Paige avoue que le parlement tire toute son autorité du roi auquel il n'est jamais permis d'opposer que des représentations et des prières. Il concède même à ce dernier la faculté de tout pouvoir, bien comme mal, sans autre restriction que morale et religieuse, mêlant ainsi sa voix à celle des tenants de l'absolutisme et du droit divin⁴¹ !

L'autre élément à prendre en compte est l'une des conclusions contenue dans l'ouvrage du jusnaturaliste suisse Emer de Vattel, intitulé *Le droit des gens* et publié en 1758. Les thèses que l'auteur y exprime rencontreront un grand succès et nourriront les

37 *Lettres historiques*, Amsterdam, 1753, t. 1, p. 32.

38 *Ibid.*, t. 1, pp. 92-93. Même chose, *ibid.*, t. 1, pp. 294-295 : les rois ont reconnu « dans le parlement le droit, ou plutôt le devoir de leur résister avec fermeté quand leur intérêt véritable et le bien de la patrie le demandent ».

39 *Ibid.*, t. 1, pp. 96-97. Dans le même sens, *ibid.*, t. 1, pp. 292-293.

40 *Ibid.*, t. 1, pp. 90-91.

41 *Ibid.*, t. 2, note (b), pp. 15-17.

dictionnaires encyclopédiques⁴². Avant d'y revenir, on notera que Burlamaqui, penseur du même courant, avait défendu le principe d'un refus absolu d'enregistrer les ordonnances royales en cas d'injustice manifeste, sans toutefois développer ce thème⁴³. Entre autres choses, Vattel sépare nettement les lois fondamentales, « dont le concours forme la constitution de l'État », des lois ordinaires, qu'elles soient civiles ou politiques. Les lois fondamentales procèdent de la nation qui « est en plein droit de former elle-même sa constitution, de la maintenir, de la perfectionner et de régler à sa volonté tout ce qui concerne le gouvernement, sans que personne puisse avec justice l'en empêcher ». Les lois civiles et politiques sont établies par le législateur – prince ou assemblée – dont le pouvoir ne s'étend pas cependant jusqu'aux normes supérieures. Il ne peut rien entreprendre contre elles car c'est de la constitution qu'il tient son pouvoir. S'il changeait les lois fondamentales, il saperait le fondement de son autorité⁴⁴. Naturellement, ces thèses n'ont pas été reçues telles quelles – elles eussent conduit à la dénaturation du régime monarchique –, mais on peut penser qu'en circonscrivant le pouvoir du législateur, elles ont renforcé les parlementaires dans leur détermination à maintenir intactes les normes de valeur constitutionnelle.

Avec la censure juridictionnelle des atteintes aux règles tenues pour fondamentales, sort-on réellement du registre doctrinal pour entrer dans celui du droit en vigueur ? La réponse la plus évidente est négative car le dernier mot continue d'appartenir au roi – cela a été dit. Il faut pourtant nuancer au regard de l'histoire compliquée des rapports entre la couronne et les cours souveraines. La faculté d'examiner au fond les lettres patentes préalablement à leur enregistrement a été une usurpation parlementaire du XIV^e siècle, finalement consacrée par la royauté elle-même qui l'a acceptée. L'enregistrement n'impliquait au départ qu'un simple contrôle de la forme des actes déférés. Les juges médiévaux ont donc sur ce point outrepassé les droits primitifs qui leur avaient été reconnus⁴⁵. Par la mise en œuvre d'un procédé similaire, les magistrats du XVIII^e siècle ont-ils voulu perfectionner le mécanisme existant et imposer cette innovation au pouvoir ? Il est permis de le penser et de voir dans ce qui se passe en 1763 (et qui sera d'ailleurs répété et prolongé en 1771 et en 1787-1788⁴⁶), la première étape d'un mouvement aboutissant à l'inscription de la censure des lois du roi dans l'ordre juridique de l'Ancien Régime, un mouvement interrompu par la Révolution.

42 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.

43 *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751, t. 1, III.28, p. 224.

44 *Droit des gens*, Londres, 1758, I.3, t. 1, pp. 31-38 spéc.

45 A. RIGAUDIÈRE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Paris, A. Colin, 1994, t. 2, pp. 216-217.

46 Cf. A. VERGNE, « Les éléments pré-révolutionnaires du discours constitutionnel des cours souveraines en 1787 et 1788 », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, n° 8-9, 2017, pp. 145-161.