
Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789

Author(s): Paolo Alvazzi del Frate

Source: *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, AVRIL-JUIN 2008, Vol. 86, No. 2 (AVRIL-JUIN 2008), pp. 253-262

Published by: Editions Dalloz

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/43852503>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*

JSTOR

Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 *

Résumé. – L’auteur se propose de rechercher les origines du « référé législatif » dans les cahiers de doléances rédigés en 1789. Après avoir décrit le système prévu par cette institution, ses racines historiques et ses liens avec la doctrine juridique du XVIII^e siècle, on essaie d’analyser la contribution des cahiers de doléances de 1789 à la création du système du référé législatif par l’Assemblée constituante en 1790. Les cahiers étaient essentiellement concordants dans la revendication de la séparation entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Cela grâce à l’affirmation du monopôle normatif de la loi, de l’abolition des *Arrêts de règlement*, de la subordination du juge à la loi et de l’interdiction d’interpréter. Les auteurs des cahiers manifestent clairement le souci de réduire le rôle politique de la magistrature à travers la limitation des fonctions des juges. Au juge on refusait le droit d’interpréter la loi en lui imposant une application syllogistique. Unification législative, interdiction d’interpréter, obligation de motiver les jugements étaient les revendications les plus fréquentes dans les cahiers de doléances de 1789 en matière judiciaire. Bien que sans systématisme, ni précision technique, la majorité des cahiers de doléances de 1789 manifesta l’adhésion à un système juridique séparant nettement législation et juridiction. Dans cette perspective, l’interprétation de la loi, considérée comme une phase de la création de la règle juridique, devait nécessairement être soustraite au juge et confiée au législateur. Le système du référé législatif, non prévu explicitement par les cahiers, fut la conséquence logique de cette conception juridique.

MOTS-CLÉS : INTERPRÉTATION DE LA LOI ; JURIDICTION ; ASSEMBLÉE CONSTITUANTE

L’institution du « référé législatif » – définie par François GénY comme « une erreur législative », un « incident, éphémère et presque oublié » auquel on ne pouvait reconnaître « la moindre influence positive »¹ – a toujours suscité

* Texte de la conférence présentée le 18 novembre 2006 à la « Société d’Histoire du Droit », suite à l’invitation de son Président, M. le Professeur Jean-Marie Carbasse, que je remercie très vivement.

1. F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., I, Paris 1919 (réimpr. Paris, 1995), p. 85 et 88.

une certaine curiosité auprès des théoriciens du droit. Son application a été très limitée à cause de sa complexité, toutefois cette institution démontre efficacement le caractère et la rigidité des conceptions juridiques des Lumières.

Dans cette intervention nous nous proposons de rechercher les origines du référé législatif dans les cahiers de doléances de 1789. Dans la première partie de l'exposé nous allons décrire le système prévu par cette institution, ses racines historiques et ses liens avec la doctrine juridique du XVIII^e siècle. Ensuite nous essaierons de montrer la contribution des cahiers de doléances de 1789 à la création du système du référé législatif par l'Assemblée constituante en 1790.

I. – Le référé législatif – institution typique des théories juridiques des Lumières² – fut créé par la Constituante avec les lois du 16-24 août 1790 (art. 12, tit. II^e) et du 27 novembre-1^{er} décembre 1790 (art. 21). Le référé était articulé en deux institutions différentes : à savoir le « référé facultatif » – demandé par un juge du fond en cas de doute interprétatif ou de lacune législative – et le « référé obligatoire » – provoqué par un conflit entre l'interprétation du Tribunal de Cassation et celle du juge de renvoi. Les deux référés dérivent des mêmes principes³. C'est pour cela que nous nous proposons d'en considérer les origines historiques communes.

Le référé législatif⁴ comporte deux aspects :

a) l'interdiction pour le juge de développer une activité interprétative pour prononcer un jugement. On peut ici parler d'*interdiction d'interpréter* ;

2. Les institutions de droit romain et de droit canon de la *relatio ad principem* sont généralement considérées, à certains égards, comme des précédents du référé législatif. Il faut considérer – toutefois – que les systèmes juridiques desquels ils dériveraient étaient très différents.

