



**HAL**  
open science

## La résistance des juristes face à la loi. Perspectives historiques

Anthony Mergey

► **To cite this version:**

Anthony Mergey. La résistance des juristes face à la loi. Perspectives historiques. XVIe journée nationale de Rennes I - La place du juriste face à la norme, Apr 2011, Rennes, France. pp.27-44. halshs-00728547

**HAL Id: halshs-00728547**

**<https://shs.hal.science/halshs-00728547v1>**

Submitted on 15 Oct 2013

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

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

# La place du juriste face à la norme

Actes du colloque « La place du juriste face à la norme »  
organisé le 6 avril 2011 par l'Association Henri Capitant  
des amis de la culture juridique française  
(Université Panthéon-Assas – Paris II)  
en partenariat avec l'IODE  
(Institut de l'Ouest : Droit et Europe, UMR CNRS 6262).

# La place du juriste face à la norme

Journées nationales  
Tome XVI / Rennes

avec les contributions de :

Philippe Bas	Thomas Genicon
Thierry Bonneau	Denis Mazeaud
François Chénéde	Anthony Mergey
Frédérique Dreifuss-Netter	Jerry Sainte-Rose
Brigitte Feuillet	Didier Sicard



ASSOCIATION  
HENRI CAPITANT  
DES AMIS DE LA CULTURE  
JURIDIQUE FRANÇAISE

# DALLOZ

2012



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

# DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ — 2012  
ISBN : 978-2-247-10743-8

## Sommaire

### Première partie. Regards généraux

- 3 **De la conception du droit à la fonction de juriste**  
par François Chénéde, *professeur à l'Université de Rennes 1*
- 27 **La résistance des juristes face à la loi. Perspectives historiques**  
par Anthony Mergey, *professeur à l'Université de Rennes 1, Centre d'histoire du droit (IODE – UMR CNRS 6262)*
- 45 **Le juge à la frontière du droit et au-delà du droit : témoignage d'un haut magistrat sur quelques affaires délicates**  
par Jerry Sainte-Rose, *avocat général honoraire à la Cour de cassation*

### Seconde partie. Regards particuliers

- 55 **Table ronde. La place du juriste dans l'élaboration des lois bioéthiques**  
par Brigitte Feuillet, *professeur à l'Université de Rennes 1, membre de l'Institut universitaire de France, directrice du CRJO (IODE UMR CNRS n° 6262)*
- 69 Philippe Bas, *ancien ministre de la Santé et des Solidarités, conseiller d'État, président du Groupe de travail du Conseil d'État relatif à la révision des lois bioéthiques*
- 75 Frédérique Dreifuss-Netter, *conseiller à la Cour de cassation, membre du Comité consultatif national d'éthique*
- 79 Didier Sicard, *président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique, professeur de médecine*
- 85 **Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques?**  
par Thomas Genicon, *professeur à l'Université de Rennes 1*

- 135 **Le juriste et le droit des marchés financiers :  
la technique juridique « asservie » ?**  
par Thierry Bonneau, *agrégé des facultés de droit, professeur à  
l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*
- 151 **Observations conclusives**  
par Denis Mazeaud, *professeur à l'Université Panthéon-Assas  
(Paris 2), Président de l'Association Henri Capitant des amis de la  
culture juridique française*

# **La résistance des juristes face à la loi Perspectives historiques\***

Anthony Mergey

*Professeur à l'Université de Rennes 1,  
Centre d'histoire du droit (IODE – UMR CNRS 6262)*

Depuis une décennie, plusieurs textes législatifs ont donné lieu à des manifestations de résistance de la part des juristes. Le début de l'année 2004 fut le cadre d'une importante protestation de la part des professions juridiques contre la « loi Perben II » portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité<sup>1</sup>. L'année suivante, à la suite de l'institution de l'état d'urgence sur le territoire métropolitain, 74 professeurs de droit, représentés par Frédéric Rolin, ont saisi le Conseil d'État pour demander la suspension de cette mesure, au motif qu'en ne mettant pas un terme à l'état d'urgence, le président de la République avait porté atteinte à plusieurs libertés fondamentales et que cette atteinte était manifestement illégale<sup>2</sup>. De même, la réforme des universités, engagée par la loi « Libertés et responsabilités des universités » du 10 août 2007, a suscité de nombreuses réactions au printemps 2009 au point de donner naissance à un important mouvement de contestation, au sein duquel les juristes ont occupé une place importante, comme en témoigne notamment l'engagement du professeur Olivier Beaud, auteur il y a peu d'un véritable plaidoyer en faveur des libertés universitaires<sup>3</sup>. Enfin, plus récemment, la loi du 14 avril 2011 relative à la réforme de la garde à vue a donné lieu à

---

\* Nous tenons à remercier Marie Bassano, Hadrien Chino, Sébastien Le Gal et Stéphane Pagès pour les fructueux échanges qui ont contribué à l'élaboration de ce travail.

1. M. Milet, « Les professions juridiques contre la "loi Perben II". Le tempo singulier des pratiques ordinaires de la mobilisation collective », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, 2009, n° 11, p. 53-66.

2. *Libération* 9 déc. 2005.

3. *Les libertés universitaires à l'abandon ? Pour une reconnaissance pleine et entière de la liberté académique*, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2010.



des appels à la résistance — temporaire — de la part des bâtonniers des barreaux de Créteil et de Vannes<sup>4</sup>.

Les juristes sont souvent les mieux placés pour démontrer et dénoncer le caractère dangereux ou vicié de certaines lois. Plus généralement, ils ont naturellement tendance à s'estimer porteurs d'une parole autorisée, surtout à une époque où le débat public se cristallise autour du droit, ce qui tend à favoriser leur intervention.

C'est à travers le regard de l'historien du droit que cette question de la résistance des spécialistes du droit sera traitée. Cependant, face à la richesse d'un tel sujet, dont les différentes facettes impliqueraient de maîtriser un champ documentaire immense, et pour la cohérence du propos, il est indispensable de délimiter les termes de notre étude en procédant à quelques précisions et définitions.

D'abord, le terme « juriste » désigne une personne disposant d'importantes connaissances en droit et qui en fait profession. Comme l'indiquait au II<sup>e</sup> siècle de notre ère le jurisconsulte Sextus Pomponius, « il ne peut y avoir de droit s'il n'y a pas quelque expert en droit par qui il fasse [...] des progrès<sup>5</sup> ». Le juriste est donc cet « expert » qui a la maîtrise et la connaissance des normes prescrites par le législateur et produites par les tribunaux, et qui contribue à la vitalité du droit, même si tous les juristes ne concourent pas dans les mêmes proportions à son évolution. Sont alors naturellement englobés dans cette définition aussi bien les « juristes-auteurs » que les « juristes-praticiens ».

Ensuite, qu'entend-on par « résistance » ? Le mot est formé sur le modèle latin du préfixe *re* et du radical *sistere*, « s'arrêter, se tenir en faisant face », « faire obstacle à ». Pris dans sa dimension militaire, il traduit l'action de résister à une contrainte physique, la volonté de faire face à un ennemi qui fait usage de la force. Par extension, considéré dans un sens politique, résister signifie notamment tenir tête, refuser de se soumettre à une autorité.

Or, pour qu'il y ait résistance à une norme législative, cela implique que celle-ci soit mauvaise, inopportune, injuste aux yeux des juristes, selon qu'elle comporte, par exemple, un vice — de procédure, de forme, de fond —, qu'elle excède son champ d'application, qu'elle soit en contradiction avec des principes supérieurs de différentes natures ou encore qu'elle soit dépourvue de légitimité.

