

Un contrôle de constitutionnalité avant l'heure : l'affaire des fils légitimés de Louis XIV

Caroline REGAD-ALBERTIN, Maître de conférences, Université de Toulon
Centre de droit et de politique comparées-Jean-Claude Escarras
CNRS UMR 7318

En juillet 2010, paraissait le n°28 des *Cahiers du Conseil Constitutionnel* qui contenait un dossier consacré à l'histoire du contrôle de constitutionnalité. M.Troper, M-F.Renoux-Zagamé, P.Pichot, F.Saint-Bonnet, J-L.Mestre, J-L.Halpérin et P.Pasquino livraient alors leurs réflexions sur la question¹. Que les *Cahiers* s'emparent de ce thème était bien un signal de rapprochement entre le droit constitutionnel, l'histoire et la théorie du droit. Ainsi l'exigence épistémologique d'historisation du droit constitutionnel ne fait-elle pas de doute. Il est donc légitime de dérouler le fil du passé pour découvrir les marques d'un embryon de contrôle de constitutionnalité². Même si la configuration n'est pas pleinement similaire à celle que nous connaissons aujourd'hui, l'idée qui sous-tend cette forme de contrôle et les mécanismes mis en œuvre pour y parvenir présentent des aspects intéressants. Dès lors,

« ... si la contingence ne peut jamais être entièrement bannie de son horizon, la science est moins attentive à l'horizon lui-même qu'aux noyaux de stabilité qu'elle y découvre. »³

Dans cette perspective, on a pu remonter jusqu'à l'institution de la *graphê paranomôn* grecque⁴ qui contribuait, entre autres, à alimenter une sorte de constitutionnalisme antique⁵. M-F.Renoux Zagamé a soutenu, dans sa contribution précitée, que l'émergence d'une sorte de contrôle de constitutionnalité s'observe dès le Moyen Age⁶. Dans le sillage notamment des travaux accomplis par J-L.Mestre⁷, E.Gojso⁸, F.Saint-Bonnet⁹ qui portent sur la période

¹ Ce numéro est actuellement consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-28.45854.html>

² F.SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, n°32, 2000, p.7-20 ; F.SAINT-BONNET, « Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle) », *op.cit.*, p.177-197. Voir aussi : « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la France d'Ancien Régime. Bilan historiographique », *Rechtsgeschichtliche Vorträge / Lectures sur l'Histoire Juridique*, Budapest, n°61, 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 Lorand Budapest, 2010, p.1-21.

³ P.Aubenque cité par P.DUBOUCHET, *Droit et épistémologie – L'Organon du droit*, Ouverture philosophique, L'Harmattan, 2008, p.133.

⁴ M.H.HANSEN, *The sovereignty of the People's Court in Athens in the fourth century B.C and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Odense, 1974.

⁵ Voir M.BARBERIS, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in M.TROPER, D.CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel – Théorie de la Constitution*, Traité Dalloz, tome 1, Dalloz, 2012, p.118-119.

⁶ M-F.RENOUX-ZAGAME, « Juger la loi au nom du droit naturel : fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, Dossier « L'histoire du contrôle de constitutionnalité », juillet 2010.<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/juger-la-loi-au-nom-du-droit-naturel-fondements-et-portee-du-controle-des-parlements-de-la-monarchie.52716.html>

⁷ J-L.MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775) », *État et pouvoir, l'idée européenne*, Actes du colloque de Toulouse, 11-12-13 avril 1991, p.21-36.

⁸ Par exemple : E.GOJOSO, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contributions à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°71/3, 2007, p.499-512.

⁹ Par exemple: F.SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du Roi », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°24, juillet 2008, p.86-89.

précédant l'émergence du constitutionnalisme dit moderne¹⁰, je vais m'arrêter sur une affaire souvent évoquée¹¹ mais qui n'a pas encore fait l'objet d'une analyse sous l'angle du contrôle de constitutionnalité, alors qu'il semble qu'elle en soit une manifestation éclatante.

Par un édit datant de juillet 1714, appelé l'édit de Marly, et par la déclaration du 23 mai 1715, Louis XIV a conféré à ses fils bâtards, le duc de Maine et le comte de Toulouse, enfants de Madame de Montespan, le titre de Prince du sang¹², agissant ainsi comme un testateur de droit privé. Ne prenant en considération ni l'ordonnance de 1375 ni le principe d'indisponibilité, Louis XIV, en réalité profondément inquiet pour l'avenir de la monarchie¹³, porte un sérieux coup aux lois fondamentales. L'édit de Marly indique que la succession à la Couronne, « s'il arrivât qu'il ne restât pas un seul Prince légitime du sang de la maison de Bourbon » serait dévolue à ces enfants légitimés et à leurs descendants¹⁴. Le Parlement manifestant son hostilité, Louis XIV se voit contraint d'exprimer de nouveau sa volonté dans la déclaration de 1715 : il faut assimiler ses enfants légitimés aux Princes de sang royal que ce soit pour le rang, les préséances ou autres prérogatives¹⁵. Cependant, après la mort du Roi-Soleil, prenant acte que cette disposition est « le sujet d'une division présente entre les Princes de (...) sang et les Princes légitimés, dont les suites commencent à se faire sentir et que le bien de l'Etat exige qu'on arrête dans sa naissance », l'édit de juillet 1717¹⁶ pose que dans l'hypothèse de l'extinction de la branche légitime des Bourbons, ce serait à la Nation de procéder à un choix dont les modalités ne sont pas développées :

« Puisque les lois fondamentales de notre royaume nous mettent dans une heureuse impuissance d'aliéner le domaine de notre Couronne, nous nous faisons gloire de reconnaître qu'il nous est encore moins libre de disposer de notre Couronne même ; nous savons qu'elle n'est à nous que pour le bien et le salut de l'Etat, et que par conséquent l'Etat seul aurait droit d'en disposer... ».

Cet édit révoque l'ensemble des dispositions de 1714 et 1715 pour mettre, selon ses propres termes, « l'intérêt et la loi de l'Etat en sûreté »¹⁷. Cependant, le duc du Maine et le comte de Toulouse peuvent continuer à jouir des honneurs que l'édit de 1714 emportait avec lui. Cette

¹⁰ M.BARBERIS, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », *op.cit.*, p.126.

¹¹ Par exemple: A.LECA, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, n°3, 1987, Aix-en-Provence, p.960; F.SAINT-BONNET, « Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle) », *Droits*, n°34, 2001, p.190; C.DOUNOT, « Lois fondamentales et nullité de mariage – Note sur le second mariage du comte de Paris », *Revue historique de droit français et étranger*, n°4, 2010, p.575-578; P.PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI-XIX^{ème} siècle) - Le discours, les organes et les procédés juridiques*, Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, tome 24, LGDJ, 2011. Les développements les plus détaillés sont ceux de C.SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIII^{ème} siècle : recherche sur la loi de dévolution à la Couronne*, Paris, PUF, 1983, p.47-76.

¹² Edit qui, en cas de défaillance des Princes légitimes de la maison de Bourbon, appelle à la succession au trône les Princes légitimés. F-A.ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XX, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p.619 et s.

¹³ Louis XIV envisage en effet l'hypothèse où « tous les Princes de notre maison royale venaient à manquer ; ce qui ferait naître des divisions entre les grands seigneurs du royaume, et donnerait lieu à l'ambition pour s'assurer de la souveraine autorité par le sort des armes, et par d'autres voix également fatales à l'Etat ». F-A.ISAMBERT, *op.cit.*, p.622.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*, p.642.

¹⁶ Edit concernant la succession à la Couronne pris à Paris en juillet 1717 et enregistré au Parlement le 8 juillet. F-A.ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XXI, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p.146

¹⁷ ISAMBERT, *op.cit.*, tome XXI, p.147.

affaire eut un grand retentissement de son temps : environ soixante-dix mémoires et contre-mémoires sont rédigés dont les argumentations sont contradictoires¹⁸, mais en général, on y trouve une analyse théorique des lois fondamentales qui se fonde sur l'histoire¹⁹.

Les sources utilisées pour la présente contribution sont, en conséquence, les suivantes : à un premier niveau, on trouve les textes normatifs (édits, déclarations,...) qui reflètent l'état du droit en vigueur à l'époque et à un deuxième niveau, les réactions suscitées par cette affaire qui se sont exprimées par le vecteur de l'écriture : des libelles anonymes tels que *l'Examen de la prétendue loi fondamentale de l'Etat qui exclut les Princes légitimés de la succession à la Couronne*²⁰, des textes provenant des Princes comme, pour ne citer qu'un exemple, la *Requête et Mémoire des Princes du Sang contre les Princes légitimés de France*²¹. Il faut aussi tenir compte des écrits de personnalités telles que Saint-Simon²² ou Boulainvilliers²³ qui ont pris la plume pour l'occasion, et de contemporains comme Duclos²⁴ ou Villars²⁵. L'affaire des bâtards de Louis XIV est l'un des points de repère d'une évolution générale qui attire l'attention des historiens du droit²⁶. L'objectif est donc ici de remettre en perspective le contrôle de constitutionnalité dont cette affaire constitue l'une des prémices.

Dans cette optique, quels sont les éléments patents et probants, dégagés de l'affaire des fils légitimés de Louis XIV, qui contribuent à confirmer la thèse de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité sous l'Ancien Régime ?

¹⁸ C.SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIIIème siècle...*, op.cit., p.47.

¹⁹ *Idem*, p.50-69.

²⁰ *Examen de la prétendue loi fondamentale, qui exclut les Princes légitimés de la succession à la Couronne*, s.l., s.d.

²¹ *Requête et Mémoire des Princes du Sang contre les Princes légitimés de France. Pour annuler les édits faits en leur faveur l'an 1714 et 1715*, s.l. Ou encore : *Mémoires pour les Princes du sang (contre les Princes légitimés)*, 1716; *Mémoires de M.le Duc de Maine*, s.l, 1716, *Mémoires des Princes du Sang pour répondre à un mémoire instructif des Princes légitimés du 15 novembre 1716, et à celui du 9 décembre suivant*, La Haye, Chales le Vier, 1717, et d'autres.

²² L.DE ROUVROY, duc de SAINT-SIMON, « Mémoires sur les légitimés », contenues dans *Pièces diverses*, J.de Bonnot, 1967 ; L.DE ROUVROY, duc de SAINT-SIMON, *Réflexions sur l'édit du mois de juillet 1714 et sur la déclaration du 23 mai 1715*. Le manuscrit se trouve au Ministère des Affaires étrangères, France, 204, f°160. Ces réflexions ont été publiées par J-P.BRANCOURT, *Le duc de Saint-Simon et la monarchie*, Paris, 1971.

