

Penser le contrôle a priori (1789-1870)

Philippe PICHOT - Docteur en Droit

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 28 (DOSSIER : L'HISTOIRE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ)
- JUILLET 2010

Le 8 août 1791, alors que l'Assemblée constituante achève la rédaction laborieuse d'une constitution commencée au cours de l'été 1789, François Buzot soulève la question de la garantie juridique des droits que les constituants viennent d'inscrire dans le titre premier : « Il ne suffit pas de dire [...] que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit » car, ajoute-il, « les droits civils ne sont pas garantis contre les atteintes du corps législatif lui-même »⁽¹⁾. Deux ans plus tôt, lors du débat de l'été 1789, le comte de Lally-Tollendal redoutait que « la Constitution soit en danger perpétuel, livrée à l'inconstance, au caprice, à toutes les passions humaines »⁽²⁾. La délicate question de la conservation de la Constitution était soulevée.

Elle devait inévitablement conduire à celle du contrôle de la constitutionnalité des lois. Faut-il le rappeler ? Ce contrôle peut être effectué après la promulgation de la loi par les juges, par voie d'action, lorsqu'un particulier lésé par un acte le défère devant le juge, ou par voie d'exception, lorsque, à l'occasion d'un procès, l'une des parties argue de l'inconstitutionnalité de la loi applicable au cas d'espèce. Il peut également être effectué avant la promulgation de la loi. Le soin d'un tel contrôle peut alors être confié au chef de l'État, érigé en arbitre et armé à cette fin d'un droit de veto, à l'une des chambres législatives ou à un collège de conservateurs de la Constitution.

Toutes ces hypothèses ont été examinées sous la Révolution. À la fin de l'été 1789, les Monarchiens proposent de garantir la liberté en équilibrant les pouvoirs entre eux par un jeu de contrepoids dont les deux pièces maîtresses sont l'institution d'une Chambre haute dont le recrutement serait différent de celui de la Chambre des représentants et la définition d'un veto absolu permettant à cette Chambre haute et au Roi de faire obstacle aux actes législatifs qui seraient contraires à la Constitution. Au printemps 1793, plusieurs constituants proposent la création d'un « tribunal des censeurs », organe juridictionnel dont Kersaint donne la définition la plus élaborée. Ce projet inspire, après la Terreur, le projet de jury constitutionnaire que Sieyès suggère à la Convention. Rejeté à la quasi-unanimité par les Thermidoriens, le jury constitutionnaire, réajusté, inspire les Brumairiens qui lui donnent vie sous le nom de « Sénat conservateur ». Ce sénat est chargé de maintenir ou d'annuler « tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le Gouvernement »⁽³⁾. Pour la première fois depuis 1789, le contrôle a priori voit constitutionnellement le jour. Innovation sans lendemain, comme chacun le sait : le Sénat n'exerce pas la mission qui lui est confiée ; placé sous la dépendance de Bonaparte, il ne tarde pas à devenir en réalité une garde de juristes veillant à la conservation de l'ordre napoléonien face à ses ennemis, ce qui aura pour effet d'affaiblir durablement en France l'idée du contrôle de constitutionnalité des lois.

En définitive, aucun de ces projets n'aura réussi à vaincre les répugnances et les inquiétudes du constituant. Lorsque Pétion et Buzot abordent, lors de la séance du 8 août 1791, la question de la garantie effective des droits, ils se gardent bien de proposer la mise en place d'une juridiction constitutionnelle dont personne, au sein de l'Assemblée, ne veut entendre parler. Sur proposition de Le Chapelier, un amendement prévoit que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte ou mette obstacle à l'exécution des droits naturels et civils consignés dans le [...] titre [premier] et garantis par la Constitution »⁽⁴⁾. Tous semblent croire qu'il suffit que l'interdiction soit formulée par le constituant pour que le législateur s'y plie mécaniquement. Du maintien de l'équilibre des pouvoirs découlera le respect des libertés et des droits⁽⁵⁾.

Il est vrai que la mise en œuvre d'un contrôle de constitutionnalité des lois se heurte alors à deux obstacles majeurs.

D'une part, les constituants révolutionnaires assignent à la Constitution une mission régénératrice qui étend considérablement le domaine d'intervention du législatif et qui les porte à regarder avec suspicion tout ce qui pourrait faire obstacle à cette régénération, à commencer par la magistrature : « L'esprit des grandes corporations judiciaires est un esprit ennemi de la régénération », déclare à cet égard Thouret lors du débat consacré à la réorganisation du système judiciaire au printemps 1790⁽⁶⁾.

D'autre part, la mise en œuvre d'un contrôle de constitutionnalité se heurte au primat de la volonté de la nation souveraine et au légicentrisme qui en est l'expression. La solide méfiance que les constituants successifs éprouvent à l'égard de la magistrature n'arrange rien : « Le pouvoir judiciaire [...] est le plus dangereux de tous les genres de pouvoirs ; c'est celui qu'il importe le plus d'assujettir à la loi », affirmait Mounier dans les