Dès lors, le terme « loi » sera défini ici d'une manière strictement juridique<sup>6</sup>. Mais ce parti pris ne suffit pas à dissiper toutes les ambiguïtés du mot, puisque la loi peut être soit le reflet d'un ordre, soit le moyen de l'ordre, sachant que ces deux conceptions peuvent coexister dans un même système juridique. Dans le premier cas, on postule que le monde est un ordre universel dont le fonctionnement est régi

4. *Le Figaro* 18 avr. 2011.

5. *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), PUF, 2007, p. ix.

6. V., F. Saint-Bonnet, V<sup>o</sup> « Loi », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 959-964.

par des lois générales, nécessaires, immuables, stables; « faire » des lois est inutile en quelque sorte puisqu'il n'y a qu'à connaître et proclamer les lois existantes qui sont celles de l'ordre<sup>7</sup>. Dans le second cas, la loi est définie comme un pouvoir et désigne un ordre au sens de commandement, ce qui signifie que l'auteur de la loi est nécessairement dépositaire d'une autorité suprême, une sorte d'*auctoritas*. Cette seconde fonction de la loi sera ici retenue.

Les exemples historiques nous permettent de subodorer au premier abord qu'être un juriste résistant, c'est être détenteur et instrument du « bon droit » et chercher à corriger, modifier, voire annuler le mauvais droit. En effet, résister par le droit, au moyen du droit, pour le droit, apparaît comme un réflexe naturel pour les juristes et, en règle générale, ils ne se privent pas d'exercer leur esprit critique, jusqu'à obtenir, le cas échéant, une application restreinte, une mise en sommeil, voire un retrait de la loi qui leur a paru mauvaise, inopportune ou injuste.

Une telle affirmation n'est pourtant pas sans soulever bien des interrogations, en premier lieu en raison du caractère éminemment fluctuant de la notion de loi. La définition de la loi a évolué, s'est modifiée au cours des siècles; la loi d'Hammourabi n'est pas celle de Jean Bodin, la loi de Gaius n'est pas celle de Rousseau. Et pourtant, paradoxalement, les formes de résistance au nom du « bon droit » sont constantes, permanentes et leur universalité est très probablement à rechercher dans l'adhésion à des principes communs, dans les règles, les instruments, les mécanismes qui ont guidé la formation des juristes, qu'ils maîtrisent et appliquent au quotidien. Le droit n'est-il pas « l'art du bon et du juste » pour reprendre la célèbre expression du jurisconsulte Celse? Bien évidemment, il n'est pas question de nier le fait que chaque juriste est imprégné de sa propre conception du monde qui le conduit à définir à son tour sa conception de l'ordre juridique. Il convient ainsi de garder à l'esprit que les juristes, parce qu'ils sont des acteurs essentiels de la vie en société, n'hésitent pas à s'ériger en porte-parole de la cause du droit. Par conséquent, cette résistance du droit est susceptible d'être guidée, outre la volonté première de rétablir le « bon droit », par des motivations de nature politique, philosophique, religieuse, morale, voire personnelle.

Aussi, l'histoire de notre droit, quelle que soit la période considérée — antique, médiévale, moderne ou contemporaine — renferme bon nombre d'exemples de juristes qui sont entrés vaillamment en résistance contre des textes de loi jugés néfastes, en usant des armes que le droit mettait à leur disposition. On constate alors que cette opposition peut être motivée, soit par le non-respect par la loi des critères qui président à son élaboration (I), soit par son défaut de conformité à des règles supérieures (II).

---

7. Cette fonction de la loi définie comme le reflet d'un ordre se retrouve, par exemple, chez les physiocrates, v. A. Mergey, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010.

## I. LA NÉCESSAIRE CONFORMITÉ AUX CRITÈRES D'ÉLABORATION DE LA LOI

Tout acte législatif doit obligatoirement répondre à des conditions bien définies et être soumis à une procédure sagement élaborée. Dès lors, les lois qui attirent sur elles les regards suspicieux des juristes peuvent être celles qui, notamment, ne présentent pas un caractère général (A) ou qui ne sont pas l'œuvre de l'autorité normalement compétente pour les prescrire (B).

### A. LE CARACTÈRE NÉCESSAIREMENT GÉNÉRAL DE LA LOI

S'opposer à une loi, jugée mauvaise, parce que celle-ci ne serait justement pas une loi, tel est le défi auquel est confronté l'avocat Cicéron et qui le concerne au premier chef. Cette délicate situation à laquelle doit faire face l'auteur du *Traité des lois* résulte d'un contexte politique trouble où règnent des intrigues entre factions. Parmi ces rivaux qui lui vouent une haine tenace se trouve Clodius Pulcher, contre lequel Cicéron fut amené à témoigner au cours d'un procès au début de l'année 61 avant notre ère<sup>8</sup>. Élu tribun de la plèbe, Clodius entre en charge à la fin de l'année 59 et profite immédiatement de ses nouvelles fonctions pour tenter d'éliminer Cicéron du jeu politique, et ce en deux temps.

Au cours du premier trimestre de l'année 58, prenant pour prétexte le rôle joué par le célèbre avocat cinq années auparavant dans l'exécution sans jugement des complices de Catilina, Clodius dépose une première proposition de loi. Cette *lex de capite civis Romani* est certes très générale mais elle doit entraîner la perte de Cicéron. Aux termes de ce texte, quiconque ferait ou aurait fait exécuter un citoyen romain sans un jugement d'un tribunal régulier du peuple s'exposerait à une peine de bannissement. Bien que Cicéron ne soit pas nommé, il fait le jeu de Clodius en avouant, par son attitude, qu'il se sent menacé par cette loi. Fort du soutien des chevaliers et d'une partie des sénateurs, il n'hésite pas en effet à solliciter des personnes parmi les plus influentes, tels César et Pompée, afin de les alerter sur le sort susceptible de lui être réservé. Malgré la tenue de manifestations collectives en faveur de Cicéron et une ultime démarche auprès des consuls, la *rogatio*<sup>9</sup> de Clodius est votée le 12 mars, soit le lendemain du jour où Cicéron, face à cette situation inconfortable et angoissante, décida de rejoindre une de ses résidences hors de Rome.

---

8. Sur les rapports conflictuels entre les deux hommes et le rôle de Cicéron dans la défense de Milon, meurtrier de Clodius en 52, lors de son procès, v. la riche introduction et les notes de J.-N. Robert qui précèdent le *Plaidoyer pour T. Annus Milon* de Cicéron, in *Discours*, texte établi et traduit par A. Boulanger, Les Belles Lettres, 2002, t. XVII, p. VII-XLI.

9. Il s'agit de la proposition de loi qui est déposée devant les assemblées de la plèbe (*comices tributes*) ou celles du *populus* (*comices centuriates*).

Juste après le vote de la *lex de capite civis Romani*, Clodius engage le second temps de sa manœuvre visant à abattre Cicéron de manière définitive. Il présente une proposition de loi complémentaire qui mentionne nommément le célèbre avocat et le contraindrait à l'exil. La *lex de exilio Ciceronis* est votée le 29 avril : Cicéron est « interdit d'eau et de feu », voit ses biens confisqués et doit se tenir à plus de 500 milles des côtes de l'Italie sous peine d'être mis à mort<sup>10</sup>. Sous la pression des événements, débute alors pour Cicéron un long exil qui durera plus d'un an<sup>11</sup>.

Les intrigues et les incartades de Clodius, dont le tribunat prend fin en décembre 58, finissent cependant par jouer en sa défaveur, d'autant plus que César et Pompée se sont ralliés à la cause de Cicéron. Malgré les incessantes obstructions et chicanes des amis et partisans de Clodius et après bien des péripéties<sup>12</sup>, les comices centuriates reconnaissent, au début du mois d'août 57, avec l'appui du sénat, la légitimité du rappel de Cicéron en déclarant que les actes relatifs à son exil étaient nuls.