²³ *Mémoires présentés à Monseigneur le Duc d'Orléans*, La Haye, Amsterdam, 2 volumes. C'est le quatrième mémoire qui importe pour cette affaire. Voir aussi O.THOLOZAN, « Aux origines pré-révolutionnaires de la notion de Constitution : Henri de Boulainvilliers (1658-1722) », *Pensée politique et droit*, Actes du colloque des 11 et 12 septembre 1997, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p.161-193 ; O.THOLOZAN, *Henry de Boulainvilliers : l'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

²⁴ C-P.DUCLOS, *Mémoires secrets sur le règne de Louis XIV, La Régence et le règne de Louis XV*, Paris, Firmin-Didot, 1846.

²⁵ C.L.H de VILLARS, *Mémoires du maréchal de Villars publiés d'après le manuscrit original pour la société de l'Histoire de France et accompagnés de correspondances inédites*, par M.le marquis de Vogüe, Renouard, Paris, tome III, 1889, tome IV.

²⁶ C.SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIIIème siècle...*, op.cit., p.73. Voir E.GOJOSSO, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIIIème siècle : une autre approche », *Giornale di storia costituzionale*, n°4, 2002 ; A.VERGNE, *La notion de Constitution d'après la pratique institutionnelle à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, thèse Paris II, 2000, publié sous le titre de *La notion de Constitution française d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Bocard, 2007.

Cette question conduit à s'emparer des outils de l'historien et du théoricien pour mettre en lumière, *in fine*, une partie de l'édifice du droit constitutionnel actuel. Qui dit contrôle de constitutionnalité suppose la réunion d'un certain nombre de conditions (I) qui produiront éventuellement des effets (II).

I-Les conditions présidant au contrôle de constitutionnalité sous l'Ancien Régime

La condition *sine qua non* sur laquelle repose tout l'édifice réside dans l'existence d'une « Constitution », ou du moins, de ce qu'on peut appeler ainsi (A). Une fois que celle-ci est posée, il faut y plaquer, en quelque sorte, un échafaudage. Pour qu'il y ait contrôle de constitutionnalité, il faut aussi qu'il y ait une personne ou un organe chargé de conserver cette Constitution : c'est la question du gardien (B).

A-L'existence d'une « Constitution »

Il existe bien une Constitution dans l'ancien droit. Sur la forme, il est assez connu qu'une Constitution n'a pas forcément besoin d'être écrite pour exister²⁷. De plus, en l'espèce, les règles dont on parle se sont retrouvées pour certaines couchées sur le papier. Sur le fond, il s'agit là de règles intangibles ; ce sont les lois fondamentales auxquelles le Roi lui-même ne peut déroger, ce qui relativise, du même coup, l'aura dramatique de ce qu'on a pu appeler l'absolutisme. C'est ce que rappelle le *Mémoire abrégé pour les Princes du sang* : «... nul acte des Rois ne peut avoir de force contre la loi fondamentale de l'Etat... »²⁸. Alliant les idées d'origine et de fondation²⁹, les lois fondamentales sont, dans *Le songe du vergier* (1378), « la coutume ou constitution de France »³⁰. Ainsi, A.Rigaudière a pu relever l'usage, dès le XIV^e siècle, du terme de constitution « pour qualifier des textes dont la portée politique et la valeur constitutionnelle ne sauraient être mises en doute »³¹. De même, A.Jouanna a mis en lumière³² un texte intitulé *De la vraie et légitime Constitution de l'Etat*, écrit en 1591³³. Dans cette lignée, c'est sans surprise que Grégoire de Toulouse assimile la

²⁷ D.BARANGER, *Ecrire la constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 2008.

²⁸ *Mémoire abrégé pour les Princes du sang*, s.l., s.d., p.21.

²⁹ A.JOUANNA, *Le pouvoir absolu – Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, L'esprit de la cité, Gallimard, 2013, p.198.

³⁰ *Le songe du vergier*, reproduit in P.DUPUY, *Traité des droits et des libertés de l'Eglise gallicane*, tome 2, Lenglet du Fresnoy, 1731, p.147.

³¹ A.RIGAUDIERE, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles », *Archives de Philosophie du Droit*, 41, 1997, p.97. Cela étant dit, il est bon de se rappeler, comme le précise l'auteur, que la naissance et la croissance de l'Etat exigent, de toute façon, « que les moyens mis en œuvre pour exercer le pouvoir soient de plus en plus conçus comme les attributs d'une fonction – celle de gouverner – et non plus d'une personne, celle du Roi. Dans ces conditions, cet ensemble de moyens doit obligatoirement se trouver soumis à un ordre juridique supérieur à celui que la fonction de gouverner est appelée à créer progressivement ». *Idem*. Voir aussi : A.RIGAUDIERE, « Les fonctions du mot constitution dans le discours politique et juridique du bas Moyen Age français », *Revista internacional de los Estudios Vascos*, n°4, 2009, numéro sur « Les origines du constitutionnalisme et la Constitution de Bayonne du 7 juillet 1808 » ; A.RIGAUDIERE, « La lex vel constitutio d'août 1374, première loi constitutionnelle de la monarchie française », *Un Moyen Age pour aujourd'hui. Mélanges offerts à Claude Gauvard*, PUF, 2010, p.169-188 ; A.RIGAUDIERE « Un grand moment pour l'histoire du droit constitutionnel français : 1374-1409 », *Journal des Savants*, 2012-2, p.281-370, D.CHAGNOLLAUD (dir.), *Les origines canoniques du droit constitutionnel*, Editions Panthéon-Assas, 2009.

³² A.JOUANNA, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'Etat moderne 1559-1661*, Paris, 1989, p.316.

³³ Texte anonyme et ne comportant pas non plus de mention de lieu.

Constitution aux lois fondamentales dans son *De Republica libri sex et viginti*³⁴, comme l'a relevé J.Declareuil³⁵. Les lois fondamentales et la Constitution se confondent³⁶. Lors de l'affaire des bâtards, les mémoires s'interrogent sur la définition à retenir : qu'est-ce qu'une loi fondamentale ? Dans la théorie, les définitions convergent, c'est dans l'application que les avis divergent pour savoir si l'édit de Louis XIV est conforme ou non aux lois fondamentales.

L'auteur du *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* estime qu'il faut être capable « de rapporter les propres termes » d'une loi fondamentale ou, à défaut, « de prouver par des exemples certains, et par une tradition constante » la teneur de ladite loi fondamentale qu'on allègue³⁷. Révélées dès le Moyen Âge³⁸, ces règles, dont la nature est de plus en plus ambiguë avec le temps, font l'objet d'une liste assez précise que les auteurs de l'époque ne relayent pas de manière aussi systématique³⁹. Faut-il rappeler ces règles que sont notamment l'hérédité, la primogéniture, la masculinité (l'exclusion des femmes en ligne directe), la collatéralité masculine (l'exclusion des femmes en ligne indirecte), la catholicité, l'indisponibilité, la continuité, l'inaliénabilité, la nationalité ? Ces règles peuvent être complétées en cas de besoin sachant qu'elles sont d'abord et avant tout de nature coutumière, déclaratives, et non constitutives, mais avec le temps elles seront positivées comme la loi de catholicité⁴⁰. Le Tiers-Etat, en 1614, avait même proposé, dans l'article premier de ses cahiers :

« Que pour arrêter le cours de la pernicieuse doctrine qui s'introduit depuis quelques années contre les Rois et les puissances souveraines établies de Dieu, par des esprits séditeux, qui n'entendent qu'à les troubler et subvertir le Roi, sera supplié de faire arrêter en l'assemblée de ses Etats pour loi fondamentale de son royaume qu'il soit inviolable et notable à tous, que, comme [le Roi] est reconnu souverain en son Etat ne tenant sa Couronne que de Dieu seul, il n'y a puissance en terre (...), qu'elle soit spirituelle ou temporelle, qui ait aucun droit sur son royaume pour en priver la personne sacrée de nos Rois, ni dispenser ou absoudre les sujets de la fidélité et obéissance qu'ils lui doivent pour quelques causes et prétextes que ce soit. »⁴¹

Qu'une telle proposition soit avancée par le Tiers-Etat peut surprendre. Mais les Etats généraux de 1576 et 1588 avait dévalorisé l'origine coutumière des lois fondamentales pour

³⁴ P.GREGOIRE DE TOULOUSE, *De Republica libri sex et viginti*, Lyon, 1609, p.217.

³⁵ J.DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Paris, 1925, p.391.

³⁶ A.LE DIVELLE, « Le style des Constitutions écrites dans l'histoire moderne – Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVIIème-XXème siècle) », *Jus politicum*, n°9, numéro sur les « Constitutions écrites dans l'histoire », p.133. L'article est également consultable en ligne : <http://www.juspoliticum.com/Le-style-des-constitutions-ecrites.html>

³⁷ *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, 15 novembre 1716, p.25.

³⁸ A.RIGAUDIERE, « Un grand moment pour l'histoire du droit constitutionnel français: 1374-1409 », *Journal des Savants*, Paris, de Boccard, décembre 2012, p. 281-370.

³⁹ Pour cette dernière, c'est la « loi innommée » d'H.Morel. Voir H.MOREL « La loi innommée », *Etat et pouvoir – La Corse dans la pensée politique*, Actes du colloque de Bastia (26, 27, 28 avril 1984), Collection d'histoire des idées politiques, Aix-en-Provence, PUAM, 1985, p.29-40.)

⁴⁰ Edit de renouvellement de l'union du Roi avec les Princes et seigneurs catholiques du royaume fait en juillet 1588. F-A.ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome XIV, Paris, Belin-Leprieux, 1829, p.616-621; déclaration qui confirme l'édit d'union et qui donne à cet édit le caractère de « loi fondamentale et irrévocable » (p.630). *Idem*, p.629-633.

⁴¹ BNF, site Richelieu, Ms.fr. 2759 ou MF 32641, *Cahier général du Tiers Etat de France présenté au Roi aux Etats tenus à Paris en 1615*, f°80-81.

en faire l' « expression conjointe du Roi et des Etats généraux »⁴². On comprend mieux pourquoi le Tiers n'avait pas hésité à formuler cette idée. La Constitution coutumière a donc pour but de pérenniser le pouvoir, ne serait-ce que parce que l'une des plus notables pour ne pas dire la plus importante et la plus ancienne de ces lois fondamentales est la loi salique⁴³. Faisant disparaître le flou sur l'identité du futur détenteur du pouvoir, la loi salique a pour avantage majeur d'apporter de la sécurité juridique en estompant très largement les guerres ou les velléités privées pour la succession au trône. Voir dans ces principes une Constitution n'est donc pas infondé puisque la monarchie y trouvait son appui⁴⁴.

