

LE CONTRÔLE PAR LA COUR DE CASSATION ET LE CONSEIL D'ÉTAT : PERSPECTIVES HISTORIQUES

Jean-Louis MESTRE¹

Ce contrôle a été opéré dès l'origine, ce qui justifie qu'il ait été qualifié par les deux responsables scientifiques du colloque de « contrôle traditionnel ». Dès le 1^{er} octobre 1791, le Tribunal de cassation a annulé deux décisions de justice qu'il a jugées contraires à des dispositions de « la loi constitutionnelle de l'État » que l'Assemblée Nationale Constituante venait d'adopter le 3 septembre et Louis XVI d'accepter le 14.

D'emblée, donc, le Tribunal de cassation, qui comprenait plusieurs anciens membres de cette Assemblée, a considéré que le contrôle du respect de la légalité par les juges, contrôle qui lui avait été dévolu par la loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790 et par les articles 19, 20 et 27 du chapitre de la Constitution consacré au pouvoir judiciaire – le cinquième du titre III – incluait le contrôle du respect des dispositions de la Constitution, à la « fidélité » desquels juges l'Assemblée avait remis le « dépôt » de son œuvre fondamentale et qui juraient précisément, lorsqu'ils entraient en fonction, de « maintenir de tout leur pouvoir la Constitution du Royaume »².

Les deux jugements du 1^{er} octobre 1791 ont été rendus dans des conditions différentes, qu'il convient de relever. Dans la première affaire, le Tribunal a été saisi par des justiciables mécontents d'un arrêt rendu par la cour des aides de Paris, juridiction traditionnellement compétente en matière de fiscalité indirecte. La cour des aides avait refusé de connaître d'un appel qu'ils avaient interjeté devant elle et ordonné que « les parties se retirent par-devant le roi pour leur être fait droit ». Le pourvoi fit valoir que la cour avait « ouvertement violé l'article 1^{er} du chapitre V (du titre III) de la loi constitutionnelle de l'État, qui porte que le pouvoir judiciaire ne pourra, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le roi ». Le moyen est admis par le Tribunal de cassation, qui annule « l'arrêt de la ci-devant cour des aides de Paris... et ensemble tout ce qui s'en est ensuivi »³.

¹ Professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille.

² J.-L. HALPÉRIN, « La Constitution de 1791 appliquée par les Tribunaux », *1791. La première Constitution française* (dir. J. BART, J.-J. CLÈRE, C. COURVOISIER, M. VERPEAUX), Paris, Economica, 1993, p. 369-381 ; J.-L. MESTRE, « À propos de l'application de la constitution de 1791 par le Tribunal de cassation », *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, Paris, Champion, 2003, p. 243-252. Le serment des juges était imposé par l'article 3 du titre VII de la loi des 16-24 août 1790.

³ Archives Nationales (A.N.), AD/V/4/8.

De la seconde affaire, le Tribunal de cassation a été saisi sur dénonciation du ministre de la Justice. En vertu de l'article 27 du chapitre de la Constitution consacré au pouvoir judiciaire, ce ministre pouvait demander au Tribunal de cassation, par l'intermédiaire du commissaire du roi près celui-ci, d'annuler « les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs ». En la circonstance, le tribunal du district de Semur-en-Auxois avait rendu un jugement ordonnant que le commissaire du roi près lui-même s'abstienne de paraître aux audiences pendant un mois et soit remplacé par un juge ! Au nom du ministre, ce jugement est dénoncé comme abusif et, sans précision, comme une « violation évidente de la loi ». Ce Tribunal de cassation l'annule « comme contraire à l'article 2 du chapitre V (du titre III) de la loi constitutionnelle de l'État, qui porte que la suspension ne pourra avoir lieu que pour une accusation admise »⁴.

L'application de cet article n'allait cependant pas de soi, car cette disposition ne mentionnait que les juges élus par le peuple. Or, les commissaires du roi étaient des agents du pouvoir exécutif, selon l'article 1 du titre VIII de la loi des 16-24 août 1790. Ils étaient nommés à vie par le roi, et non élus à temps par les citoyens actifs. C'est vraisemblablement ce problème qui a dû conduire à la réunion des deux sections du Tribunal en audience générale. L'interprétation extensive de la disposition constitutionnelle a été sans doute adoptée pour éviter que des juges ne puissent paralyser l'action du ministère public, alors que commençaient à fonctionner les nouvelles institutions judiciaires. Mais cela confirmait que l'interprétation de la Constitution pouvait poser un problème comme celle des lois, laquelle devait aboutir *in fine* à l'adoption d'un « décret déclaratoire » de la loi par le Corps législatif.

À partir du 24 novembre 1791, le Tribunal de cassation emploie l'expression « Acte constitutionnel » à la place de celle de « Loi constitutionnelle ». Peut-être parce que ses membres l'estimaient plus solennelle, plus valorisante.

Est-ce qu'on trouve à l'époque la formule « contrôle de constitutionnalité » ? Pas à ma connaissance. Mais l'adjectif « inconstitutionnel » et l'adverbe « inconstitutionnellement » existaient déjà⁵. Ils avaient même été souvent utilisés avant que les États Généraux ne s'érigent en Assemblée Nationale Constituante. On les rencontre dans des réquisitoires des commissaires du roi, réquisitoires reproduits dans les jugements du Tribunal de cassation. Le premier exemple date du 9 décembre 1791 : « Le ministre de la Justice a fait passer toutes les pièces au commissaire du roi, qui après un mûr examen, a trouvé que la conduite du tribunal de Bergerac était inconstitutionnelle, et que ses jugements et ses délibérations doivent être déférés au Tribunal de cassation »⁶.

Le plus développé de ces réquisitoires émane d'un futur ministre de la Justice, Abrial, dans une affaire jugée le 3 mai 1792, qui posait le problème du pouvoir des juges vis-à-vis d'actes administratifs attaqués pour violation de la Constitution : « Quand bien même l'arrêté de la municipalité de Ségur du 19 janvier 1792 et celui du 26 eussent été inconstitutionnels..., il suffisait qu'ils fussent

4 AN, AD/V/4/9.

5 A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les Cours et Assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, 2006, p. 12-13, 427-434.

6 A.N., AD/V/4/22.

émanés des officiers municipaux, comme municipaux, pour que la connaissance et la réformation n'en appartinsent qu'aux corps administratifs ». En l'espèce, le tribunal du district d'Uzerches avait « cassé comme inconstitutionnel » le premier de ces arrêtés. Le réquisitoire d'Abrial a été suivi par les deux sections réunies du Tribunal de cassation : il a annulé les décisions du tribunal d'Uzerches, comme contraires à l'article 3 du chapitre V du titre III de l'Acte constitutionnel, qui défendait aux tribunaux d'entreprendre sur les fonctions administratives. Le jugement du Tribunal de cassation va dans le sens de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987⁷. Il correspondait à la position de la Constituante, qui avait confié aux autorités administratives départementales, le 12 août 1790, le soin d'annuler les « actes inconstitutionnels » des corps municipaux. « Chef de l'administration générale du Royaume », Louis XVI a annulé, après délibération du Conseil d'État créé par la loi des 27 avril – 25 mai 1791 et composé des ministres, des actes d'administrations départementales contraires à la Constitution ainsi qu'à des lois⁸.

On voit bien que l'opération intellectuelle consistant à déterminer si une décision judiciaire ou administrative était ou non contraire à la Constitution apparaissait comme nécessaire au bon fonctionnement de l'État. Thouret, qui avait joué un rôle si important à la Constituante lorsqu'elle avait adopté la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, a même écrit, dans un rapport qu'il a rédigé au sein du Tribunal de cassation dont il était devenu membre, que c'était « pour veiller au maintien d'une des plus importantes parties de la Constitution » – « la distinction faite entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif » – « que la suprême révision de tous les actes des tribunaux » avait été déléguée à ce tribunal suprême⁹. Celui-ci s'estimait donc pleinement dans son rôle quand il examinait si les décisions de justice qui lui étaient soumises étaient ou non contraires à la Constitution, à « l'œuvre régénératrice » de la France, dont le succès apparaissait incertain dans des conditions socio-politiques très tendues.

Son examen des inconstitutionnalités contenues dans les jugements, le Tribunal de cassation a continué de l'exercer après l'abolition de la royauté et l'établissement de la République par la Convention. Ses membres, attachés à l'œuvre de la Constituante au sein de laquelle plusieurs, dont Thouret devenu son président, avaient siégé, devaient craindre les risques de l'abandon de dispositions qui leur paraissaient indispensables pour assurer la séparation du pouvoir judiciaire d'avec les pouvoirs législatif et exécutif, et pour maintenir des garanties procédurales en matière pénale. Simplement, après l'exécution de Louis XVI, l'expression « Acte constitutionnel » est presque toujours remplacée par celle de « loi du 14 septembre 1791 ». Le Tribunal de cassation présentait ainsi habilement les dispositions de « la ci-devant loi constitutionnelle » qu'il voulait sauver de la caducité, comme de simples dispositions législatives restées en vigueur.

7 J.-L. MESTRE, « Le Tribunal de cassation et l'inconstitutionnalité des actes administratifs », *RFDA* 2011, p.117-123 et 842.

8 S. SÉGALA, « Le Conseil d'État de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité », *RRJ*, 1993, p. 551-564 ; *L'activité des autorités administratives départementales des Bouches-du-Rhône de 1790 à 1792*, PUAM, 1997, p. 82-95 (pour des exemples d'annulations de délibérations municipales inconstitutionnelles par les autorités administratives départementales, p. 131, 161, 299).

9 Ce rapport est inséré dans un jugement du 22 mars 1792, qui casse un jugement du tribunal du district d'Hennebon comme contraire à l'article 18 du titre V de la loi des 16-24 août 1790 et à l'article 3 du chapitre V du titre III de l'acte constitutionnel, pour être intervenu sur des « objets d'administration » (A.N., AD/V/4/55).

La Constitution de l'an III (1795), celle du Directoire, a confié à nouveau au Tribunal de cassation la fonction d'annuler les jugements entachés d'une violation des formes procédurales, d'une contravention expresse à la loi ou d'un excès de pouvoir¹⁰.

Il a continué d'invalider les jugements violant la Constitution. Plus de 120 décisions de cassation sont reproduites au *Journal du Palais*. Ce chiffre très élevé s'explique par le grand nombre et la minutie des dispositions du titre VIII de cette nouvelle Constitution, consacré au Pouvoir judiciaire. Après la tragique période de la Terreur, les Thermidoriens avaient inséré dans le nouveau texte constitutionnel des dispositions très précises afin de protéger les personnes suspectées de crimes ou de délits. Le Tribunal de cassation veilla à leur respect, comme à celui des dispositions législatives subséquentes¹¹. Il a sanctionné aussi des jugements pour violation de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen qui précédait la Constitution elle-même¹².

La Constitution de l'an III a été vite remplacée par celle du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), celle du Consulat. Modifiée par des Sénatus-Consultes, elle devient celle de l'Empire. Le Tribunal de cassation profite des changements terminologiques : il est érigé en Cour de cassation en 1804. Celle-ci maintient la position adoptée en 1791 : elle applique les nouveaux textes constitutionnels, qui sont cependant beaucoup moins développés en matière judiciaire.