3. Cf. C.-J. DE FERRIÈRE, « Interprétation », dans *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique*, n. éd., II vol., Paris, 1771, p. 61-63 ; A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Paris, 1822 ; Ph. A. MERLIN, « Interprétation », dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., VIII vol., Paris, 1827, p. 561-566 ; V. FOUCHER, *De la législation en matière d'Interprétation des Lois en France*, 2^e éd., Rennes-Paris, 1835 ; D. DALLOZ, « Lois, De l'interprétation des lois », dans *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, n. éd., XXX vol., Paris, 1853, p. 189-203 ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit. ; J. BARTHÉLEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XV (1908), p. 456-500 ; L. LE COURTOIS DU MANOIR, *L'interprétation des lois par le législateur et le principe de la Séparation des Pouvoirs Législatif et Judiciaire*, Paris, 1909 ; H. DE PAGE, *De l'interprétation des lois*, Bruxelles-Paris, 1925 (réimpr. Bruxelles, 1978).

4. Sur le référé législatif nous nous permettons de citer notre volume *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin, 2005. L'étude la plus importante sur cette institution est celle de Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965. Cf., outre les ouvrages déjà cités à propos des théories sur l'interprétation, Ph. A. MERLIN, « Référé au législateur », dans *Répertoire universel*, op. cit., XIV vol., p. 368-369 ; P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Turin, 1920, I vol., p. 365 et suiv. ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, 1920, I vol., p. 727 et suiv. ; J. DEFOURNY, *Le référé législatif en droit canonique*, cit. ; M. FAURE, *Les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire de la fin de l'Ancien Régime à la promulgation du Code civil*, Thèse en droit Université de Toulouse, dact., Toulouse 1949 ; M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, 1960, p. 30 et suiv. ; G. GORLA, « I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale ?) », dans *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III vol., Padoue, 1973, p. 885 et suiv. (maintenant dans *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan 1981) ; S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, 1974, p. 32 et suiv. ; M. TROPÉR, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 2^e éd., Paris, 1980, p. 58-68 ; J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*

b) l'obligation de se référer au législateur toutes les fois que le juge croit nécessaire d'interpréter la loi ou d'en faire une nouvelle. Il s'agit, dans le premier cas, d'un *doute* sur l'interprétation d'une loi existante, et dans le deuxième, de la mise en lumière d'une *lacune* législative.

Il faut tout d'abord préciser que pour la doctrine juridique de l'Ancien Régime, le terme « interprétation » correspondait à cette ample fonction du juge que le *ius commune* définissait comme *interpretatio* : il s'agissait d'une activité non seulement interprétative, mais aussi normative. Le juge avait en effet le pouvoir de résoudre les doutes interprétatifs, de combler les lacunes normatives, d'élargir ou de limiter le champ d'application de la loi. On distinguait l'*application* de l'*interprétation* et on affirmait, comme le faisait Rodier en 1679 dans ses *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV* : « c'est aux juges à appliquer la loi aux différentes causes qui se présentent ; mais c'est au seul Législateur, c'est-à-dire au Roi, à l'interpréter »⁵. Aujourd'hui on considère que le terme « interprétation » ne définit que l'attribution d'une signification au texte législatif. Il n'y a pas de lois « claires », ni « obscures », toutes les lois doivent être interprétées parce que l'interprétation est une phase nécessaire de l'application de la loi à l'espèce. Donc, il n'y a pas d'application sans interprétation⁶.

Le fondement théorique du référé législatif provient de la conception de la rigide séparation entre la phase de création de la règle juridique (*législation*) de celle de son application à l'espèce concrète (*juridiction*). Dans cette perspective l'interprétation de la loi est considérée comme une activité de création de droit, c'est-à-dire une activité normative. Si l'interprétation est une forme de création de la règle juridique, elle doit être interdite au juge et confiée exclusivement au législateur. Seul le législateur détient donc le pouvoir d'interpréter la loi, comme l'affirmait la célèbre maxime du droit romain *Ejus est interpretari, cuius est condere leges*. L'unique forme d'interprétation possible est celle de nature législative, dite « authentique » parce qu'elle est fournie par le législateur, au moyen d'une loi interprétative dotée d'une validité générale⁷.

