

Marie-France RENOUX-ZAGAME - Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

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

On annonce comme un véritable « big bang » dans l'histoire du constitutionnalisme français, la possibilité désormais ouverte aux justiciables de soulever, lors d'un procès, une question préalable de constitutionnalité pour les règles susceptibles d'être mises en œuvre. Certes, au regard des réticences connues de la pensée juridique française à l'égard de tout contrôle susceptible de remettre en cause la souveraineté absolue de la loi, expression de la volonté générale, conférer au citoyen l'initiative d'un éventuel jugement de la norme, constitue une rupture importante. Mais l'historien ne peut s'empêcher de songer qu'à certains égards, cette révolution pourrait être analysée comme un assez étonnant retour à des sources il est vrai fort lointaines.

Chacun sait en effet que durant la phase monarchique de la longue histoire de l'État français, c'est, à travers l'intervention des parlements lors la procédure de l'enregistrement des ordonnances, aux juges « ordinaires » que revenait la charge de « vérifier » – pour employer leur terme de prédilection – que la loi qui leur était envoyée à cette fin par le Gouvernement, présentait bien les caractères nécessaires pour être « jugée loi », et, en conséquence de ce jugement, être validée définitivement comme telle par l'inscription sur les registres de la cour, cette inscription – l'enregistrement au sens technique du terme – valant insertion dans le « dépôt des lois ». Se fondant sur la possibilité qu'avaient les magistrats de refuser l'enregistrement en arguant que la loi nouvelle portait atteinte aux normes que le législateur était selon eux « dans l'heureuse impuissance » de modifier parce qu'elles étaient le fondement de son propre pouvoir, on a considéré que par la mise en œuvre de cette prérogative, le Parlement agissait en « juge constitutionnel »<sup>(1)</sup>, même si la procédure du « lit de justice » semblait permettre au souverain d'imposer en fin de compte sa volonté. Qu'en un certain nombre de cas, ce soit en se fondant sur l'atteinte à des lois constitutives de la puissance souveraine que les grands juges royaux aient invalidé les lois, cela ne fait guère de doute, et l'étude des archives des cours atteste même qu'il l'a fait très tôt. Mais à examiner, à travers les fameuses remontrances des xvii<sup>e</sup> et xviii<sup>e</sup> siècles<sup>(2)</sup>, les raisons de droit avancées par les magistrats pour justifier leurs refus, il est clair que les critères d'invalidation utilisés étaient infiniment plus larges que la simple infraction à des normes que l'on qualifierait aujourd'hui de constitutionnelles. Le texte de ces remontrances le démontre en effet à longueur de pages, le « jugement de comparaison », qui constitue le moyen essentiel permettant au juge monarchique d'éprouver la validité de la norme nouvelle, le conduit en fait à examiner sa compatibilité avec l'ensemble de ces lois dont il a le « dépôt », et la « garde » : pour être considéré comme vraiment légitime, le droit nouveau ne doit pas remettre en cause les principes qui assurent la cohérence de l'ensemble des lois qui régissent la société, les lois qui sont pour cette pensée les « lois civiles ».

Un contrôle mené pour l'essentiel avec les instruments du droit civil, et par des Cours qui, malgré le caractère universel de leur compétence, ont comme principale mission de trancher les différents entre les particuliers : la figure ainsi dressée ne présente-t-elle pas une esquisse de ce que pourrait être, avec la nouvelle réforme, l'opportunité donnée au juge des particuliers de juger de la loi ?

Mais ce n'est pas seulement par le rôle conféré aux magistrats de l'ordre judiciaire que l'histoire offre de possibles modèles, c'est également par l'intervention des justiciables. Dans son esprit, dans certaines de ses voies, et dans nombre des critères utilisés, la procédure mise en œuvre par les parlements de l'époque moderne ne fait en effet que perpétuer celle qui avait été mise en place et institutionnalisée durant les siècles médiévaux. Or, de la fin du xiii<sup>e</sup> siècle à la deuxième moitié du xv<sup>e</sup> siècle, c'est pour l'essentiel à l'initiative des particuliers, et selon des formes qui sont celles du procès civil, qu'est mené le contrôle de validité des actes à portée normative. Tout naturellement, c'est en usant des règles qui régissent les relations entre particuliers que le juge médiéval prend sa décision, ce sont en conséquence les lois civiles qui lui fournissent principes et arguments permettant d'éprouver la validité des normes étatiques. Dégagé de cet ancrage contentieux, le juge moderne demeurera pour l'essentiel fidèle aux critères de contrôle ainsi dégagés : sous le terme, souvent mal interprété, de « lois fondamentales », ce sont les principes fondamentaux du droit qu'il demandera au souverain de respecter.