C'est à l'époque napoléonienne que sont réorganisées les juridictions civiles et pénales, qu'ont été créés le Conseil d'État (par la Constitution de l'an VIII) et les conseils de préfecture. C'est dans ce nouveau cadre institutionnel, qui va persister, qu'il convient d'analyser les modalités des contrôles de constitutionnalité des décisions de justice qu'ont opérés la Cour de cassation et le Conseil d'État.

La Cour de cassation est amenée à procéder à un tel contrôle à l'occasion d'affaires pénales ou civiles, lorsqu'elle connaît de certaines décisions des juges de paix, de certains jugements de tribunaux correctionnels, d'arrêts de Cours d'appel, de Cours criminelles spéciales, de Cours d'assises ou de jugements de Conseils de guerre. Elle peut-être conduite à procéder à un tel contrôle à l'égard de n'importe quelle décision à elle dénoncée par le ministère public dans l'intérêt de la loi, notamment comme entachée d'un excès de pouvoir. Le Conseil d'État, de son côté, peut annuler pour inconstitutionnalité des arrêtés contentieux d'un conseil de préfecture et des décisions rendues par des juridictions judiciaires en cas de conflit d'attribution, et ce, jusqu'aux deux créations successives du Tribunal des conflits¹³.

La diversité des affaires à l'occasion desquelles a été formulé le grief d'inconstitutionnalité, conduit à analyser plusieurs situations.

10 Articles 255, 262 et 263.

11 C. SAPHORE, « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de cassation (1791-1810) », *Politeia*, n° 5, 2004, p. 199-229.

12 J. FERRAND, « Aux confins du politique et du juridique... ou du bon usage des Déclarations de droits par les corps administratifs et judiciaires de la Révolution », www.cliothemis.com.

13 J.-L. M., « Les contrôles de constitutionnalité exercés par les juridictions françaises entre 1791 et 1914 », *Conférences « Vincent Wright »* (Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative), vol. 2, Paris, La Documentation française, 2015, p. 87-102.

I. La première est la plus nette : la Cour de cassation ou le Conseil d'État contrôle si la décision de justice contestée a violé directement une disposition de la Constitution en vigueur applicable en l'espèce. Cet examen conduit soit à valider la décision contestée, soit à l'annuler. Je ne retiens ici que cette seconde possibilité. L'annulation peut provenir de deux causes.

En premier lieu, l'auteur de la décision contestée a donné au litige une solution purement et simplement opposée à la disposition constitutionnelle applicable à la solution de l'espèce. Par exemple, en 1813, un conseil de préfecture ordonne la restitution à son ancienne propriétaire d'un bien qui avait été vendu, comme bien national, à un adjudicataire. La décision est annulée par le Conseil d'État parce que « les actes constitutionnels garantissent l'inviolabilité des adjudications (de biens nationaux) régulièrement consommées »¹⁴.

Dans d'autres cas, les plus nombreux, la décision est annulée parce qu'elle est considérée comme ayant mal appliqué la disposition constitutionnelle invoquée par l'une des parties ou par le ministère public. Je prends l'exemple de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui a établi la garantie des fonctionnaires, qu'on qualifiait alors de « garantie constitutionnelle » : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Certaines décisions sont cassées parce qu'elles ont fait bénéficier de cet article 75 des personnes auxquelles elles n'auraient pas dû reconnaître la qualité d'agent du gouvernement ou, à l'inverse, parce qu'elles n'ont pas fait profiter de cet article de véritables agents du gouvernement. Ou bien, parce qu'elles ont mal apprécié si les faits pour lesquels l'agent du gouvernement était mis en cause se rattachait ou non à l'exercice de ses fonctions. Dans tous ces cas, est sanctionnée la violation de l'article 75, que les juges ont mal appliqué. Ils en ont fait une « fausse application », mais cette expression est moins fréquente que le mot « violation »¹⁵.

On peut citer aussi, pour donner un autre exemple, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 18 janvier 1827. Cet arrêt a cassé, pour « violation » de l'article 64 de la « Charte constitutionnelle » de 1814, un arrêt de la Cour d'assises de la Seine-et-Oise qui avait ordonné le huis clos sans « déclarer que la publicité de ces débats serait dangereuse pour l'ordre et les mœurs »¹⁶.

II. La seconde situation n'a pas été aussi féconde en annulation que la première. C'est celle du contrôle ou de l'absence de contrôle, par le juge inférieur, de la constitutionnalité initiale d'un texte antérieur à la Constitution en vigueur.

14 18 janvier 1813, *Bruyninckx, Roche et Lebon*, VI, p. 403. Il s'agit des Constitutions l'an VIII (article 94) et de l'an III (article 374).

15 J.-L. M., « Les juridictions judiciaires françaises et la garantie des fonctionnaires », *RRJ*, 1990, p. 77-92 ; « La garanties des fonctionnaires », *Liberté, libéraux et Constitutions* (dir. J.-P. CLÉMENT, L. JAUME, M. VERPEAUX), Paris, Economica, et Aix, PUAM, 1997, p. 77-96. Sur la problématique de la violation de la Constitution : L. FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, 2014, p. 1617-1638.

16 D. 1827.1.374. L'article 64 disposait : « Les débats seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement ».

Le problème s'est d'abord posé à propos de décrets qu'avait pris Napoléon sans respecter la Constitution de l'an VIII, en empiétant sur le domaine du législateur, notamment en créant des infractions pénales. Deux cas se sont présentés.

Dans le premier cas, le décret impérial n'a pas été appliqué par les juges inférieurs, qui l'ont estimé entaché d'une inconstitutionnalité *ab initio*. Mais la Cour de cassation considère que si le décret a été appliqué dès son origine comme une loi, « sans opposition des pouvoirs qui avaient le droit de juger s'il renfermait une usurpation de l'autorité législative », c'est-à-dire sans annulation par le Sénat conservateur de la Constitution de l'an VIII, les juges ne doivent pas prendre en compte l'inconstitutionnalité initiale dudit décret¹⁷.

Dans le second cas, le décret impérial a été appliqué, les juges n'ayant pas retenu le grief d'inconstitutionnalité *ab initio*. Mais c'est alors cette application que dénonce le pourvoi en cassation. Le demandeur avance comme moyen la « violation de l'article 25 de la Constitution de l'an VIII », qui ne permettait de promulguer les lois nouvelles qu'après la communication du projet gouvernemental au Tribunat et son adoption par le Corps législatif. La Cour de cassation répond que le décret impérial contesté a été publié et exécuté comme loi de l'État¹⁸.

Cette jurisprudence, qui donnait force de loi à des décrets impériaux que l'on appelait couramment « décrets impériaux inconstitutionnels », visait, selon des magistrats de la Cour de cassation elle-même, à préserver la stabilité intérieure de l'État, qui risquait d'être affectée par le vide juridique qu'entraînerait la sanction de l'inconstitutionnalité initiale de nombreux décrets impériaux. Elle prêtait le flanc aux critiques, notamment à celles de Dupin aîné, devenu procureur général près la Cour de cassation après la Révolution de 1830. Ces critiques restèrent cependant vaines¹⁹.

L'argument tiré de l'inaction de l'organe chargé de veiller au respect de la Constitution n'était évidemment pas transposable lorsqu'était mise en cause, après la Révolution de 1830 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Charte constitutionnelle, la constitutionnalité initiale d'une ordonnance royale émanant de Louis XVIII ou de Charles X. Dans un arrêt du 8 janvier 1834, la Cour de Nîmes, chambres réunies, affirme qu'une ordonnance du 27 février 1822 a été rendue « hors des limites du pouvoir exécutif » fixées par la Charte de 1814. Elle le fait après avoir solennellement déclaré que « toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité ; que ce devoir ne cesse pas pour eux, parce qu'ils auraient déjà ordonné l'exécution d'un pareil acte en d'autres circonstances où sa légalité n'aurait

17 Ch. crim., 27 mai 1819, S. 1819.1.347 (Voir C. Durand, « Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration », *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix, PUAM, 1970, p. 269-277).

18 Ch. Crim., 1^{er} septembre 1831, S. 1831.1.353. En l'absence d'une publication au *Bulletin des lois et décrets*, le décret ne se voyait pas reconnaître force législative (Cass. crim., 13 juillet 1855, D.1855.1.360).

19 J.-L. M., « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité. Données historiques », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix, PUAM, 1995, p. 40-43. Un arrêt des chambres réunies du 13 mars 1832 admit toutefois l'examen de la validité des décrets pris par l'impératrice Marie-Louise pendant sa régence. Il dénia toute valeur à celui qui avait apporté un ajout au Code de commerce, ce qui « excédait évidemment les bornes du pouvoir exécutif » (S. 1832.1.293). Voir aussi G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDI, 1999, p. 209-216. Le Conseil d'État admit aussi l'assimilation des décrets impériaux inconstitutionnels à des lois (par exemple, 6 mai 1858, *Giral*, R., p. 354).

pas été mise en question »²⁰. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation, chambres réunies également, affirme au contraire que cette ordonnance « a été constitutionnellement rendue »²¹. Mais elle laisse entendre que, dans le cas contraire, elle n'aurait pas été applicable. Le 28 mai 1842, la chambre criminelle rejette le pourvoi introduit à l'encontre d'un arrêt de la Cour de Caen, qui avait jugé qu'une ordonnance du 14 août 1816 « était impuissante par elle-même pour créer des peines »²². Un an plus tard, elle confirme cette position : « Les ordonnances royales n'ont pu, depuis la promulgation de la Charte (de 1814) ni rien ajouter aux lois pénales, ni rien en retrancher »²³.

Le contrôle de la constitutionnalité *ab initio* de dispositions réglementaires antéconstitutionnelles fut étendu des ordonnances royales à d'autres textes émanant de titulaires du pouvoir réglementaire, notamment aux arrêtés des gouverneurs de colonies. L'exemple le plus remarquable en est fourni par le contentieux relatif à des droits sur les tabacs importés à la Réunion. Trois arrêtés des 17 juillet, 13 et 28 décembre 1850 ont été pris sur la base d'un décret du gouvernement provisoire de la République datant du 27 avril 1848, qui avait attribué diverses compétences au gouverneur de l'île. Un négociant, Lacaussade, refusa de payer les sommes qui lui étaient demandées en excipant de « l'illégalité et de l'inconstitutionnalité » de ces arrêtés. Il fit valoir que ceux-ci avaient établi des droits de douane, même si l'expression « octroi de mer » avait été employée, alors que le décret de 1848 n'avait pas transféré au gouverneur le pouvoir de créer des taxes douanières, pouvoir qu'avait réservé au législateur métropolitain l'article 2 de la loi du 24 avril 1833 sur l'organisation des colonies, loi parfois considérée comme ayant doté les colonies d'une constitution. Après maintes péripéties, la chambre civile de la Cour de cassation jugea, le 11 mars 1885, que l'arrêté du 13 décembre 1850 était « entachée d'illégalité et d'inconstitutionnalité » et cassa l'arrêt faisant l'objet du pourvoi « au chef qui a déclaré légal et constitutionnel l'arrêté susénoncé »²⁴.