(1790-1799), Paris, 1987, p. 60-64 ; C. BLOCH-J. HILAIRE, « Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire », dans *Miscellanea Forensia Historica J. Th. de Smidt*, Amsterdam, 1988, p. 29-48 ; M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », dans *1791 : la première constitution française. Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991*, Paris, 1993, p. 359-362 ; M. MIERSCH, *Der sogenannte Referèrèr legislatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*, Baden-Baden, 2000.

5. M.-A. RODIER, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, n. éd., Toulouse, 1679, p. 11.

6. Cf. entre autres F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, op. cit.* ; pour la doctrine italienne voir G. TARELLO, « L'interpretazione della legge », dans *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigé par A. CICU-F. MESSINEO et L. MENGONI, I vol./2 t., Milan, 1980 ; R. GUASTINI, « Le fonti del diritto e l'interpretazione », dans *Trattato di diritto privato* par G. Iudica et P. Zatti, Milan, 1993.

7. Sur l'interprétation authentique on peut rappeler, outre la bibliographie déjà citée : F.-A. ISAMBERT, « De l'interprétation législative », *Revue de législation et de jurisprudence*, I (1834-1835), p. 241-261 ; F. CAMMEO, « L'interpretazione autentica », *Giurisprudenza italiana*, LIX (1907), p. 305-366 ; J. BARTHÉLEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XV (1908), p. 456-500 ; G. JÉZE, « Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois-Les lois interprétatives », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XXXI (1924), p. 157-190 ; O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica*, cit. ; C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, Rome, 1942

Une fois le doute interprétatif résolu par le législateur, le juge pourra statuer sur l'affaire en appliquant la loi interprétative. Le mécanisme théorique était simple et cohérent. Il avait le but de garantir la « pureté » de la loi et d'empêcher le risque d'une « corruption » du sens de la loi même opérée par le juge et la jurisprudence.

Le référé législatif ne fut pas une création tout à fait nouvelle de la Constituante. Les racines du référé législatif sont anciennes et se trouvent dans le droit justinien, le droit canon et le droit français.

a) En droit justinien existaient déjà les institutions de l'interdiction de l'*interpretatio* et de la *relatio ad Principem*, à savoir l'obligation de se référer à l'Empereur en cas de doute interprétatif. Cette obligation était prévue par plusieurs constitutions. Entre autres elle fut établie par la constitution de l'an 529, *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (C. 1.14.12) : « *leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet... tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur* » ; et par la constitution *Tanta*, de promulgation du Digeste : « *Si ... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur, et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere, et interpretari* »⁸.

b) En droit canonique l'interprétation authentique a, depuis le Concile de Trente, un rôle très important⁹. La Bulle *Benedictus Deus* de 1563 de Pie IV, imposa au juge l'interdiction d'interpréter et l'obligation de se référer au Pape – qui possédait alors la qualité de législateur – en cas de doute interprétatif. Ensuite, en 1564 une Congrégation pour l'exécution et l'interprétation des

(maintenant dans Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milan, 1984, p. 375-451) ; G. GAVAZZI, « Sulla interpretazione autentica della legge », dans *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milan, 1955, p. 151 et suiv. ; G. GALLONI, *La interpretazione della legge : con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milan, 1955 ; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milan, 1955 ; G. CASTELLANO, « Interpretazione autentica della legge e politica del diritto », dans *Politica del diritto*, II (1971), p. 593-644 ; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit., p. 241-285 ; G. LAVAGNA, « L'interpretazione autentica nei contributi della dottrina giuridica italiana », *Nomos*, n.s. I (1996), p. 23-51 ; A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milan, 1997 ; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Turin, 1997 ; C. M. POLVANI, *Authentic interpretation in canon law. Reflections on a distinctively canonical institution*, Rome, 1999 ; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico*, Turin, 2000.