De retour à Rome en septembre, fort de ses nouveaux soutiens politiques, Cicéron, qui veut être réintégré dans sa *ciuitas*, ses droits personnels et patrimoniaux, s'engage dans un véritable combat juridique en discutant la validité de la loi qui l'a banni. Cette controverse n'est donc pas seulement théorique puisqu'elle emporte des effets dont Cicéron demande réparation<sup>13</sup>. Parmi les nombreux arguments avancés, Cicéron soutient notamment qu'il ne s'agirait justement pas d'une loi, mais d'un privilège. Cette idée fut soulevée par certains de ses partisans, au cours de l'année 58, à l'appui de diverses tentatives pour provoquer son rappel, dont il est tenu régulièrement informé. Ainsi, dès le mois de mai, le tribun Ninnius Quadratus tenta, en vain, d'introduire au Sénat une motion demandant le rappel de l'exilé sur le fondement que la seconde loi de Clodius, puisqu'elle ne concernait qu'une seule personne, ne pouvait être considérée comme une « loi » mais plutôt comme un *privilegium*, et devait, de ce fait, être frappée de nullité<sup>14</sup>. Le mois suivant, le même Quadratus présenta aux comices tributes, qui avaient voté la loi, une nouvelle demande tendant à l'annuler, qui se solda là encore par un échec<sup>15</sup>.

Grâce à l'art oratoire dans lequel il excelle, Cicéron conteste vigoureusement la qualification de loi à la mesure qu'il l'a frappé. La loi doit présenter un indispensable degré de généralité, or Clodius a eu recours à une loi *ad hominem*. Aussi, aux

10. Sur l'élaboration et les clauses de cette loi, v. P. Moreau, « La *lex clodia* sur le bannissement de Cicéron », *Athenaeum* 1987, vol. 75, fasc. III-IV, p. 465-492.

11. Sur l'itinéraire de Cicéron à compter de son départ de Rome et sur son voyage vers l'exil, outre la correspondance du principal intéressé (notamment « Lettres à Atticus », *Correspondance*, texte établi et traduit par L.-A. Constans, Les Belles Lettres, 1963, t. II, III, 3-7, p. 28-33; III, 8, p. 36-38), v. P. Grimal, *Études de chronologie cicéronienne*, Les Belles Lettres, 1967, p. 70-92.

12. P. Grimal, *Cicéron*, Fayard, 1986, p. 202-206.

13. Sa maison du Palatin fut vidée de tout ce qu'elle contenait, ses villas furent pillées et la plupart de ses biens dispersés. Il se verra toutefois attribuer d'importants dommages et intérêts. V. *ibid.*, p. 211-213.

14. V. Cicéron, « Lettres à Atticus », *op. cit.*, III, 15, 5, p. 57.

15. P. Grimal, *Cicéron*, *op. cit.*, p. 202.

yeux du juriste, une loi faite pour un individu apparaît comme une dérogation à la loi, ce qui le conduit à dénoncer « le caractère d'exception de la loi<sup>16</sup> » qui l'a visé. À l'appui de sa démonstration, Cicéron ne manque pas, d'une part, d'invoquer la vieille prohibition formulée par les « lois sacrées » et la loi des XII Tables qui interdisent « de légiférer contre un homme en particulier [car] c'est ce qu'on appelle un "privilège" »<sup>17</sup>. Quelques années plus tard, il consacra une nouvelle fois cette interdiction générale dans la constitution qu'il établira dans son *Traité des lois*, en rappelant « que l'on ne porte pas de lois de caractère personnel<sup>18</sup> ». D'autre part, Cicéron fait état des arguments de certains de ses proches dont L. Aurelius Cotta, pour qui, puisqu'il n'existait « aucun écrit légal<sup>19</sup> », la loi de Clodius était nulle et non avenue.

Pourtant, au cours de son histoire, le peuple romain s'est toujours reconnu la faculté de dispenser quiconque des lois ou de prendre des mesures en faveur de particuliers, sans que personne ne conteste la validité de ces actes<sup>20</sup>. De même, avant l'affaire Cicéron, des dispositions frappant d'exil un individu avaient déjà été prises. Il existe donc bien des lois concernant les particuliers et la *lex de exilio Ciceronis* s'apparentait sûrement à celles-ci. D'ailleurs, elle ne faisait qu'appliquer à Cicéron la sanction qui avait été prévue par la *lex de capite civis Romani*. Mais le vote par les comices de ces lois qui condamnaient à l'exil devait nécessairement être précédé de la tenue d'un procès régulier et d'une sentence prononcée par un magistrat<sup>21</sup>. Or, en l'espèce, aucune procédure n'avait été engagée contre Cicéron avant son départ de Rome et cet « oubli » de Clodius ne manque pas d'être exploité avec insistance par celui-là pour assimiler la mauvaise loi à un véritable « privilège »<sup>22</sup>.

Au fond, la question sous-jacente à cette affaire est de savoir ce que l'on entend exactement par *lex* et *privilegium* au I<sup>er</sup> siècle avant notre ère, car c'est cette absence de définition claire et précise qui permet à Cicéron de résister à la *lex de exilio* en usant sans modération de l'art de la rhétorique. Ce flou sera d'ailleurs encore souligné deux siècles plus tard, vers 150, par le grammairien Aulu-Gelle qui indique que

16. Cicéron, « Lettres à Atticus », *op. cit.*, III, 15, 5, p. 57. Il s'agit de la traduction, dans le texte latin, du terme « *privilegio* ». V. également Cicéron, *Sur sa maison*, in *Discours*, texte établi et traduit par P. Wuilleurmier, Les Belles Lettres, 1952, t. XIII, X, 26, p. 105 : « Toute loi exceptionnelle déplaît à Clodius; mais quoi? La loi que tu dis avoir portée à mon sujet [...] n'était-elle pas une loi exceptionnelle? »; XXII, 57-58, p. 122-123.

17. *Ibid.*, XVII, 43, p. 115.

18. Cicéron, *Traité des lois*, texte établi et traduit par G. de Plinval, Les Belles Lettres, 1968, III, 4, 11, p. 86. V. également *ibid.*, III, 19, 44 : « La Loi des XII Tables [...] supprime les lois de caractère privé (*privilegia*) [et] ne veut pas qu'on mette en cause la vie d'un citoyen, si ce n'est devant le très grand "Comice". [...] Nos ancêtres [...] n'ont pas voulu que l'on portât des lois contre des hommes privés : car c'est exactement cela, un "privilège", et que peut-il y avoir de plus contraire au droit, quand l'essence de la loi, c'est qu'elle soit "ce qui est décidé et ordonné pour tous" ? »

19. Cicéron, *Sur sa maison*, *op. cit.*, XXVI, 68, p. 128.

20. H. Legras, « Le *privilegium* en droit public à la fin de la République romaine », *RHD* 1908, p. 585, p. 587-593.

21. Sur le rôle légal des comices dans la procédure criminelle, v. *ibid.*, p. 597-601.

22. Cicéron, *Sur sa maison*, *op. cit.*, X, 26, p. 106; XVII, 45, p. 115-116; XVIII, 47, p. 116-117; v. H. Legras, « Le *privilegium* en droit public... », *op. cit.*, p. 606-609.

les termes de loi, privilège, *rogatio* et plébiscite étaient employés de manière indifférente à l'époque de Cicéron<sup>23</sup>.

En définitive, est un privilège pour Cicéron toute loi prononçant une condamnation contre un citoyen non jugé auparavant par un magistrat. Sa démarche en faveur de l'interdiction générale des privilèges traduit une volonté assurée de définir la *lex* comme une règle impartiale, certaine et surtout générale, mais elle reflète aussi l'importance qu'il attache, au même titre que tous les Romains, à la personne du citoyen et au respect de ses droits<sup>24</sup>.