Le Conseil d'État, qui avait reconnu, dans l'affaire *Lacaussade*, la compétence de la juridiction judiciaire pour apprécier la validité des arrêtés de 1850, s'agissant de contributions indirectes²⁵, a examiné parfois, lui aussi, la question de la constitutionnalité *ab initio* d'une disposition antéconstitutionnelle. Il le fit le 2 décembre 1853 à propos de la loi du 17 juillet 1819 sur les servitudes militaires : il vérifia qu'elle avait été « votée par les chambres législatives, promulguée et publiée suivant les formes constitutionnelles », celles de la Restauration²⁶. Il le fit le 5 juin 1874, en vérifiant que le

20 S. 1834.2.153.

21 8 avril 1837, S. 1837.1.281 et chambre civile, 13 mai 1840. S. 1840.1.536.

22 S. 1842.1.855.

23 24 mai 1843, S. 1843.1.860. De façon générale, sur la question : J.-L. M., « Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire », *RFDC*, 1993, p. 451-461 ; « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires de 1841 à 1851 », *Administration et droit* (dir. F. Burdeau), Paris, LGDJ, 1996, p. 123-133 ; « La Cour de cassation... », *op. cit.*, p. 44-47 ; G. Bigot, *op. cit.*, p. 176-190, 202-209. Il était toutefois admis qu'une ordonnance puisse modifier ou abroger une disposition considérée, de par son contenu, comme réglementaire, alors même qu'elle figurait dans un texte formellement législatif ou dans un décret impérial auquel on reconnaissait force de loi (J.-L. M., « De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution », *RFDA*, 2001, p. 301-318 ; « Encore de l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958 », *Droit, politique et littérature. Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Guchet*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 123-135.

24 S. 1885.1.425 ; D. 1885.1.105. Le procureur général Baudouin et le conseiller Ruben de Couder, qui annota cet arrêt de la chambre civile à la fois au *Sirey* et au *Recueil périodique des Pandectes Françaises* (1886.5), dont il était le fondateur, ont pris position, à l'inverse, en faveur de la constitutionnalité de l'arrêté incriminé. De façon générale, Jérémie Boutier a soutenu une thèse révélatrice sur *La question de l'assimilation politico-juridique de l'île de la Réunion à la Métropole (1815-1906)*, Aix-Marseille, 2015.

25 C.E., 4 septembre 1856, *La Caussade (sic)*, R. 1856, p. 562 ; D.1857.3.30.

26 *Veuve Massois*, R.1853, p. 1012 ; D. 1854.5.568 (où l'arrêt est daté par inadvertance du 2 décembre 1854).

décret du 8 août 1870, qui avait déclaré le département du Rhône en état de siège, avait été, « par application de la Constitution du 14 janvier 1852, communiqué le 9 août au Sénat »²⁷.

III. Les textes antérieurs à la Constitution en vigueur lors du litige, y compris les décrets de Napoléon I^{er} considérés comme ayant valeur législative et les lois elles-mêmes, n'étaient toutefois applicables qu'à condition de n'avoir pas été abrogés par les textes constitutionnels postérieurs. Le Conseil d'État, dès sa première séance, a fait valoir que « le principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte » était « applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'État »²⁸.

L'abrogation des dispositions législatives contraires à la nouvelle Constitution découle ensuite directement des dispositions de celle-ci, de l'article 68 de la Charte constitutionnelle de 1814, des articles 59 et 70 de celle de 1830, de l'article 112 de la Constitution de 1848 et de l'article 56 de celle de 1852, puisque ces textes ne maintiennent en vigueur que les dispositions législatives non contraires aux nouvelles dispositions constitutionnelles. Les trois derniers articles qui viennent d'être cités abrogent de la même façon les mesures réglementaires opposées au nouveau texte constitutionnel²⁹. De la sorte, appliquer un texte abrogé par la Constitution revient à commettre une inconstitutionnalité.

Deux cas peuvent se présenter. Le premier, c'est celui de l'abrogation dite « nécessaire », la disposition antéconstitutionnelle étant évidemment contraire au texte exprimant la volonté du nouveau constituant. Un arrêt de la chambre criminelle du 15 avril 1819 en fournit un exemple typique. Un faux-monnayeur a été condamné à la confiscation générale de ses biens sur la base de l'article 132 du Code pénal de 1810. Or, l'article 66 de la Charte de 1814 dispose que « la peine de la confiscation des biens est abolie et ne pourra être rétablie ». Cette disposition abrogeant « nécessairement » l'article 132 du Code pénal, l'arrêt de la Cour d'assises est cassé pour violation de cet article 66³⁰.

L'abrogation peut, dans un second cas, ne pas résulter aussi évidemment du nouveau texte constitutionnel. Les juges sont alors conduits à se livrer à une analyse comparative approfondie entre la disposition législative ou réglementaire antérieure à la Constitution et le texte de celle-ci. Il est donc arrivé que des juges du premier ou du second degré procèdent à une telle analyse et en concluent ou non à l'abrogation de la disposition antéconstitutionnelle. Saisie de pourvois qui reprochaient à un jugement d'un tribunal de police ou à un arrêt d'avoir violé la Constitution en ayant mal résolu la question de l'abrogation implicite qui se posait en l'espèce, la Cour de cassation s'est prononcée à diverses reprises. Il lui est arrivé de faire valoir, pour rejeter un pourvoi, que les lois

27 Chéron, *R.*1874, p. 515. L'article 12 de la Constitution de 1852 accordait au président de la République le droit de déclarer l'état de siège, « sauf à en référer au Sénat dans le plus bref délai ».

28 Cet avis du Conseil d'État, du 4 nivôse an VIII (25 décembre 1799), a fait l'objet d'un excellent commentaire signé P. de la Gironde (Bernard Pacteau) au *Dalloz* de 1999 (« Que la nouvelle constitution a fait périr les lois anciennes inconciliables avec elle », *Jurisprudence*, p. 705-710).

29 Les articles 112 et 56 des Constitutions de 1848 et 1852 font mention des « règlements existants », l'article 70 de la Charte de 1830 des « ordonnances ». Mais, même sous la Restauration, il a été admis que l'abrogation par la nouvelle Charte constitutionnelle devait s'appliquer aux actes réglementaires comme aux dispositions législatives, ce qui était logique.

30 S. 1820.1.1. J. Trémeau a écrit que le juge se livre alors à un « contrôle de flagrance » (« La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJFC*, vol. VI, 1990, p. 250).

invoquées par les demandeurs en cassation étaient « non seulement virtuellement abrogées, par cela seul qu'elles sont inconciliables avec les articles 9 et 10 de la Charte (de 1814), mais qu'elles se trouvent de plus révoquées par l'article 68, qui ne maintient que les lois existantes qui ne sont pas contraires à la Charte »³¹. Dans l'ensemble, toutefois, il faut reconnaître que la Cour de cassation s'est montrée beaucoup plus réservée que certaines juridictions inférieures envers l'abrogation implicite de dispositions législatives par les Chartes ou les Constitutions. Elle redoutait les effets potentiels de la disparition de nombreuses mesures législatives protectrices de l'ordre public ou de l'ordre social³².

En ce qui concerne les décrets impériaux, la Cour de cassation a été moins stricte. Certes, elle a refusé de considérer comme abrogés nombre d'entre eux, parfois même en dépit des arguments avancés par un avocat général tel qu'Hello³³. Mais elle s'est prononcée en faveur de l'abrogation dans des affaires qui ont eu un grand retentissement, à commencer par l'affaire *Geoffroy* dans les premières années de la Monarchie de Juillet. Condamné à mort pour rébellion à main armée et incitation à la guerre civile, Geoffroy a contesté la compétence du conseil de guerre qui l'a jugé, en excipant de sa qualité de civil. Son avocat, Odilon Barrot, soutient que l'article 103 du décret du 24 décembre 1811, sur lequel reposait la compétence du conseil de guerre, a été abrogé par les articles 53 et 54 de la Charte, qui disposaient que « nul ne pourra être distrait de ses juges naturels » et qui proscrivaient les « tribunaux extraordinaires ». La chambre criminelle lui donne raison, l'article 103 étant « inconciliable avec le texte comme avec l'esprit » des articles 53, 54, 56 et 69 de la Charte de 1830³⁴. Autre arrêt remarqué sous la Monarchie de Juillet, celui rendu en faveur du lieutenant Marin : il affirme que le décret du 1^{er} mai 1812 a été abrogé par les articles de la Charte de 1830 qui établissent les « garanties constitutionnelles... en ce qui touche la justice criminelle »³⁵.

31 Cass. civ., 26 décembre 1825. S. 1826.1.270.

32 J.-L. M., « La Cour de cassation », *op. cit.*, p. 48-55 ; G. Bigot, *op. cit.*, p. 217-222. Plus généralement, S. Ferrari, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un *continuum* constitutionnel », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 497-521.

33 Par exemple, Cass. crim., 23 juin 1838, S.1838.1.502, note DEVILLENEUVE, favorable aux conclusions non suivies d'Hello. Celui-ci deviendra ensuite conseiller à cette Cour, membre de l'Académie des sciences morales et politiques, et député. Il publia un important ouvrage de droit constitutionnel, d'inspiration libérale. Il y dénonça les « décrets usurpateurs » de Napoléon, tout en assurant que la Cour de cassation avait fait, en assimilant ces décrets inconstitutionnels à des lois, « une chose utile » dans l'intérêt de la société (*Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, 3^e édition, Bruxelles, Meline, 1849, p. 288-293). Sur la primauté de la Constitution, il relève que « l'instinct national... fait à merveille la différence de la Charte à la loi ; il y voit une sorte de loi magistrale, la loi par excellence, la loi fondamentale, la loi des lois. Ces appellations sont entrées dans son langage » (p. 242). Il a fait l'objet d'une notice, rédigée par C. CHÊNE, dans le *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e – XX^e siècle)*, dir. P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 524-525.

34 Cass. crim., 29 juin 1832, S. 1832.1.428 ; D. 1832.1.273. L'article 56 de la Charte de 1830 prévoyait le maintien des jurys ; l'article 69 indiquait qu'il serait pourvu par une loi à « l'application du jury aux délits de presse et aux délits politiques ». Dans les jours suivants, la chambre criminelle a rendu des arrêts identiques, dont certains furent publiés au *Moniteur Universel*, le prédécesseur du *Journal Officiel*, qui avait déjà publié *in extenso* la plaidoirie d'Odilon Barrot. À l'inverse, la Cour de Poitiers considéra qu'il ne lui revenait pas de se prononcer sur la validité d'une mesure ordonnée par le général Drouet d'Erlon durant l'état de siège : « Décider que cet ordre a été donné sans droit, qu'il repose sur des lois abolies par la Charte, qu'il est par conséquent inconstitutionnel, c'est juger comme pouvoir judiciaire supérieur un acte administratif, c'est l'annuler, c'est empiéter sur les droits de l'administration » (L'essentiel de l'arrêt, daté du 16 août 1833, est reproduit au *Sirey* (1834.2.245) et au *Dalloz* (1834.2.17). Il se trouve aux Archives départementales de la Vienne, dans le registre 2U1897, non paginé, à la date du 23 août 1833). Mais cet arrêt isolé, qui infirmait deux jugements du tribunal de Fontenay-le-Comte en ne distinguant pas entre l'inapplication d'un acte administratif pour inconstitutionnalité et son annulation, reflétait une opposition de nature politique entre magistrats légitimistes vendéens et membres orléanistes de la Cour de Poitiers (J.-L. M., « Une suite judiciaire d'un conflit politique : l'affaire Drouet d'Erlon (1832-1836) », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Ganzin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2016, p. 813-838). La distinction entre inapplication et annulation fut ensuite bien exposée par le doyen de la Faculté de droit de Poitiers, Foucart, lorsqu'il répondit par la négative à la question : « Une ordonnance inconstitutionnelle est-elle obligatoire pour les tribunaux ? » (*Éléments de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1839, t. I, p. 80, 93-95). Elle fut bien marquée par Hello (*op. cit.*, p. 290-292). Sur Foucart, M. TOUZEL-DIVINA, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, LGDJ, 2007 ; *La doctrine publiciste. 1800-1880*, Paris, La Mémoire du Droit, 2009, *passim*.