Nouvelles observations sur les États généraux de France⁽⁷⁾. Cette méfiance est double. En premier lieu, les constituants de 89 redoutent qu'une magistrature trop puissante soit l'alliée du pouvoir royal contre le corps législatif et permette au Roi de reconquérir peu à peu une partie de l'autorité qu'il vient de perdre. Garat l'aîné n'a-t-il pas proposé que le Roi préside le tribunal de Cassation, déclarant à cette occasion : « La justice extraordinaire qui juge les jugements est déléguée par le Roi, il en est le président-né »⁽⁸⁾ ? Cette crainte est illustrée par l'hostilité que rencontre Cazalès lorsqu'il affirme « qu'il faut sans doute que le pouvoir judiciaire dépende du pouvoir exécutif dont il émane : le Roi est le juge suprême de la Nation »⁽⁹⁾. En second lieu, la majorité des constituants répudie le souvenir des parlements d'Ancien Régime⁽¹⁰⁾ ; ils condamnent l'usage, parfois abusif, surtout dans la seconde moitié du xviii^e siècle, que ceux-ci faisaient du droit de remontrances, devoir de conseil concédé par la royauté sous Philippe V et Philippe VI, confirmé ensuite de règne en règne⁽¹¹⁾, que les magistrats remplissaient en vérifiant que les lois du Roi respectaient les « lois de l'État et du Royaume »⁽¹²⁾ : « émule de la puissance législative, il [le Parlement] révisait, modifiait ou rejetait les lois », ce qui est un « abus qui a dénaturé le pouvoir judiciaire en France », déplore Thouret le 24 mars 1790. « Un tel désordre est intolérable dans une bonne Constitution »⁽¹³⁾, conclut-il. Placés à l'automne 1789 en vacances prolongées, les parlements ont adressé à l'Assemblée de vives protestations qui n'ont pas arrangé les relations entre les deux institutions. Les parlementaires passent, à juste titre d'ailleurs, pour des partisans de l'ordre ancien dont la Constituante s'emploie à faire table rase. Seuls quelques députés de droite osent encore les défendre. Or ce rejet de l'héritage parlementaire nuit fortement à la mise en œuvre d'un contrôle a priori de la constitutionnalité des lois.

Pourtant, le souci de la conservation de la souveraineté nationale aurait pu conduire les constituants à estimer que le corps législatif auquel cette souveraineté est déléguée est, quant à lui, limité par la Constitution, expression de la volonté nationale. Or le constituant révolutionnaire répugne à limiter le pouvoir du corps législatif. Il redoute que l'organe qui aurait pour mission d'écarter une loi inconstitutionnelle n'en vienne à faire obstacle à la volonté nationale elle-même. Pour beaucoup d'hommes politiques de la Révolution, « contrôler la constitutionnalité des lois, c'est s'immiscer dans la fonction législative »⁽¹⁴⁾. L'idée selon laquelle la loi n'exprime la volonté générale qu'à la condition d'être conforme à la Constitution, expression permanente de cette volonté⁽¹⁵⁾, pourtant déjà formulée Outre-Atlantique⁽¹⁶⁾, peine à émerger en France.

Malgré la force de tels obstacles, l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'en retient pas moins l'attention de manière croissante, alimentant la réflexion politique et juridique, notamment sous le Directoire, alors que la classe politique, traumatisée par la Terreur, aspire ardemment à rétablir la stabilité et à « terminer la Révolution », tout en conservant les acquis.

Trois écoles politiques affirment au xix^e siècle la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité : l'école contre-révolutionnaire qui souligne le rôle bénéfique des parlements dans l'ancienne Constitution monarchique, mettant en valeur l'importance du rôle joué par une magistrature indépendante ; l'école des doctrinaires qui préconise la souveraineté de la raison et de la justice, insistant sur le fait que la loi doit, pour être juste, respecter un ordre juridique supérieur, de nature supra-constitutionnelle, ce qui exige de confier le soin de légiférer à l'élite des hommes les plus « capables » ; l'école libérale qui affirme la nécessité d'encadrer la volonté souveraine en la soumettant au respect effectif des règles établies par la Constitution.

Chacune de ces écoles tente de réussir la délicate conciliation de la volonté souveraine et de la conservation effective des règles et des principes de l'ordre constitutionnel. Les mentalités de l'époque sont jalousement attachées à la préservation d'une souveraineté récemment conquise par la Nation. Pour les auteurs qui inscrivent leur réflexion dans le cadre de cette souveraineté nationale, les modalités du contrôle de constitutionnalité semblent dès lors devoir être tributaires du souci de ne pas heurter de front ce principe redoutable qu'ils cherchent à canaliser.

Cette délicate conciliation repose sur la définition du champ d'exercice du contrôle a priori (I) et sur l'identité et les prérogatives de ceux auxquels devra être confiée cette mission (II).

I. Le champ du contrôle a priori

Si, très tôt, sous la Révolution, se fait sentir le besoin d'un organe conservateur veillant au respect de la Constitution par les pouvoirs constitués, le contrôle que l'on envisage alors vise surtout à empêcher ces derniers de sortir du domaine de compétences qui leur est assigné. La question d'une garantie effective des droits et des libertés reconnus par la Constitution aux citoyens n'est que rarement soulevée⁽¹⁷⁾. Dès lors, le contrôle de constitutionnalité des lois ne saurait être un contrôle matériel ; il ne peut être qu'un contrôle formel qui vérifie que le corps législatif n'est pas sorti de son domaine de compétence.