## I. La pratique médiévale : juger la loi au nom du droit civil

Durant la période médiévale, la possibilité offerte aux particuliers de se porter « opposants » à l'enregistrement des actes à portée normative de la monarchie se révèle essentielle pour comprendre les critères et les moyens alors mis en œuvre par le juge. Selon le mode de raisonnement circulaire qui caractérise la pensée juridique de ces siècles, si la demande faite au nom des intérêts privés conduit à utiliser les instruments du droit civil, c'est parce que le droit civil lui-même autorise la demande privée. À l'origine historique et théorique de la procédure de l'enregistrement, il y a en fait la loi et, à travers elle, « le droit » qu'elle enjoint de respecter.

La loi, c'est celle du souverain, le droit, c'est le « droit par excellence » que les juristes médiévaux visent à travers les règles romaines. Jusqu'à la fin de la monarchie en effet, les magistrats ne vont cesser de rappeler que le contrôle qu'ils mettent en œuvre à l'égard des « lettres patentes » par lesquelles s'exprime l'activité normative du souverain, répond à des injonctions venues de la monarchie elle-même. À travers différentes ordonnances, qui s'échelonnent de la fin du xiii<sup>e</sup> siècle à la fin du xv<sup>e</sup>, c'est en effet la royauté elle-même qui a enjoint à ses juges d'examiner les mesures qui leur étaient envoyées aux fins d'enregistrement, et de rejeter celles qui ne respectaient pas certains critères : à l'égard des lettres de Chancellerie obtenues « par importunité de requérants », qui sont « inciviles et déraisonnables », « notre intention », affirme ainsi Charles VII dans l'ordonnance de Montil-les-Tours de 1453, est « que les juges de notre royaume n'obtempèrent... sinon qu'elles soient civiles

et raisonnables ; et voulons que les parties les puissent débattre & impugner de subreption, obreption et incivilités... »<sup>(3)</sup>.

Le vocabulaire utilisé – impugner, subreption, obreption, incivilité... – l'atteste, ces ordonnances renvoient aux règles romaines régissant la mise en œuvre judiciaire des rescrits. Ces normes figurent dans le Corpus juris civilis qui constitue, jusqu'à la promulgation des codes nationaux, la base de la formation des juristes européens, et il n'est donc pas surprenant que tous les connaissent, les citent, et s'en inspirent. Fidèles à l'interprétation déjà donnée par les canonistes pour les décrétales pontificales, juges et juristes tiennent en France pour acquis le principe selon lequel il y a équivalence entre d'une part les diverses mesures prises sur requête par le monarque, et d'autre part, les rescrits du monde romain, ces actes par lesquels le Conseil impérial, répondant au nom de l'Empereur à des demandes venues des particuliers ou des fonctionnaires, fixait les règles de droit à mettre en œuvre. Le fait que les ordonnances royales sur ce point transposent quasi à la lettre la législation impériale, constitue à leurs yeux une forme quasi officielle de validation, qui les autorise à s'inspirer pour leur mise en œuvre, tant des règles romaines elles-mêmes, que des commentaires et des débats qu'elles ont fait naître entre les maîtres du droit savant, romanistes et canonistes. C'est de cette « scolastique juridique », que les juges et les avocats, qui lui doivent les bases de leur savoir, se sont inspirés pour fixer, durant les premiers siècles de sa mise en œuvre, d'abord les fondements, ensuite les modalités, et enfin les critères de leur contrôle.