8. Voir surtout E. TAUBLER, « Relatio ad principem », *Klio*, XVII (1921), p. 98-101 ; J. GAUDEMET, « L'empereur, interprète du droit », dans *Festschrift für Ernst Rabel*, II, *Geschichte der antiken Recht und allgemeine Rechtslehre*, Tübingen, 1954, p. 169-203 ; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milan, 1983 ; A. GUZMÁN, « Historia del 'referimento legislativo' : derecho romano », dans *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Naples, 1985, p. 3467-3522 ; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologne, 1987, p. 59-60 ; F. ARCARIA, *Referre ad principem : contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milan, 2000.

9. Cf. O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Milan, 1935 ; A. BREMS, « De authentica interpretatione codicis J. C. », dans *Jus Pontificium*, XV (1935), p. 161-190 ; 298-313, et XVI (1936), p. 78-105, 217-256 ; Ch. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positif*, Paris, 1938 ; J. R. SCHMIDT, *The Principles of Authentic Interpretation in Canon 17 of the Code of Canon Law. A Commentary*, Washington d.c., 1941 ; J. DEFOURNY, *Le référé législatif en droit canonique. Étude historique sur les recours du juge en cas de doute de droit*, thèse Université Catholique de Louvain, dact. Louvain-la-Neuve 1947 ; C.M. POLVANI, *Authentic interpretation in canon law*, op. cit.

dispositions du Concile fut créée avec le *Motuproprio* de Pie IV *Alias nonnullas*. Avec la Bulle *Immensa aeterni Dei* de Sixte V de 1587, la Congrégation devient la *Congregatio pro executione et interpretatione Concilii Tridentini*, à laquelle « [si] *dubietas aut difficultas emergerint, interpretandi facultatem, nobis tamen consultis, impartimur* ». La centralité de cette institution est confirmée par le c. 17 du *Codex iuris canonici* de 1917, dédié justement à l'interprétation authentique¹⁰.

c) en *droit français*. Il faut rappeler l'*Ordonnance civile* de 1667 qui, avec l'Art. 7 du Titre I^{er}, avait établi que : « Si dans les jugemens des procès qui seront pendants en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter : mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer pardevers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention ». Il s'agissait – encore une fois – de l'interdiction d'interpréter les lois et de l'obligation de se référer au législateur.

Les hommes de la Constituante admirent les origines romaines et monarchiques du référé législatif. Robespierre lui-même en 1790 proposait d'adopter :

*« cette maxime, qui n'était point étrangère au droit public de Rome, et que notre ancien gouvernement même avait adoptée : la législation romaine posait en principe que l'interprétation des lois appartenait à celui qui a fait la loi : ejus est interpretari legem, qui condidit legem. On a senti que si une autre autorité que celle du législateur pouvait interpréter les lois, elle finirait par les altérer et par élever sa volonté au-dessus de la sienne »*¹¹.

Sur le modèle de l'*Ordonnance civile*, il y a eu en Europe des réformes qui ont établi l'interdiction d'interpréter et l'obligation de se référer au législateur. On peut citer, parmi d'autres, le projet du code civil de Prusse de Frédéric II de 1749¹² ; ou les *Leggi e Costituzioni* du Royaume de Sardaigne de Charles Emmanuel III de 1770 ; ou encore le *Dispaccio reale* du Roi de Naples, Ferdinand IV de 1774.

Le but de ces réformes était toujours le même : empêcher à la jurisprudence de jouer le rôle d'une source du droit en confiant au seul législateur l'interprétation de la loi.