Nous le constatons à la lecture des contributions adressées, au cours de l'hiver 1793, au comité de Constitution de la Convention⁽¹⁸⁾. Si quelques-unes d'entre elles soutiennent la nécessité d'un « pouvoir régulateur » ou d'une « autorité censoriale »⁽¹⁹⁾, suggèrent la création d'un corps de « conservateurs de la Constitution »⁽²⁰⁾ ou d'un « conseil constitutionnel »⁽²¹⁾, les propositions les plus élaborées insistent toutes sur le maintien de l'équilibre des pouvoirs. Ainsi, le conventionnel Jean-Marie Rouzet propose l'institution d'« un collège des éphores », chargé

d'arbitrer les relations entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif⁽²²⁾. De son côté, le député Guy de Kersaint, propose l'institution d'un « tribunal des censeurs » « chargé de conserver les formes et les règles du gouvernement, avec le droit d'en appeler au peuple, si les pouvoirs délégués tentaient de sortir de leurs limites »⁽²³⁾. Composé de vingt et un membres désignés par le corps législatif, ce tribunal disposerait d'« un banc [...] dans l'Assemblée nationale »⁽²⁴⁾, afin d'y maintenir l'exécution des lois et d'« examiner les décrets du corps législatif, dans leur rapport avec les principes de la Constitution et les lois précédemment rendues »⁽²⁵⁾. Le pouvoir de ces censeurs resterait limité. Ils ne pourraient que contraindre l'Assemblée à réexaminer la loi incriminée lors de la législature suivante. Néanmoins, quoiqu'assez dépendant de l'Assemblée, il n'en aurait pas moins « le droit d'en appeler au peuple, si les pouvoirs délégués tentaient de sortir de leurs limites »⁽²⁶⁾.

Soucieux, au lendemain de la Terreur, d'éviter que la République devienne une « Ré-totale »⁽²⁷⁾, Sieyès propose lors du débat constitutionnel de l'été 1795, dans deux discours prononcés à deux semaines d'intervalle⁽²⁸⁾, que soit établi « un jury de constitution, ou [...] une jurie constitutionnaire »⁽²⁹⁾, qui aurait, notamment, « pour mission spéciale de juger et prononcer sur les plaintes en violation de constitution, qui seront portées contre les décrets de la législature »⁽³⁰⁾, de veiller à ce que personne ne « sorte des bornes du pouvoir qui [lui] a été confié », en sanctionnant les « excédences »⁽³¹⁾ qui mettraient en péril l'ordre politique.

Pourtant, malgré l'échec de Sieyès, la question de la conformité de la loi à la Constitution n'en devient pas moins l'une des préoccupations des législateurs du Directoire. La question de la constitutionnalité des lois est régulièrement soulevée dans les années 1795-1797 à la tribune des assemblées⁽³²⁾. Au lendemain du coup d'État de Fructidor, la nécessité d'un pouvoir conservateur se fait de plus en plus sentir. Tandis que Madame de Staël insiste, dans un ouvrage intitulé *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la révolution et des principes qui doivent fonder la république en France*, sur la nécessité d'établir un conseil conservateur⁽³³⁾, Sieyès revient à la charge au lendemain du coup d'État de Brumaire, proposant la création d'un collège des conservateurs⁽³⁴⁾ dont la mission aurait été « de maintenir la Constitution dans toute sa pureté, soit en statuant sur les difficultés d'application et les conflits de compétence, soit en réprimant les atteintes qui pourraient lui être portées »⁽³⁵⁾. À chaque fois, il s'agit avant tout de préserver l'équilibre des pouvoirs. Le contrôle reste donc de portée relativement restreinte.

Bien que soulevée en 1791, la question d'une garantie effective des droits et des libertés est, en effet, le plus souvent laissée dans l'ombre. Elle est effleurée par Sieyès en 1795 lorsqu'il propose de faire de son jury constitutionnaire un tribunal de l'équité naturelle, rôle qu'il serait appelé à jouer après la promulgation des lois afin d'arbitrer les conflits de conscience éprouvés par les juges lors des procès. Benjamin Constant aborde également la question lorsqu'il manifeste son souci de protéger les libertés individuelles de l'intervention de la puissance publique, estimant que « tout ce qui tient à la liberté est constitutionnel »⁽³⁶⁾. Pour autant, cette piste de réflexion n'est sérieusement explorée que par Alexis de Tocqueville et Edouard Laboulaye. Cependant, parfaitement conscients des résistances intellectuelles qui font obstacle à la mise en œuvre d'un contrôle concentré de la constitutionnalité des lois, ils estiment préférable, afin de « garantir [les] libertés des empiètements [des] législateurs »⁽³⁷⁾, de renoncer au contrôle a priori pour privilégier le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois : la portée du contrôle a priori semble trop grande pour qu'un tel contrôle ne soit en contrepartie resserré dans les frontières relativement étroites d'un contrôle formel, surtout si ce contrôle devait être confié à une magistrature indépendante, héritière des anciens parlementaires.

II. Les acteurs du contrôle a priori

Au cours de l'été 1789, les Monarchiens proposent de confier au Roi et à une Chambre haute, armés l'un et l'autre d'un droit de veto absolu, le soin « de maintenir la balance de la Constitution »⁽³⁸⁾, « de conserver la Constitution »⁽³⁹⁾, de vérifier que « les actes » du « Corps législatif » « sont conformes aux principes de la Constitution »⁽⁴⁰⁾. Or cette proposition heurte trop vivement les passions dominantes du moment pour s'imposer⁽⁴¹⁾. Après cet échec, les partisans du contrôle de constitutionnalité des lois pensent confier cette mission à un collège de personnalités choisies par le corps législatif. C'est la piste que privilégie Sieyès lorsqu'il présente son projet de jury constitutionnaire. Quatre ans plus tard, peaufinant cette idée, il suggère l'institution d'un collège des Conservateurs⁽⁴²⁾, proposition qui donne naissance, dans la Constitution de l'an VIII, au Sénat conservateur, collège composé « de quatre-vingts membres inamovibles »⁽⁴³⁾, nommés par cooptation⁽⁴⁴⁾, « à jamais inéligibles à toute autre fonction publique »⁽⁴⁵⁾. La réflexion de Sieyès insistait sur la nécessaire indépendance des personnalités auxquelles serait confiée la conservation de la Constitution. Las, l'indépendance morale ne découle pas mécaniquement de l'indépendance matérielle. Le manque complet d'indépendance manifesté, avec constance, par le sénat du premier césarisme, confirme a contrario, l'importance de ce critère pour le fonctionnement normal du contrôle de constitutionnalité des lois.