On pourrait nous rétorquer que la nature de la Constitution d'aujourd'hui est profondément différente parce que, même supérieure, elle « constitue » au sens propre du terme alors que les lois fondamentales sont révélées. On pourrait aussi continuer sur cette lignée et souligner que la Constitution peut être changée là où les lois fondamentales sont intangibles. Mais ce serait là oublier l'incidente qui vient d'être glissée dans laquelle il est précisé que la liste n'est pas exhaustive. Ce serait également ignorer comment l'édit d'union a été arraché au Roi Henri III et comment peu de temps après les Ligueurs catholiques ont voulu s'affranchir de la règle de succession du plus proche héritier mâle. Différence de régime entraînerait différence de nature. Encore faut-il s'accorder sur le sens à donner à la Constitution : est-ce un ordre qui n'emporterait pas (en tout cas, pas directement) des règles juridiques ou est-ce une norme⁴⁵ ? Dans cette hypothèse, est-ce la norme qui détermine la production d'autres règles, est-ce celle qui ne peut être révisée qu'au terme d'une procédure particulière ou bien est-ce celle qui emporte la soumission du législateur ?⁴⁶ Force est d'admettre, dans le sillage de M.Troper⁴⁷, les différences dans ces approches et force est

⁴² P.PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI-XIXème siècle) - Le discours, les organes et les procédés juridiques*, op.cit., p.160.

⁴³ Voir M-B.BRUGUIERE, « La loi de succession à la Couronne de France : naissance d'un droit public et constitutionnel en Europe », *Mémoire*, 1987-VII, p.73-89.

⁴⁴ B.BASSE, *La constitution de l'ancienne France - Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Dominique Martin Morin, 1986, 388 p.; E.ROUIT, *Des lois fondamentales au droit constitutionnel*, Mémoire Aix-en-Provence, 1992, 133 p.

⁴⁵ P.Comanducci distingue trois modèles. Le premier est dit « axiologique » : la Constitution est conçue comme un « ordre » juridique et politique ; c'est un « ordonnancement ou une structure, de la société et/ou de l'Etat ». Le deuxième modèle est celui d'un « ordre artificiel » c'est-à-dire « la structure de la société et de l'Etat [qui] a été créée, et peut être changée ». Enfin, le dernier modèle est dit « descriptif ». La Constitution est « conçue comme norme » c'est-à-dire « un ensemble de règles juridiques positives, exprimées dans un document ou bien coutumières, qui sont, par rapport aux autres règles juridiques, fondamentales (c'est-à-dire fondatrices de l'ordre juridique et/ou suprêmes d'un point de vue hiérarchique par rapport aux autres règles juridiques) ». P.COMANDUCCI, « Ordre ou norme ? – Quelques idées de constitution au XVIIIème siècle », M.TROPER et L.JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique des 2, 3 et 4 mars 1989, Bruylant, LGDJ, 1994, p.25-26.

⁴⁶ De la même manière, M.Barberis dégage trois acceptions du mot Constitution : d'une part, le « document qui institue les pouvoirs politiques et qui les limite », c'est la « 'constitution-document' », d'autre part, les « règles (non écrites) qui instituent les pouvoirs politiques et qui les limitent : la constitution *fonctionnelle* », et enfin « les *pratiques régulières* qui institueront les pouvoirs politiques mais qui ne les limitent pas : la constitution *matérielle* ». M.BARBERIS, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », op.cit., p.114-115. Voir E.TILLET, « Les ambiguïtés du concept de Constitution au XVIIIème siècle : l'exemple de Montesquieu », *Pensée politique et droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p.365-399.

⁴⁷ M.TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle » - *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, juillet 2010. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle.52714.html>

également de constater que, selon la définition retenue, Constitution et lois fondamentales trouvent des similarités non négligeables.

La force normative des lois fondamentales est telle que, même si elles « ont été quelque fois blessées, les atteintes qu'on a voulu y donner, n'ont rien diminué de leur force et de leur stabilité », selon les termes de la *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France*⁴⁸. En outre, même si la contestation d'une disposition qui contrarierait les lois fondamentales n'est pas immédiate, en aucun cas ce fait « ne pourrait préjudicier aux lois de l'Etat » d'où une imprescriptibilité qui serait ici suggérée⁴⁹ parce que, au fond, toutes les atteintes aux lois fondamentales « ne pouvaient subsister par le défaut du pouvoir du Législateur »⁵⁰. Lors de l'affaire des bâtards, la réflexion sur les lois fondamentales porte l'auteur de l'*Examen de la prétendue loi fondamentale...* à, certes, poser le critère d'une constante sans exemple contraire mais aussi à préciser qu'une loi fondamentale renvoie, en quelque sorte à une volonté sous-jacente de la Nation : c'est ce que « la Nation n'a voulu souffrir »⁵¹. L'auteur de l'*Apologie de l'édit du mois de juillet 1714...* renchérit : ce sont les lois, les coutumes qui existent « sans que les Rois puissent rien y changer : en sorte que ces lois, ces coutumes, ces conditions sont plus anciennes que les Rois »⁵². Or, même si l'on met de côté le constitutionnalisme antique⁵³ et médiéval⁵⁴, le contexte de l'Ancien Régime est favorable à ce constitutionnalisme qu'il soit coutumier ou écrit⁵⁵. Dans le dernier cas, dès 1634, la Suède se démarque⁵⁶, suivie en 1639 par les *Fundamental Orders* du Connecticut⁵⁷, en 1653 par l'Angleterre⁵⁸ et son « Instrument de gouvernement » dont la traduction en langage contemporain donnerait « document de constitution » ou « constitution écrite »⁵⁹, en 1663 par

⁴⁸ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.27

⁴⁹ *Idem*, p.5.

⁵⁰ *Idem*. En réponse, sur le défaut du pouvoir du Législateur, l'auteur de l'*Apologie de l'édit du mois de juillet 1714 et de la déclaration du 23 mai 1715 qui donnent aux Princes légitimés, et à leurs enfants et descendants mâles à perpétuité, nés et à naître en légitime mariage, le titre, les honneurs, et le rang de Princes du sang, et le droit de succéder à la Couronne après tous les Princes Légitimes ou Lettre justificative d'un Magistrat à un Abbé, pour Messieurs les Duc du Maine, et Comte de Toulouse*, s.l., s.d., p.80 estime y trouver un « attentat choquant et scandaleux à l'autorité royale ».

⁵¹ *Examen de la prétendue loi fondamentale...*, op.cit., p.17.

⁵² *Apologie de l'édit du mois de juillet 1714 et de la déclaration du 23 mai 1715...*, op.cit., p.62.

⁵³ J-C.JOBART, « La notion de Constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, n°65, 2006, p.97-143.

⁵⁴ Voir notamment J.H.BURNS (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p.230-269.

⁵⁵ O.BEAUD « Constitution et constitutionnalisme », P.RAYNAUD, S.RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, Quadrige, Paris, PUF, 1996, p.135.

⁵⁶ S.RIALS, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Politique*, n°8, 1989, p.192-193.

⁵⁷ *Idem*, p.195.

⁵⁸ A.ESMEIN, « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », *Revue de droit public*, septembre-octobre 1899, p.193-218 et novembre-décembre 1899, p.405-442. Sur le cas de l'Angleterre, se reporter à J.WIEDHOFFT GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, PUF, 1992 ; J.G.A.POCOCCO, *L'ancienne constitution et le droit féodal ; étude de la pensée historique dans l'Angleterre du XVIIème siècle*, Paris, PUF, 2000, p.33-48. Voir aussi : E.TILLET, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001. Se reporter également à la *Revue française d'histoire des idées politiques* qui consacre le tome 12 à « L'Angleterre, modèle politique ? », 2000 ; *L'influence politique et juridique de l'Angleterre en Europe*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

⁵⁹ G.STOURZH, « Constitution, signification du terme (XVII-XVIIIème s.) », *Droits*, n°29, p.159.

le Rhode-Island⁶⁰ ou encore en 1689 par les Etats écossais⁶¹. Au XVIII^e siècle, l'usage du *Verfassung* se répand en Allemagne⁶². Les *leges fundamentales* se répandent dans les monarchies européennes⁶³. Le *Mémoire instructif des Princes légitimés* insiste bien sur l'idée que « [l]a loi fondamentale est la seule qui puisse mettre des bornes à l'autorité des Rois »⁶⁴. Quand bien même la France resterait dans le constitutionnalisme pour l'instant coutumier⁶⁵, on renvoie à un ordre juridique supérieur⁶⁶. Certes, le Parlement de Paris ne se réfère pour la première fois à la « Constitution de l'Etat » que dans ses remontrances du 1^{er} mars 1721, soit quelques années après l'éclatement de l'affaire qui nous intéresse. Pour autant, l'enjeu est clairement, dans ces remontrances, comme l'a prouvé A. Vergne, le respect d'un ordre normatif supérieur⁶⁷. La meilleure preuve de l'existence d'un tel enjeu est donnée par un ultime rebondissement de l'affaire en 1723 : cette fois, le pouvoir royal évoque « la constitution de la monarchie »... au sujet justement des bâtards légitimés⁶⁸ !

Dès lors, dans l'espèce considérée, chacun a pu se livrer à ce qu'il est convenu d'appeler, avec Duclos, la « guerre de la constitution »⁶⁹ où l'interprétation des lois fondamentales, dans le débat qu'elle a pu susciter, a donné toute sa dimension⁷⁰. Partant, est-ce que la volonté du Roi a déjà pu se trouver contrarier par les lois fondamentales ? Oui. Est-ce que le Roi a pu passer outre les lois fondamentales ? Non. En vertu du parallélisme des formes, ce qu'on a fait peut être défait, *a fortiori* en cas de contrariété avec la norme suprême contenue dans ce que P. Pichot a pu nommer le « trésor constitutionnel ». Le « constitutionnalisme coutumier » de la France du XVII^e siècle affirme donc « l'existence d'un ordre constitutionnel qui s'impose au souverain »⁷¹. Mais pour que l'édifice tienne,

⁶⁰ A. LE DIVELLEC, « Le style des Constitutions écrites dans l'histoire moderne – Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e-XX^e siècle) », *op.cit.*, p.132.

⁶¹ G. STOURZH, « Constitution, signification du terme (XVII-XVIII^e s.) », *op.cit.*, p.160.

⁶² Voir W. SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution », *Annales historiques de la Révolution française*, volume 286, 1991, p.468.

⁶³ M. BARBERIS, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », *op.cit.*, p.121.

⁶⁴ *Mémoire instructif des Princes légitimés*, p.64.