À l'École, le Palais emprunte d'abord la figure de l'État qui vient justifier son contrôle. Si le modèle romain permet de fonder la puissance législative du Prince en posant que sa volonté a par elle-même force de loi, il présente également principes et maximes conduisant à soumettre l'État à « l'autorité du droit ». Ces principes sous-tendent les commentaires sur la législation des rescrits, et conduisent les maîtres de l'université, d'une part à poser la nécessité d'un contrôle judiciaire de l'activité normative de la puissance souveraine, d'autre part à suggérer règles et critères pour le mettre en œuvre. Selon cette doctrine savante<sup>(4)</sup>, c'est avant tout l'interférence de circonstances particulières que le souverain ne peut par définition connaître, qui justifie l'intervention d'un juge et des moyens d'investigation du judiciaire dans le processus d'édition de la norme. Seuls en effet, ils permettent d'opérer les « vérifications » qui sont nécessaires, vérifier d'une part que les faits proposés comme bases de la demande sont véritables, d'autre part que la mesure ainsi obtenue ne porte pas préjudice à des tiers. Ce premier examen doit conduire les juges à faire porter leurs investigations, d'une part vers l'origine de la mesure – il conviendra de sonder la réalité de la volonté censée s'exprimer dans les réponses du souverain aux requêtes de ses sujets – d'autre part vers ses conséquences, l'atteinte éventuelle et éventuellement illégitime aux droits des particuliers, et par là au droit en général. Des principes essentiels apparaissent alors dans le discours de l'École, et, comme le montrent les plaidoiries, les avocats leur donneront un grand retentissement lors des procès auxquels donnent lieu les demandes d'enregistrement devant le Parlement de la capitale<sup>(5)</sup>.

Durant les siècles médiévaux en effet, la vérification des Cours prend fréquemment en France la forme d'un procès qui oppose deux parties, l'impétrant, qui demande que le bénéfice des lettres demandées et obtenues lui soit accordé, et, dans la plupart des cas, des opposants, entendons des particuliers ou des communautés qui estiment que leurs droits sont mis en cause par la mesure, et qui par la procédure de l'opposition, demandent à la Cour soit de refuser l'enregistrement en « déboutant » les requérants, soit d'ordonner réparation du dommage<sup>(6)</sup>. Outre les parties, l'intervention du Parquet est très tôt considérée comme indispensable, et son rôle demeurera essentiel. Les « gens du Roi » interviennent en permanence pour, au nom et sur le commandement du souverain, requérir l'enregistrement. Mais il arrive également, et il arrive même souvent qu'ils utilisent eux-mêmes la procédure de l'opposition, pour inviter la Cour à refuser de valider une mesure qu'ils estiment contraire soit à l'intérêt du Roi et donc du Royaume, soit à des Lois auxquelles le souverain ne peut porter atteinte.

Les arguments développés par les avocats pour justifier ou repousser les « oppositions », permettent de discerner les raisons pour lesquelles, selon les esprits de ce temps, un « moment judiciaire » doit nécessairement s'insérer dans l'activité normative d'un monarque défini par ailleurs comme souverain. Souvent en effet, la recevabilité de ces oppositions suscite de vifs débats : est-il légitime que des sujets, en se fondant sur une atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts, puissent mettre en cause, « débattre » de partie à partie, un acte qui exprime la volonté du souverain ? Les plaidoyers attestent que tous au Palais sont convaincus qu'il est nécessaire, et de préserver l'existence et les moyens d'action d'un pouvoir souverain, et de maintenir la légitimité d'un contrôle du juge lors de sa mise en œuvre. Préserver la souveraineté : constamment les avocats rappellent que le droit de prendre des décisions, générales ou particulières, appartient par essence au détenteur du pouvoir souverain, et qu'il ne saurait être question de contester par la voie judiciaire et au nom de l'intérêt particulier le pouvoir en lui-même. Mais ce premier principe doit être tempéré par la nécessité de respecter une autre règle, toute aussi fondamentale et toute aussi inviolable puisqu'elle est liée à l'ordre judiciaire : lorsque la mesure dont des sujets demandent l'enregistrement par le juge, porte atteinte à des droits particuliers, il est de principe, rappelle-t-on au Palais, que ceux-ci doivent pouvoir être entendus et défendus.