À côté de l'indispensable degré de généralité de la loi, celle-ci doit en outre émaner de l'autorité normalement qualifiée pour l'édicter, sous peine de nourrir, là encore, la contestation des juristes.

## B. LE CARACTÈRE NÉCESSAIREMENT COMPÉTENT DE L'AUTORITÉ NORMATIVE

Cette condition prend un écho tout particulier à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIV<sup>e</sup>, période durant laquelle le pouvoir normatif du pape est brutalement confronté à la renaissance de la puissance souveraine et législative du roi de France façonnée par les légistes qui le conseillent.

Depuis les thèses universalistes issues de la grande réforme de l'Église, dite « réforme grégorienne » par référence au pape Grégoire VII (1073-1085), la papauté romaine affirme disposer d'une autorité supérieure à celles des princes séculiers, tant dans le domaine spirituel que temporel. Au nom de la supériorité du pouvoir spirituel, elle s'estime ainsi légitime à s'ingérer dans les affaires intérieures des États, « à juger du bon ou mauvais gouvernement, à décider en conséquence de la déposition éventuelle des princes et de rendre aux sujets leur liberté<sup>25</sup> ». Cette prétention à la domination universelle fait une première victime en la personne de l'empereur germanique. Affaibli par un long conflit de près de deux siècles, l'Empire finit par capituler devant les thèses pontificales à la suite de la mort de Frédéric II au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle.

Lors de la lutte opposant Frédéric II au pape Innocent IV, saint Louis avait ouvertement résisté aux prétentions pontificales, rejeté toute ingérence de l'Église dans le gouvernement du royaume et s'était même opposé à la déposition de l'empereur — car seul Dieu lui-même était en mesure de le juger —, bien qu'il cherchât dans le même temps à affirmer son indépendance politique face aux revendications

23. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, texte établi et traduit par R. Marache, Les Belles Lettres, 1978, t. II, X, 20, p. 176-177.

24. M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Les Belles Lettres, 1984, p. 64. Sur la conception cicéronienne de la garantie judiciaire du citoyen comme mécanisme d'équilibre des pouvoirs politiques, v. le précieux travail de M. Bassano, *Res publica libera : Cicéron et le mirage de la liberté*, mémoire de DEA, Histoire du droit, Paris 2, 2003.

25. J.-M. Carbasse, G. Leyte, *L'État royal, XI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle. Une anthologie*, PUF, 2004, p. 41.

de l'Empire<sup>26</sup>. Pour autant, il n'existait pas de conflit ouvert entre les deux puissances. Toutefois, après la victoire de l'Église sur l'Empire et dans la logique de ce processus d'affirmation de la *plenitudo potestatis* de la papauté, la France, qui est devenue de fait le plus puissant royaume de la chrétienté, apparaît comme le nouvel adversaire à abattre, pour que le pape puisse se proclamer pleinement chef suprême de l'Occident.

Les relations entre la France et le Saint-Siège deviennent tumultueuses à compter du règne de Philippe IV le Bel (1285-1314). Parallèlement à la montée en puissance de l'État monarchique, grandit en France un esprit de résistance face aux continuelles tentatives d'immixtion pontificales dans les affaires internes du royaume. Entouré de ses légistes, le jeune roi entend affirmer avec netteté, comme son grand-père saint Louis l'avait fait vis-à-vis de l'empereur, son indépendance en revendiquant l'autonomie de son pouvoir de décision et en défendant plus particulièrement le principe de la subordination du clergé de France à son autorité temporelle. Et ce sont les injonctions théocratiques de Boniface VIII, formulées à travers des bulles pontificales, qui ont servi de détonateur.

Un premier conflit intervient en 1296<sup>27</sup>. Le roi Philippe le Bel lève des subsides sur le clergé sans l'autorisation du Saint-Siège. En réponse, le pape fulmine la bulle *Clericis laicos* dans laquelle il fait défense aux clercs de payer et au roi de percevoir des taxes non autorisées par l'Église. À la suite de représailles du roi, le pape Boniface VIII transige. En 1300, le conflit reprend. L'évêque de Pamiers, légat du pape, est inculpé de lèse-majesté et est traduit devant une assemblée par le roi. L'année suivante, dans la bulle *Ausculta fili*, Boniface VIII réagit en réaffirmant la supériorité du pouvoir spirituel et cite le roi à comparaître devant un concile d'évêques. La riposte du roi et de ses conseillers prend la forme de la publication d'une version tronquée du texte de la bulle et d'une forte mobilisation de l'opinion en faveur du principe de l'indépendance politique du Capétien<sup>28</sup>. Le pape réplique par la fameuse bulle *Unam Sanctam* en novembre 1302 qui développe, une fois de plus, les thèses pontificales. La lutte dégénère alors dans la violence et prend brutalement fin à la suite de l'expédition organisée en 1303 par le légiste Guillaume de Nogaret, expédition qualifiée d'attentat d'Anagni, qui sera suivie quelques semaines plus tard de la mort du pape<sup>29</sup>.

26. Sur la formulation de la suprématie temporelle du roi et de l'adage *Rex imperator*, v. M. Boulet-Sautel, « Jean de Blanot et la conception du pouvoir royal au temps de Louis IX », *Septième centenaire de la mort de saint Louis*, Actes des colloques de Royaumont et de Paris (21-27 mai 1970), Les Belles Lettres, 1976, p. 57-68; R. Feenstra, « Jean de Blanot et la formule "Rex Franciae in regno suo princeps est" », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. II, Sirey, 1965, p. 885-895.

27. Pour les différentes étapes du conflit, v. J. Favier, *Philippe le Bel*, Fayard, 1998, p. 273-288.

28. Sur la signification politique de la convocation des ordres du royaume par Philippe le Bel, v. C. Decoster, « La convocation à l'assemblée de 1302 : un instrument juridique au service de la propagande royale », *Parlements, États et Représentation* 2002, vol. 22, p. 17-36.

29. V., J. Coste, « Les deux missions de Guillaume de Nogaret en 1303 », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, t. 105, 1993, n° 1, p. 299-326.

Ce conflit donne lieu à une véritable bataille doctrinale entre les théologiens du pape et les légistes du roi, au nom de conceptions antagonistes de l'ordre juridique. Ceux-ci se lancent dans la rédaction de nombreux et parfois excessifs libelles pour contester les « lois » du pape et ses prétentions hégémoniques<sup>30</sup>. D'ailleurs, le pape lui-même ne s'y trompe pas : si le roi de France prend naturellement la tête de cette résistance, il désigne lui-même ses vrais adversaires en citant explicitement les légistes royaux, ces juristes qui enseignent ou s'adonnent à l'étude des « lois » (*leges-legista*), c'est-à-dire du droit romain<sup>31</sup>.

Depuis sa résurgence dans le dernier tiers du XI<sup>e</sup> siècle, le droit romain est « perçu comme un nouvel instrument au service de l'ordre et de la paix<sup>32</sup> ». Ce renouveau du droit romain permet de consacrer la place des juristes dans la société médiévale en leur réservant un rôle incontournable dans le développement de la souveraineté du prince et contribue à imposer, par la même occasion, l'image du prince législateur<sup>33</sup>. Aussi, pour défendre le « bon droit » du roi Philippe le Bel, fleurit une littérature régaliste, matinée d'aristotélisme, qui s'appuie essentiellement sur ce droit romain, même si des arguments d'autonomie tirés des Évangiles sont également avancés pour conforter l'idée que le roi tient son royaume directement de Dieu et non de l'Église<sup>34</sup>. Les compilations de Justinien recèlent en effet une quantité non négligeable d'arguments de diverses sortes susceptibles d'être opposés au pape.