⁶⁵ B. BASSE, *La Constitution de la France*, Liancourt, Presses Saint-Louis, 1973 ; C. SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle : recherche sur la loi de dévolution à la Couronne*, *op.cit.*, p.12 ; F. OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français*, Paris, LGDJ, 1997, p.193 ; R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, PUF, 2^{ème} ed, tome 1, 1990, p.500-505 ; S. HANLEY, *Le Lit de Justice des Rois de France*, Aubier, 1991, p.15-23 et 312-316 ; J. KRYNEN, « A propos des Treize livres des Parlements de France », in J. POUMAREDE, J. THOMAS, *Les Parlements de province ; pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, Framespas, Toulouse, 1996, p.696 ; S. PETIT-RENAUD, « Faire loy » au royaume de France de Philippe VI à Charles V, thèse Paris II, 1998, p.332 ; A. ROUSSELET-PIEMONT, « Vicaire et lieutenant général du Roy sur le fait de la loy », thèse Paris II, 2001, p.130 ; M-F. RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p.240 ; N. WAREMBOURG, *Guy Coquille et le droit français*, thèse Lille II, 2005, p.96-101.

⁶⁶ A. RIGAUDIERE, « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles », *op.cit.*, p.97.

⁶⁷ A. VERGNE, « La première référence à la Constitution de l'Etat dans les remontrances du Parlement de Paris (1^{er} mars 1721) », in A. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention du discours politique*, PUR, 2010, p.137-153. Les remontrances sont reproduites in J. FLAMMERMONT, *Les Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 1, Paris, Imprimerie Nationale, 1888, p.146-147.

⁶⁸ Voir ISAMBERT, *op.cit.*, tome XXI, p.253.

⁶⁹ C-P. DUCLOS, *Mémoires secrets sur le règne de Louis XIV, La Régence et le règne de Louis XV*, *op.cit.*, p.169.

⁷⁰ Cité par C. SAGUEZ-LIVISI, *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle...*, *op.cit.*, p.50 et s.

⁷¹ P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI-XIX^e siècle) - Le discours, les organes et les procédés juridiques*, *op.cit.*, p.16-17.

après avoir jeté les fondations, il faut y appliquer un échafaudage. C'est ici la question du gardien de l'ordre et de son identité.

B-La présence d'un gardien

Le second argument qui pourrait infirmer la thèse du contrôle de constitutionnalité est celui selon lequel il n'aurait pas existé de gardien de la Constitution. Au contraire, ce rôle est particulièrement convoité et plusieurs pistes sont évoquées au moment de l'affaire des fils légitimés. La question qui anime alors le débat est celle formulée dans le *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* : « Mais quand aujourd'hui on voudrait rendre un jugement (...) sur cette affaire, par quel tribunal voudrait-on le faire prononcer ? »⁷² Mettons à part l'idée du *Mémoire abrégé pour les Princes du sang* qui met en avant le rôle du public comme « incorruptible Tribunal [qui] a droit de juger les Princes et les Rois eux-mêmes »⁷³, pour nous centrer sur des organes plus traditionnels qui auraient vocation à procéder à ce contrôle, à savoir : le Roi entouré de son Conseil, les Etats généraux et le Parlement, tout spécialement celui de Paris.

Dans le premier cas, les auteurs de la *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés* posent que :

« ... C'est à Votre Majesté à anéantir dans son lit de justice un édit si extraordinaire et qui renverse les lois les plus sacrées de l'Etat. Rien n'est plus digne d'Elle, que d'employer son autorité souveraine à rétablir et maintenir les lois fondamentales de sa Couronne... »⁷⁴.

En l'espèce, la situation peut paraître plus complexe en raison de la régence de minorité. En postulant que le Roi peut être le gardien de la Constitution d'autant plus que « les lois de l'Etat sont (...) le fondement de l'autorité des Rois »⁷⁵, l'objection qui pourrait être soulevée est qu'on ne peut pas être à la fois juge et partie. Cette conception n'est néanmoins pas partagée par les juristes royaux de l'Ancien Régime qui ne conçoivent pas la séparation des pouvoirs, du moins telle qu'on peut l'entendre aujourd'hui. Ainsi, dans le sillage de ce que Justinien affirmait avec la *constitutio Tanta*, dire la loi et l'interpréter relève d'une seule et même sphère⁷⁶. De plus, la « science de gouvernement », (cette « archirectonique », disait en son temps Guillaume du Vair)⁷⁷ n'est détenue que par ceux qui sont suffisamment éclairés pour l'appréhender. Cette approche, déjà connue des Politiques (ces hommes proches du Roi qui ne visaient que le bien de l'Etat au-delà des déchirements causés par les guerres de religion) se retrouvait encore au XVII^e siècle. A la limite, la critique selon laquelle on ne peut être juge et partie ne s'adresse pas au Roi directement mais à son Conseil, en l'espèce, le Conseil de Régence. C'est la position adoptée par le *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* :

⁷² *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, s.l., s.d., p.27.

⁷³ *Mémoire abrégé pour les Princes du sang*, op.cit., p.5.

⁷⁴ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.5.

⁷⁵ *Réflexions sur la prétention de Messieurs les Duc de Bourbon, comte de Charolais, et Prince de Conty contre Messieurs les Duc du Maine et Comte de Toulouse*, s.l., s.d., p.44.

⁷⁶ F.SAINT-BONNET, « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité, juillet 2010. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/le-controle-a-posteriori-les-parlements-de-l-ancien-regime-et-la-neutralisation-de-la-loi.52718.html>

⁷⁷ G.DU VAIR, « Traités et actions oratoires » in G.DU VAIR, *Les œuvres de Messire Guillaume Du Vair*, Evêque et Comte de Lizieux, Garde des Sceaux de France, Paris, Cramoisy, 1641, p.908.

« Fera t-on juger l'affaire par le Conseil de Régence ? Comment cela se pourrait-il ? La plupart de ceux qui le composent en sont parties. Ce Conseil est presque dissous par la nature même de la cause. »⁷⁸

Le Roi, pour sa part, est au-dessus de tout soupçon car il ne peut mal faire. C'est l'un des arguments utilisés par les défenseurs des Princes légitimés : Louis XIV avait tellement bien compris le contenu de la loi de succession qu'il n'a fait que s'y conformer dans son édit en formalisant par l'écrit la coutume ancienne. C'est le cas, par exemple, de l'auteur anonyme de l'*Examen de la prétendue loi fondamentale de l'Etat...*⁷⁹. Dès lors, le Roi étant le plus à même de connaître la portée des lois fondamentales, il est naturel que la charge du contrôle lui incombât, ce qui n'échappa point au mémoire de Gilbert de Voisins, quelques années plus tard :

« Toutes les lois du royaume ne sont pas renfermées dans les ordonnances et, en France où nous vivons, la coutume enracinée est tellement la souveraine loi, que nos lois, même les plus essentielles et les plus sacrées, tiennent souvent leur force d'elle et se maintiennent par la tradition. La contravention aux lois de ce genre, qui appartiennent à la majesté du Prince plus que ses ordonnances même, et qui forment une partie principale du droit public de son Etat, ne fera-t-elle pas une quatrième ouverture de cassation ? C'est de quoi on ne disconviendra pas sans doute, avec cette observation, néanmoins, que ce qui consiste dans l'usage et la tradition n'est pas toujours aussi susceptible d'une précision aussi exacte que ce qui est consigné dans la disposition textuelle d'une ordonnance. D'où on peut conclure que pour l'application de ce moyen souvent si important de cassation, il faut que le principe de droit public soit assuré et la contravention intéressante. »⁸⁰

La deuxième possibilité est celle des Etats-généraux : dans la mesure où ceux-ci ne furent plus réunis à partir de 1614, la question pourrait ne pas se poser. Pourtant, la possibilité de les rassembler est avancée dans la *Requête présentée au Roi, par Messieurs les Princes légitimés* qui propose que

« les Etats généraux du Royaume, juridiquement assemblés, (...) délibér[ent] sur l'intérêt que la Nation peut avoir aux dispositions de l'Edit du feu Roi, concernant la succession à la Couronne, et s'il lui est utile et avantageux d'en demander la révocation »⁸¹.

Avec l'affaire des bâtards légitimés, l'édit de 1717 indiquait, suivant en cela une idée de Saint-Simon, que ce serait justement à la Nation de se prononcer en cas d'extinction de la ligne légitime. Saint-Simon écrivait : « A défaut de Prince salique [c'est-à-dire désigné conformément à la loi salique], la disposition de la Couronne appartient à la Nation »⁸². Encore faut-il déterminer qui représentera la Nation : est-ce que ce seront les Etats-généraux, comme le proposaient, de leur temps, Bodin⁸³ ou Coquille⁸⁴, ou est-ce que ce sera le

⁷⁸ *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés, op.cit.*, p.28.

⁷⁹ Ouvrage anonyme dont il est fait mention ni du lieu, ni de la date.

⁸⁰ « Le mémoire de M.Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des conflits entre Louis XV et les Parlements (1767) » in M.ANTOINE, *Le dur métier de Roi – Etudes sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, PUF, 1986, p.223. Le texte est initialement paru dans la *Revue historique de Droit français et étranger*, 1958, p.1-33.

⁸¹ *Requête présentée au Roi, par Messieurs les Princes légitimés*, s.l., s.d., p.5.

⁸² L.DE ROUVROY, duc de SAINT-SIMON, *Mémoires sur les légitimés*, p.121.

⁸³ J.BODIN, *Les six livres de la République*, Sciantia Aalen, 1961 reproduisant l'édition de Jacques du Puy, paris, 1583, p.988.

Parlement ? La première thèse est adoptée par la *Lettre de M.*** à un homme de qualité qui lui a demandé son sentiment sur la Lettre d'un Espagnol à un François, sur les réponses qu'on y a faites, et sur la requête des Princes* :

« La requête ouvre un Tribunal qui pourrait juger de ces plaintes, c'est le Tribunal de la Nation, car comme il est certain qu'il n'y a que la Nation qui ait droit de choisir un Roi, si l'auguste Maison de Bourbon venait à manquer tout à fait, il n'y a, ce semble, que la Nation qui puisse décider du sort des deux Princes légitimés, en confirmant ou improuvant ce qu'a fait pour eux Louis XIV.

Supposons donc que les Etats soient assemblés, et discutons sur quel principe, s'ils étaient juges de ces plaintes, ils pourraient se déterminer. »⁸⁵

L'auteur de l'*Examen de la prétendue loi fondamentale...* s'interroge même pour savoir si, après tout, les Parlements ne sont pas eux-mêmes des Etats généraux avant de les distinguer et de proposer la réunion des Etats généraux en tant que tels :

« L'édit de 1714 a été accepté par tous les Parlements. Ou ces Parlements tiennent lieu des Etats généraux, ou non ? Si les Parlements tiennent lieu des Etats généraux, la Loi a reçu son dernier sceau par les enregistrements. Si l'on dit qu'ils n'en tiennent pas lieu ; c'est donc aux Etats généraux qu'il appartient de confirmer ou d'infirmer la Loi. Les Parlements ne sont point en droit de la détruire quand on leur refuse le pouvoir de l'établir.

