

# Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi

François SAINT-BONNET - Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

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

Si l'on a pu suggérer que le contrôle réalisé par les parlements et Cours souveraines à l'occasion de l'enregistrement des lois du Roi entre les XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> avait de nombreux traits communs avec un contrôle de constitutionnalité a priori<sup>(1)</sup>, rien ne permet de rapprocher la liberté de ces anciens juges à l'égard des édits et des ordonnances d'un mécanisme de contrôle a posteriori de constitutionnalité. En effet, il n'existe aucune procédure spéciale ou simplement opération particulière susceptible d'être mise en œuvre par les magistrats des Cours souveraines permettant d'ignorer telle disposition législative. Pour autant, ces magistrats ne manquent pas de neutraliser une loi du Roi dont ils jugent qu'elle serait contraire à des normes ou des principes supérieurs.

Le contrôle de constitutionnalité a posteriori introduit en France en 2008 via le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité précisée en 2009 comporte deux caractéristiques qui font défaut sous l'Ancien Régime : l'exception d'inconstitutionnalité et le droit d'abroger une loi inconstitutionnelle.

D'une part, l'article 61-1 de la Constitution ouvre la possibilité à tout justiciable de soulever le moyen tiré de ce qu'une loi serait contraire à une norme ou un principe de valeur constitutionnelle. Cette possibilité est inconnue sous l'Ancien Régime. Sans doute, les anciens juges connaissent-ils des exceptions<sup>(2)</sup>, mais pas cette exception-là. La raison n'en est d'ailleurs nullement que le juge d'Ancien Régime ait une révérence pour les édits et les ordonnances des rois telle qu'ils se sentent tenus de les appliquer strictement quand même ils seraient contraires à des principes ou à des normes de valeur supérieure. Au contraire, c'est parce qu'ils agissent de manière très libre à l'égard de ces édits et ordonnances, qu'il n'est nul besoin de soulever une exception pour s'affranchir du respect strict d'une disposition. Contrairement au juge qui depuis la Révolution française – à deux notables exceptions près<sup>(3)</sup> – se regarde comme impuissant à écarter une loi au motif qu'elle serait contraire à une norme d'une valeur supérieure, les anciens juges ne voyaient pas la nécessité d'ignorer la loi incongrue, il suffisait qu'ils ne l'appliquent pas ou qu'ils l'appliquent de manière telle qu'elle ne produise rien de néfaste.

D'autre part, les juges anciens ne sauraient être autorisés ou s'autoriser eux-mêmes à abroger ou à neutraliser ouvertement une disposition qu'ils considéreraient comme contraire à des lois ou principes jugés fondamentaux. Et à nouveau, ce n'est nullement parce qu'ils auraient une extrême considération pour l'œuvre législative des princes. Au contraire, c'est parce qu'ils se considèrent comme les dépositaires des lois et principes fondamentaux supérieurs aux édits et ordonnances des rois qu'ils plient eux-mêmes les premiers aux exigences de ces derniers. Dès lors, en interprétant librement les lois, au besoin de manière très extensive, ils réalisent l'objectif de la monarchie elle-même, parce qu'ils appartiennent au corps mystique du Roi. Pars corporis regis, le juge doit parachever la mission royale de justicier : cette mission est accomplie en premier lieu par la loi, elle est réalisée en second lieu par le juge qui l'applique au cas en respectant sa lettre, son esprit, ou, au besoin, son intention, voire le principe d'équité. Dans ces dernières hypothèses, la marge de manœuvre du juge est immense. En outre, dans le cas où l'application stricte d'une loi parfaitement claire est directement contraire à la Justice ou à l'équité, il reste au juge cette arme redoutable qui consiste à laisser la loi en « souffrance », c'est-à-dire à faire comme si elle n'existait pas. Il faut ajouter que le système judiciaire ancien a cette caractéristique que les dix-sept parlements et Conseils souverains rendent des décisions en dernier ressort, lesquelles peuvent évidemment diverger quant à l'interprétation d'une même disposition d'un édit ou d'une ordonnance. Les magistrats ne peuvent donc pas abroger une loi du Roi, ils ne peuvent pas non plus la neutraliser « officiellement » comme dans les systèmes de contrôle diffus de constitutionnalité, mais ils peuvent assurément la neutraliser officieusement, tout simplement en ne l'appliquant pas ou en lui faisant produire des effets différents de ceux auxquels une interprétation littérale aurait conduit.