Peuvent également rendre légitimes les oppositions de particuliers, les conséquences que les magistrats tirent de la constatation d'une altération de la vérité des faits motivant la demande, et sur ce point l'influence des principes défendus par les universités est patent. Lorsqu'il est prouvé que les requérants ont déformé ou masqué la réalité des faits sur lesquels ils se sont fondés pour formuler leur demande, cela signifie que le monarque a été trompé. Or, selon les principes du droit romain, une volonté « abusée » n'est pas une volonté, et il faut conclure qu'il y a « defectus voluntatis », défaut de volonté. Mais si la volonté qui s'exprime dans la mesure, n'est pas la volonté royale, alors il devient légitime de s'y opposer, sans pour autant manquer à l'obéissance qui est due au pouvoir souverain. En substituant l'examen de la « questio voluntatis », à celui de la « questio potestatis », le recours à cet argument permet de faire sauter un obstacle théorique qui aurait pu être dirimant : si le juge, qui ne tient ses prérogatives que de lui, ne peut bien évidemment soumettre le souverain à un examen et donc à un contrôle de son pouvoir, il est en revanche légitime voire indispensable qu'il se demande si la volonté qui semble s'exprimer dans l'acte est bien celle du souverain. Si ce contrôle n'était pas effectué, et si l'édit était « immédiatement exécuté », il se pourrait que la volonté qui

s'exprime dans la loi, ne soit pas celle du souverain, mais celle des demandeurs, ce qui reviendrait à rendre le Prince sujet de ses sujets.

S'il s'agit d'une mesure particulière, c'est donc pour l'essentiel l'atteinte illégitime aux droits d'autrui qui sera dite « incivile », et durant les siècles médiévaux, c'est avant tout à ce type de mesures que le juge est confronté. Assez tôt cependant, naissent les interrogations qui vont permettre aux magistrats de sortir des cadres de l'examen contentieux, pour se demander si, au travers de l'atteinte illégitime aux droits particuliers, ce n'est pas « le droit » lui-même, entendons les principes qui le fondent, qui sont indûment remis en cause par l'autorité souveraine. Ce sont alors les éléments d'un contrôle beaucoup plus large qui sont posés. Mais, si certains de ses traits se dessinent durant les siècles médiévaux, c'est à partir du xv<sup>e</sup> siècle qu'il s'institutionnalise vraiment.

## II. Du droit civil aux fondements du droit : critères et portée du contrôle moderne

Telle qu'on peut la présenter à travers la réflexion théorique et la pratique du Palais des siècles médiévaux, la protection que constitue le contrôle par le juge des règles édictées par le Prince concerne avant tout les justiciables. Mais, bien que les ordonnances qui l'ont institué visent à l'évidence les seules « lettres sur requête », la pratique des Cours atteste qu'il a été étendu à l'ensemble de l'activité normative du souverain. Sur ce point également, c'est dans la casuistique judiciaire elle-même que se dessinent les raisons qui ont permis de sortir du débat contentieux, et ouvert l'une des voies de passage qui assurent la continuité entre pratique médiévale et pratique moderne.

Les continuités qui attestent que l'esprit de l'enregistrement tel qu'il est mis en œuvre par les parlements des temps modernes se comprend pour partie à partir de ces précédents médiévaux, sont multiples. En témoigne tout d'abord, la volonté des parlements de maintenir certaines des formes qui étaient liées à un débat contradictoire. À partir du xv<sup>e</sup> siècle en effet, la distinction entre actes de portée législative et actes pris sur requête se précise, et le Parquet se fonde sur elle pour s'efforcer, avec un succès grandissant, de faire écarter par la Cour les oppositions de particuliers lors de l'enregistrement des lois. Malgré cette progressive disparition, qui va se concrétiser en 1673 par une interdiction officielle, les Parlements s'attachent à maintenir certaines des formes liées au caractère contradictoire des procédures médiévales. Ainsi, l'intervention des gens du Roi sera jusqu'à la fin considérée comme indispensable, et demeurera l'un des canaux par lesquels l'opposition des magistrats pourra éventuellement s'exprimer. Va dans le même sens la pratique, souvent décrite, qui conduit les Cours à organiser un simulacre de procès en nommant deux conseillers, l'un chargé de plaider la « suasion », l'autre, la « dissuasion ». À maints égards enfin, les remontrances elles-mêmes peuvent être considérées comme de véritables « motivations » : pour justifier le refus qu'ils opposent à la volonté royale, les magistrats mobilisent, en des argumentaires dont la prolixité ne doit pas cacher la rigueur et l'érudition, l'ensemble des données extraites tant de l'histoire que du droit qui rendent leur contrôle légitime.