Adressez-vous donc aux Etats. Je suis persuadé que les Princes légitimés ne récuseront point ce Tribunal. Et en effet, ils n'ont pas lieu de craindre que la Nation assemblée pût se résoudre à flétrir l'honneur et l'autorité d'un grand Roi... »⁸⁶

Le Parlement peut aussi revêtir le rôle de gardien⁸⁷ parce qu'il est la garant du « dépôt des lois », selon l'expression qui sera consacrée par Montesquieu⁸⁸. Partant, le droit de remontrances était devenu un enjeu. Or l'affaire des fils légitimés lui avait permis de remettre la main sur cette précieuse arme le 15 septembre 1715, au terme d'une sorte de négociation avec le duc d'Orléans en échange de la cassation du testament de Louis XIV. Il faut bien avouer que le Parlement s'est toujours posé en garant de l'ordre constitutionnel⁸⁹, avec quelques fois de vives manifestations, comme sous la Fronde. Le Parlement se veut *pars*

⁸⁴ Par exemple : G.COQUILLE, *Discours des droits ecclésiastiques et Libertés de l'Eglise Gallicane*, tome I, p.183.

⁸⁵ *Lettre de M.*** à un homme de qualité qui lui a demandé son sentiment sur la Lettre d'un Espagnol à un François, sur les réponses qu'on y a faites, et sur la requête des Princes*, s.l., s.d., p.24-25.

⁸⁶ *Examen de la prétendue loi fondamentale...* op.cit., p.23.

⁸⁷ M-F.RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, op.cit. ; F.DI DONATO, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 466-485 ; F.DI DONATO, «Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. I. fondamenti teorico-pratici », *Giornale di Storia Costituzionale*, n° 7, I/2004, p. 147-165; F.DI DONATO, «Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. II. Le dinamiche della prassi », *Giornale di Storia Costituzionale*, n° 9, I/2005, p. 65-86 ; J.KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne, L'Etat de justice : France, XIII-XXème*, I, Bibliothèque des histoires, NRF, Gallimard, 2009, 326 p.

⁸⁸ « Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites, et les rappellent lorsqu'on les oublie ». C.de Secondat, baron de MONTESQUIEU, *Œuvres de Montesquieu : L'esprit des lois*, A.Belin, 1817, p.14.

⁸⁹ F.SAINT-BONNET, « Le Parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIIIème siècle) », *Droits*, n°34, 2001, p.177-197.

corporis regis et, à ce titre, il s'arroge un droit de contrôle de plus en plus large⁹⁰. Par ces considérations, il n'est pas du tout surprenant que le Parlement se confonde dans la Nation. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que, selon lui, le 3 mai 1788, au terme imminent de l'Ancien Régime, « la Nation [n'a] d'autre ressource qu'une déclaration précise par la Cour des maximes qu'elle est chargée de maintenir et des sentiments qu'elle ne cessera de professer... »⁹¹. Lors de l'affaire des fils légitimés, dans la *Requête et mémoire des Princes de sang*..., il est rappelé que le Parlement est « instruit des droits de la Couronne et des lois fondamentales de [l'] Etat »⁹² et que s'il a dû enregistrer les édits contestés, c'est uniquement parce que les remontrances lui étaient alors interdites avant l'enregistrement. L'objectif, dans un premier temps, est de réfuter la critique selon laquelle le Parlement ne pourrait en aucun cas se prononcer dans cette affaire parce qu'il avait « enregistré solennellement sans aucune contradiction ni remontrances ». En conséquence, comme l'exprime le *Mémoire du Duc de Maine* « [c]'est demander au Parlement contre la Loi (...) qu'il juge ce qu'il a jugé ; que dis-je, c'est lui demander qu'il juge contre ce qu'il a jugé »⁹³. Dans un deuxième temps, les Princes du sang, dans la *Requête et Mémoire*...

« ne demandent qu'un Tribunal, où tous les juges puissent s'expliquer avec la liberté qui convient à leur ministère ; il leur suffit que leur cause soit celle de l'Etat, pour être persuadés que le Parlement (l'interprète des lois de la monarchie, et le défenseur des droits du trône) ne s'écartera jamais des maximes inviolables dont le dépôt lui est confié »⁹⁴.

Il est vrai qu'un regard vers l'Empire aurait dû inciter à désigner clairement le gardien de l'ordre constitutionnel. La Bulle d'Or de 1356, la paix d'Augsbourg, la paix de Westphalie « formaient, sans nul doute, la constitution de l'Empire » que certaines institutions comme la Chambre impériale (*Reichskammergericht*) de 1495 ou le Conseil aulique (*Reichshofrat*) de 1501 contribuaient à préserver⁹⁵, participant ainsi de l'émergence du droit public⁹⁶. De même,

⁹⁰ S'intéressant à l'organe en charge du contrôle, F.Saint-Bonnet propose une série de réflexions : « L'instance chargée du contrôle de constitutionnalité est-elle un contre-pouvoir politique qui participe à l'élaboration de la loi ou un organe véritablement juridictionnel », autrement dit, cette instance possède-t-elle une « faculté de statuer » ou une « faculté d'empêcher » ? Quelle est la légitimité de cet organe ? Est-il possible d'élargir le *corpus* des normes fondamentales par sa jurisprudence ? *Idem*, p.177. Et de se demander, p.190 : « D'une part, quelle normes sont intrinsèquement constitutionnelles et donc inaccessibles à la volonté royale ; qui a l'autorité pour dire, en dernier ressort, le contenu de ce droit ; le Roi peut-il modifier la constitution et enjoindre à ses juges de prendre acte des modifications du *corpus* de normes fondamentales auquel ils se réfèrent ? Si tel est le cas, existe-t-il un bloc de normes insusceptibles d'être modifiées par le Roi, une sorte de supraconstitutionnalité dont les lois de dévolutions seraient une illustration ? D'autre part, si les cours sont chargées de vérifier des lois, limitent-elles leur contrôle à la stricte constitutionnalité ou envahissent-elles le champ de l'opportunité ? Les techniques juridiques employées par les cours souveraines pour donner le plus d'ampleur possible à leur contrôle traduisent les virtualités d'un contrôle de constitutionnalité mais trahissent des obstacles conceptuels. »

⁹¹ F-A.ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome VI du règne (tome XXVIII de la collection), Paris, Belin-Leprieur, 1827, p.533.

⁹² *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France*..., *op.cit.*, p.3.

⁹³ *Mémoire de Monsieur le Duc de Maine*, 1716, p.5. Dans le même sens : « Renvoyer l'affaire au Parlement pour la juger, n'est pas une forme plus convenable : c'est vouloir qu'il juge ce qu'il a solennellement jugé ; c'est soumettre l'autorité et la volonté du Roi à la décision de ses sujets. » *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés, Fait le 9 décembre 1717*, p.17-18.

⁹⁴ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France*..., *op.cit.*, p.45.

⁹⁵ W.SCHMALE, « La France, l'Allemagne et la Constitution », *op.cit.*, p.468.

⁹⁶ M.STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne-La théorie du droit public impérial et la science de la police 1600-1800*, Les fondements de la politiques, PUF, 1999, p.206.

le développement des autres assemblées européennes comme les *Cortes* espagnoles, les *Landtage* allemands ou le *Parliament* anglais favorisait la protection des *leges fundamentales*⁹⁷. C'est bien le message véhiculé à la fin de l'Ancien Régime, en France, par les auteurs des *Maximes du Droit Public* :

« Mais qui jugera si le Prince a violé les lois fondamentales ? Il y aurait de l'inconvénient, sans doute, à s'en rapporter sur ce point au peuple, toujours aveugle et naturellement porté à la sédition. Il est sage d'établir dans le sein de la monarchie un corps qui veille à la conservation des droits des sujets, et qui représente au Prince la Constitution de l'Etat, et les justes choses de son autorité »⁹⁸.

Les deux conditions nécessaires à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité sont présentes : il existe bien un germe de Constitution dans les lois fondamentales et il existe aussi un gardien, voire même des gardiens. Mais si cet embryon de contrôle de constitutionnalité a été établi, a-t-il un effet en droit positif ? L'affaire des bâtards de Louis XIV est, à cet égard aussi, révélatrice des effets de ce contrôle de constitutionnalité.

II- Les effets découlant du contrôle de constitutionnalité sous l'Ancien Régime

L'édifice du droit constitutionnel d'aujourd'hui qui plonge ses fondations dans l'Ancien Régime (et même avant⁹⁹) se construit puisqu'il est possible d'observer une positivité du contrôle de constitutionnalité (A). Pour autant, même si l'ordre juridique s'en trouve, d'une façon ou d'une autre garanti, le chantier reste ouvert (B).

A-Une positivité

La stabilité de l'ordre constitutionnel n'est assurée que si le contrôle est effectif. Les cours forales du royaume d'Aragon au XIV^e siècle (qui serviront de modèles lointains pour le Mexique¹⁰⁰) avaient déjà montré l'exemple. De même, il fut possible de déposer l'Empereur qui ne se conformait pas aux règles supérieures, à l'image de l'Empereur Wencelas en 1400¹⁰¹. Au XVII^e siècle, en Angleterre, sous l'impulsion de Coke, des lois qui ne sont pas conformes aux principes immuables de droit et d'équité de la *Common Law* sont écartées¹⁰². Bref, comme les *nomoi* attiques, ce qu'on recherche surtout, c'est la présence

⁹⁷ M.BARBERIS, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », *op.cit.*, p.121.

⁹⁸ C.MEY, G.N.MAULTROT, *Maximes du Droit Public*, 2^{ème} édition, Amsterdam, 1775, tome I, p.243-244. Voir J-L.MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775) », *op.cit.*

⁹⁹ M-F.RENOUX-ZAGAME, « Juger la loi au nom du droit naturel : fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie », *op.cit.*

¹⁰⁰ V.FAIREN GUILLEN, « Consideraciones sobre el proceso aragonés de 'manifestació de personas' en relación con el *habeas corpus* británico », *Temas del ordenamiento procesal*, toma I, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, p.131 et s. V.FAIREN GUILLEN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, Mexico, 1971. Voir aussi F.F.SEGADO, « Les origines du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en Amérique latine » : http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin18/3_les_origines.pdf

¹⁰¹ J.H.FRANKLIN, « La souveraineté et la constitution mixte : Bodin et ses critiques », *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1991, p.281.