Pour conclure cette première partie consacrée à l'Ancien Régime, on peut citer Philippe-Antoine Merlin qui, dans son *Répertoire universel*, nous donne cette définition du *référé au législateur*. Il s'agit du

« jugement par lequel, avant de se prononcer sur une question qui leur paraissait insoluble, d'après l'ambiguïté ou l'insuffisance de la loi dont

10. Devenu c. 17 dans le Code de 1983. – § 1. *Leges authentice interpretatur legislator et is cui potestas authentice interpretandi fuerit ab eodem commissa.* – § 2. *Interpretatio authentica per modum legis exhibita eandem vim habet ac lex ipsa et promulgari debet ; si verba legis in se certa declaret tantum, valet retrorsum ; si legem coarctet vel extendat aut dubiam explicet, non retrahitur.* – § 3. *Interpretatio autem per modum sententiae judicialis aut actus administrativi in re peculiari, vim legis non habet et ligat tantum personas atque afficit res pro quibus data est.*

11. 25 mai 1790, dans *Archives parlementaires*, I^{re} série, XV vol., p. 670.

12. Art. 7 et art. 8, partie I^{re}, livre I^{er}.

elle dérivait, les juges ordonnaient qu'il en serait référé à l'autorité investie du pouvoir législatif. [...] il arrivait assez souvent que les cours renvoyaient les parties à se pourvoir par-devers le roi pour avoir une interprétation de la loi de laquelle dépendait la contestation soumise à leur examen »¹³.

Quant à la contribution de la doctrine juridique des Lumières elle est trop évidente pour être démontrée. Il suffit de rappeler la diffusion de la conception de la fonction juridictionnelle comme « syllogisme judiciaire » et le fait que le terme *interprétation* fut considéré synonyme de *corruption de la loi*.

À ce propos on peut citer Montesquieu qui considérait la fonction juridictionnelle « en quelque façon, nulle », parce que le juge n'a pas le droit d'*interpréter* la loi, mais seulement de l'*appliquer* à la lettre. Les juges ne sont donc « que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur ». Les juges doivent suivre la *lettre de la loi* : « Il n'y a point de citoyen *contre* qui on puisse *interpréter* une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie »¹⁴. Ou Voltaire qui affirmait – dans son *Dictionnaire philosophique* – la nécessité que la loi « soit claire, uniforme et précise : l'*interpréter*, c'est presque toujours la *corrompre* »¹⁵.

Ce furent surtout les juristes italiens qui menèrent une campagne radicale contre l'*interprétation* des lois¹⁶. L'intervention la plus explicite fut celle du milanais Pietro Verri qui publia en 1766 un article intitulé *Sulla interpretazione delle leggi* dans la revue *Il Caffè*. Il s'agit d'un texte de grand intérêt, une sorte de somme de la théorie de l'interprétation de la doctrine des Lumières¹⁷. Verri affirmait que « le juge devient législateur si on lui permet d'interpréter la loi ». Les mêmes théories sont présentées par Cesare Beccaria dans son célèbre *Traité des délits et des peines* de 1764 (en particulier dans le chap. IV, intitulé *Interpretazione delle leggi*). Nous pouvons rappeler encore, pour le milieu napolitain, l'œuvre de Gaetano Filangieri, qui se fonde sur la même conception¹⁸.

13. Ph.-A. MERLIN, « Référé au législateur », dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., XIV, Paris, 1827, p. 368.

14. MONTESQUIEU, *De l'esprit des Loix*, Liv. VI, ch. III.

15. VOLTAIRE, « Lois civiles et ecclésiastiques », *Dictionnaire philosophique*, dans *Œuvres complètes de Voltaire*, n. éd. par L. Moland, XIX, Paris, 1878, p. 626.

16. Parmi les ouvrages les plus récents sur la pensée juridique des Lumières en Italie voir G. TARELLO, *Storia delle cultura giuridica moderna, op. cit.* ; P. Comanducci, *L'Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologne, 1978 ; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I vol., *Le fonti e il pensiero giuridico* Milan, 1982, p. 296 et suiv. ; R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, 2^e éd., Bologne, 1988 ; Id., *Giustiniano nella storia : il mito e la critica nel settecento illuminista*, Turin, 1991 ; M.R. DI SIMONE, « diritto », dans *L'Illuminismo. Dizionario storico*, par Vincenzo Ferrone et Daniel Roche, Rome-Bari, 1997, p. 137-146 ; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 393 et suiv. ; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 285 et suiv. ; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II vol., Milan, 2005.