Aux yeux des légistes, comme ce fut jadis le cas pour les jurisconsultes romains, « le droit est un art dont la justice est la fin. La science du juriste réside dans l'interprétation de la norme. Cela implique qu'à leurs yeux, la règle juridique, quelle qu'en soit la nature, n'est jamais assortie d'une autorité définitive, car justement le droit est un art. La loi elle-même est toujours susceptible d'interprétation afin qu'elle n'aboutisse à rien qui soit injuste<sup>35</sup>. » Il revient donc aux *doctores legum*, dans leur fonction de conseillers du roi, d'apprécier le caractère juste ou non d'une décision de l'autorité pontificale. Or, au-delà des problèmes d'immunité fiscale ou judiciaire qui sont sous-jacents au conflit<sup>36</sup>, la résistance des légistes repose avant tout sur le fait que les actes législatifs pontificaux enfleurent le pouvoir souverain du roi

30. G. de Thieulloy, *Le pape et le roi. Agnani*, Gallimard, 2010, p. 154-161.

31. Parmi ces légistes qui ont joué un rôle déterminant dans la lutte contre le pape, se trouvent notamment Pierre Flote, Pierre de Belleperche, Guillaume de Plaisians ou encore Guillaume de Nogaret; v. J. Favier, « Les légistes et le gouvernement de Philippe le Bel », *Journal des savants* 1969, n° 2, p. 92-108; F. J. Pegues, *The lawyers of the last Capetians*, Princeton, Princeton University Press, 1962.

32. J. Krynen, « Droit romain et État monarchique. À propos du cas français », in J. Blanchard (dir.), *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Picard, 1995, p. 16.

33. J. Krynen, « L'encombrante figure du légiste », *Le Débat* 1993, n° 74, p. 45-53.

34. J. Krynen, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, 1993, p. 105-106.

35. J. Krynen, « Droit romain et État monarchique... », *op. cit.*, p. 21.

36. Pour les questions fiscales, v. C. Decoster, « La fiscalisation des aides féodales sous le règne de Philippe IV le Bel : une stratégie au service de la souveraineté royale », in P. Contamine, J. Kerhervé et A. Rigaudière (dir.), *Monnaie, fiscalité et finances au temps de Philippe le Bel*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2007, not. p. 184-190.



et apparaissent comme incompatibles avec la définition d'un prince soucieux d'être désormais perçu comme maître de toute normativité sur son territoire. Partant, puisqu'il est « prince en son royaume », le roi est la seule autorité détentrice du pouvoir de promulguer une « loi » ; tout acte normatif qui émanerait d'une autre autorité temporelle doit être considéré comme nul. Voici ce qu'on peut lire dans l'œuvre anonyme intitulée *Disputatio inter clericum et militem*, probablement écrite à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle par un légiste : « Il n'y a aucun doute que le juste et l'injuste, quand on juge des choses temporelles, sont jugés selon les lois humaines, qui sanctionnent de telles choses, et selon lesquelles et sous lesquelles vivent tous les sujets. [...] Il est donc manifeste que celui qui doit juger selon ces lois et connaître du juste et de l'injuste, c'est celui qui crée les lois, et les interprète, les expose, les protège, les fait, les aggrave et les adoucit<sup>37</sup>. » Aussi, en remettant totalement en question la hiérarchie des normes existante qui soumettait les lois du prince aux lois de l'Église, les légistes érigent avec vigueur la loi du roi de France en norme supérieure fondamentale. L'autorité temporelle du monarque lui permet désormais de veiller lui-même à l'application des lois canoniques sur les territoires qui lui sont soumis.

Au final, cette résistance envers Boniface VIII a fait réaliser aux juristes la nécessité de définir dans toute leur étendue les pouvoirs de leur roi. Surtout, les défenseurs de Philippe le Bel ont mis en mouvement une véritable réflexion politique qui aura pour souci constant, jusqu'à la fin du Moyen Âge, de mettre en avant la supériorité du roi de France, contribuant grandement, de la sorte, à accélérer le processus de reconstruction de l'État<sup>38</sup>.

Une loi est ainsi considérée comme contraire au « bon droit » si elle ne respecte pas les conditions essentielles qui président à sa formation, comme le montrent les combats de l'avocat Cicéron et de ces spécialistes des « lois » que sont les légistes de Philippe le Bel. Mais les juristes disposent encore d'un autre moyen pour s'assurer de la validité d'une disposition législative : la confronter à des règles juridiques définies comme supérieures.

## II. LA NÉCESSAIRE CONFORMITÉ DE LA LOI À DES PRINCIPES JURIDIQUES SUPÉRIEURS

Ces normes supérieures sont de différentes natures et recouvrent plusieurs formes. Cependant, l'histoire nous montre que les juristes n'ont pas hésité à faire face à des

37. *Disputatio super potestate praelatis ecclesiae atque Principibus terrarum commissa, temporibus Bonifacii VIII. Pontificis Romani scripta, sub forma dialogi inter clericum et militem*, édition Melchior Goldast (avec une attribution à Guillaume d'Ockham), *Monarchia S. Imperii*, t. I, Hanovre, 1611 (réimpression anastatique : Graz, 1960), p. 13-18.

38. J. Krynen, *L'empire du roi...*, *op. cit.*, p. 107.

lois qui portaient atteinte à des principes ayant une valeur constitutionnelle (A) ou qui enfreignaient les préceptes du droit naturel (B).

#### A. LA NÉCESSAIRE CONFORMITÉ AUX RÈGLES À VALEUR CONSTITUTIONNELLE

S'il y a une résistance qui caractérise l'Ancien Régime et plus particulièrement l'époque moderne, c'est bien celle des cours souveraines et notamment des parlements. Dans le cadre de la procédure de vérification préalable à l'enregistrement des lois, les magistrats ont en effet manifesté à maintes reprises la prétention d'examiner la conformité des actes normatifs du roi à la « constitution » du royaume, laquelle est considérée comme inviolable et conçue comme un ordre juridique supérieur limitatif des prérogatives du prince souverain<sup>39</sup>. Comme l'indique le physiocrate et parlementaire Le Mercier de La Rivière à la fin des années 1760, « une loi positive ne peut jamais être indifférente au point de n'être ni *bonne* ni *mauvaise* ; car elle est nécessairement l'un ou l'autre, selon qu'elle est ou conforme ou contraire à cet ordre essentiel<sup>40</sup> ».

Si, dès le début du xiv<sup>e</sup> siècle, le roi reconnaît au parlement de Paris le droit de ne pas enregistrer les lettres patentes qui lui paraîtraient déraisonnables, la première évocation d'un contrôle de constitutionnalité peut être recherchée au début du xvi<sup>e</sup> siècle<sup>41</sup>. Mais c'est surtout au cours du dernier siècle de l'Ancien Régime que les modalités de ce contrôle gagnent en précision, grâce au mouvement des idées qui ne manque pas d'influencer aussi bien les magistrats, qui accréditent eux-mêmes la thèse qu'il leur appartient de vérifier la conformité des lois royales à la constitution de la monarchie, que la littérature juridique et politique, qui conforte et nourrit leurs ambitions<sup>42</sup>. Avec la fin du long règne absolutiste de Louis XIV et le début de la Régence en 1715, les parlements, qui étaient réduits au silence depuis les années 1667-1673, retrouvent de la voix. Ce renouveau se manifeste de façon éloquente en 1718 lorsque le parlement de Paris indique au roi qu'il n'enregistrera que les « édits et autres lois » n'ayant « rien de contraire aux intérêts de Votre Majesté et de l'État et aux lois fondamentales du royaume »<sup>43</sup>. En d'autres termes, toute loi

39. Dans son sens traditionnel, la notion de constitution désigne l'ordre politique et social coutumier, ancien et spécifique du royaume. À compter de 1750, ce terme définit de plus en plus l'ensemble des procédures et des principes juridiques établi par des lois bien particulières que l'on qualifie de fondamentales et qui apparaissent comme « constitutives » de la monarchie. Sur le terme « constitution », v. en dernier lieu, A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, De Boccard, 2006.