Au fond, pour faire triompher les principes supérieurs aux lois du Roi, les anciens juges n'ont pas besoin du mécanisme de l'exception et du droit d'abroger ou de neutraliser ouvertement les dispositions qui y sont contraires. L'absence de motivation des jugements et des arrêts sous l'Ancien Régime favorise évidemment l'inutilité d'un recours à ce type de mécanisme<sup>(4)</sup>.

Cette présentation d'un juge qui serait si libre à l'égard de la loi qu'il pourrait la contrôler a posteriori sans qu'il soit besoin d'un mécanisme

spécial introduisant une exception est attestée, paradoxalement, par les admonestations réitérées de la monarchie à l'encontre de ses magistrats. Dès le xv<sup>e</sup> siècle, le Roi tente d'imposer aux juges des cours souveraines d'appliquer strictement les lois, de s'abstenir de les interpréter et de les laisser en souffrance. Mais la réitération de telles dispositions est un indice très sérieux de leur impuissance. Les hauts magistrats ne cessent pas d'interpréter la loi pour la plier aux nécessités de justes sentences, non par caprice ou par esprit d'indiscipline comme le leur reprochent les sectateurs de l'absolutisme législatif princier, mais en vertu d'arguments puissamment étayés, qui peuvent être ramenés à cette logique : le pouvoir législatif du Roi dérive de sa mission de justicier, il est donc second par rapport à la reddition de la justice ; le Roi exerce en personne le pouvoir législatif tandis qu'il « communique » à ses juges le soin de rendre la justice ; le juge n'est tenu d'appliquer littéralement les lois que dans la mesure où cela ne nuit pas à la justice ; dans le cas contraire, il a le devoir de s'en abstenir. Les magistrats étayaient leur argumentation de nombreuses citations du Corpus iuris civilis qui sont favorables aux juges.

Évidemment, la monarchie combat une telle prétention. La loi n'est pas soumise à l'appréciation des juges, mais elle s'impose à eux car interpréter la loi et la faire relève d'un seul et même pouvoir. Et pour défendre une telle position, le droit romain offre aussi de nombreuses maximes et citations, notamment la fameuse constitution<sup>(5)</sup> de l'empereur Justinien Tanta : « Si [...] quelque chose semble douteux, les juges en référeront à l'empereur, et le sens des lois sera fixé par l'autorité impériale à qui seule a été donné le droit de faire des lois et de les interpréter »<sup>(6)</sup>. Cette conception préfigure celle d'un juge automate chargé d'appliquer mécaniquement la loi au cas, au motif de la supériorité intrinsèque de l'auteur de la loi caractéristique de l'époque révolutionnaire. Elle en est caractéristique mais elle est en réalité pensée par les défenseurs de l'absolutisme monarchique qui ne parviendront pas à l'imposer de facto malgré force injonctions menaçantes. Il faudra le surcroît de légitimité dont jouit le législateur représentant la nation pour imposer au juge de se tourner vers l'auteur de la loi en cas de doute sur son sens (procédure du référé législatif<sup>(7)</sup>) : si le juge ne peut l'interpréter, a fortiori ne peut-il pas la contrôler ou la juger.

Avant la Révolution, l'absence de mécanisme spécifique d'exception d'« incivilité »<sup>(8)</sup> n'est pas un indice de la faiblesse du contrôle a posteriori des lois du Roi par les juges mais au contraire sa force. Son pouvoir d'interprétation est en effet si vaste qu'il peut se passer d'excepter formellement la loi de même que son pouvoir de neutralisation est si puissant qu'il peut faire l'économie d'un mécanisme d'abrogation.

## I. L'impossible exception d'incivilité de la loi

Chacun regarde comme un progrès de l'État de droit l'adjonction d'un contrôle a posteriori en sus du contrôle a priori. Mais la raison en est que celui-ci est doublement imparfait : il ne peut pas concerner les lois en vigueur adoptées avant 1958 voire 1971 si l'on s'attache à une conception plus substantielle de la constitutionnalité, pas davantage celles qui ne font pas l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel pour cause de consensus politique, de lâcheté de l'opposition ou de simple indifférence. Dans un système logiquement parfait, le contrôle a priori systématique rend le contrôle a posteriori inutile ou absurde. Sous l'Ancien Régime, le contrôle réalisé sur les lois du Roi à l'occasion de leur enregistrement<sup>(9)</sup> est supposé éliminer toute forme d'incivilité qui aurait pu échapper au Roi et à son entourage à l'occasion de la rédaction du texte. Après remontrance et modification, le texte enregistré s'inscrirait dans un ordre juridique substantiel dont le Roi est le premier gardien. Si ces lois du Roi sont parfaites, il n'est pas nécessaire de devoir en écarter une à l'occasion d'une affaire particulière au motif qu'elle serait contraire à cet ordo.