Les références aux grandes affaires nées de la mise en œuvre médiévale du contrôle judiciaire ne sont pas rares dans ces remontrances, et sur des points essentiels, ce sont des arguments calqués sur ceux des plaidoiries alors prononcées qui continuent à appuyer les positions des juges modernes. L'intervention des particuliers par la voie de l'opposition permettait au juge médiéval d'opérer une sorte de « déqualification » de l'acte présenté comme loi. Dans une phase de transition, c'est en se fondant sur elle, puis en reprenant à son compte les arguments qui permettaient de l'opérer, que le juge moderne maintient la légitimité d'un contrôle, qui ne vise selon lui qu'à démasquer l'absence du législateur légitime. Lorsque des sujets s'estiment lésés par des mesures apparemment générales, mais en réalité, prises selon eux pour favoriser certains de leurs concurrents et à leur demande, on tient au Palais, qu'ils peuvent, en se portant opposants, tenter de le démontrer. À le prendre sur la longue durée, l'argumentaire ainsi déployé va constituer l'un des fondements principaux sur lesquels les juges continueront à se fonder pour justifier et leur examen, et leur éventuel refus d'enregistrer. Ce à quoi les juges s'opposent, affirme ainsi le président Guillaume de Lamoignon à la fin du xvii<sup>e</sup> siècle, ce n'est pas au commandement, qui est « une chose sacrée », mais seulement à « la passion de ceux qui veulent en abuser pour leurs intérêts »<sup>(?)</sup>.

Ce détour théorique est révélateur de la conscience qu'ont les juges des implications implicites mais inéluctables de leur contrôle. Sauf à déqualifier la volonté souveraine pour la réduire en fait à une volonté particulière, il est évident que le magistrat ne peut prétendre juger de l'éventuelle validité de la loi qui l'exprime, qu'au nom d'un droit supérieur à toute autorité et à toutes normes. Ce droit « supérieur », la pensée juridique révolutionnaire va le trouver pour l'essentiel en l'édictant, et en se donnant ainsi la possibilité de hiérarchiser les normes à partir du fondement étatique. Mais pour le juge du monde ancien, qui ne dispose d'aucun instrument, constitution ou déclaration, qu'il pourrait – et sans doute voudrait – tenir pour l'expression authentique de ce droit supérieur, c'est nécessairement en creusant d'une part les règles examinées, d'autre part les liens qui les attachent les unes aux autres, qu'il convient de chercher et de faire apparaître les fondements susceptibles de mettre certaines d'entre elles hors de toute atteinte de la volonté humaine. Sur ce point également, c'est dans les enseignements de la doctrine universitaire, ceux de la scolastique médiévale mais aussi ceux de cette « troisième scolastique » qu'est à bien égard l'école du droit naturel moderne, qu'il faut chercher une présentation théorique des critères alors retenus par les juges pour justifier leur contrôle.

La recherche des critères de fond susceptibles de fonder le rejet judiciaire de la loi avait retenu l'attention des maîtres médiévaux. Ils en avaient trouvé le ressort dans les règles romaines posant que les actes normatifs ne devaient pas être « incivils », et qu'ils ne pouvaient être « contra jus vel contra utilitatem publicam ». Affirmer que les décisions du souverain ne doivent être contraires ni au droit ni à l'utilité publique, c'est ouvrir un large champ d'appréciation au judiciaire, et les juges français, comme au demeurant les juges européens, ne manqueront pas de s'appuyer sur les gloses par lesquelles l'École a précisé le sens et la portée de ce critère. Selon les maîtres de l'université, dont on sait qu'ils

voient dans les lois romaines le « jus per excellentiam », l'expression du « vrai droit », s'assurer que la mesure n'est pas « incivile », c'est en fait vérifier qu'elle n'est pas contraire à la raison qui s'exprime dans le droit civil : ce sont ainsi les lois relevant du droit naturel<sup>(8)</sup> que le juge doit obliger le souverain à respecter. Contrôler la « civilité » de la loi – tel est en effet le terme qu'utilisent les juristes français du xvii<sup>e</sup> siècle pour caractériser l'examen ainsi mené – revient ainsi à éprouver sa « justice », ou encore son « équité », en la jugeant à l'aune des principes et des règles tenus pour l'expression du droit naturel.