¹⁰² R.LE MESTRE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois par les juridictions anglaises et américaines avant l'arrêt *Marbury v. Madison* », *Revue historique de droit français et étranger*, avril-juin 2010, p.215-239.

de principes fondamentaux intangibles¹⁰³. Dans l'affaire des fils légitimés, idéologiquement, c'est cette idée qui prédomine¹⁰⁴ : c'est le reflet de la situation même si l'expression de « contrôle de constitutionnalité » n'apparaît jamais. Comme l'affirme M-F. Renoux-Zagamé : « Parler de contrôle de constitutionnalité est (...) anachronique, et pourtant, sur le fond, c'est bien à un contrôle de ce type que finissent par se livrer les juges »¹⁰⁵. Le Roi, en tant qu'administrateur de son royaume, ne peut pas faire ce qu'il veut. En suivant M.Troper, on pourrait parler de « méta-concept »¹⁰⁶.

Le débat s'élève alors sur les modalités du contrôle à opérer. Tout d'abord, les partisans des Princes légitimés font valoir l'absence d'intérêt à agir pour les Princes légitimes : à quoi bon manifester tant de réticences alors que dans l'hypothèse même de l'accès au trône des Princes légitimés, tous les Princes légitimes seraient morts ? Ces derniers ne seraient donc pas privés d'un droit¹⁰⁷. Les partisans des Princes du sang déplacent le débat sur un autre terrain pour arguer de leur intérêt à agir : la possibilité d'aboutir à une confusion des Princes légitimes et des Princes légitimés¹⁰⁸, *a fortiori* s'il est avéré que les Princes légitimés ont historiquement succédé conjointement aux Princes légitimes¹⁰⁹. Ensuite, afin d'assurer une positivité au contrôle, la question se pose de la forme à adopter. Si « les Princes du sang (...) n'affectent aucune forme particulière pour y faire prononcer », laissant ce soin au Régent, les Princes légitimés récusent tout tribunal, selon la *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés*¹¹⁰. Cette assertion est loin d'éliminer tout problème. Le *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* expose quelques questions en suspens : Fera t-on un édit ? Quel en serait le motif ? Organiserait-on une consultation du Parlement ? En présence du Roi ? Du Régent ?...¹¹¹ Tiendra-t-on un lit de justice ? Contrairement à ce qu'ils semblaient annoncer quelques lignes plus haut dans leur *Requête et mémoire...*, les Princes du sang pencheraient pour cette solution parce que c'est

« ...le Tribunal le plus auguste de la Nation. Les Rois y appellent les prélats, les grands officiers de la Couronne et de leur maisons, les gouverneurs et les lieutenants généraux des provinces, les chevaliers de leurs ordres, ceux de la noblesse qu'il leur plaît de choisir ; ainsi tous les ordres du royaume auront part au jugement que les Princes du sang demandent. »¹¹²

En revanche, les chantres des Princes légitimés s'y opposent, comme l'auteur du *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* :

¹⁰³ A.LECA, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », *op.cit.*, p.960.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ M-F.RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, *op.cit.*, p.240.

¹⁰⁶ M.TROPER, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle » in C.M.HERRERA, A.LE PILLOUER (sous dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Kimé, 2012, p.87-89. Sur la question éventuelle d'un anachronisme, M.Troper avait distingué « l'anachronisme des faits » qui est « une erreur » et « l'anachronisme des concepts » qui « n'est nullement illégitime ». M.TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations.*, 47^{ème} année, n°6, 1992, p.1181-1182.

¹⁰⁷ *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, *op.cit.*, p.6. Dans le même sens de l'absence de l'intérêt à agir : *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, *op.cit.*, p.5.

¹⁰⁸ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, *op.cit.*, p.4.

¹⁰⁹ *Remarques sur les mémoires de M.le duc du Maine des 15 novembre et 9 décembre 1716*, s.l., s.d., p.3.

¹¹⁰ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, *op.cit.*, p.38. *Idem*, p.44.

¹¹¹ *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, *op.cit.*, p.29.

¹¹² *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, *op.cit.*, p.39.

« Le lit de justice indiqué par la requête est généralement reconnu impraticable : on sait que les Rois ne le tiennent, que pour manifester leur propre volonté. Jamais les sujets n'ont été reçus à la demander au souverain : et la proposition de l'auteur de la requête est sans exemple. »¹¹³

Enfin, une dernière difficulté est constituée par le fait que cette affaire éclate au moment d'une régence. Que faut-il faire ? Attendre la majorité du Roi ? C'est l'avis présenté dans les *Réflexions sur la prétention de Messieurs les Duc de Bourbon, comte de Charolais, et Prince de Conty contre Messieurs les Duc du Maine et Comte de Toulouse* :

« ... un Roi majeur peut mieux connaître l'étendue de ces lois par lui-même, et sans s'en rapporter à ceux qui sont dépositaires de son autorité royale, qu'il ne pourrait faire s'il était encore mineur. Ainsi cette affaire (...) ne peut être portée qu'au propre discernement et jugement du Roi majeur ; et alors Sa Majesté la décidera lui-même en souverain maître, et dans son propre Tribunal, sans qu'il vienne pour cela en son Parlement y tenir son lit de justice. »¹¹⁴

C'était ici méconnaître l'adage selon lequel le Roi de France « est toujours majeur », ce que ne manque pas de relever l'auteur des *Remarques sur les mémoires de M.le duc du Maine des 15 novembre et 9 décembre 1716*¹¹⁵. C'est de cette manière que la *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France* se tourne vers le Régent, « qui exerce pour le Roi en son nom, tous les droits de l'autorité souveraine, avec la même étendue que le Roi pourrait faire lui-même »¹¹⁶. D'autant que

« comme un sage Régent, qui ne prend point de parti, pour être juge de ce différend, et qui sait bien même, qu'en qualité de Régent et de légitime administrateur de l'autorité royale, il ne peut être regardé comme partie intéressée, ni comme récusable »¹¹⁷.

Il y a donc des tâtonnements, certes, mais pour autant, il semble que la nature juridictionnelle du contrôle ne fasse que peu de doute. L'enquête lexicographique est sur ce point fort utile. On parle bien de « jugement »¹¹⁸ qui se ferait au sein d'un « Tribunal »¹¹⁹ avec des « juges »¹²⁰, dont on a vu que la figure pouvait être plurielle (Roi, Etats généraux ou Parlement) pour trancher l'affaire. Globalement, ce jugement est attendu par les Princes du sang¹²¹ mais appréhendé par les Princes légitimés : ce serait « un jugement prématuré » pour l'auteur de la *Suite de la justification de Monsieur le Président de *** sur la dispute des Princes ou Réfutation d'un libelle intitulé : Remarques sur les Mémoires de M.le Duc du Maine*¹²². C'est probablement parce qu'il pense qu'un tel jugement irait à l'encontre des

¹¹³ *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.27.

¹¹⁴ *Réflexions sur la prétention de Messieurs les Duc de Bourbon, comte de Charolais, et Prince de Conty contre Messieurs les Duc du Maine et Comte de Toulouse*, op.cit., p.44.

¹¹⁵ *Remarques sur les mémoires de M.le duc du Maine des 15 novembre et 9 décembre 1716*, op.cit., p.12.

¹¹⁶ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.40.

¹¹⁷ *Idem*, p.43.

¹¹⁸ Par exemple : *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.43 ; *Remarques sur le mémoire de M.le Duc du Maine du 15 novembre 1716*, p.13,...

¹¹⁹ Par exemple : *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.27 ; *Mémoire de Monsieur le Duc de Maine*, op.cit., p.5. ; *Le Président de *** sur la dispute des Princes. Ou réfutation d'un Libelle intitulé : Remarques sur les Mémoires de M.le Duc du Maine*, s.l., s.d., p.28,...

¹²⁰ Par exemple : *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.44 ; *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.28,...

¹²¹ Par exemple : *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.43,...

¹²² *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.27.

Princes légitimés qu'il a entrepris de défendre, qu'il tente de changer la nature du débat. L'auteur s'engouffre dans la brèche que laisse ouverte l'incertitude sur l'identité du gardien (« Hé ! qui voulez vous, pour la centième fois, qui le rende ce jugement antentique (*sic*) ? »¹²³) et il s'alarme des conséquences d'un tel contrôle :

« Je suis fâché, M.le Chevalier, dit le Président (...) que la fougue de la jeunesse vous emporte vous-même bien au-delà des justes bornes de la raison. Qui êtes-vous pour donner des leçons aux Rois ? Vous croyez être en Angleterre : votre zèle impétueux juge leur autorité, bientôt vous proposerez qu'on leur fasse leur procès, quand vous aurez décidé dans votre tribunal souverain, qu'ils auront blessé les Lois fondamentales. »¹²⁴

Selon l'auteur, si les Princes légitimés « refusent aucun Tribunal », ce n'est pas par crainte d'être jugé, mais par « la Loi qui dit qu'on ne peut juger deux fois la même chose. » Or l'affaire des légitimés « a été jugée par l'arrêt le plus solennel qui ait jamais été prononcé »¹²⁵. En fait, en suivant P.Pichot-Bravard, le contrôle peut viser soit à encadrer l'exercice de la volonté souveraine, soit à servir celle-ci en cas de besoin. Dans le premier cas, on trouve l'expression de l'Etat de justice, dans le second, c'est l'Etat d'exception¹²⁶. Dans l'Etat de justice, le contrôle peut prendre la forme de la limitation des pouvoirs de souveraineté et/ou de la garantie des droits et des libertés. Les doutes sur l'issue de l'affaire émis par les partisans des Princes légitimés ainsi que le contrôle finalement réalisé rappellent que le statut de la Couronne ne peut être violé et ce pour deux raisons complémentaires : il faut protéger le Roi de lui-même (et le futur Roi du Roi actuellement régnant) tout en protégeant les sujets. Car le risque inhérent à l'incertitude sur l'ordre des successibles à la Couronne conduirait à des guerres intestines, voire à des conflits avec d'autres Etats ; or ce risque est ici évincé. D'ailleurs, lors du dernier rebondissement de l'affaire, la déclaration du 26 avril 1723, considérant les événements passés, pose la condition de la légitime naissance pour accéder aux rangs et honneurs à ceux qui sont appelés au droit de succéder à la Couronne¹²⁷, et c'est à cette occasion, il convient d'insister là-dessus, qu'est évoquée « la constitution de cette monarchie »¹²⁸.