40. P.-P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques (1767)*, Fayard, 2001, II, 15, p. 115.

41. M.-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, 2003, p. 234-243 ; F. Saint-Bonnet, « Le Parlement, juge constitutionnel (xvi<sup>e</sup>-xviii<sup>e</sup> siècle) », *Droits* 2001, n° 34, p. 177-197.

42. E. Gojoso, « Le rapport entre la loi et la constitution dans la pensée des Lumières », *Dix-huitième siècle* 2005, n° 37, p. 152-153.

43. Itératives remontrances du 26 juill. 1718, in J. Flammermont, *Remontrances du parlement de Paris au xviii<sup>e</sup> siècle*, Imprimerie nationale, 1888, t. 1, p. 88.

qui violerait ces derniers, et que le roi serait tenté malgré tout d'imposer en recourant à un enregistrement forcé, justifierait une résistance active de la part des magistrats.

En réalité, il faudra attendre les années 1750 pour que la haute magistrature s'accapare le pouvoir de juger la loi<sup>44</sup>. Les parlements s'affirment de plus en plus comme l'incarnation d'un pouvoir judiciaire indépendant et s'attachent à construire un véritable droit constitutionnel jurisprudentiel destiné à tempérer l'absolutisme royal. À cet effet, profitant de l'absence de réunion des états généraux depuis 1614, ils soutiennent qu'étant supérieurs à toute autre cour souveraine, ils sont les uniques et essentiels gardiens des lois et de la constitution de la monarchie. Sous l'influence de la doctrine développée par les avocats jansénistes du parlement de Paris, en particulier Le Paige<sup>45</sup>, et dans la lignée des propos tenus par Montesquieu dans *L'esprit des lois*<sup>46</sup>, les rois font valoir qu'ils sont les « dépositaires des lois » et qu'à ce titre ils disposent de la faculté de s'opposer à un acte législatif qui leur paraîtrait susceptible de porter atteinte au « dépôt des lois »<sup>47</sup>. Celui-ci étant sacré et inviolable parce qu'il conserve la tradition constitutionnelle, sa garde impose en conséquence la vigilance des magistrats sur les lois nouvelles. Particulièrement conscient de la mission qui lui incombe, le parlement de Rouen invoque ainsi « la nécessité de conserver sans altération le dépôt de ces lois antiques et révérees qui servent de base à la constitution de la monarchie<sup>48</sup> ».

Dès lors, l'exercice du contrôle de constitutionnalité doit être en tout état de cause préalable et systématique. Dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi, les magistrats revendiquent une vérification libre des actes royaux avant enregistrement pour veiller à leur conformité, autant sur la forme que sur le fond, aux normes de référence, afin de bénéficier, le cas échéant, d'une sorte de droit de veto à l'encontre de la législation royale. Cela signifie que cette vérification doit porter sur tous les actes du roi et pas seulement sur les lettres patentes, les magistrats sollicitant l'extension des principes de libre vérification et d'enregistrement aux arrêts du Conseil ainsi qu'aux ordonnances sans adresse ni sceau<sup>49</sup>.

Les parlements entendent inscrire ce droit de vérifier la conformité des lois à la constitution dans le cadre traditionnel du conseil dû au roi. L'objectif est d'avertir le roi, avant promulgation de ses actes, de leurs éventuelles incompatibilités. En 1775, le parlement de Paris affirme que les magistrats regardent comme « le plus important et le plus obligatoire de leurs devoirs d'éclairer [Sa] Majesté sur tout ce

44. E. Gojosso, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la France d'Ancien Régime. Bilan historiographique », *Rechtsgeschichtliche Vorträge/Lectures sur l'Histoire juridique*, 2010, n° 61, p. 7.

45. C. Maire, « L'Église et la nation : du dépôt de la vérité au dépôt des lois, la trajectoire janséniste au XVIII<sup>e</sup> siècle », *AESC* 1991, n° 5, p. 1177-1205 ; C. Maire, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation. Le jansénisme au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, 1998, p. 369-420.

46. E. Gojosso, « L'encadrement juridique du pouvoir selon Montesquieu. Contribution à l'étude des origines du contrôle de constitutionnalité », *RFDC* 2007. 499-512.

47. A. Vergne, *La notion de constitution...*, *op. cit.*, p. 389-397.

48. Remontrances du parlement de Rouen du 6 août 1778, citées par *ibid.*, p. 392.

49. A. Vergne, *La notion de constitution...*, *op. cit.*, p. 438-453.

qui, dans de nouvelles lois, par[âit] blesser plus ou moins directement la constitution de l'État, les lois anciennes, les maximes et les principes de la monarchie<sup>50</sup> ». Cette posture sera adoptée par tous les parlements de France qui ne manqueront pas de résister à tel texte législatif en refusant de l'enregistrer sous prétexte qu'il constitue une « contravention » ou encore une « infraction » à la constitution de l'État<sup>51</sup>.

Au fond, est avancée l'idée que le roi peut être victime de « surprises » et que son action doit être encadrée. L'ignorance, et à un degré moindre la mauvaise volonté du souverain, apparaissent comme les deux seules causes susceptibles d'expliquer l'édiction d'une loi contraire aux normes fondamentales. Conformément à une tradition en vigueur depuis le xiv<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>, le monarque bénéficie toujours d'une « présomption d'innocence » et apparaît avant tout comme la victime, les vrais responsables étant à désigner parmi certains de ses — mauvais — conseillers qui l'ont trompé pour servir leurs intérêts propres au détriment de l'intérêt commun<sup>53</sup>. Le parlement de Rouen déclare ainsi en 1753 que les rois « exposés à la surprise » se sont d'eux-mêmes soumis à « l'inspection de magistrats éclairés et fidèles » et les ont « astreints à résister au souverain lui-même si, par surprise, il abusait de son autorité »<sup>54</sup>.

Dans la grande majorité des cas, les parlements se contentent d'informer le monarque des risques encourus par de « très humbles et très respectueuses remontrances », celui-ci procédant alors aux modifications nécessaires pour rendre son acte législatif conforme aux lois de l'État. Mais que faire si, malgré les remontrances, le roi persévère dans sa volonté de faire enregistrer la mauvaise loi ? Dans ce cas, parce qu'ils sont les conservateurs de la Loi suprême, les magistrats doivent résister au texte au nom de cette dernière comme le rapporte une lettre du parlement de Rouen adressée au roi en 1771 : « Ce ne sont pas, Sire, les magistrats qui vous résistent en ces cas particuliers [...]. C'est la loi [...] qui [...] commande la résistance<sup>55</sup>. » Malgré tout, disposant de l'arme ultime du lit de justice, le roi souverain a toujours le dernier mot et réaffirme à chaque fois sa prééminence et la subordination des parlements, comme lors de la célèbre séance de la Flagellation.

50. Représentations du parlement de Paris du 8 janv. 1775, citées par *ibid.*, p. 416.

51. J. Krynen, *L'État de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle. I – L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 264.

52. F. Saint-Bonnet, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits* 2000, n° 32, p. 16.

53. F. Olivier-Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 1997, p. 429-431 ; A. Slimani, *La modernité du concept de nation au XVIII<sup>e</sup> siècle (1715-1789) : apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 265-266.