Le vocabulaire utilisé par les magistrats modernes brouille ici quelque peu les choses. À lire les remontrances, il peut certes arriver que l'affirmation d'une contrariété de la loi examinée avec le droit naturel, vienne justifier le refus de l'enregistrer. Mais le plus souvent, c'est en évoquant une atteinte à des normes tenues pour « lois fondamentales » que les juges fondent leur opposition. Or l'interprétation classiquement donnée par l'historiographie française de ce terme, a sans doute faussé la compréhension de la nature et des fondements du contrôle judiciaire mené sur cette base. Sur ce point, la présentation de l'enseignement de l'université, c'est-à-dire pour ces siècles, celui des penseurs de l'École du droit de la nature et des gens, se révèle éclairant. Malgré ses spécificités connues depuis longtemps, le contrôle mis en œuvre par les parlements français s'inscrit en effet dans des pratiques largement répandues dans l'Europe moderne<sup>(9)</sup>, et il n'est donc pas étonnant que les maîtres des universités, dans la ligne de la scolastique juridique médiévale et parfois en reprenant ses enseignements, s'efforcent d'en présenter le substrat théorique. S'inspirant de Vattel, Burlamaqui insiste ainsi sur la nécessité de distinguer les lois fondamentales naturelles, celles dont le respect est nécessaire dans toute société, et les lois fondamentales positives, celles qui naissent de l'histoire et des conventions, et peuvent, éventuellement, acquérir un statut de quasi inviolabilité, proche de celui qui caractérise les lois fondamentales naturelles<sup>(10)</sup>. Telle quelle, cette distinction n'est pas reprise par la doctrine française, mais, à lire nombre des grands juristes modernes, il semble évident que lorsqu'il est utilisé par eux à leur propos, le terme de lois fondamentales vient pour l'essentiel qualifier – entendons préciser – le statut juridique des lois constitutives de la souveraineté, et non les présenter comme les seules règles rentrant dans cette catégorie. Lorsque dans les grandes remontrances, les magistrats arguent de l'incompatibilité entre la mesure examinée et les « lois fondamentales », ce ne sont donc pas seulement les normes à valeur constitutionnelle qui sont visées, ce sont les principes fondamentaux qui constituent pour ces esprits la base nécessaire de toutes les lois. À travers les lois fondamentales, le droit qu'ils demandent au législateur de respecter, c'est au fond ce qui est pour eux le *verum jus*, le droit naturel, le droit de la raison, cet ensemble de principes inviolables qui tout à la fois fonde la validité de chacune des lois, et assure la cohérence de l'ensemble qu'elles constituent.

Ainsi se comprennent les méthodes privilégiées par eux. Dans l'univers juridique conceptuel qui est le leur, il n'y pas en effet de hiérarchie formelle préalable, pas de catégories fermées regroupant et séparant les règles de droit pour constituer des « blocs » de légalité, et établir leur ordre d'applicabilité. Aucune édicton autoritaire s'exprimant par l'écriture n'assure à certaines d'entre elles une valeur définitivement « supérieure » à celle des autres. En revanche, il va de soi pour tous que toutes les lois, ou la plupart, reprennent, en les particularisant pour un temps et pour un lieu, quelque chose du vrai droit qui est leur source commune, et que c'est donc pour l'essentiel en les mettant en résonance les unes avec les autres qu'on peut en faire surgir l'esquisse. D'où l'importance attachée par les magistrats au « jugement de comparaison »<sup>(11)</sup> qui est le moyen essentiel de la vérification qu'ils sont chargés d'opérer. À leurs yeux en effet, les lois forment un tout, dont la cohérence est assurée par un ordre à la fois vertical – celui qui rattache chaque loi au droit naturel dont elle est la mise en œuvre – et horizontal – celui qui assigne à chacune d'entre elles la place que leur assure le déploiement des liens verticaux. Comparer la loi nouvelle avec les lois déjà existantes est donc essentiel, et c'est à travers cet examen apparemment tout technique, que le juge de l'ancien monde se donne les moyens de vérifier que le souverain respecte le droit naturel. Qu'elle vienne seulement modifier certaines dispositions des normes en vigueur par une dérogation, ou qu'elle ait vocation à les remplacer dans leur ensemble par une abrogation, en tout état de cause, les liens de la règle nouvelle avec le droit déjà là doivent en effet être précisés, et c'est ce que les juges s'attachent à faire. Mais déterminer les moyens de cette compatibilité, c'est dans le même mouvement vérifier la possibilité même de son existence, et par là se donner les moyens de vérifier que la loi nouvelle ne remet pas en cause les principes fondamentaux qui assurent la cohérence des lois entre elles.