Mais cette présentation des choses se heurte à un obstacle insurmontable : en matière législative, le Roi n'est nullement tenu par les remontrances qui lui sont faites à l'occasion de l'enregistrement. Il peut persister dans sa volonté et imposer à ses Cours souveraines de mettre en application ses commandements. Rien n'empêche donc que des lois contraires à cet ordre substantiel ne soient introduites dans l'ordre juridique par voie d'autorité. S'il venait aux magistrats d'écarter ouvertement telle loi, ils se trouveraient évidemment en situation de désobéir au Prince. Ce cas est évoqué par Jean Bodin, auteur d'autant plus intéressant qu'il ne peut être taxé de laxisme à propos de l'obéissance qui est due au Souverain. Il faut obéir aux lois car « du mépris des lois vient le mépris des magistrats, et puis la rébellion ouverte contre les princes. »<sup>(10)</sup> Bodin propose une sorte de gradation des réactions judiciaires en fonction de la gravité de l'atteinte aux lois et principes supérieurs que chacun, le Roi y compris, est tenu de respecter. Si le respect d'un commandement – pour Bodin, la loi est un commandement – appliqué à un cas conduit à une solution injuste, inique, contraire à l'utilité publique et au bien du royaume, les magistrats doivent cependant exécuter l'ordre qui leur est donné et appliquer la loi. Mais la plupart du temps, le Roi laisse au juge la « connaissance du droit », c'est-à-dire, une marge d'appréciation large quant à la règle à appliquer. Si la loi est contraire au « droit des gens » – un droit humain commun à tous les hommes et à tous les peuples dit Bodin – le magistrat est tenu également de l'exécuter. Mais dans le cas où le commandement du prince est « notoirement » contraire à la loi de Dieu et de nature, alors l'abstention d'obéissance du magistrat est justifiée car dans cette hypothèse « le prince franchit et brise les bornes sacrées de la loi de Dieu et de nature »<sup>(11)</sup>. Abstention d'obéissance et non désobéissance : il suffit que le magistrat s'abstienne d'exécuter la loi du Roi en la laissant en « souffrance ». Ce qu'en des termes modernes on appellerait l'inertie : il ne faut nullement minimiser, derrière la façade d'une monarchie qui se dit absolue (et qui l'est de iure), ce frein à la puissance d'une redoutable efficacité qu'est la simple inapplication ou non-application de la loi. Les réitérations de dispositifs, fréquents sous l'Ancien Régime, témoignent de ce phénomène constant : le meilleur moyen

d'écarter une loi enregistrée d'autorité (souvent en « lit de justice ») jugée contraire aux droits et principes fondamentaux de la monarchie, est de faire comme si elle n'existait pas. Et l'exemple le plus emblématique de ce phénomène est l'interdiction faite aux magistrats d'interpréter les lois du Roi au point d'en dénaturer le dispositif. Bien qu'elle ne soit pas la première en ce genre, cette prohibition est au cœur de l'ordonnance civile de 1667<sup>(12)</sup>, cette grande ordonnance louis-quatorzienne censée mettre au pas des Parlementaires<sup>(13)</sup> qui auraient eu tendance à goûter à l'excès les délices du « gouvernement des juges ». Cette ordonnance s'en prend au contrôle a priori et au contrôle a posteriori que les magistrats réalisent sur les édits et les ordonnances. S'agissant du premier, le droit de remontrance est très sévèrement réglementé de sorte que la volonté législative royale s'impose dans toute sa nudité. Cette réglementation, dopée par la déclaration de 1673<sup>(14)</sup>, conduit le parlement de Paris, et non les parlements de province<sup>(15)</sup>, à s'abstenir de toute remontrance jusqu'à la mort de Louis XIV. S'agissant du second, l'interdiction d'interpréter les ordonnances royales, le Roi-Soleil et ses successeurs verront cette injonction très peu observée<sup>(16)</sup>. Il est vrai, que, par tradition, les anciens juges se sentent très libres de neutraliser telle disposition qu'ils jugeraient contraires à la justice ou à l'équité, principes fondamentaux dont ils se considèrent comme les gardiens.