54. Remontrances du parlement de Rouen du 6 nov. 1753, citées par J. Krynen, in *L'État de justice...*, *op. cit.*, p. 252.

55. Lettre au roi du parlement de Rouen du 8 févr. 1771, citée par J. Krynen, in *L'État de justice...*, *op. cit.*, p. 254.

Cependant, lors des crises graves entre le roi et les parlements, ceux-ci auront parfois tendance à s'ériger en véritables contre-pouvoirs face au prince souverain en usant et abusant de leur droit de remontrances, manifestant de la sorte une résistance plus audacieuse<sup>56</sup>. Dans certains cas, demeurés exceptionnels, certaines cours de justice iront même jusqu'à sanctionner et annuler des lois ayant fait l'objet d'un enregistrement forcé en raison de leur incompatibilité avec la constitution<sup>57</sup>. Et dans les dernières années de l'Ancien Régime, une étape supplémentaire sera franchie dans l'expression juridique de l'idée de conformité puisque certains parlements poseront que des lois royales peuvent être « inconstitutionnelles » ou « anti-constitutionnelles »<sup>58</sup>.

Parce qu'ils se considèrent comme investis du dépôt des lois constitutionnelles, les hauts magistrats n'ont pas hésité à se regarder comme chargés d'en assurer la protection et la conservation. Mais cette opposition des parlements, toujours prompts à dénoncer l'injustice de la loi, s'est aussi souvent fondée sur des éléments contestables et s'est manifestée par des revendications et des prétentions non moins discutables. Autant d'actes de résistance qui entraîneront leur disparition à la suite de la Révolution française.

À côté de la « constitution », la loi naturelle, qui est « écrite dans le cœur de l'homme » selon les termes de Cicéron, est également une norme supérieure à laquelle, aux yeux des juristes, la loi des hommes doit se conformer.

## B. LA NÉCESSAIRE CONFORMITÉ AU DROIT NATUREL

Quelle position adopter, sans pour autant se renier comme juriste, face à une législation moralement condamnable qui soulève d'évidents problèmes de conscience ? Un tel dilemme s'est présenté aux professeurs de droit confrontés aux lois adoptées par le régime de Vichy à compter de 1940.

En 1942, le doyen Mirkine-Guetzévitch, directeur de l'Institut de droit comparé de l'École libre des Hautes études, indique dans la préface de l'ouvrage de Paul Jacob traitant des lois de l'Occupation que « par un souci légitime de l'objectivité scientifique, l'auteur reconnaît la tâche rude de ceux qui préparent les lois à Vichy. Mais en tant que juriste et patriote, il les désapprouve<sup>59</sup>. » Le droit positif est ainsi mobilisé de manière offensive contre le régime de Pétain et ses lois, sous l'impulsion notamment de René Cassin. Dès l'automne 1940, il critique la « soi-disant constitution de Vichy » en dénonçant l'illégalité du nouveau régime et l'abandon des

56. P. Pichot-Bravard, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, LGDJ, Lextenso éditions, 2011, p. 275-279.

57. A. Vergne, *La notion de constitution...*, *op. cit.*, p. 421-427.

58. *Ibid.*, p. 427-434.

59. B. Mirkine-Guetzévitch, « Préface », in P. Jacob, *Les lois de l'Occupation en France*, New York, s. n., 1942, p. 3. Nous tenons à remercier Stéphane Pagès, qui prépare actuellement une thèse de doctorat en droit sur *La doctrine et le statut des juifs (1940-1944)* à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, pour avoir porté à notre connaissance l'ouvrage précité.

principes démocratiques, ce qui permet de justifier la non-reconnaissance de la légitimité de ce dernier<sup>60</sup>.

Toutefois la législation de Vichy a posé un problème moral aigu et la situation extrême qu'a créée ce régime a confirmé aussi que « la neutralité ne peut tenir lieu de position éthique<sup>61</sup> ». Pour résister aux lois du nouveau régime, certains professeurs de droit invoquent alors le droit naturel, qui bénéficiera d'ailleurs d'un net regain dans l'entre-deux-guerres<sup>62</sup>. Le droit naturel doit ici être compris au sens large, c'est-à-dire à la fois dans son acception « objectiviste » puisqu'il se conforme à des autorités objectives que sont Dieu et la nature, et dans son acception « subjectiviste » parce que les hommes se donnent eux-mêmes les normes par la raison, la priorité étant ainsi donnée aux droits individuels. Le droit naturel est donc un universel moral et rationnel qui se caractérise par des finalités intangibles et générales. Aussi, les règles de droit élaborées par le législateur doivent refléter certaines exigences morales et être appréciées d'après les commandements du droit naturel dans l'autorité qu'il a d'obliger en conscience. Il en résulte que des lois humaines qui sont en contradiction insoluble avec le droit naturel, qui est regardé comme un droit idéal, juste, sont marquées d'un vice originel que rien ne peut guérir<sup>63</sup>.

Ces professeurs qui invoquent ces valeurs supérieures pour résister aux lois iniques de Vichy, et sur lesquels s'appuiera notamment la France libre, demeurent des cas isolés. On peut citer notamment François de Menthon, Pierre-Henri Teitgen, Alfred et Paul Coste-Floret, René Courtin ou encore René Capitant. Ils ont tous pour point commun d'appartenir en octobre 1940 à des facultés de droit de la zone sud et surtout à des cercles démocrates chrétiens. Ces juristes apparaissent en effet soucieux d'opposer au régime de Pétain les valeurs du catholicisme libéral et social, qu'ils mettaient déjà en exergue avant guerre dans leur critique du fascisme et du national-socialisme.

Cette résistance recouvre plusieurs formes. Elle peut se manifester « par le refus d'obéir, l'invocation de sa conscience ou la référence au patriotisme<sup>64</sup> ». Ainsi, Pierre-Henri Teitgen, à qui incombe la tâche de professer un cours de droit constitutionnel à la faculté de droit de Montpellier à compter d'octobre 1940, choisit délibérément de s'évader du droit positif afin de passer sous silence l'examen des « actes » dits « constitutionnels » du maréchal Pétain, pour s'en tenir à un cours

60. M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens : entre ordre juridique et espace public. Contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse, science politique, Paris 2, 2000, p. 265-266. Sur la résistance d'autres professions juridiques, v. notamment L. Israël, « Résister par le droit ? Avocats et magistrats dans la résistance (1940-1944) », *L'année sociologique* 2009, n° 1, p. 149-175.

61. P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 250.

62. A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 168.

63. V., A. Sériaux, V° « Droit naturel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 507-511.

64. L. Israël et G. Mouralis, « Les magistrats, le droit positif et la morale. Usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridiques dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945 », in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez et L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit*, PUF, 2005, p. 70.

d'histoire du droit constitutionnel. Plus généralement, le recours à des conférences dites d'« histoire » apparaît à Teitgen comme le meilleur moyen d'en appeler à « l'esprit de résistance » et de s'assurer la présence d'étudiants qui « rêvaient d'un avenir qui ne serait pas de servitude sous l'autorité du troisième Reich »<sup>65</sup>.

De même, si certains professeurs refusent de commenter certaines lois adoptées par le régime, notamment les lois antisémites, d'autres universitaires n'hésitent pas au contraire à exprimer ouvertement leurs opinions dans leurs travaux. C'est le cas de Paul Coste-Floret qui émet un jugement très sévère sur l'œuvre juridique du nouveau pouvoir dans une chronique datant du début de l'année 1942. L'auteur y condamne la loi du 14 septembre 1941 qui permettait la légitimation des enfants adultérins, s'emportant contre « l'introduction dans notre droit d'une réforme qui donne à la polygamie [...] cette consécration légale jugée moralement impossible par l'unanimité de la doctrine [car] il est grave de dissocier par un acte souverain la loi positive et la morale sur des points où la loi positive et la morale coïncident »<sup>66</sup>.