17. P. VERRI, « Sulla interpretazione delle leggi », dans *Il Caffè*, II (1766), f. XXVIII.

18. De Gaetano FILANGIERI nous pouvons rappeler le volume *Riflessioni politiche su l'ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, publiée à Naples en 1774. Cf. P. ALVAZZI DEL FRATE, « Gaetano Filangieri et l'interprétation de la loi. La tradition italienne et l'influence de la doctrine française au XVIII^e siècle », dans *Les grands juristes. Actes des journées internationales d'histoire du droit*, Aix-en-Provence, 2006, p. 129-136.

Pour résumer : la pensée juridique des Lumières fut caractérisée par un mouvement contre le rôle – considéré comme excessif – de la jurisprudence judiciaire, dans le but de l'affirmation d'un monopole normatif au profit de la loi. Au nom de la séparation des pouvoirs, les juristes donnèrent un caractère, pour ainsi dire, « sacré » à la loi, source unique du droit. Par conséquent, confiance absolue dans le législateur, défiance profonde envers le juge.

L'interprétation judiciaire fit l'objet de critiques de la part des juristes proches à la philosophie des Lumières qui, au nom de la sûreté juridique, postulaient une application syllogistique de la loi. Dans cette perspective, la seule interprétation considérée comme légitime fut l'interprétation législative ou authentique, celle effectuée par le législateur lui-même.

II. – En matière juridique, les cahiers de doléances présentés aux États généraux de 1789 mêlent la culture traditionnelle de l'Ancien Régime et certaines suggestions de la philosophie des Lumières¹⁹ Les cahiers du Tiers-état furent les plus influencés par la culture des Lumières : abolition des privilèges, constitutionnalisme, séparation des pouvoirs, codification du droit, unicité de juridiction, furent les thèmes les plus présents dans ces cahiers.

Un document officiel de 1789, le *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie*²⁰, nous offre une vue d'ensemble sur les revendications des cahiers. On y trouve la requête de l'unification législative du royaume (« Art. 15. Que les codes civils et criminels soient réformés, simplifiés, rendus intelligibles à tous ... pour être ensuite exécutés uniformément dans tout le royaume »), condition nécessaire pour parvenir à l'uniformité de la jurisprudence (« Art. 19. Que la jurisprudence soit uniforme dans tous les tribunaux ; leur défendre d'en introduire une contraire aux lois »). Au juge on aurait dû empêcher d'exercer une activité normative et donc lui interdire l'*interprétation* de la loi (« Art. 18. [empêcher aux juges de] déroger aux ordonnances ou les *interpréter* »). Enfin, l'obligation de motiver les jugements aurait permis d'évaluer et mieux contrôler l'activité juridictionnelle (« Art. 79 bis. Que tout jugement ou arrêt rendu, soit au civil, soit au criminel, contienne les motifs de la décision »).

Quant aux rapports entre *législation* (« création de la règle juridique ») et *juridiction*, les cahiers sont essentiellement concordants dans la revendication de la séparation entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Cela grâce à l'affirmation du monopôle normatif de la loi, de l'abolition des *Arrêts de règlement*, de la subordination du juge à la loi et de l'interdiction d'interpréter. Les auteurs

19. Les cahiers de 1789 se trouvent dans les *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, par J. Mavidal et E. Laurent, le série, dans les volumes I-VI. Cf., entre autres, A. DESJARDINS, *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, 1883 ; A. BRETTE, *Recueil de documents relatifs à la convocation des États généraux de 1789, Introduction*, Paris, 1894 ; E. CHAMPION, *La France d'après les cahiers de 1789*, Paris, 1897 ; H.-L. Chassin, *Les élections et les cahiers de Paris en 1789*, 4 vol., Paris, 1888-1889 ; E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, I vol., (1789-1792), Paris, 1901 ; R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les Cahiers de 1789*, Paris, 1928 ; C. SOULE, *Les États généraux de France, 1302-1789. Étude historique, comparative et doctrinale*, Heule, 1968 ; A. LÉBIGRE, « 1789 : la justice dans tous ses états », dans *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, par R. Badinter, Paris, 1989, p. 39-55.