35 S. 1847.1.465.

Sous la Seconde République, la chambre des requêtes affirme qu'une délégation, contenue dans un décret impérial du 22 mars 1813, « en vertu de laquelle un arrêté ministériel était autorisé à changer la pénalité et l'ordre des juridictions, n'a pu survivre à l'établissement du régime constitutionnel, qui a consacré la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif », c'est-à-dire à l'octroi de la Charte de 1814, qui a mis fin à l'usage abusif du pouvoir réglementaire par Napoléon I^{er}³⁶.

IV. En pure logique, la substitution d'une Constitution à une autre aurait dû entraîner l'abrogation de l'ensemble des dispositions du « ci-devant » texte constitutionnel. Mais, comme l'avait fait le Tribunal de cassation après le 10 août 1792, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont considéré que certaines de ces dispositions pouvaient survivre en tant que dispositions législatives. Tel fut notamment le cas de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII sur lequel reposait la garantie des fonctionnaires. En 1821, en 1824, lors des premières décisions favorables au maintien de cette garantie, la Cour de cassation a adapté la rédaction de ses arrêts : elle a invoqué « l'article 75 de la loi du 22 frimaire an VIII »³⁷. Mais il lui est arrivé ensuite, au moins sous le Second Empire, d'invoquer « l'article 75 de l'Acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII » et de rejeter un pourvoi contre un arrêt ayant fait « une juste application de la disposition constitutionnelle prérappelée »³⁸. Elle donnait alors l'impression de procéder à un contrôle de la constitutionnalité de l'arrêt soumis à son examen.

On peut faire une observation semblable à propos de l'arrêt précité du 11 mars 1885 sur l'octroi de mer à la Réunion. La chambre civile reproche à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 2, paragraphe 5, de la loi du 24 avril 1833, qui réservait au pouvoir législatif métropolitain le régime des douanes dans les colonies, en n'ayant pas déduit de cet article que l'arrêté gubernatorial du 13 décembre 1850 était « entaché d'illégalité et d'inconstitutionnalité »³⁹. Ce faisant, la chambre civile donnait le sentiment de procéder à un double contrôle, celui de constitutionnalité s'ajoutant à celui de légalité⁴⁰.

36 29 août 1851, S.1851.1.790.

37 *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 32, 1855, *verbo* « Mise en jugement des fonctionnaires publics », p. 288.

38 Cass. crim., 9 août 1862, *Gazette des Tribunaux*, 21 août 1862, p. 812.

39 *Supra*, n. 24.

40 La Cour s'était montrée plus rigoureuse dans son arrêt du 7 mai 1861, déjà relatif aux arrêtés de 1850 : elle n'avait pas retenu le mot inconstitutionnalité qui figurait dans le pourvoi, mais cassé pour « violation de la loi du 24 avril 1833 » (D. 1861.1.205). De même, lorsqu'il avait annulé l'arrêté de conflit dans l'affaire *Lacaussade*, le Conseil d'État avait remplacé le mot inconstitutionnalité par celui de validité (R., 1856, p. 562). En revanche, la Cour de La Réunion, comme la Cour de cassation en 1885, parlait d'inconstitutionnalité. Dans son arrêt du 30 juillet 1852, elle avait affirmé sa compétence pour « l'examen et l'appréciation des moyens d'inconstitutionnalité et d'illégalité des arrêtés » incriminés, après avoir relevé que « si les magistrats doivent obéissance à la loi, ils prêtent avant tout serment de fidélité et d'obéissance à la Constitution qui est la raison et la fin de toutes les lois, dont la garde et l'application leur est confiée » (arrêt reproduit par Delabarre de Nanteuil, *Législation de l'île de la Réunion*, tome I, Paris, Donnaud, 1861, *verbo* « Conflit », p. 587-589). Cette perception de la loi du 24 avril 1833 comme d'un texte d'ordre constitutionnel venait de ce qu'on l'avait souvent présentée comme la « Charte des colonies » ou la « Constitution coloniale ». Cela avait même été soutenu par le rapporteur du projet devant la Chambre des Pairs lors de la séance du 13 février 1833 (*Archives Parlementaires*, 2^e série, tome LXXIX, p. 589-590). Mais juridiquement le texte voté n'était qu'un texte législatif. Un exemple de la perception de la gravité du grief d'inconstitutionnalité est fourni par le rapport du conseiller à la Cour de cassation Mesnard, qui évoque « l'imputation si redoutée d'inconstitutionnalité » et l'estime flétrissante (S. 1844.1.653). Mais le terme d'illégalité était aussi employé pour désigner une violation de la Charte, celle-ci étant considérée comme « la loi fondamentale du royaume » (S. 1826.1.268) ou comme « la première de toutes les lois » (S. 1829.1.173). En conséquence, il était possible d'exciper de l'inconstitutionnalité d'un règlement administratif pour échapper à la peine encourue en se fondant sur l'article 471, alinéa 15 du Code pénal, dans sa version issue de la loi du 28 avril 1832, qui prévoyait la sanction des contraventions aux « règlements légalement faits ». La constitutionnalité de l'octroi de mer fait à nouveau l'objet de débats contentieux (T. M'SAÏDIÉ, « L'octroi de mer face à la Constitution : réflexions à partir de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juillet 2013 », *RFDC*, n° 96, 2013, p. 893-915).

On peut dire encore la même chose à propos d'un autre arrêt de la chambre civile, du 15 mars 1898, relatif lui aussi à l'octroi de mer, mais cette fois à la Guadeloupe⁴¹. Cet arrêt qualifie de « disposition législative » l'article 2 du Sénatus-Consulte du 4 juillet 1866, et ce à juste titre, puisque les Sénatus-Consultes ont cessé d'être des dispositions de nature constitutionnelle depuis la fin du Second Empire. Mais il conclut que les arrêtés du gouverneur de la Guadeloupe qui n'ont pas respecté cet article sont « entachés d'illégalité et d'inconstitutionnalité » et prononce la cassation de l'arrêt attaqué.

Dans ces divers cas, on peut parler d'un contrôle fictif de constitutionnalité, puisque la disposition qui a servi de référence n'avait pas ou n'avait plus valeur constitutionnelle, mais seulement valeur législative. Dans sa note sous un arrêt de la Cour d'Alger du 5 mars 1894, Michoud a bien montré qu'il s'agissait d'un contrôle de légalité et non de constitutionnalité⁴². On peut penser que la persistance de l'emploi du mot inconstitutionnalité, que l'on trouve dans de nombreuses décisions reproduites dans le *Recueil de Législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales*, communément appelé *Recueil Dareste*, provenait, soit d'une habitude de langage, soit de la volonté des avocats de valoriser, dans l'intérêt de leurs clients, la critique des actes des administrateurs, le grief d'inconstitutionnalité apparaissant plus grave que celui d'illégalité⁴³.

Quoi qu'il en soit, dénoncer l'inconstitutionnalité d'une décision avait pour effet, sous la III^e République, de maintenir l'idée d'un contrôle de constitutionnalité, idée qui avait souffert de l'inaction du Sénat sous le Second Empire. L'affaire *Ambroise* le fait apparaître. Celui-ci avait demandé au juge de paix de Mahé de déclarer « illégal et inconstitutionnel » le décret du 26 février 1884, qui avait modifié l'établissement des listes électorales dans les comptoirs des Indes, pour n'avoir pas été rendu conformément à l'article 18 du Sénatus-Consulte du 3 mai 1854 et à l'article 4 du décret impérial du 13 décembre 1858. Il avait été débouté, le juge se déclarant incompétent pour « apprécier les actes du pouvoir exécutif ». Par arrêt du 28 octobre 1885, la chambre civile de la Cour de cassation annule le jugement, car « il appartenait au magistrat de l'ordre judiciaire d'examiner la valeur légale dudit décret ». Il en avait même l'obligation. On le voit : la Cour de cassation emploie à juste titre l'expression « valeur légale », puisque le Sénatus-Consulte n'avait plus valeur constitutionnelle. Mais cette affaire a donné au conseiller rapporteur Michaux-Bellaire l'occasion de traiter de la possibilité, pour les juges français, d'exercer un contrôle de constitutionnalité,

41 *Recueil Dareste*, 1898, jurisprudence, p. 73.

42 La délégation au Chef de l'État du pouvoir de légiférer en Algérie au moyen de décrets procède en premier lieu de l'article 25 de la loi du 24 avril 1833, « texte ayant toujours eu le caractère purement législatif », et en second lieu du Sénatus-Consulte du 3 mai 1854, qui ne peut plus avoir que valeur législative depuis la fin du Second Empire. « Il en résulte que le contrôle à exercer sur les décrets algériens, aussi bien que sur les décrets faits par délégation particulière du législateur, est un contrôle de légalité, et non un contrôle de constitutionnalité » (S. 1896.2.89). Sur Michoud, en dernier lieu, *Léon Michoud* (dir. X. DUPRÉ DE BOULOIS et P. YOLKA), Institut universitaire Varenne, 2014, et, sur la question des décrets coloniaux, la remarquable étude de Bernard Durand, « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? Une controverse aux frontières du droit et de la politique », *Cahiers aixois des droits de l'Outre-Mer français*, n° 3, 2007, p. 11-54.

43 Comme exemple de décisions discutant de griefs d'inconstitutionnalité alors que n'étaient invoquées que des dispositions de Sénatus-Consultes, de décrets impériaux ou de lois, voir Cour de la Martinique, 12 janvier 1898 : « Le moyen d'inconstitutionnalité » qui est repoussé pour « manque de base juridique » consistait dans l'invocation de l'irrespect de l'article 1 du décret impérial du 11 août 1866 ; même Cour, 20 mai 1898 : le demandeur faisait valoir qu'une taxe était « doublement inconstitutionnelle », pour violation d'une exigence de forme prévue par l'article 2, paragraphe 2, du Sénatus-Consulte du 4 juillet 1866, et parce que le « droit de statistique » établi avait irrégulièrement le caractère d'une taxe douanière. La Cour a rejeté ces deux arguments (*Recueil Dareste*, 1898, jurisprudence, p. 142-144, 147-152). On trouve de nombreuses décisions comparables.

non à l'égard des lois, indique-t-il en citant Aucoc, mais à l'égard des décrets pris par le président de la République sur délégation du pouvoir législatif⁴⁴.

V. Une autre problématique mérite toutefois de retenir beaucoup plus d'attention : c'est celle qui a trait à l'application d'un texte réglementaire ou législatif dont la constitutionnalité fait débat alors qu'il est postérieur à la Constitution en vigueur. En général, la juridiction inférieure est saisie de ce débat, de ce contrôle de constitutionnalité qu'on lui demande d'exercer, la Cour de cassation et le Conseil d'État étant amenés ensuite à se prononcer sur la façon dont la juridiction inférieure a résolu le débat.