## II. L'amplitude de la neutralisation de la loi

Au Moyen Âge, tandis que la loi du Roi est une source infiniment marginale par rapport au droit romain (*Corpus iuris civilis*), au droit canonique (*Corpus iuris canonici*) et aux coutumes, les juristes savants de concert avec les théologiens scolastiques bâtissent de brillantes théories à propos de l'interprétation juridique. Et ce sont spécialement les glossateurs qui s'intéressent à cette question car les textes romains conçus à l'époque de l'Empire entre le i<sup>e</sup> et le vi<sup>e</sup> siècles de notre ère ne convenaient que rarement, en l'état, à la réalité de la société de la fin du Moyen Âge. Dès lors, il importait au plus haut point de rechercher, par-delà le sens littéral du texte, sa sagesse éminente afin de satisfaire l'idéal supérieur de justice que matérialise néanmoins ce corpus jugé parfait au point d'être qualifié de *ratio scripta*. Les premiers glossateurs indiquent ainsi que « le droit dérive de la justice de même que la justice est suspendue à l'équité »<sup>(17)</sup>. En vertu de cette logique pyramidale ou hiérarchique, il est évident que si l'application de telle disposition écrite à un cas aboutit à un résultat injuste ou inique, il convient de la priver d'effets ou de la neutraliser. Il y a donc bien une confrontation entre une norme « ordinaire » et un principe « supérieur », et lorsque la sentence est rendue par une cour souveraine (qui est une cour suprême), une neutralisation (sans abrogation) de la première au profit du second dans le cas d'espèce. Lorsque, à la fin du xix<sup>e</sup> siècle et au début du xx<sup>e</sup> siècle, de nombreux publicistes plaidaient pour l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité à la Cour de cassation et au Conseil d'État et considéraient que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était de nature substantiellement constitutionnelle (même si les lois de 1875 n'en touchaient mot), leur raisonnement ne différait pas de celui de ces anciens glossateurs<sup>(18)</sup>. Des publicistes évidemment convaincus par le modèle américain de contrôle diffus.

Si l'on s'arrête un instant sur le contenu de ces principes qui guident les juges dans l'application des normes juridiques, on rencontre l'équité<sup>(19)</sup>, sorte d'acmé de l'art du juste pour les médiévaux. Pour caractériser l'équité, les glossateurs s'emparent de la définition qu'en donne Cicéron dans ses *Topiques* (IV, 23) – « il faut leur appliquer ce principe d'équité, qui veut que, pour choses égales, les droits soient égaux »<sup>(20)</sup> – pour l'élever à un rang supérieur qui permet de se détacher, si nécessaire, du texte de la loi. On peut observer que cette définition cicéronienne de l'équité ne diffère pas substantiellement de ce que le Conseil constitutionnel énonce a contrario pour caractériser le principe d'égalité<sup>(21)</sup>.

Cette « culture » de l'interprétation assez libre de la loi romaine n'est pas abandonnée lorsque la loi du Roi gagne du terrain au xv<sup>e</sup> et surtout au xvii<sup>e</sup> siècles. Mais ce qui était regardé comme une chose raisonnable et nécessaire par les rois médiévaux qui étaient les premiers serviteurs de la justice et de l'équité plaît beaucoup moins aux rois absolus de l'époque moderne qui assimilent l'interprétation neutralisante des dispositions législatives par les juges comme des actes de désobéissance caractérisée. Mais autant il est possible de limiter drastiquement le contrôle a priori (en réalité seul Louis XIV y parviendra), autant il est quasi impossible d'empêcher le contrôle a posteriori d'autant que les arrêts des cours ne sont pas motivés.

En définitive, la volonté de faire des hauts magistrats d'Ancien Régime de dociles exécutants et de simples automatés appliquant la loi (parfaite) au cas ne se traduira jamais dans les faits, la conception absolutiste de la monarchie dût-elle en souffrir. Les Révolutionnaires y parviendront en effet, donnant ainsi toute son extension au concept de souveraineté systématisé jadis par des absolutistes. Et tout contrôle de la loi, a priori comme a posteriori, sera assimilé à un crime de lèse-nation<sup>(22)</sup>.

(1) Saint-Bonnet (François), « Le parlement, juge constitutionnel (xvii<sup>e</sup>-xviii<sup>e</sup>) », dans *Droits*, 2001, no 34, p. 177-197.