C'est donc que même le Roi ne peut pas violer les lois fondamentales qui forment la Constitution. Et un contrôle de conformité de ses actes peut et doit être opéré. La question était bien de savoir si l'édit de 1714 se conformait ou pas à un corps de règles supérieures¹²⁹ : le concept de « limites constitutionnelles »¹³⁰ est opérationnel. Schématiquement, deux approches héritées du droit romain sont en tension. D'une part, le Roi peut être considéré comme *lex animata* (loi vivante). Il est au-dessus des lois en vertu de la formule d'Ulpien

¹²³ Suite de la justification de Monsieur le Président de *** sur la dispute des Princes ou Réfutation d'un libelle intitulé : Remarques sur les Mémoires de M.le Duc du Maine, s.l., s.d., p.32.

¹²⁴ Idem, p.31.

¹²⁵ Idem, p.28.

¹²⁶ P.PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI-XIXème siècle) - Le discours, les organes et les procédés juridiques*, op.cit., p.3-4.

¹²⁷ Voir C.DOUNOT, « Lois fondamentales et nullité de mariage – Note sur le second mariage du comte de Paris », op.cit., p.571-584.

¹²⁸ ISAMBERT, op.cit., tome XXI, p.253 et s.

¹²⁹ *Second mémoire sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.9. Pour l'auteur, avant que l'affaire ne soit tranchée, « l'édit de 1714, bien loin de blesser les Lois fondamentales de l'Etat, se conforme aux anciens usages ».

¹³⁰ A.JOUANNA, *Le pouvoir absolu – Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, L'esprit de la cité, Gallimard, 2013, p.199.

*Princeps legibus solutus est*¹³¹. D'autre part et inversement, comme le rappelle la constitution *Digna Vox* des empereurs Théodose II et Valentinien III¹³², il est bon que le Prince se soumette aux lois. Avec l'embryon du contrôle de constitutionnalité, voilà la seconde conception, celle de la *Digna Vox* qui semble l'emporter, démystifiant peut-être encore cette période qualifiée souvent abusivement d'absolutiste. C'est la position exprimée par la *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés* :

« Ce n'est ni donner atteinte à l'autorité des Rois, ni la borner, de dire que les Rois sont eux-mêmes sujet à cette Loi primitive, à laquelle ils sont redevables de leur Couronne. Juges souverains du sort et de la fortune de leurs sujets, dispensateurs de la justice et des grâces, ils ne sont pas moins dépendants de cette ancienne Loi, qui fait le fondement de la grandeur de l'Etat, et la source de sa félicité. »¹³³

En réalité, la véritable difficulté n'est ni dans l'existence d'une Constitution, ni dans l'existence d'un ou des gardiens, ni même dans la positivité du contrôle exercé. Certes, un ordre juridique supérieur se trouve garanti... mais lequel ? C'est là la question de l'interprétation de cet ordre et l'affaire des fils légitimés est, sur ce point aussi, le théâtre de divergences d'interprétation. Ceci n'a rien de ponctuel : le chantier était bel est bien ouvert.

B-La garantie d'un ordre juridique supérieur

Les mémoires qui sont produits lors de l'affaire des bâtards de Louis XIV sont révélateurs de ce que le droit peut avoir une nature instrumentale puisque chacun parvient à défendre sa position en partant des mêmes prémisses ! Excepté les *Mémoires du maréchal de Villars* dont l'auteur semble ne pas être concerné par la question constitutionnelle¹³⁴ mais par « l'affaire du bonnet »¹³⁵, ne posant dès lors que des questions de préséance, les lois fondamentales sont l'objet d'interprétations diverses. C'est un véritable imbroglio argumentatif dans lequel deux camps sont néanmoins distinctement présents. D'une part, il y a ceux qui assurent qu'aucune loi fondamentale n'a été violée. Parmi ceux-ci, on retient la figure de Boulainvilliers qui soutient, dans ses *Mémoires présentés à Monseigneur Le Duc d'Orléans*, qu'il n'y a pas de violation des lois fondamentales puisqu'aucune coutume, aucun précédent historique ne va dans le sens de l'éviction des bâtards¹³⁶. D'autre part, il y a ceux qui estiment que les lois fondamentales ont été ébranlées. Parmi eux, on trouve Saint-Simon, plus tranché dans son *Mémoire* que dans ses *Réflexions*¹³⁷, qui se révolte contre cet « attentat à la Couronne »¹³⁸. Les *Maximes de droit et d'Etat*... précisent : « un attentat qui trouble

¹³¹ D., 1, 3, 31.

¹³² C.1, 14, 4.

¹³³ *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, op.cit., p.16.

¹³⁴ C.L.H de VILLARS, *Mémoires du maréchal de Villars publiés d'après le manuscrit original pour la société de l'Histoire de France et accompagnés de correspondances inédites*, op.cit.

¹³⁵ Voir I.BRANCOURT, « L'affaire du bonnet (1716) : De L'Isle versus Saint-Simon ». <http://parlementdeparis.hypotheses.org/1012>

¹³⁶ *Mémoires présentés à Monseigneur Le Duc d'Orléans, Régent de France*, op.cit., p.120-127.

¹³⁷ C.SAGUEZ-LOVISI attribue cela au fait que les *Réflexions* ont peut-être été rédigées avant la révocation de l'édit. C.SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIIIème siècle...*, op.cit., p.61. Voir également I.BRANCOURT, « Saint-Simon, Louis XIV., la loi fondamentale de succession et le rôle du Parlement », http://parlementdeparis.hypotheses.org/author/parlementdeparis?lang=en_GB.

¹³⁸ A.CHERUEL, *Mémoires complets et authentiques du duc de Saint-Simon*, tome 10, Paris, 1865, p.311.

l'ordre et la forme du gouvernement »¹³⁹. Et les Princes du sang s'avouent convaincus de ce que « [c]e nouvel ordre de succession à la Couronne entraîne des conséquences dangereuses, qui peuvent être détruites par les Lois les plus sacrées de l'Etat »¹⁴⁰, preuve historique à l'appui¹⁴¹. Pour tâcher de remporter « la guerre de la Constitution »¹⁴², l'argument de l'histoire est le plus usité avec comme objectif de trouver « une preuve de continuité »¹⁴³, quelle que soit la thèse choisie.

Les preuves alléguées de part et d'autre attirent l'attention parce qu'il s'agit souvent des mêmes exemples. Thierry, Sigebert, Théodebert, Charles Martel, Hugues, Bernard, Louis et Carloman, Arnoul, Zwentibold, Philippe Comte de Mante, Philippe comte de Bourgogne sont mobilisés dans le *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*¹⁴⁴. Le constat initial est le suivant :

« Il ne suffit pas en effet, pour attaquer un édit solennel, de dire qu'il viole les lois fondamentales de l'Etat. L'accusateur n'en est pas crû (*sic*) sur sa parole. Il est indispensablement obligé de prouver ce qu'il allègue. »¹⁴⁵

Le *Mémoire* vise alors à montrer¹⁴⁶ que « les Princes légitimés, bien loin d'être exclus, ont réellement succédé à la Couronne dans les deux première races » et « cet usage n'a jamais été positivement aboli dans la troisième »¹⁴⁷. Louis XIV n'aurait donc pas violé les lois fondamentales de l'Etat. En réaction, l'auteur de la *Dissertation critique sur les exemples allégués par l'auteur du Mémoire instructif*, reprend tous ces exemples¹⁴⁸ avant d'en conclure que le *Mémoire instructif*... ne s'est pas fondé sur ceux qui étaient pertinents ; bien au contraire, « il n'y en a pas un qui ne soit faux, ou qui ne porte des conséquences pernicieuses. »¹⁴⁹ De même, la *Requête et Mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés* vise à montrer « que les exemples allégués par les Légitimes, ou ne sont pas cités fidèlement, ou n'ont aucune application favorable à leurs prétentions »¹⁵⁰. Pour cela, les

¹³⁹ *Maximes de droit et d'Etat, Pour servir de réfutation au mémoire qui paraît sous le nom de Monsieur le Duc du Maine, au sujet de la contestation qui est entre lui, et Monsieur le Duc, pour le rang de Prince du sang*, s.l., s.d., p.6.

¹⁴⁰ *Mémoires des Princes du sang pour répondre à un mémoire instructif des Princes légitimés du 15 novembre 1716, et à celui du 9 décembre suivant*, op.cit., p.5.

¹⁴¹ *Idem*, p.22-23, p.25-30.

¹⁴² C-P.DUCLOS, *Mémoires secrets sur le règne de Louis XIV*, op.cit., p.161.

¹⁴³ F.DI DONATO, « Le recours à l'histoire dans le discours juridique et dans la stratégie politique de la robe parlementaire au XVIIIème siècle », *L'histoire institutionnelle et juridique dans la pensée politique*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence (12-13 mai 2005), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p.221.

¹⁴⁴ *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, op.cit., p.25 et s.

¹⁴⁵ *Idem*, p.4

¹⁴⁶ Ce sont quatre propositions qui sont formulées : « 1° Que les Princes légitimes ne sont point en droit de demander la révocation de l'édit, et de la déclaration du feu Roi, parce qu'ils n'y ont aucun intérêt » ; « 2° Que le feu Roi n'a point excédé son pouvoir, en accordant aux Princes légitimés le titre et les prérogatives de Princes du sang » ; « 3° Qu'il n'a point agi contre la Loi fondamentale de l'Etat, en les appelant à la Couronne au défaut des légitimes », « 4° Que ce même édit ne blesse ni les droits, ni les intérêts de la Nation : et que par conséquent le feu Roi, dans tout ce qu'il a fait en faveur des enfants légitimés, n'a passé en rien les borne de son autorité ». *Idem*, p.4-5.

¹⁴⁷ *Idem*, p.25.

¹⁴⁸ *Dissertation critique sur les exemples allégués par l'auteur du Mémoire instructif*, s.l., s.d., p.29 et s.

¹⁴⁹ *Idem*, p.47.

¹⁵⁰ Il s'agissait là d'une des cinq propositions que visait à démontrer le mémoire, à savoir : « Que les Princes du sang ont intérêt de demander la révocation de l'Edit de 1714 et de la Déclaration de 1715 » ; « Que le feu Roi n'a pas pu disposer de la Couronne, ni donner le titre de Princes du sang » ; « Que les enfants naturels des Rois, même légitimes, n'ont pas le droit de succéder à la Couronne » ; « Que les exemples allégués par les Légitimes,

Princes légitimes observent que « [q]uand même les exemples, rapportés par les Princes légitimes, seraient véritables, ils ne pourraient en tirer aucun avantage »¹⁵¹. Ils remarquent ensuite que les temps ont changé, que les historiens eux-mêmes ont pu faire des erreurs, et qu'après tout, la légitimité n'était pas toujours assuré dans les temps anciens¹⁵². Cependant,

« Après ces observations, les Princes du sang vont prouver, qu'il n'y a aucun bâtard, reconnu certainement pour tel, qui ait succédé à la Couronne, et qu'ils en ont été exclus, non seulement par les Princes du sang collatéraux, mais même au défaut de tous les Princes du sang. »¹⁵³

C'est bien à cela qu'ils s'attèlent en reprenant les mêmes exemples que ceux cités ci-dessus mais en leur donnant une tout autre orientation afin d'affirmer avec force que « la loi de l'Etat n'appelle à la Couronne, que les enfants des Rois, de masse en masse [*sic*, pour masle, orthographe ancienne de mâle], et que tout ce qui n'y est pas appelé, en est exclus »¹⁵⁴.