À cet égard, d'aucuns insistent, depuis le commencement de la Révolution, sur les garanties d'indépendance manifestée par une magistrature inamovible, accompagnant leurs discours d'une réhabilitation des anciens parlements.

L'hostilité que vouent les constituants de 1789 aux anciens parlements n'est pas partagée par tous. À la tribune de l'Assemblée, plusieurs députés du côté droit, anciens membres des Cours souveraines il est vrai, plaident en leur faveur au cours des débats qui précèdent la définition

d'un nouveau système judiciaire au cours de l'année 1790. Ainsi, Jacques de Cazalès, fils d'un conseiller au Parlement de Toulouse, rend hommage à ces « fidèles organes de la loi », « organes antiques qui, liés au berceau de la troisième race, ont, depuis huit cents ans, mérité, par leurs lumières et par leurs vertus, l'amour et la vénération des peuples »⁽⁴⁶⁾. Il n'est pas le seul. Outre-Manche, Edmund Burke lui fait écho dans ses *Réflexions sur la Révolution en France*⁽⁴⁷⁾. En septembre 1791, dans les protestations qu'ils formulent contre l'œuvre constitutionnelle de l'Assemblée constituante, les députés de la droite rappelant ce que devrait être « une constitution digne d'égards », soulignent le rôle bénéfique des anciens parlements⁽⁴⁸⁾. Expression d'une monarchie tempérée et décentralisée, le projet constitutionnel des Noirs est repris en émigration par toutes les plumes de la Contre-Révolution⁽⁴⁹⁾. Tour à tour, le président Nicolas Jannon⁽⁵⁰⁾, Joseph de Maistre⁽⁵¹⁾, Louis de Bonald⁽⁵²⁾ et le chanoine Ruffo de Bonneval⁽⁵³⁾ insistent sur l'importance, pour l'équilibre de la Constitution monarchique dont ils espèrent la restauration, du contrôle de constitutionnalité effectué, avant l'entrée en vigueur de la loi, par les parlements. Pour Ruffo de Bonneval, ce contrôle ne saurait contraindre le monarque, seul souverain. Il n'est qu'un conseil qui n'a que le pouvoir de différer la décision du Roi en l'invitant à réexaminer le texte qu'il souhaite promulguer⁽⁵⁴⁾. Cependant, si la portée juridique des remontrances parlementaires semble faible, leur portée morale est loin d'être négligeable, comme le confirme le souvenir encore récent des relations entre le Roi et ses parlements et l'efficacité concrète de la vérification effectuée par les magistrats. Un monarque qui ignorerait de manière fréquente les remontrances parlementaires s'exposerait à l'incompréhension de ses peuples, ce qui ne pourrait qu'affaiblir considérablement son autorité. Ruffo de Bonneval prévoit même que les parlementaires puissent en appeler aux États-généraux. Pour Bonald, au contraire, ce contrôle contraint véritablement le monarque en raison de la force attachée aux principes auxquels il doit nécessairement se soumettre : « le droit et le devoir des corps dépositaires des lois est de vérifier si elle est conforme ou non à la volonté générale dont la loi doit être l'expression »⁽⁵⁵⁾. Or cette volonté générale, « essentiellement conservatrice » réside dans « la nature des êtres »⁽⁵⁶⁾ ; elle est l'expression de cette nature qui, pour Bonald, dans « la société constituée », est « le souverain »⁽⁵⁷⁾, le « seul pouvoir législatif »⁽⁵⁸⁾. La vérification effectuée par les magistrats vise par conséquent à préserver un ordre immuable, que l'on qualifierait aujourd'hui de supra-constitutionnel.

Pour autant, les penseurs de la Contre-Révolution ne sont pas les seuls à rendre hommage aux anciens parlements. Leur souvenir alimente la réflexion d'Alexis de Tocqueville, il est vrai descendant de la prestigieuse lignée des Lamoignon, et celle d'Édouard Laboulaye, soucieux, l'un comme l'autre, de tempérer une démocratie que le succès inéluctable inquiète par la présence d'une magistrature inamovible chargée de garantir, face aux caprices de l'opinion, le respect de la Constitution et la préservation des droits et des libertés fondamentaux. Ce faisant, ils reprennent un argument développé par Burke, déplorant en 1790 la suppression des Cours souveraines qu'il comparait alors à l'Aréopage d'Athènes⁽⁵⁹⁾.