A. Dès 1792, nous l'avons vu, le Tribunal de cassation a interdit aux juges d'annuler un acte administratif pour inconstitutionnalité. Il leur a dénié, dix ans plus tard, le droit de refuser l'application d'une mesure réglementaire au motif qu'elle serait contraire à la Constitution en vigueur. Il censura une décision du tribunal d'appel de Rennes qui avait refusé d'appliquer un arrêté consulaire ayant établi une contribution⁴⁵. Le Tribunal de cassation reprocha à la juridiction rennaise d'avoir commis « un excès évident de pouvoir », en invoquant à la fois l'interdiction faite aux juges de connaître des actes d'administration par le « décret » du 16 fructidor an III et les articles de la Constitution de l'an VIII conférant au Sénat le pouvoir d'annuler les actes inconstitutionnels⁴⁶. Cette jurisprudence a eu pour effet de faciliter l'usage abusif, par Napoléon, de son pouvoir réglementaire.

Sous la Restauration, la Cour de cassation maintient cette jurisprudence par arrêt du 4 décembre 1823, à propos d'une ordonnance royale du 29 juin 1814. Elle affirme que « les tribunaux ne peuvent la soumettre à leur examen et doivent en maintenir l'exécution »⁴⁷. Mais cette position catégorique n'empêche pas diverses juridictions inférieures de se prononcer en sens inverse. Dans un arrêt du 26 juillet 1827, la Cour de Nancy soutient que les tribunaux peuvent apprécier « la légalité constitutionnelle » des ordonnances, car l'obligation d'appliquer des ordonnances contraires à la Charte « serait subversive de leur indépendance, qui est la garantie des justiciables »⁴⁸. Les Cours de Paris et de Metz, confirmant des jugements, se refusent de condamner des personnes poursuivies sur la base d'ordonnances établissant de nouveaux délits et fixant des peines⁴⁹. Saisie de pourvois, la Cour

44 S. 1886.1.377. Sur cette juridiction, Leah ORIS, « Les justices de paix à compétence étendue à Mahé et à Yanaon à la fin du XIX^e siècle », *Le juge et l'Outre-Mer*, tome 5, (dir. B. Durand, M. Fabre, M. Badji), Montpellier, Publication du Centre d'histoire judiciaire éditeur, 2010, p. 149-170.

45 *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 30, 1853, *verbo* « Lois », p. 196-197.

46 L'usage traditionnel du mot « décret » peut provoquer une confusion et faire croire qu'il s'agit d'un texte réglementaire (Cass., 1^{re} ch. civ., 8 mars 2012, n° 11-24.638, *D.* 2012.744 ; *Constitutions* 2012.299, Obs. J. Barthélémy et L. Boré). En réalité, un texte voté par la Convention en tant que « décret » devenait formellement une « loi » dès qu'il avait été revêtu du Sceau de la République. Cela a bien été le cas du décret du 16 fructidor an III. Il est devenu la loi n° 1064 publiée dans le n° 175 du *Bulletin des lois de la République*, et, de par son objet, il ne peut être considéré comme « un texte de forme législative » au sens de l'article 37 de la Constitution de 1958 (J.-L. M., « La nature législative du décret du 16 fructidor an III », *RFDA*, 2012, p. 915-921). Les articles invoqués de la Constitution de l'an VIII sont les articles 21 et 28.

47 S. 1825.1.48.

48 S. 1829.1.172.

49 Ces décisions sont reproduites dans le *Sirey* de 1833.2, p. 599-602 (J.-L. M., « L'inconstitutionnalité des actes réglementaires », *op. cit.*, p. 123-128 ; G. BIGOT, *op. cit.*, p. 176-190).

de cassation remet, selon la formule de son futur procureur général Dupin aîné, sa décision « en délibéré indéfini »⁵⁰.

Après la chute de Charles X, provoquée précisément par la révolte parisienne contre des ordonnances entachées d'inconstitutionnalité, et l'entrée en vigueur de la Charte du 14 août 1830, qui interdit expressément au roi de faire des ordonnances suspendant des lois ou dispensant de leur exécution⁵¹, diverses juridictions prennent à cœur le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances⁵². Si, en l'espèce, la Cour de Nîmes, chambres assemblées, se penchait sur l'inconstitutionnalité prétendue d'une ordonnance antéconstitutionnelle, son attendu n'en avait pas moins une portée générale : « Toutes les fois que l'application d'une ordonnance royale est demandée aux tribunaux, il est de leur devoir d'examiner sa constitutionnalité »⁵³.

La Cour de cassation est amenée de la sorte à se prononcer sur des décisions qui ont opiné sur la constitutionnalité d'ordonnances prises sous l'empire de la Charte de 1830. Ainsi, en 1844, elle casse un jugement qui n'avait pas écarté l'application d'une ordonnance de 1834 qui n'avait pas été rendue dans la forme réglée par l'article 52 de « l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII », qui imposait que le Conseil d'État fût entendu⁵⁴. Elle annule une délibération de la Cour de Poitiers qui avait déclaré, en se prévalant de l'article 50 de la Charte, « illégale et inconstitutionnelle » une ordonnance du 5 août 1844 sur le service des magistrats⁵⁵. Peu après, elle rejette le pourvoi formé contre un jugement qui avait déclaré qu'une ordonnance de 1841 avait « excédé les limites du pouvoir réglementaire »⁵⁶. On comprend que Serrigny ait pu écrire : « La règle que les ordonnances inconstitutionnelles ne sont pas obligatoires pour les tribunaux est confirmée par la jurisprudence constante des Cours royales et de la Cour de cassation »⁵⁷.

Le Conseil d'État reconnaissait précisément compétence aux juridictions judiciaires pour se prononcer sur la validité des ordonnances relatives à des contributions indirectes. Il annula l'arrêté de conflit pris par le préfet des Bouches-du-Rhône dans le litige opposant la ville de Marseille à un fabricant qui soutenait qu'une ordonnance du 18 septembre 1832 était « inconstitutionnelle et non obligatoire », reconnaissant ainsi le bien-fondé du jugement du tribunal correctionnel⁵⁸.

On peut remarquer au passage que le débat sur la constitutionnalité d'une ordonnance pouvait être porté devant une Cour d'assises. Tel fut le cas le 28 avril 1838, à l'occasion des poursuites engagées après la publication, par le journal *Le National*, d'un article attaquant l'ordonnance du 16 mars 1838.

50 S. 1836.1.343. Devenu procureur général sous le règne de Louis-Philippe, il cumula sa fonction avec la présidence de la Chambre des Députés (Voir l'ouvrage de F.-J. BRAMI, *Dupin aîné (1783-1865), procureur général près la Cour de cassation et jurisconsulte*, Paris, Dalloz, 2013).

51 Article 13.

52 J.-L. M., « Les juridictions judiciaires », *op. cit.*, p. 452-459 ; « L'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 128-133 ; G. BIGOT, *op. cit.*, p. 201-209.

53 8 janvier 1834, S. 1834.2.153.

54 Ch. crim., 14 juin 1844, S. 1844.1.608.

55 Ch. req., 19 août 1844, S. 1844.1.647. Sur cet arrêt, J.-L. M., « La prétendue inconstitutionnalité d'une ordonnance de Louis-Philippe en 1844 », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 1037-1046.

56 Ch. req., 26 novembre 1844, D. 1845.1.38.

57 *Supplément au Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Joubert, 1846, p. 3. Sur cette jurisprudence, J.-L. M., « Les juridictions judiciaires », *op. cit.*, p. 455-461 ; « L'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 128-133 ; G. BIGOT, *op. cit.*, p. 201-209.

58 30 août 1845, *Rivalz*, R. p. 464.

L'avocat et député républicain Michel de Bourges fonda son argumentation sur l'inconstitutionnalité de ladite ordonnance et obtint l'acquittement⁵⁹. Mais, les décisions des Cours d'assises n'étant pas motivées, la Cour de cassation ne pouvait se prononcer sur l'opinion que les jurés, qui avaient délibéré seuls, s'étaient fait de l'argumentation développée par la défense sur « un point important de notre droit constitutionnel ».

Il est arrivé par ailleurs que la Cour de cassation ne soit pas saisie de certains pourvois. Parfois, la Chancellerie ne lui transmettait pas, par crainte qu'ils ne soient pas couronnés de succès, des pourvois émanant d'administrateurs coloniaux qui contestaient le bien-fondé d'arrêts ayant déclaré un arrêté gubernatorial « illégal et inconstitutionnel »⁶⁰.

Mais il est intéressant de relever qu'en 1840 la Cour de cassation, tout en reconnaissant que l'audition d'une esclave était « contraire aux principes de la constitution coloniale », est parvenue à rejeter le pourvoi formé par la personne libre qui contestait la validité de ce témoignage à charge contre elle. Sa décision fait partie de celles qui, sous l'influence de Dupin aîné et du premier président Portalis, visèrent à améliorer la condition des esclaves⁶¹.

Sous le Second Empire, la Cour de cassation s'est prononcée sur très peu de recours qui invoquaient la Constitution du 14 janvier 1852 à l'encontre de décrets du Chef de l'État. Elle fit une distinction. Elle considéra comme « obligatoire pour les tribunaux » un décret pris par le prince-président entre le 2 décembre 1851 et l'entrée en vigueur de la Constitution, l'article 58 de celle-ci ayant donné force de loi à ces décrets. Elle rejeta donc un pourvoi qui relevait une contradiction entre le décret du 26 mars 1852 et les articles 1 et 56 de la Constitution, en faisant valoir que ce texte avait « la puissance et le caractère d'une loi »⁶².

Elle examina, en revanche, « le moyen tiré de l'inconstitutionnalité » du décret du 23 juillet 1859 à l'encontre d'un arrêt de la Cour de Montpellier qui avait affirmé la constitutionnalité dudit texte, avant de le rejeter⁶³.

De son côté, le Conseil d'État connaissait de plusieurs sortes de recours susceptibles de l'amener à exercer un contrôle de constitutionnalité⁶⁴. Une inconstitutionnalité pouvait être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision administrative, comme l'avait indiqué le commissaire du gouvernement Robert dans l'affaire *Académie des Beaux-Arts*⁶⁵. Mais, puisque le présent colloque est consacré au contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice,

59 Michel de Bourges. *Plaidoyers et discours réunis par Louis Martin*, Paris, Dunod, 1909, p. 181-204.

60 J.-L. M., « Les juridictions de Saint-Louis du Sénégal et l'interdiction d'engager des Africains captifs (1844-1848) », *Études offertes à Jean-Louis Harouel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 905-916.

61 Ch. crim., 31 juillet 1840, M. TANGER, « Le conservatisme des cours coloniales et le rôle réformateur de la Cour de cassation », *La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage* (dir. P. GHALEH-MARZBAN, C. DELPLANQUE, P. CHEVALIER), Dalloz, 2014, p. 72.

62 Ch. crim., 27 janvier 1855. S. 1855.1.465 ; G. Bigot, *op. cit.*, p. 223.

63 Montpellier, 3 juin 1861, S. 1861.2.561 ; Cass., req., 11 août 1862, S. 1863.1.39. Voir aussi 16 janvier 1866, S. 1866.1.112 et Cass. civ., 24 février 1886 (*Pandectes françaises*, 1886.1.113). Il s'agissait de décrets sur le pilotage des navires auxquels on reprochait, sans succès, de déroger au décret impérial du 12 décembre 1806 qui leur servait de fondement, ayant lui-même force de loi.