Pour donner une illustration de ces débats, alors que les Princes légitimés tenaient pour exemple que les enfants de Philippe Auguste ont pu accéder à la Couronne, les Princes légitimes réfutent ce fondement en soulignant que la légitimation par lettre papale n'est pas reconnue en France¹⁵⁵. C'est bien un débat de droit. Outre la liste traditionnelle d'exemples, si d'aventure, d'autres arguments sont avancés, ils tombent immédiatement sous le coup de la critique du camp adverse. Par exemple, la *Requête présentée au Roi contre les Princes légitimés* s'était appuyé sur l'exemple de Charles VI pour prouver l'indisponibilité de la Couronne. L'auteur du *Mémoire instructif...* repousse cette allusion sous prétexte que ladite *Requête...*

« affecte de rechercher des exemples odieux, et qui n'ont aucun rapport à l'affaire dont il s'agit. Que veut dire le trait historique de Charles VI ? Le Roi déshéritait le Dauphin, lui arrachait la Couronne, pour la porter sur la tête d'un étranger qui avait épousé sa fille (...) Mais il faut avoir d'autres yeux que le reste du genre humain, pour trouver quelque conformité, même éloignée, entre l'édit de Charles VI et celui de Louis XIV. »¹⁵⁶

L'auteur de la *Lettre d'un Espagnol à un François*, soutenant les Princes légitimés en rappelant les exemples habituels¹⁵⁷, va même plus loin : « la Maison de France tire elle-même son origine d'un bâtard »¹⁵⁸. Relevons au passage quelques extraits qui expliquent en grande partie le retentissement de cette *Lettre* et les réactions qu'elle a pu susciter :

« ... Je ne vous cacherai point ma surprise de voir tout ce peuple François, ordinairement si attaché au sang de ses Rois, rempli pour eux d'un respect et d'une vénération sans bornes (...) passer sans milieu de la profonde vénération qui les tenait prosternés, au moindre signe de Louis XIV jusqu'à l'inexécution, et même jusqu'au mépris des sages dispositions qu'il a faites pour le bien de ses sujets. Le fameux édit qui règle la succession à la Couronne, et le testament qui le

ou ne sont pas cités fidèlement, ou n'ont aucune application favorable à leurs prétentions » ; « Que le Roi peut révoquer cet édit et cette déclaration dans son lit de justice, ou par édit ». *Requête et mémoire des Princes de sang contre les Princes légitimés de France...*, *op.cit.*, p.7-8.

¹⁵¹ *Idem*, p.27

¹⁵² *Idem*, p.27-28.

¹⁵³ *Idem*, p.28.

¹⁵⁴ *Idem*, p.34.

¹⁵⁵ *Idem*, p.37.

¹⁵⁶ *Mémoire instructif sur la requête présentée au Roi contre les Princes légitimés*, *op.cit.*, p.5.

¹⁵⁷ *Lettre d'un Espagnol à un François*, s.l., s.d., p.12 et s.

¹⁵⁸ *Idem*, p.15.

confirme, ne sont-ils pas des actes assez authentiques, et assez dignes de respect (...) pour retenir la fouge des esprits brouillons et emportés, dont l'impétuosité entraîne la persuasion même des gens les plus sensés d'entre vous ! Votre Nation naturellement légère (permettez-moi cette vérité) n'avait jusqu'ici montré de la constance que dans son obéissance docile pour son Maître, et dans son amour pour l'auguste Maison Royale. Elle reprend aujourd'hui son caractère volage en perdant le souvenir de celui qu'elle adorait vivant, et en prenant parti contre ce qu'il leur laisse de plus précieux... »¹⁵⁹

Ou encore :

« Jugez à présent, M. si vous étiez bien fondé à concourir à leur perte et à adopter l'opinion commune de votre Nation, qui semblable à un troupeau de moutons accoutumés à suivre l'un après l'autre le chemin qui leur est frayé par celui qui marche le premier d'entr'eux, saisit aveuglément, et reçoit sans examen et comme une Loi vénérable le premier avis qui lui est ouvert, quelque insensé qu'en soit l'Auteur. »¹⁶⁰

Parmi les réponses à cette *Lettre*, la *Nouvelle réfutation de la lettre d'un espagnol à un Français au sujet de la contestation qui est entre les Princes du sang et les légitimés, où l'on fait voir les dangereuses conséquences qu'on peut tirer contre l'Etat, des faux principes que cet auteur établit* pose que par l'édit de Marly, « les lois les plus sacrées et les plus anciennes [ont été] violées, avilies, méprisées »¹⁶¹. A la différence de ce qui aurait pu se passer dans le cadre strict du droit privé, les fils légitimés de Louis XIV ne peuvent en aucun cas prétendre accéder à la Couronne puisque les lois fondamentales ont exclu cette possibilité. C'est ainsi que fut tranchée l'affaire, en tout cas...

Interpréter, c'est créer et il est très difficile *a priori* d'imaginer jusqu'où on peut aller¹⁶². L'histoire du droit ne doit pas suivre la voie ouverte par « la méthode Fabrice », selon l'expression du doyen J.Carbonnier¹⁶³, mais embrasser largement les sources tout comme la

¹⁵⁹ *Idem*, p.4-5.

¹⁶⁰ *Idem*, p.34.

¹⁶¹ *Nouvelle réfutation de la lettre d'un espagnol à un Français au sujet de la contestation qui est entre les Princes du sang et les légitimés, où l'on fait voir les dangereuses conséquences qu'on peut tirer contre l'Etat, des faux principes que cet auteur établit*, s.l., s.d., p.25.

¹⁶² Voir par exemple : F.SAINT-BONNET, « Louis XIV, les parlements et la souveraineté », G.AUBERT, O.CHALINE, *Les Parlements de Louis XIV. Opposition, coopération, autonomisation ?*, Presses Universitaires de Rennes, 2010, p.173-183 ; D.DE BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, 2008, p.78 et s.

¹⁶³ C'est « (...) le héros de Stendhal dans la *Chartreuse de Parme*, célèbre témoin de la journée de Waterloo. Il n'en voit que ce qu'un soldat peut en voir dans les coins plus ou moins bouleversés où le hasard l'amène successivement. Il assiste au passage de l'empereur sans s'en apercevoir, galope par raccroc à la suite du maréchal Ney dans une direction indéfinissable – finalement il aura traversé le champ de bataille et la route de la déroute sans avoir rien compris à rien ». Et le doyen J.Carbonnier de poursuivre : « ce récit militaire rapporté à l'histoire des lois pourrait paraître impertinent, si justement les spécialistes de la science de la législation n'avaient eux-mêmes mis en relief parmi les composantes de cette science un concept de la *tactique législative*. Peut-être est-ce la démocratie qui a obligé les législateurs à se faire tacticiens. Mais stratège, même un législateur autocrate devrait l'être : la législation serait aveugle, si elle n'était précédée, dominée par une *stratégie législative* ». J.CARBONNIER, « Une législation revisitée comme un champ de bataille », *Essais sur les lois*, 2^{ème} édition, 1995, Répertoire du notariat Defrénois, 1955, p.197-198.

théorie doit appliquer ses bases classiques d'interprétation¹⁶⁴ au droit constitutionnel, d'autant qu'il est vrai que l'histoire est elle-même fondée sur des « constructions théoriques »¹⁶⁵. Cette construction permanente donne lieu à des prises de positions parfois contradictoires de la part de ses architectes que sont, pour l'heure, le Roi, son Conseil et le Parlement. L'affaire des Princes légitimés en constitue un exemple.

«...que conclure ? », se demandaient J.Foyer et C.Puigeler, sur un sujet en rapport avec cet atelier.

« Probablement que Kelsen et Marx ont pu se tromper, que l'histoire et le droit s'éloignent peu l'un de l'autre, qu'un juriste doit être un historien, même si un historien n'est pas nécessairement un juriste. »¹⁶⁶.

Face à la nature mouvante du droit, l'histoire et la théorie du droit peuvent apparaître comme des piliers, en tout état de cause, des repères indispensables¹⁶⁷. Heureusement, cette voie est déjà empruntée, à l'image des travaux d'A.Viala¹⁶⁸; il nous faut poursuivre le mouvement. En ce qui concerne l'histoire du contrôle de constitutionnalité, on ne peut donc pas oublier « le phénomène fondamental de la durée de la Constitution »¹⁶⁹.

¹⁶⁴ C.PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^{ème} ed, 1979, p.55.

¹⁶⁵ G.SIMMEL, *Les problèmes de la philosophie de l'histoire*, 1924.

¹⁶⁶ J.FOYER, C.PUIGELIER, « L'autorité de l'histoire en droit », in J.FOYER, G.LEBRETON, C.PUIGELIER, *L'autorité*, Cahiers des sciences morales et politiques, PUF, 2008, p.48. Lire aussi l'article suivant : D.DE BELLESCIZE, « L'autorité du droit sur l'histoire », *ibid.*, p.51-84.

¹⁶⁷ On pensera aussi aux perspectives comparatistes comme K.FIORENTINO, « L'émergence du contrôle de constitutionnalité et France et en Italie, regard croisé de la doctrine », numéro portant sur « Le juge constitutionnel et la proportionnalité – Juge constitutionnel et droit pénal », *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, 2009, p.29-60.

¹⁶⁸ Par exemple : A.VIALA, « La pensée juridique peut-elle se passer de la dualité être/devoir être ? », *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier des 10 et 11 avril 2003, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques, Collection Grands colloques, Montchrestien, 2007, p.71-95 ; A.VIALA, « Les lois naturelles comme représentations mentales », in D.ROUSSEAU, A.VIALA, *Le droit, de quelle nature ?*, Actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 à la Faculté de droit de Montpellier, Centre d'Etudes et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques, collection Grands colloques, Montchrestien, Lextenso Editions, 2010, p.155-174 ; B.FRYDMAN, *Le sens des lois- Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} édition, Penser le droit, Bruylant, 2011, 708 p.

¹⁶⁹ O.BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, n°3, 2009, p.3.