Ainsi, Tocqueville a constaté aux États-Unis que « le corps des légistes forme dans ce pays le plus puissant, et pour ainsi dire, l'unique contrepoids de la démocratie ». Les magistrats y sont comme un ferment d'esprit aristocratique qui vient adoucir les effets de la démocratie : « Dans une société où les légistes occuperont sans contestation la position élevée qui leur appartient naturellement, leur esprit sera éminemment conservateur et se montrera antidémocratique »⁽⁶⁰⁾. Membre du comité constitutionnel en 1848, il n'aborde pas directement la question du contrôle de constitutionnalité des lois mais n'en affirme pas moins qu'« il faut un pouvoir judiciaire fort », doté d'« une puissance telle, que, dans l'occasion, cette puissance puisse servir de contrepoids à l'Assemblée même »⁽⁶¹⁾. Tocqueville semble ici proche des préoccupations exprimées sous le Directoire finissant par Germaine de Staël qui proposait, afin de « terminer la Révolution » et de rétablir la stabilité politique et sociale, de placer « les principes démocratiques sous la sauvegarde des formes aristocratiques »⁽⁶²⁾.

S'employant à définir les contours de la démocratie « chrétienne »⁽⁶³⁾, de « la République constitutionnelle », qu'il appelle de ses vœux⁽⁶⁴⁾, Laboulaye insiste à son tour sur le rôle nécessaire que doit jouer la magistrature dans l'équilibre entre les trois pouvoirs et la garantie du respect des droits individuels⁽⁶⁵⁾. À ceux qui l'accusent de vouloir établir un « gouvernement des juges », Laboulaye répond sans ambages : « Croire qu'il y a une démocratie indépendante de la justice, c'est là qu'est l'erreur ; la véritable liberté n'est que le règne du droit »⁽⁶⁶⁾. Or, pour que les magistrats puissent jouer efficacement leur rôle de gardiens de la Constitution, il est indispensable qu'ils soient inamovibles⁽⁶⁷⁾ et que leur nomination ne soit pas soumise à l'élection⁽⁶⁸⁾. Laboulaye établit un lien entre le droit de remontrances des anciens parlements et le contrôle de constitutionnalité effectué par les juges américains, insistant sur les vertus de l'inamovibilité en soulignant le rôle joué par les parlements dans la préservation des libertés et de la justice face aux atteintes qu'aurait pu leur porter la volonté législative du monarque⁽⁶⁹⁾.

Cette comparaison laisse entendre que les réflexions de Laboulaye auraient pu fort bien servir à justifier la mise en place d'un contrôle a priori. Assurément, il reconnaît volontiers que les anciens parlements ont encouru le reproche de s'immiscer dans le domaine législatif. Pour autant, ce reproche semble peser bien peu sous sa plume comparé aux bienfaits que la société peut retirer d'une telle institution. Dès lors, seules des considérations d'opportunité semblent l'avoir conduit à privilégier le contrôle diffus. En assignant à la magistrature, de devenir « la gardienne de la liberté » « contre les passions législatives »⁽⁷⁰⁾, Laboulaye suscita contre son projet de contrôle de constitutionnalité des lois d'ardentes critiques⁽⁷¹⁾ qu'il s'employa ainsi à désarmer⁽⁷²⁾. Les avantages du contrôle diffus sont soigneusement détaillés par Tocqueville. Limitée à un litige précis, la censure exercée par le juge perd en portée ce qu'elle gagne en efficacité et en étendue. Le juge ne pouvant écarter définitivement

une loi inconstitutionnelle, se contente de la faire « tomber dans l'impuissance »⁽⁷³⁾, sans prendre le risque de braver ouvertement le pouvoir législatif. Le juge est ainsi libéré des préoccupations et des calculs politiques⁽⁷⁴⁾, ce qui permet aux citoyens de voir leurs libertés constitutionnelles préservées plus efficacement. Il ne s'expose plus aux affrontements partisans, affrontements lourds de contestations dangereuses pour l'autorité même du pouvoir judiciaire et qui annihileraient l'un des bénéfices essentiels produit par le contrôle de constitutionnalité : pacifier la vie politique⁽⁷⁵⁾.

(1) Auteur d'une thèse intitulée : « Conserver l'ordre constitutionnel (xvie-xixe siècle) : les discours, les organes, les procédés juridiques », en cours de publication.

. Buzot (François), Séance du 8 août 1791, Archives Parlementaires, t. XXIX, p. 271-272.

(2) Lally-Tollendal (Gérard Trophime comte de), Premier discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale, A.P., t. VIII, p. 516.

(3) Constitution de la République française décrétée par les commissions législatives des deux Conseils et par les Consuls. 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), art. 15, A.P., 2^e série, t. I, p. 2.

(4) Le Chapelier (Isaac René), Séance du 9 août 1791, A.P., t. XXIX, p. 297.

(5) Cf. Saint-Bonnet (François), « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », Revue du Droit Public et de la Science Politique, 2007, no 3, p. 757-758 ; « La protection juridique des droits en 1791 », in études à la mémoire du Professeur François Burdeau, Paris, Litec, 2008, p. 359-371.

(6) Thouret (Jacques Guillaume), Discours du 24 mars 1790, A.P., t. XII, p. 346.

(7) Mounier (Jean-Joseph), Nouvelles observations sur les États généraux de France, s.l., 1789, p. 187.

(8) Garat (Dominique) dit « Garat l'aîné », Discours du 26 mai 1789, A.P., t. XV, p. 679.

(9) Cazalès (Jacques de), Discours du 24 mars 1790, A.P., t. XII, p. 348.

(10) Sur ce point, nous renvoyons à Krynen (Jacques), L'idéologie de l'ancienne magistrature, Paris, Gallimard, 2008 et Renoux-Zagamé (Marie-France), Du droit de Dieu au droit de l'homme, Paris, PUF, 2003.