64 Sur les diverses formes de l'activité du Conseil d'État en matière contentieuse, M. Bouvet, *Le Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001, p. 277-396.

65 « En résumé, le recours pour excès de pouvoirs ne peut se fonder que sur la violation d'un droit privatif dérivant, soit de la propriété, soit de la Constitution dans l'ordre administratif, soit de la possession d'une fonction publique » (21 juillet 1864, R. 1864, p. 685).

il ne convient pas de s'étendre sur ce point. Une question de constitutionnalité pouvait apparaître aussi lorsque le Conseil tranchait un conflit d'attribution. Il lui arrivait alors d'annuler des décisions rendues par des juridictions judiciaires. On peut citer, à titre d'exemple, l'arrêt *Bonnat-Cristave*, qui considéra comme non avenus une ordonnance de référé du président du tribunal de Clermont et un arrêt de la Cour d'Amiens. Bonnat-Cristave demandait que le Conseil d'État ne se prononce pas sur l'arrêté de conflit et que la décision soit prise par le Tribunal des conflits prévu par l'article 89 de la Constitution du 4 novembre 1848. Le Conseil se reconnut compétent sur la base de l'article 113 qui disposait que les autorités demeuraient en place jusqu'à la promulgation des lois organiques les concernant et confirma l'arrêté du préfet de l'Oise, sur le fondement, toutefois, d'un texte législatif et non du principe de séparation des fonctions judiciaires et administratives⁶⁶, principe qu'il qualifiera de « constitutionnel » dans l'arrêt *Dekeister*⁶⁷.

Le Conseil d'État veille au respect des dispositions des Sénatus-Consultes, qui sont compris sous « le terme générique de Constitution »⁶⁸. Ainsi, il annule l'arrêté pris par le gouverneur de la Martinique « statuant en conseil privé constitué en conseil administratif » sur une réclamation contre des opérations électorales, parce que, selon les articles 176 et 179 de l'ordonnance du 9 février 1827 et l'article 10 du Sénatus-Consulte du 3 mai 1854, le jugement d'une telle contestation est « attribué au conseil privé constitué en contentieux »⁶⁹.

En tant que juge d'appel des arrêtés des conseils de préfecture, le Conseil d'État contrôle l'application des dispositions constitutionnelles par ceux-ci. Ainsi, il approuve une décision du conseil de préfecture du Morbihan fondée sur l'article 6 de la Constitution de 1852⁷⁰. Il lui arrive même de procéder à un contrôle que l'on peut qualifier d'implicite. C'est le cas dans l'arrêt *Hachette* du 28 février 1866. Le célèbre libraire contestait une décision du conseil de préfecture d'Alger pour des raisons de procédure et de fond. Mais le commissaire du gouvernement de Belbeuf souleva la question de la compétence du conseil de préfecture, en faisant valoir qu'elle avait été basée sur un décret impérial du 2 avril 1854, qui contredisait la loi du 16 juin 1851. De Belbeuf fit valoir, invoquant « un principe de notre droit public » et la Constitution de 1852, qu'un décret ne pouvait contenir des dispositions contraires aux lois en vigueur. Le Conseil suivit ses conclusions, sans toutefois viser la Constitution⁷¹. Il en fut de même dans l'arrêt *Menouillard*⁷². De façon comparable, Aucoc invoqua avec succès « le principe constitutionnel de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative »⁷³.

66 14 février 1849, *R.* 1849, p. 107.

67 6 août 1861, *R.* 1861, p. 672.

68 *D.* 1866.4.105 (Exposé des motifs du Sénatus-Consulte des 18-22 juillet 1866) ; A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *RDJ*, 1994, p. 54-56.

69 5 février 1867, *du Plessix*, *R.* 1867, p. 133.

70 30 mars 1870, *Glotin*, *R.* 1870, p. 373.

71 28 février 1866, *R.* 1866, p. 171.

72 28 mai 1868, *R.* 1868, p. 592. De Belbeuf invoqua en vain, à l'inverse, « l'égalité des citoyens devant la loi fiscale... sous l'empire d'une Constitution dont le préambule (en réalité l'article 1) reconnaît et consacre expressément les grands principes de 1789 » : sur recours du ministre des Finances, six arrêtés du conseil de préfecture de l'Aube furent annulés, le Conseil s'en tenant à une interprétation rigoureuse de l'article 9 de la loi du 4 juin 1858, interprétation à laquelle de Belbeuf reprochait d'avoir des effets inégalitaires (19 juin 1867, *Bizet*, *R.* 1867, p. 569).

73 20 février 1869, *Pinard*, *R.* 1869, p. 188.

Sous la III^e République, la constitutionnalité de divers décrets a été débattue devant les juridictions judiciaires au vu des lois constitutionnelles de 1875. Un exemple remarquable est fourni par l'arrêt de la Chambre civile du 10 juin 1912 rendu dans l'affaire *Gour N'Darou Gueye*. Il casse pour fausse application de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Afrique occidentale le 21 mai 1909. Celle-ci avait déclaré « inconstitutionnel et par suite inopérant » le décret du 24 juillet 1906 sur le régime de la propriété foncière en Afrique occidentale, parce qu'il avait été contresigné par le seul ministre des Colonies alors que, selon elle, l'article 4 du décret impérial du 13 décembre 1858 exigeait aussi le contreseing du ministre de la Justice. De plus, elle avait ajouté que la signification du contreseing n'était plus, « sous la Constitution actuelle », ce qu'elle avait été sous le Second Empire⁷⁴. La Cour de cassation annule cet arrêt en lui reprochant d'avoir « faussement appliqué et, par suite, violé l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 », qui disposait : « Chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par un ministre ». Elle précise que « le Président de la République étant constitutionnellement irresponsable, l'objet de cette disposition est de suppléer à cette irresponsabilité par la responsabilité ministérielle », de telle sorte que, « d'après son texte, comme d'après son esprit, le contreseing d'un seul ministre suffit pour la validité des décrets présidentiels »⁷⁵.

Mérite aussi d'être évoquée la contestation de la constitutionnalité du décret du 30 décembre 1898 instituant en Indochine le délit d'atteinte au respect dû à l'autorité française, à l'occasion des poursuites contre un journaliste. Celui-ci avait fait paraître une caricature désobligeante envers le gouverneur général Klobukowski dans le journal *Le Piloni*, publié à Hanoï. Il fut poursuivi d'une part pour outrage aux bonnes mœurs, d'autre part pour atteinte au respect de l'autorité française. Le tribunal correctionnel de Hanoï le relaxa sur le premier chef en considérant que la caricature n'était pas obscène. Il le relaxa aussi du délit d'atteinte à l'autorité française en développant une argumentation rigoureuse de droit public.

La ville de Hanoï a le statut de colonie française. Elle a été placée sous l'empire du Sénatus-Consulte du 3 mai 1854. Certes, « la chute de la Constitution de 1852 » a eu « nécessairement pour conséquence l'abrogation des Sénatus-Consultes », mais « la jurisprudence des tribunaux de l'ordre administratif et judiciaire (sic) a toujours admis que le Sénatus-Consulte de 1854 est resté en vigueur, quoiqu'il paraisse, dans plusieurs de ses parties, avoir été virtuellement abrogé par la Constitution de 1875 ». De la sorte, le pouvoir exécutif peut continuer à légiférer en toutes matières par décret pour Hanoï.

⁷⁴ *Recueil Dareste*, 1909, jurisprudence, p. 182-187, note anonyme critique ; reproduit au *Dalloz périodique*, 1913.1.468-469.

⁷⁵ *Recueil Dareste*, 1912, jurisprudence, p. 205-206, note anonyme approbative ; *D. P.* 1913.1.469-470. En explicitant l'objet du contreseing, la Chambre civile répondait à la Cour de l'Afrique occidentale, qui avait assuré que, sous l'empire de la Constitution de 1852, la signature du Chef de l'État, personnellement responsable, se suffisait à elle-même, alors que désormais le contreseing « faisait en quelque sorte partie intégrante de la signature présidentielle », lui permettant d'« acquérir toute sa valeur et toute son autorité légale ». De fait, la Constitution de 1852 ne mentionnait pas l'exigence d'un contreseing ministériel, à la différence de celle de 1848 (article 67). Cette Cour avait aussi mis en avant une citation du *Traité de droit politique et parlementaire* d'Eugène Pierre (n° 103, p. 116) : « Les Ministres ont pour premier devoir de contresigner tous les actes du Président de la République. Si un acte intéresse plusieurs départements, il doit porter la signature de chacun des Ministres dont la responsabilité est engagée ; le Ministre le plus directement intéressé signe le premier ». Les actes du colloque consacré à Eugène Pierre qui s'est tenu au GERJC-Institut Louis Favoreu le 11 novembre 2016 sont à paraître.

Mais, « un acte émané du Sénat impérial ne pouvant lier les Assemblée républicaines », celles-ci peuvent légiférer aussi pour les colonies. Si elles le font, « les principes de notre droit public s'opposent de la façon la plus absolue à ce que les matières réglées par la loi soient modifiées par décret ». Or, la loi sur la presse du 29 juillet 1881 est applicable aux colonies. En conséquence, le décret du 30 décembre 1898, qui impose aux citoyens des obligations au détriment des libertés que leur a octroyées cette loi, est « nécessairement illégal » et donc inapplicable.

Le ministère public ne fit appel que sur le second chef d'accusation. La Cour de Hanoï estima que l'atteinte à l'autorité française n'était pas établie, car la personne du gouverneur général d'Indochine ne s'identifiait pas à cette autorité, en ajoutant qu'on « n'arriverait à soutenir le contraire qu'à l'aide d'une sorte de conception monarchique ». Affirmant ensuite que les deux incriminations étaient liées, elle fit valoir que prévalait l'exception de chose jugée au profit du journaliste, ajoutant qu'elle se trouvait donc dans « l'impossibilité d'examiner l'illégalité et l'inconstitutionnalité du décret du 30 décembre 1898, et ce, malgré l'intérêt considérable que cette question présentait ». Son arrêt fut approuvé par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 3 mars 1910. Celle-ci affirma même que le tribunal correctionnel avait relaxé le caricaturiste du second chef d'accusation « de ce que le décret du 30 décembre 1898 serait inconstitutionnel », alors pourtant que le jugement ne contenait que l'adjectif « illégal ». Mais le mot inconstitutionnel correspondait au raisonnement tenu dans ce jugement⁷⁶.

Selon Dareste, les juridictions judiciaires procédaient, en contrôlant la régularité formelle de ces décrets ou la validité de leurs dispositions, à un « contrôle de la constitutionnalité des lois » comme les juges américains, puisque ces décrets avaient force de loi dans les colonies. Il s'en réjouissait vivement, de même qu'il saluait l'extension du recours pour excès de pouvoir, dont il disait bien qu'il permettait l'annulation des actes inconstitutionnels, aux règlements d'administration publique⁷⁷. Mais parler de contrôle de la constitutionnalité des lois à propos des décrets coloniaux ne pouvait qu'apparaître abusif à ceux qui, tel Lampué, contestaient l'assimilation de ces décrets à des lois⁷⁸.