Ainsi précisé et caractérisé à travers les liens qui l'unissent à la pratique médiévale, l'intervention du juge monarchique se différencie sans doute plus nettement qu'on ne l'a pensé du classique contrôle de constitutionnalité. Les normes auxquelles il entend soumettre l'État, ce ne sont pas en effet les seules lois constitutives de la souveraineté, c'est l'ensemble des principes dont les juges estiment qu'ils sont indispensables à la vie des hommes et des sociétés formées par eux, c'est en fait le droit naturel. Certes, à bien y regarder, cet élargissement des critères n'est pas sans rappeler celui qui a marqué l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais il est certain par ailleurs que les restrictions apportées jusqu'ici à l'intervention de cet organe expliquent sans doute pour partie que ce contrôle élargi n'ait pas eu les conséquences lourdement négatives qu'avaient eues pour la vie et sans doute l'avenir politiques de la monarchie, le contrôle des anciens Parlements. Cependant, si on songe que, originairement, l'intervention des particuliers a constitué l'un des ressorts de l'extension des critères utilisés par les juges pour valider la loi, la récente réforme peut, envisagée au regard de l'histoire, donner à réfléchir.

<sup>(1)</sup> Voir en particulier l'article de Saint-Bonnet (F.), « Le Parlement juge constitutionnel (xvii<sup>e</sup>-xviii<sup>e</sup> siècles) ? », Droits, 2001, p. 177-197, ainsi que les autres travaux de cet auteur.

<sup>(2)</sup> Réétudiées sous des points de vue divers depuis quelques années, ces remontrances, qui étaient l'instrument principal par lequel les juges exerçaient et dans le même mouvement justifiaient le contrôle de l'activité normative de la monarchie, ont mieux dévoilé la cohérence et la force des thèses « parlementaires ». Voir en particulier les travaux de Slimani (A.), *La modernité du concept de nation au xviii<sup>e</sup> siècle*, Aix-en-Provence, 2004, et de Papadopoulos-Lemaire (E.), *Les doctrines parlementaires et les institutions libérales*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, 2007. Voir également pour une mise au point récente, le beau livre de Krynen (J.), *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, 2009.

<sup>(3)</sup> Isambert, t. IX, p. 227sq. Ce texte de 1453 appartient à une série d'ordonnances dont les formules sont très proches. Citons à titre d'exemple le texte de l'ordonnance du 15 août 1389 : pour ce qui est des lettres obtenues « per importunitatem », qui se révéleraient « injustas et iniquas, contra rationem et stilum dicte curie », « vobis inhibeat expressè ne litteris injustis et in lesionem parcium immepratis et obtentis pareatis vel obtemperatis » (Isambert, t. VI, p. 681). L'orthographe et la ponctuation des textes antérieurs à 1789 ont été modernisées.

<sup>(4)</sup> Pour une vue d'ensemble de la question chez les maîtres médiévaux, l'ouvrage de Cortese (E.), *La norma giuridica, spunti teorici nel diritto comune classico*, rééd.1995, demeure fondamental. Voir aussi Dondorp (H.), « Rescripta contra jus : die mittelalterliche Interpretation von C.1,19,7 », *Z.S.S., Kan.Abt.*, 1997, p. 283 et s.

<sup>(5)</sup> Pour alléger la présentation de cette casuistique, nous nous permettons de renvoyer aux références données dans notre étude *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, 1983, p. 212-243.

<sup>(6)</sup> Les caractéristiques de cette procédure tiennent bien sûr au fait que, durant ces siècles, l'essentiel des mesures à portée normative de l'État constituent des réponses aux « requêtes » par lesquelles corps et particuliers sollicitent du souverain la concession des moyens juridiques qu'ils estiment nécessaires à leurs activités.

<sup>(7)</sup> Cité par Monnier (F.), *Guillaume de Lamoignon et Colbert. Essai sur la législation française au xvii<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1862, p. 26.

<sup>(8)</sup> Cortese, *op.cit.*, passim.

<sup>(9)</sup> Cf. Gorla (G.), « "Jura naturalia sunt immutabilia", I limiti al potere del "Principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli xvi et xvii », *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, Olschki, 1982.

<sup>(10)</sup> Cette distinction est présentée comme essentielle par Maultrot lorsqu'il s'attache à justifier les prérogatives des parlements français *Maximes du droit public français*, t. I, p. 227 et s., Amsterdam, 1775.

<sup>(11)</sup> Papadopoulos-Lemaire (E.), *op.cit.*, p. 5.