(11) Seul Louis XIV, dans la déclaration de février 1673, encadra de manière stricte ce droit de remontrances, intimant aux magistrats d'enregistrer les lettres patentes qui leur étaient adressées avant de formuler ces remontrances. Le droit de remontrances fut rétabli à la mort du Roi-Soleil et Louis XV manifesta, à plusieurs reprises, son attachement à son existence, notamment lors de la Séance de la Flagellation, lors du Lit de Justice du 7 décembre 1770 et lors de la mise en place du Parlement Maupeou, au printemps 1771.

(12) Cette distinction entre les lois du Roi, muables, et les lois de l'État et du Royaume, immuables, fut formulée par le premier président Christophe de Thou le 4 mars 1575 et le 6 février 1581 puis par son successeur le premier président Achille de Harlay le 15 juin 1586 (B.N.F., Ms. Fr. 4398, folio 397 verso ; 469 recto ; Ms. Fr. 4397, folio 48 verso ; du Vair (Guillaume), « Sommaire des Harangues faites au Parlement le 15 juin 1586 », Œuvres, Paris, 1615, p. 104).

(13) Thouret, Discours du 24 mars 1790, A.P., t. XII, p. 344.

(14) Troper (Michel), Pour une théorie juridique de l'État, Paris, P.U.F., 1994, p. 330.

(15) Troper, Pour une théorie juridique de l'État, p. 331.

(16) Cf. Le Fédéraliste, lettre n° 78.

(17) Saint-Bonnet (François), « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op. cit., p. 753-791.

(18) Gauchet (Marcel), La Révolution des pouvoirs, Paris, Gallimard, 1995, pp. 107-121.

(19) Debry (Jean), Idées élémentaires pour asseoir une Constitution, A.P., LXVII, p. 289.

(20) Constitution populaire pour un grand État, A.P. t. LXII, p. 300-301.

(21) Williams (David), Observations sur la dernière Constitution de la France, A.P., t. LXIII, p. 588-589.

(22) Rouzet (Jean-Marie), Plan de Constitution, A.P., t. LXII, p. 502-505.

(23) Kersaint (Guy de), Projet de constitution, A.P., t. LXII, p. 422.

(24) Kersaint, Projet de Constitution, A.P., t. LXII, p. 426.

(25) Kersaint, Projet de Constitution, A.P., t. LXII, p. 426.

(26) Kersaint, Projet de Constitution, A.P., t. LXII, p. 422.

(27) Sieyès (Emmanuel), « Opinion sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de Constitution prononcée à la convention le 2 thermidor de l'an III », Œuvres, t. III, § 41, p. 7.

(28) Nous renvoyons ici à Pasquino (Pasquale), Sieyès et l'invention de la Constitution en France, Éditions Odile Jacob, Paris, 1998 ; Jaume (Lucien), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », Droits, no 36, décembre 2002, p. 115-134 ; Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op. cit., p. 759-768 ; Gauchet, La Révolution des pouvoirs, p. 159-186 ; Fioravanti (Marco), « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », in Annales historiques de la Révolution française, n° 349, juillet /