76 S. 1914.1.337. Même sans la considération d'ordre politique figurant dans le jugement, la compétence du Parlement pour légiférer sur les matières que le Sénatus-Consulte de 1854 avaient réservées au chef de l'État ne pouvait être mise en doute : le pouvoir législatif n'était pas tenu par les Sénatus-Consultes, qui n'avaient plus que valeur législative depuis la fin du Second Empire. Le commentaire du *Recueil Dareste* sous un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 13 juillet 1898 l'indique en renvoyant aux principaux ouvrages de droit colonial (1898, jurisprudence, p. 135). Le décret du 12 novembre 1887 avait retiré au gouverneur général l'exercice du droit de grâce, un sénateur de la Guadeloupe ayant fait valoir que le président de la République bénéficiait, par le biais de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, d'une délégation du pouvoir constituant qu'il ne pouvait sous-déléguer (E. Gojosso, *L'Empire indochinois*, LGDJ, 2016, p. 79. Bien accueilli par la presse indochinoise lorsqu'il fut nommé secrétaire général de l'Indochine, Klobukowski suscita vite des polémiques : p. 99-101, 125-126, 130-132, 172, 184. Il en devint cependant gouverneur).

77 « Le législateur colonial », *Recueil Dareste*, 1915, Doctrine, p. 10-11. Dareste faisait allusion à la jurisprudence *Compagnie des chemins de fer de l'Est* (C.E., 6 décembre 1907, S. 1908.3.1, concl. TARDIEU, note HAURIOU). Le Conseil d'État visait parfois la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 lorsqu'il examinait de prétendus empiétements du pouvoir réglementaire sur la compétence du pouvoir législatif (19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants*, R. 1904, p. 134), mais il ne le faisait pas systématiquement, même si Romieu avait évoqué la nature constitutionnelle de la question (4 mai 1906, *Babin*, R. 1906, p. 362 ; de même, à l'occasion d'un recours de plein contentieux, 2 décembre 1892, *Mogambury*, R. 1892, p. 836 ; S. 1894.3.97, concl. Romieu, note HAURIOU). En 1901, le Conseil n'a pas examiné le moyen fondé sur l'inconstitutionnalité d'une taxe lorsqu'il a rejeté un recours contre une décision d'un conseil de préfecture, considérant que cette taxe avait été établie conformément à la loi du 9 avril 1898 (23 mai 1901, *Delarue*, R. 1901, p. 483). B. Rahal a montré que le Conseil d'État avait fait preuve de prudence dans son contrôle des décrets coloniaux, mais aussi d'audace pour protéger les administrés coloniaux, notamment en étendant aux colonies le principe du double degré de juridiction (« Le contrôle juridictionnel de l'administration coloniale française : entre accompagnement de la haute administration et protection de l'administré », *Jahrbuch für europäische verwaltungsgeschichte / Annuaire d'histoire administrative européenne*, volume 18, *Administration coloniale en Afrique entre politique centrale et réalité locale* (dir. E. V. HEYEN et B. DURAND), 2006, p. 151-186).

78 Se reporter à l'étude approfondie de la controverse par B. Durand (précitée note 42).

B. Venons-en maintenant à la question du contrôle de la constitutionnalité des lois postconstitutionnelles. Elle s'est posée au Tribunal de cassation lorsqu'il a été saisi d'un recours contre un jugement du Tribunal criminel de la Dyle qui avait écarté l'application de la loi du 7 vendémiaire an IV (29 septembre 1795) en arguant d'une irrégularité de forme. Le Tribunal de cassation a pris une position très nette le 18 fructidor an V (4 septembre 1797). Il a censuré la décision contestée, « considérant que les termes absolus dans lesquels est conçue pour les corps administratifs et judiciaires la défense d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois, ne peuvent admettre ni exception ni prétexte »⁷⁹.

Effectivement, l'article 203 de la Constitution de l'an III, que vise le Tribunal de cassation, interdisait aux juges de « s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif » et d'« arrêter ou de suspendre l'exécution d'aucune loi ». Les conventionnels auteurs de la Constitution de l'an III avaient ainsi repris les défenses insérées par l'Assemblée nationale constituante dans les articles 10 et 12 du titre II de la loi des 16-24 août 1790, puis dans l'article 3 du chapitre V du titre III de la Constitution de 1791. Défenses inspirées par le souvenir des problèmes considérables qu'avaient posés au pouvoir royal les interventions des Cours souveraines, des Parlements notamment, en matière législative. Ces Cours s'étaient maintes fois opposées, par leurs refus d'enregistrement, par leurs remontrances, aux mesures que le roi édictait, provoquant de très graves crises politiques. Or, il leur arrivait de reprocher aux mesures législatives royales d'être contraires aux lois fondamentales du royaume⁸⁰.

La question du contrôle de la constitutionnalité des lois s'est reposée devant la Cour de cassation dans les premières années de la Monarchie de Juillet. Le pourvoi en cassation du journaliste Paulin invoque, entre autres arguments, l'inconstitutionnalité de la loi du 8 octobre 1830, dont l'article 3 maintenait la faculté, pour les Cours d'assises stricto sensu – sans le jury – de juger les auteurs des comptes rendus de leurs audiences, alors que l'article 69 de la Charte de 1830 disposait qu'il serait pourvu par une loi, dans le plus court délai possible, à « l'application du jury aux délits de presse ». La chambre criminelle rejette le pourvoi, le 11 mai 1833, après dix heures de délibéré : « La loi du 8 octobre (1830), délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité ». Les juges ne peuvent donc vérifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, que la régularité formelle de la loi postérieure à la Constitution⁸¹.

Quelques mois plus tard, le 3 janvier 1834, la chambre criminelle se prononce de même, alors qu'a été contestée devant elle la constitutionnalité de la loi du 22 mars 1831 : « Les lois délibérées et acceptées par le roi et légalement promulguées sont obligatoires pour les citoyens et les tribunaux ».

79 *Jurisprudence générale Dalloz*, tome 30, 1853, *verbo* « Lois », p. 196, note 1.

80 C'est précisément à l'occasion de l'une de ces crises que fut rédigée, par un conseiller d'État qui avait été avocat général au Parlement de Paris, la première synthèse sur les recours en cassation : M. ANTOINE, « Le mémoire de Gilbert des Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les Parlements (1767) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, p. 1-33. Sur les prétentions des Parlements, voir notamment J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e – XX^e siècle*, tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 239-279 ; P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 239-309.

81 S. 1833.1.358.

Certes, la chambre criminelle ajoute que « l'allégation que la loi du 22 mars 1831, qui a institué les conseils de discipline (de la garde nationale), n'est pas conforme à la Charte, est dénuée de tout fondement »⁸². Mais, on ne saurait voir, dans cette précision, qui apparaît comme un *obiter dictum*, une véritable prise en compte de l'argumentation portant sur l'inconstitutionnalité prétendue de la loi du 22 mars 1831.

La position de la Cour de cassation a changé sous la Seconde République. À deux reprises, en 1851 – le 15 mars dans l'arrêt *Gauthier* et le 17 novembre dans l'arrêt *Gent* – la chambre criminelle a accepté d'examiner des pourvois invoquant l'inconstitutionnalité du contenu même des articles 7 et 8 de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège. Ces articles transféraient aux autorités militaires les pouvoirs des autorités civiles et autorisaient le renvoi des civils devant les conseils de guerre en cas d'état de siège, alors que l'article 4 de la Constitution disposait que nul ne pouvait être distrait de ses juges naturels et interdisait la création de commissions et de tribunaux extraordinaires. Ces pourvois ont été rejetés au motif que l'article 106 de la Constitution laissait au pouvoir législatif la détermination des effets de l'état de siège.

L'extrême brièveté des observations du *Sirey*⁸³, du *Dalloz*⁸⁴ et du *Journal du Palais*⁸⁵, recueils publiés après le coup d'État du 2 décembre 1851, a conduit à donner de ces arrêts une lecture minimaliste : les pourvois auraient été déclarés recevables seulement pour affirmer, dans un esprit répressif, la constitutionnalité de la compétence des conseils de guerre à l'égard des civils en cas d'état de siège. Mais, grâce à la *Gazette des Tribunaux* et au journal *Le Droit*, il m'a été possible de reconstituer les débats de la seconde affaire, qui présentait une particularité remarquable : le requérant, Gent, son avocat, Martin de Strasbourg, et le conseiller rapporteur, Isambert, avaient fait partie de la Constituante de 1848⁸⁶.

Or, ces débats donnent une autre impression, celle de l'abandon de la jurisprudence *Paulin*, à laquelle ils ne font pas allusion. C'est l'arrêt précité *Geoffroy* de 1832 qui est commenté, l'arrêt qui avait jugé que la Charte avait abrogé l'article du décret impérial de 1811 qui donnait compétence aux conseils de guerre pour juger les civils en cas d'état de siège. Le rapprochement a été fait évidemment par Martin de Strasbourg, puisque l'article 4 de la Constitution de 1848 reprenait exactement les termes des articles 53 et 54 de la Charte de 1830. Si elle avait été inspirée par une motivation purement politique, la chambre criminelle aurait très bien pu maintenir son refus d'accepter la mise en cause d'une disposition législative pour l'inconstitutionnalité de son contenu, tout en ajoutant, de façon superfétatoire, comme elle l'avait fait en 1834, que la disposition contestée était compatible avec le texte constitutionnel. Cela était d'autant plus facile que, lors de l'adoption de la loi de 1849

82 D. 1834.1.73. Plusieurs magistrats de renom ont exprimé une opinion hostile au contrôle de la constitutionnalité matérielle de la loi : Dupin aîné, Tocqueville, Hello (J.-L. M., « La Cour de cassation », *op. cit.*, p. 55-58 ; V. CATTOIRE-JONVILLE, « Tocqueville et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Artois Presses Universitaires, 2005, p. 51-62.

83 S. 1851.1.214. et 707.

84 D. 1851.1.142 et 333.

85 J. P. 1852, tome I, 586 (*Gauthier*) et 176 (*Gent*).

86 « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République », *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 291-310.

sur l'état de siège, l'Assemblée législative avait débattu de la question. Le député Charamaule avait demandé une modification du projet de loi, en invoquant l'article 4 de la Constitution et la jurisprudence *Geoffroy*. Sa demande avait été discutée, puis rejetée à une très large majorité.

La teneur des débats donne vraiment l'impression que la Cour de cassation a pensé, dans une période de tensions socio-politiques très vives, à un moment où des avocats invoquaient le droit de résister à l'oppression en cas de violation de la Constitution par le gouvernement ou le législateur, qu'il était préférable qu'elle se prononçât expressément sur la constitutionnalité d'une disposition législative contestée, plutôt que de laisser le débat s'envenimer dans l'opinion publique.

Cette nouvelle jurisprudence, que le procureur général de la Cour d'Aix, Desolliers, désapprouvait, ayant peur qu'elle ne fasse le jeu des « conspirateurs éternels... qui ne craignent pas de profaner ce nom sacré de Constitution pour justifier et autoriser leur mépris et leur résistance à la loi »⁸⁷, n'a pas survécu au coup d'État du 2 décembre 1851 et à la Constitution de 1852⁸⁸.