Pareillement, Daniel Bastian exprime son dégoût à l'égard d'un jugement rendu par le tribunal commercial de Saint-Étienne en 1942, qui contribuait de la sorte à asseoir la légitimité de la législation antisémite. Commentant ce jugement qui spoliait un juif, il met en exergue « tout ce que cette décision a d'anti-juridique », « son caractère illégal » et précise qu'« il est inutile de relever combien la solution donnée est contraire à la plus élémentaire équité »<sup>67</sup>.

On peut encore évoquer l'attitude du professeur Jules Basdevant, proche de René Capitant, qui quitte ses fonctions de conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères en mai 1941, en indiquant notamment dans sa lettre de démission qu'il place « le respect du droit et le sentiment de l'honneur parmi les forces morales au secours desquelles la France ne devait pas renoncer »<sup>68</sup>.

Enfin, sur les ondes de la BBC, René Cassin, de son exil anglais, ne manque pas d'appeler à la « résistance universitaire »<sup>69</sup> et de fustiger les atteintes aux droits fondamentaux et à la dignité humaine. Opposant aux « symboles de purification » et aux « images de lumière » et de « verticalité » de la propagande pétainiste, « la France écartelée symbole de raison et de foi », il dénonce « des doctrines racistes que la France de 1789 et des droits de l'homme repousse avec horreur »<sup>70</sup>.

65. P.-H. Teitgen, « Faites entrer le témoin suivant ». 1940-1958 : de la Résistance à la V<sup>e</sup> République, Rennes, Ouest-France, 1988, p. 25-27.

66. Cité par D. Lochak, « Entre éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 625.

67. Cité par P. Fabre, *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 284.

68. M. Cointet, « Les juristes sous l'Occupation : la tentation du pétainisme et le choix de la résistance », in *Les facs sous Vichy. Étudiants, universitaires et universités de France pendant la Seconde Guerre mondiale*, textes rassemblés et présentés par A. Gueslin, Clermont-Ferrand, Institut d'études du Massif central, 1994, p. 61.

69. C. Singer, *Vichy, l'université et les juifs. Les silences et la mémoire*, Les Belles Lettres, 1992, p. 301.

70. Cité par M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens...*, op. cit., p. 288.

Pour autant, ces engagements fondés sur des principes supérieurs ne peuvent constituer pour le corps des juristes un véritable front doctrinal collectif. Il faudra attendre la libération du territoire pour que le discours des autorités des facultés de droit renoue officiellement avec la manifestation de principes immuables. En 1944, l'assesseur du doyen, René Morel, consacre le renouveau d'un droit naturel fondé sur la justice et la morale. « Le sentiment public, affirme-t-il, ne s'y trompe pas quand il exprime que la guerre actuelle est celle de la justice et du droit. Or la justice, le droit qui sont l'enjeu de ces combats gigantesques, ce sont les grands principes du droit naturel que l'Allemagne nazie n'a cessé de fouler aux pieds dans la paix et dans la guerre. Nous luttons pour assurer la fidélité à la parole donnée, le respect de la personne humaine; nous affirmons l'égalité des races, des États, des individus; nous réclamons le maintien au cours d'une guerre des règles essentielles de l'humanité et de la loyauté<sup>71</sup>. »

Il convient de préciser qu'il n'existe pas de relation unique entre positivisme juridique et collaboration, ni d'ailleurs entre jusnaturalisme et résistance dans le comportement des professeurs de droit. Des partisans du droit naturel affirmés, tels que Louis Le Fur et Félix Olivier-Martin, ont soutenu activement le pouvoir vichyste, approuvant par exemple le statut des juifs, alors que des positivistes notoires, tels que Jules Basdevant et Marcel Waline, ont au contraire choisi de le rejeter et d'entrer en résistance<sup>72</sup>. De même, l'existence d'un droit supérieur aux normes juridiques positives, qui reposerait en partie sur un droit naturel invariable, est mise en avant par certains professeurs, comme par exemple le doyen Roger Bonnard, pour justifier et légitimer le régime pétainiste<sup>73</sup>. L'optique jusnaturaliste peut en effet conduire à adhérer aux principes fondateurs du régime en place qui sont alors jugés consubstantiels à l'application de la loi. La nouvelle constitution élaborée sous la direction de Joseph Barthélémy n'est-elle pas placée sous les auspices de la prééminence de la « loi morale », bien que celle-ci ait vocation à s'exprimer dans les valeurs chrétiennes...

\* \*  
\*

---

71. Cité par *ibid.*, p. 289.

72. *Ibid.*, p. 245, p. 277. L'auteur relève aussi « certains revirements quant au choix théorique d'avant-guerre », citant à l'appui les propos ironiques de Marcel Waline : « Je n'aurai pas, écrit ce dernier, la cruauté de rechercher s'il s'est trouvé, parmi les juristes qui, avant la guerre, stigmatisaient le national-socialisme au nom du droit naturel, des conversions "sensationnelles" pendant l'Occupation » (*ibid.*, p. 277).

73. O. Camy, « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1997, n° 39, p. 12-16 notamment. L'auteur rappelle que Del Vecchio, qui était le principal représentant de la tradition jusnaturaliste en Italie, « avait cru reconnaître dans le droit fasciste [...] l'expression moderne du droit naturel » et que le juriste ne devait résister que « dans les cas extrêmes d'absolue injustice, c'est-à-dire de violation des lois divines » (*ibid.*, p. 24).



Pour conclure, citons une anecdote rapportée par Pierre-Henri Teitgen dans ses mémoires. Les faits remontent à octobre 1940 et se déroulent dans les locaux de la faculté de Montpellier. « Un matin, deux ou trois semaines après le début de mes cours, écrit-il, j'ai dû aller voir le doyen pour une question d'horaire. Or, voilà qu'en m'engageant dans l'escalier qui menait à son bureau je vis un groupe d'étudiants qui frappaient à bras raccourcis un collègue, en toge, tombé sur les marches. Indigné, je l'ai dégagé à coups de pieds et à coups de poings avec l'aide de mon frère François qui m'accompagnait. Il s'est relevé les larmes aux yeux, nous a remerciés et est parti sans rien ajouter. Dès mon entrée dans le bureau du doyen, je lui ai demandé ce que signifiait cette agression ; l'excellent homme s'est contenté de me répondre tristement : "Que voulez-vous, c'est malheureux mais il est juif". Alors, j'ai bien compris qu'il me faudrait dans cette Faculté toute résignée à la Révolution nationale et quelles qu'en soient les conséquences réagir ouvertement et violemment. Ce que j'ai fait<sup>74</sup>. »

Cette anecdote révèle l'existence d'une limite de taille à la résistance des juristes face à une loi mauvaise ou injuste : cette résistance ne peut pas aller au-delà du droit. Dès lors, si le droit n'est plus un instrument de changement entre les mains des juristes, que reste-t-il ? La solution consiste souvent — au nom du droit de résistance désormais et non plus de la résistance du droit — à délaissier ses habits de juriste pour revêtir ceux de citoyen et s'engager dans une autre forme de résistance appelée désobéissance civique. Pour reprendre les termes de Danièle Lochak, « l'éthique du savant » est alors délaissée au profit de ses « convictions de citoyen »<sup>75</sup>.

---

74. P.-H. Teitgen, « *Faites entrer le témoin suivant* »..., *op. cit.*, p. 26-27. Le professeur molesté est Lucien Guenoun.

75. D. Lochak, « Entre éthique du savant et les convictions du citoyen... », *op. cit.* V. également du même auteur, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2007, p. 31-40.