- (29) Sieyès, *Opinion [...] prononcée le 2 thermidor de l'an III*, Œuvres, t. III, § 40, p. 11.
- (30) Sieyès, *Opinion [...] prononcée le 2 thermidor de l'an III*, Œuvres, t. III, § 40, p. 23.
- (31) Sieyès, *Opinion sur les attributions [...] du jury constitutionnaire*, Œuvres, t. III, § 41, p. 4.
- (32) Gauchet, *La Révolution des pouvoirs*, p. 192-201 ; Fiorentino (Karen), *La seconde Chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 165-173.
- (33) Staël (Germaine de), *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, Paris, Fischbacher, 1906, p. 165-179.
- (34) Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *op. cit.*, p. 769-778.
- (35) Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès ; Constitution de l'an VIII*, Paris, 1836, p. 32.
- (36) Cité par Beaud (Olivier), « Constitution et constitutionnalisme », in Raynaud (Philippe) et Rials (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, p. 133-141.
- (37) Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 29.
- (38) Comte de Lally-Tollendal, *Premier discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale*, *Archives Parlementaires*, t. VIII, p. 514.
- (39) Comte de Lally-Tollendal, *Premier discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale*, A. P., t. VIII, p. 522.
- (40) Malouet (Pierre Antoine), 1^{er} septembre 1789, A.P., t. VIII, p. 536.
- (41) De telles conceptions réapparaîtront dans les réflexions que Benjamin Constant consacrera au pouvoir neutre et au bicamérisme.
- (42) Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, p. 37.
- (43) *Constitution de la République française*, art. 15, A.P., 2^e série, t. I, p. 1.
- (44) Les deux anciens consuls Sieyès et Roger-Ducos, membres de droit du Sénat, devaient choisir avec le deuxième consul, Cambacérès, et le troisième consul, Lebrun, les vingt-neuf premiers membres du Sénat, lesquels devaient à leur tour coopter vingt-neuf nouveaux membres. Le Sénat ainsi constitué serait appelé à étoffer ses rangs de deux nouveaux membres chaque année jusqu'à concurrence de quatre-vingts. Pour ce faire, il aurait à choisir entre trois candidats : celui présenté par le Corps législatif, celui présenté par le Tribunat et celui présenté par le premier Consul, articles 15, 16 et 24 ; *Constitution de la République française*, A.P., 2^e série, t. I, p. 1-2.
- (45) *Constitution de la République française*, art. 18, A.P., 2^e série, t. I, p. 2.
- (46) Et d'ajouter : « Je vous laisse examiner, Messieurs, si l'on n'a pas exagéré les torts des Parlements, si ce n'est pas une vue étroite de les regarder comme les ennemis de la Constitution » (Cazalès, *Discours du 24 mars 1790*, A.P., t. XII, p. 348).
- (47) Burke (Edmund), *Réflexions sur la Révolution en France*, trad. Andler (Pierre), Hachette, 1989, p. 264-266 : « Les anciens parlements [...] présentaient [...] un grand nombre de caractères qui méritaient l'approbation des sages. Ils possédaient en particulier une qualité fondamentale : ils étaient indépendants. La vénalité même des charges qui constituait certainement le trait le plus discutable de cette institution, contribuait à assurer sa remarquable indépendance. Les magistrats de parlements tenaient leurs charges à vie ; on peut même dire qu'ils les tenaient par voie d'héritage. Nommés par le monarque, on estimait qu'ils échappaient presque entièrement au pouvoir royal. Les efforts les plus déterminés de celui-ci pour affirmer son autorité sur les parlements n'ont jamais abouti qu'à mettre en évidence leur indépendance foncière. Ils constituaient des corps politiques permanents, faits pour résister aux innovations arbitraires ; et cela, de même que la plus grande partie de leur procédure et de leurs règles, était tout à fait propre à établir la validité et à assurer la stabilité des lois. Les parlements offraient à celles-ci le plus sûr des asiles contre toutes les révolutions de la mode et de l'opinion. Ils avaient su veiller sur ce dépôt sacré de leur patrie aussi bien pendant les règnes de princes arbitraires qu'au cours des luttes où s'opposaient les volontés arbitraires des factions. Ils avaient entretenu le souvenir de votre antique Constitution et maintenu son héritage. Ils étaient les garants par excellence de la propriété privée, laquelle n'était pas moins bien protégée dans la France des siècles passés que dans les autres pays, alors même que la liberté personnelle y était inconnue. [...] Les parlements de France avaient ainsi apporté, aux excès et aux vices de la monarchie, nombre de correctifs.
- (48) Cf. Saint-Victor (Jacques de), *La fin des aristocrates*, Paris, Perrin, 1992.
- (49) Cf. Gojoso (Éric), « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire », in *La Constitution dans la pensée politique, actes du colloque de Bastia (7-8 septembre 2000)*, PUAM, 2001, p. 229-253.
- (50) Jannon (Nicolas), *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française, 1795*, p. 163.
- (51) Maistre (Joseph de), *Considérations sur la France*, chapitre VIII, 1988, p. 103-116. Puisant dans le *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, l'auteur commence par en citer des passages pour rappeler que, sous le régime de l'ancienne Constitution monarchique, « le Roi ne règne que par la loi, et n'a puissance de faire toute chose à son appétit », que « les Rois eux-mêmes se sont avoués dans l'heureuse impuissance de violer les lois du royaume, à la différence des lois de circonstance ou non constitutionnelles, appelées lois du Roi ». Et d'insister sur le rôle tenu par les magistrats « qui examinent les lois, et voient si elles ne sont point contraires aux lois fondamentales ». Puis, analysant la déclaration de Vérone, Joseph de Maistre remarque : « partout où un corps de grands magistrats héréditaires, ou au moins inamovibles, ont, par la Constitution, le droit d'avertir le monarque, d'éclairer sa religion et de se plaindre des abus, il

n'y a point de despotisme » (p. 113).

(52) Bonald (Louis de), *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontré par le raisonnement et par l'histoire*, Œuvres, t. I, Paris, Migne, 1864. Nourri de la lecture de Montesquieu, Bonald souligne le rôle des « corps dépositaires des lois » qui « sont justice » : « La France seule a des corps dépositaires et interprètes des lois, corps indépendant dans l'exercice de ses fonctions : et en convenant que ces corps sont sujets à l'erreur, parce qu'ils sont sujets aux passions, je ne crains pas de dire que c'est dans ce développement des lois fondamentales, que consiste la supériorité de la Constitution française sur la Constitution des autres États » (p. 400). Revenant sur les conflits qui ont opposé autorité royale et parlements, Bonald prend fait et cause pour ces derniers : « Ce n'est jamais qu'à l'occasion de lois non nécessaires, et conséquemment nuisibles, et presque toujours à l'occasion de lois fiscales, qu'on a vu s'élever en France ces luttes aussi funestes que scandaleuses entre l'autorité royale et les corps dépositaires des lois » (p. 395), allant même jusqu'à qualifier les réformes Maupeou (1771) et Lamoignon (1788) de « lois subversives de la magistrature » (p. 396).

(53) Abbé Ruffo de Bonneval, *La véritable Constitution française déduite des principes fondamentaux qui ont gouverné la France, depuis le règne de Charlemagne jusqu'en 1789, 1799*. Ouvrage publié sous le nom de l'abbé Chevreuil et que Baldensperger, dans *Le Mouvement des idées dans l'émigration française*, attribue à l'abbé Ruffo de Bonneval (t. II, p. 153-155). Difficile d'accès, cet ouvrage est disponible à la bibliothèque Mazarine.