V. La nouvelle Constitution napoléonienne rétablissait le Sénat, érigé par l'article 25 en « gardien du pacte fondamental et des libertés publiques ». Il avait pour fonction de s'opposer à la promulgation des lois inconstitutionnelles, selon l'article 26, et détenait, aux termes de l'article 29, le pouvoir de « maintenir ou annuler tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Gouvernement, ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens ». De la sorte, deux questions pouvaient se poser à propos de la constitutionnalité des décisions de justice. Les juridictions judiciaires et administratives devaient-elles renoncer, au profit du Sénat, à examiner la constitutionnalité des textes réglementaires invoqués devant elles ? Le Sénat pouvait-il contrôler la constitutionnalité des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État ?

La doctrine publiciste de l'époque a répondu à ces deux interrogations. En ce qui concerne la première, elle s'est montrée favorable au maintien de la compétence des juges, en soulignant que cette compétence présentait l'avantage de garantir les droits des citoyens. Dufour et Serrigny l'écrivent

87 *Ibid.*, p. 305. Écarté en mars 1848, Desolliers avait été rétabli dans sa fonction au début de 1849 (C. Derobert-Ratel, *Les magistrats aixois au cœur du XIX^e siècle*, Aix, PUAM, 2003, p. 180-181).

88 L'arrêt précité du 27 janvier 1855, rejetant un pourvoi qui soulevait une contradiction entre le décret du 26 mars 1852 et les articles 1 et 56 de la Constitution du 14 janvier 1852, au motif que l'article 58 de cette Constitution donnait force de loi aux décrets pris entre le 2 décembre 1851 et son entrée en vigueur, laissait entendre que la jurisprudence *Gauthier* et *Gent* était abandonnée. Après 1875, dès que les républicains devinrent les maîtres des nouvelles institutions, la Cour de cassation fit comprendre qu'elle était hostile au contrôle de constitutionnalité des lois par le biais d'un arrêt du 13 juin 1879, qui affirma que les juges ne devaient pas « violer le principe de la séparation des pouvoirs » (Ch. crim., D. 1879.1.277). Cet arrêt, qui sanctionnait un excès de pouvoir commis à l'encontre de la Chambre des députés et du Gouvernement, a été rendu sur réquisitoire du procureur général Bertauld. Celui-ci était un ancien professeur de droit, qui avait été élu comme républicain à l'Assemblée Nationale en 1871 et était devenu sénateur inamovible. C'était un proche de Jules Grévy (*Dictionnaire historique des juristes français*, op. cit., J.-L. HALPÉRIN, p. 101-102). En 1871, il avait exprimé son hostilité « à ce que le pouvoir judiciaire fût juge du pouvoir législatif » et reproché aux Parlements de l'Ancien Régime d'avoir paralysé « le pouvoir législatif de la royauté » en se présentant comme « les gardiens des lois fondamentales » (P. PICHOT-BRAVARD, op. cit., p. 462-463). Les arguments avancés pour justifier le refus du contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges ont été minutieusement analysés et discutés par J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009. Le refus du Conseil d'État s'est exprimé à l'occasion de recours pour excès de pouvoir (6 novembre 1936, 2 espèces, *Coudert et Arrighi*, S. 1937.3.32, note A. MESTRE ; D. 1938.3.1, note C. EISENMANN). De façon générale, sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité avant 1958, je me permets de renvoyer au Précis Dalloz de *Droit constitutionnel* (19^e éd., 2016, p. 303-327, Bibliographie p. 397-401).

simultanément dans leurs ouvrages en 1854⁸⁹, Foucart dans le sien en 1855⁹⁰, en pleine période de l'Empire autoritaire. Ils le répéteront par la suite, sans citer toutefois de décisions nouvelles⁹¹. Il est vrai qu'elles étaient devenues excessivement rares de la part des juridictions judiciaires à l'égard des décrets de Napoléon III, comme on l'a vu.

Cet avantage l'emporte sur le risque encouru, celui, que reconnaît Serrigny, d'une contradiction entre « l'autorité du Sénat reconnaissant la constitutionnalité du décret et la décision de l'autorité judiciaire qui déclarerait l'inconstitutionnalité du même acte ». Mais, il en relativise la portée. Il fait valoir qu'il faut distinguer nettement la pétition adressée par le citoyen au Sénat, qui conduit ce dernier à prononcer directement l'annulation de l'acte inconstitutionnel, annulation ayant effet *erga omnes*, et le refus d'une juridiction de concourir à l'application d'un acte qu'elle estime contraire à la Constitution, refus qui n'acquiert autorité de chose jugée que dans la décision rendue. Quant à Foucart, il écrit qu'on peut envisager, pour éviter la contrariété de positions entre le Sénat et un tribunal, de faire surseoir à statuer la juridiction devant laquelle la constitutionnalité de l'acte réglementaire est mis en cause, jusqu'à la décision du Sénat. Mais, même ce système de question préjudicielle ne rencontre point son approbation. Foucart est partisan de laisser les magistrats libres de leurs jugements, tout au moins tant que le Sénat, saisi par le gouvernement, ne s'est pas prononcé en faveur de la constitutionnalité de l'acte incriminé.

La faculté, pour le Sénat, d'annuler pour inconstitutionnalité des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État, fait en revanche l'objet d'opinions divergentes.

Batbie distingue, en traitant du droit de pétition, entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'État. Il admet que « le pouvoir constituant aurait pu faire du Sénat une cour de justice suprême chargée de ramener les cours et tribunaux à l'observation de la loi constitutionnelle ». De même que la Cour de cassation a été établie comme « gardienne de la loi ordinaire », le Sénat aurait pu être « institué gardien de la Constitution, même à l'égard de la Cour de cassation ». La chambre haute n'est-elle pas aussi, en Angleterre, une cour de justice suprême ? Mais une telle innovation aurait dû être « formellement et clairement indiquée ». Elle ne peut se fonder sur la simple interprétation d'un texte aussi incomplet que l'article 29 de la Constitution, au prétexte qu'il contient les mots « tous actes ».

Batbie envisage ensuite le cas des décrets contentieux du Conseil d'État. Il reconnaît que le Sénat, saisi d'une pétition d'un justiciable contre un tel décret pour violation de la propriété dans une affaire de délimitation du lit d'une rivière, a nommé une commission pour l'examiner, ce qui impliquait qu'il se sentait compétent pour en connaître. Mais cette commission, qui a beaucoup tardé à rendre son rapport, a éludé la question de compétence, traduisant son embarras et faisant comprendre que la Chambre haute n'entendait pas persévérer dans cette voie, que Batbie condamne

89 *Traité général de droit administratif appliqué*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1854, t. I, p. 62-69 ; *Questions et traités de droit administratif*, *op. cit.*, p. 506-511.

90 *Éléments de droit public et administratif*, 4^e éd., Paris, Maresq, 1855, t. I, p. 132-135.

91 D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Durand, 1865, t. I, p. 3-5 ; G.-M. DUFOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1868, t. I, p. 63-72.

catégoriquement : « Le Sénat n'est pas plus compétent pour annuler les décrets rendus au contentieux que pour annuler les arrêts de cours judiciaires ». Dans tous les cas, fait-il valoir, « il y a chose jugée, droit acquis et, par conséquent, propriété fondée sur le meilleur des titres ». Peu importe que le décret contentieux ait été rendu en faveur de l'État, car « la chose jugée constitue un droit pour l'État comme pour les particuliers » et la fortune publique doit être protégée.

Batbie en vient à critiquer deux opinions. D'abord, celle du *Répertoire général* de Dalloz – la *Jurisprudence générale* – parce qu'il la trouve insuffisamment catégorique au *verbo* « Pétition ». Certes, elle affirme, comme lui, qu'on ne doit pas demander au Sénat l'annulation d'une décision de justice, puisqu'il n'est pas un tribunal, mais elle affirme que ce n'est là qu'une position « raisonnable et motivée » et non point une « règle obligatoire ». Cette restriction n'apparaît pas pertinente au professeur parisien, qui reproche *a fortiori* à Firmin Laferrière d'admettre que le Sénat puisse annuler un décret contentieux sans que l'annulation préjudicie aux parties. Pour Batbie, cette position, bien que restrictive quant aux effets de l'annulation, est foncièrement extraordinaire. Elle ne serait admissible que sur la base d'un texte formel⁹².

Cette position de Laferrière est approuvée, en revanche, par Ducrocq. Elle présente l'avantage, à son avis, de concilier le respect dû à la chose jugée avec la disposition générale de l'article 29 de la Constitution. Le successeur de Foucart à Poitiers, qui accordait volontiers de l'intérêt aux considérations historiques⁹³, invoque en plus l'article 55 du Sénatus-Consulte du 16 thermidor an X (3 août 1802), qui attribuait au Sénat le pouvoir d' « annuler les jugements des tribunaux, lorsqu'ils sont attentatoires à la sûreté de l'État », lui conférant ainsi une compétence de nature juridictionnelle⁹⁴. La comparaison du Sénat à la Cour de cassation était même officiellement faite : dans le discours de la Couronne à l'ouverture de la session législative de 1861, le Sénat avait été qualifié de « véritable cour de cassation politique »⁹⁵.

Serrigny traite de la question « infiniment délicate » de l'annulation par le Sénat d'un décret contentieux dès le début de son ouvrage⁹⁶. Il met en avant la généralité des termes de l'article 29 de la Constitution, « qui n'excepte rien ». Il ajoute en ce sens l'opinion de Laferrière, le Sénat annulant « dans l'intérêt de la Constitution » comme la Cour de cassation annulant, à l'initiative du ministre de la Justice, des décisions devenues définitives dans l'intérêt de la loi, sans porter atteinte aux droits des parties et des tiers. Il cite aussi l'opinion contraire de Batbie, avant d'exprimer son propre sentiment : il se prononce en faveur de la reconnaissance au Sénat du droit d'annuler pour cause d'inconstitutionnalité un décret « statuant au contentieux ». Il avance aussitôt, pour faire admettre sa position, une supposition : celle de la destitution arbitraire d'un magistrat judiciaire inamovible, auquel l'empereur, en Conseil d'État – c'était encore l'époque de la justice retenue – refuserait de faire droit. Pourquoi le recours de ce magistrat serait-il déclaré irrecevable par le Sénat, auquel il

92 *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1862, t. III, p. 298-300.

93 M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste*, *op. cit.*, p. 103-104.

94 *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 5^e éd., Paris, Cotillon, 1860, tome I, p. 121.

95 D. 1861.4.27, note 2.

96 *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Durand, 1865, p. 3-5.

demanderait à bénéficier du principe constitutionnel de l'inamovibilité, principe qui figure parmi ceux que le Sénat doit faire respecter par le législateur, selon l'article 26 de la Constitution ?

Serrigny, dont les opinions républicaines « sentaient le pamphlet » à la Faculté de droit de Dijon⁹⁷, eut toutefois la prudence d'ajouter qu'il s'agissait là d'« un remède extrême et qui ne rencontrera peut-être jamais d'application ». Devenu doyen de sa Faculté, le régime impérial se libérant, il put constater que sa prédiction était exacte, puisque le Sénat perdit son rôle de gardien de la Constitution par l'effet du Sénatus-Consulte du 21 mars 1870.

Quoi qu'il en fût, on pourrait retenir de tout cet historique, qui s'est efforcé de dégager la diversité des situations dans lesquelles la Cour de cassation et le Conseil d'État ont exercé un contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice, la formule « cassation dans l'intérêt de la Constitution » et la placer à côté de la traditionnelle « cassation dans l'intérêt de la loi ».

97 M. TOUZEIL-DIVINA, *op. cit.*, p. 283.