(2) Dans son dictionnaire, Ferrière mentionne « trois sortes d'exceptions » : « l'exception déclinatoire, l'exception dilatoire, et l'exception péremptoire » (Claude-Joseph de Ferrière), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Joseph Saugrin 1758, t. I, p. 597-598).

(3) Dans deux arrêts (Gauthier, Cass. 15 mars 1851, D. 1851, I, p. 142, et Gent, Cass. 17 novembre 1851, S. 1851, I, p. 707), la Cour de cassation a écarté une loi au motif que celle-ci était contraire à la Constitution. Comme l'a démontré Jean-Louis Mestre, les juges avaient clairement

l'intention de se détourner de la jurisprudence Paulin (« Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la II<sup>e</sup> République », dans *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 291-310). Le coup d'État et la république décennale mettront à bas cette jurisprudence en confiant au Sénat le droit de contrôler la loi a priori. Contrôle qui ne donnera aucun résultat.

(4) La motivation des arrêts est exigée sous la Constituante : l'article 15 du titre V de la loi du 16-24 août 1790, impose « que les motifs qui auront déterminé le jugement soient exprimés ». Sur cette question, Dauchy (Serge) et Demars-Sion (Véronique), « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », dans *Revue historique de droit français et étranger*, t. 82 (2), avril-juin 2004, p. 171-188.

(5) En droit romain, une « constitution » est ce que nous appelons une loi.

(6) Traduction fr. de Jean Gaudemet de la Constitution portant confirmation du « Digeste » dite « Seconde préface » du « Digeste », dans son *Droit privé romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 2009, p. 320 : « Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari ».

(7) Voir sur ce point, Paolo Alvazzi Del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin, G. Giappichelli, 2005.

(8) a France, dont la première édition date de 1561, écrit à propos du contrôle a priori : « Grande chose véritablement, & digne de la Majesté d'un Prince, que nos Roys auxquels Dieu a donné toute puissance absolue, ayent d'ancienne institution voulu réduire leurs volontez sous la civilité de la loy, et en ce faisant que leurs édits & décrets passassent par l'alambic de cet ordre public. Et encores, chose pleine de merveille que, dès lors que quelqu'ordonnance a esté publiée et vérifiée au parlement, soudain le peuple français y adhère sans murmure, comme si telle compagnie [i.e. le Parlement de Paris] fust le lien qui nouast l'obéissance des sujets avec le commandement de leur prince » (dans l'édition des Œuvres complètes d'Etienne Pasquier d'Amsterdam, Compagnie des libraires associés, 1723, p. 66). Voir sur ce point spécialement Renoux-Zagamé (Marie-France), *Des droits de Dieu aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 212 et s.

(9) Voir notre article, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du Roi » cette revue, n° 24, 2008, p. 86 et s.

(10) Bodin (Jean), *Les six livres de la république*, livre III, chap. 1, dans l'édition de 1579, Lyon, Jean de Tournes, p. 239.

(11) *Six livres*, III, 4, p. 287-288.

(12) Isambert, Decrusy, Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur – Plon, 1821-1833, t. XVIII, p. 105-106.

(13) Voir sur ce point les belles pages de Krynen (Jacques), *L'État de justice. France, xiii-xx<sup>e</sup> siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, spéc. p. 191-212.

(14) *Lettres patentes du 24 février 1673* (Isambert, op. cit., XIX, p. 70-72).

(15) Antoine (Michel), « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », dans la *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1993, vol. 151, n° 1, p. 87-122.

(16) Krynen (Jacques), op. cit., p. 168 et s. Du même auteur, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », dans la *Revue historique de droit français et étranger*, Dalloz, n° 2-2008, p. 161-197.

(17) Krynen (Jacques), « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution », op. cit., p. 166.

(18) On pense évidemment à Duguit, notamment dans son *Manuel de droit public* (Paris, Fontemoing, 1<sup>ère</sup> éd. 1907, t. I, p. 485). Voir sur cette question, notre article, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au xxe siècle », dans Goyard-Fabre (Simone) (dir.), *L'État au xxe siècle*, Paris, Vrin, 2004, spéc. p. 117 et s.

(19) On suit ici Krynen (Jacques), op. cit., p. 167.

(20) « Valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat ».

(21) « Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

(22) Voir Gaven (Jean-Christophe), *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique (1789-1791)*, thèse droit, Toulouse 1, 2003, dact., 2 vol.