(54) « Le Roi, législateur suprême, a seul le droit de faire [la loi] ; mais comme son pouvoir législatif finit là où la Constitution souffrirait quelque atteinte, et qu'il n'est pas exempt de méprises, il faut qu'il existe des formes qui lui assurent, ainsi qu'à la nation, que la loi qu'il veut promulguer, ne blesse ni les lois constitutives, ni la justice, ni le bien public. Ces formes consistent dans la vérification et l'enregistrement faits par les grandes cours de justice. La vérification ne leur donne aucun partage dans le pouvoir législatif, puisqu'il n'a pour objet que d'éclairer le Monarque. Elle peut opérer quelque dilation dans l'exécution de sa volonté ; mais dans aucun cas, elle ne peut l'empêcher. Des remontrances ne sont que de simples avertissements. Elles ne contiennent en elles-mêmes, rien d'impératif » (Abbé Ruffo de Bonneval, *La véritable Constitution française*, t. II, pp. 165-166).

(55) Bonald, *Théorie du pouvoir politique*, Œuvres, t. I, p. 403.

(56) Bonald, *Théorie du pouvoir politique*, Œuvres, t. I, p. 403.

(57) Bonald, *Théorie du pouvoir politique*, Œuvres, t. I, p. 393.

(58) Bonald, *Théorie du pouvoir politique*, Œuvres, t. I, p. 392.

(59) « Si, au lieu de dissoudre les parlements et d'imposer ainsi au pays un changement aussi ruineux, on les avait conservés, ils auraient pu rendre dans la nouvelle république, sinon exactement les mêmes services [...], du moins des services très proches de ceux que le tribunal de l'Aréopage rendait à Athènes ; c'est-à-dire qu'ils eussent servi de contrepoids et de correctif aux maux provoqués par une démocratie irréfléchie et injuste » (Burke, *Réflexions sur la Révolution en France*, p. 264-266).

(60) Tocqueville (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, t. I, 2^e partie, ch. VIII.

(61) Tocqueville, « L'élaboration du projet de Constitution », in *Écrits et discours politiques*, Œuvres complètes, t. III, p. 124.

(62) Staël (Germaine de), *Des circonstances actuelles...*, p. 174.

(63) « Il y a deux espèces de démocratie : l'une suit et flatte un maître [...] c'est la démocratie des césars, la démocratie ignorante et révolutionnaire, le règne de la foule, des appétits et des passions. L'autre est la démocratie chrétienne, éclairée, laborieuse, où l'individu apprend dès l'enfance à se gouverner soi-même, et en se gouvernant apprend à respecter le droit de chacun, la loi protectrice des droits individuels, l'autorité gardienne de la loi. C'est cette démocratie qui a toute l'affection du parti libéral » (Laboulaye (Édouard), *Le Parti libéral : son programme et son avenir*, Paris, 1863, p. 8).

(64) Laboulaye (Édouard), *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, p. 9.

(65) Laboulaye, *La République constitutionnelle*, p. 10-11 : « La division des pouvoirs est la condition essentielle d'un bon gouvernement [...] Deux chambres, un pouvoir exécutif indépendant et responsable, un pouvoir judiciaire qui soumet au joug de la loi aussi bien ceux qui gouvernent que ceux qui sont gouvernés : voilà les éléments de la liberté politique chez les peuples modernes. Joignez-y la déclaration des droits individuels, que le législateur ne peut entamer, puisqu'il est institué pour en assurer le respect : voilà en peu de mots toute la charte de la république constitutionnelle ».

(66) Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 498.

(67) « Il faut [...] que la justice ait une force qui lui permette de résister aux passions populaires. Cette force, c'est l'inamovibilité » (Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 496).

(68) « Dès que vous soumettez la nomination des juges à l'élection, vous n'avez plus de justice » (Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 491).

(69) « Nos anciens parlements ont laissé après eux un souvenir d'honneur et de vertu. La puissance de ces grands corps n'a jamais été bien définie ; leur résistance a été plus d'une fois injuste et même factieuse, leurs arrêts parfois cruels ; cependant il n'est pas douteux pour l'historien que l'influence des Parlements n'ait été bonne pour la France. S'il est une institution qui ait empêché la vieille monarchie de dégénérer en despotisme oriental, c'est celle-là » (Laboulaye, *Le Parti libéral*, p. 250).

(70) Laboulaye, Esquisse de Constitution républicaine, p. 81.

(71) Relevons, à cet égard, l'ouvrage d'un professeur de droit à la faculté de Caen, député libéral du Calvados à l'Assemblée de 1871 : Bertauld (Charles), Du pouvoir constituant de l'Assemblée nationale ; réponse à M. Ed. Laboulaye, Paris, 1871.

(72) Saint-Bonnet, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », op. cit, p. 788.

(73) Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t. I, 1^{re} partie, ch. VI.

(74) Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t. I, 1^{re} partie, ch. VI : « Si le juge ne pouvait attaquer les législateurs que de front, il y a des temps où il craindrait de le faire ; il en est d'autres où l'esprit de parti le pousserait chaque jour à l'oser. Ainsi il arriverait que les lois seraient attaquées quand le pouvoir dont elles émanent serait faible, et qu'on s'y soumettait sans murmurer quand il serait fort ; c'est-à-dire que souvent on attaquerait les lois lorsqu'il serait le plus utile de les respecter, et qu'on les respecterait quand il deviendrait facile d'opprimer en leur nom ».

(75) « Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale ; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique ; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte » (Tocqueville, De la démocratie en Amérique, t. I, 1^{re} partie, ch. VI).