20. Publié par E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, op. cit., I, p. 489-505. Ce texte se trouve auprès des Archives Nationales de France, Ba.89, *États généraux de 1789*.

des cahiers manifestent clairement le souci de réduire le rôle politique de la magistrature à travers la limitation des fonctions des juges. Les cahiers cherchaient à la fois à assurer la garantie de l'indépendance de la juridiction et à empêcher le risque de son empiètement sur la fonction législative. Au juge on refusait le droit d'interpréter la loi en lui imposant une application syllogistique. Cette conception de la juridiction était dominante dans les cahiers du Tiers-état, tandis que ceux du Clergé et de la Noblesse montraient une attitude plus diversifiée et plus liée à la tradition. Cela dérivait sans doute du rôle politique des états privilégiés dans le système judiciaire de l'Ancien Régime.

Pour résumer : unification législative, interdiction d'interpréter, obligation de motiver les jugements étaient les revendications les plus fréquentes dans les cahiers de doléances de 1789 en matière judiciaire. Les citations – à ce propos – pourraient être innombrables.

Il convient donc de signaler d'emblée que ces références aux cahiers doivent être considérées seulement comme des échantillons. Peut être une recherche plus approfondie ne serait-elle pas d'une grande utilité, si l'on considère le consensus qui entourait la nouvelle conception de la juridiction.

Pour mieux comprendre ces textes il faut rappeler que les auteurs des cahiers, en utilisant les termes « code » et « codification », pensaient à la réforme de la procédure civile et criminelle, donc à la réforme des Ordonnances de Colbert de 1667 et 1670. La *réformation des codes* qu'ils proposaient n'était pas la rédaction d'un « Code » de droit substantiel civil ou pénal. Jusqu'à la Révolution le terme « Code » était donc synonyme de « code de procédure ».

III. – Afin d'exemplifier le caractère des revendications présentées, nous nous bornerons à citer quelqu'un des cahiers les plus significatifs : « que l'interprétation de la loi soit réservée au législateur, que les motifs des décisions soient exprimés dans les jugements »²¹ ; « que les juges seront obligés de motiver leurs jugements [...] que, dans les jugements, la lettre de la loi soit toujours suivie, sans pouvoir être interprétée par les juges »²² ; « que les Tribunaux et les juges ne puissent jamais s'écarter du texte des lois et se permettre d'en introduire de nouvelles sous prétexte de les interpréter »²³ ; « que, par un oubli des principes de toute constitution, tous les pouvoirs se sont confondus dans le pouvoir judiciaire ; que, sous le prétexte d'arrêts de règlement, les Tribunaux supérieurs se sont attribué une portion du pouvoir législatif »²⁴ ; « qu'il soit statué que le juges soient tenus de se conformer à la lettre de la loi, sans pouvoir s'en écarter, sous aucun prétexte »²⁵ ; « il sera défendu à toutes cours et juridictions de se permettre aucune extension ou modification [des] ... lois »²⁶ ; « borner [les juges] par des lois précises à n'être que les témoins, les dispensateurs de la loi, et non ses interprètes »²⁷ ; « qu'il soit fait un règlement si clair et si précis qu'il sera impossible aux juges de s'en

21. Cahier du Tiers-état de la Flandre maritime, Bailleul, art. 6, 7, « Législation », dans *Arch. parl.*, I s., II vol., p. 177.

22. Cahier de la ville de Bergues-Saint-Winoc, Art. 7, 11, dans *Arch. parl.*, I s., II vol., p. 180.

23. Cahier du clergé de Beauvais, *ibid.* II, p. 291.

24. Cahier de la noblesse de Blois, *ibid.* p. 381.

25. Cahier général du Tiers de la sénéchaussée de Guyenne, *ibid.*, p. 399.

26. Cahier du Tiers de la ville de Brest, *ibid.*, p. 470.

27. Cahier de la noblesse de Bugey, *ibid.*, II vol., p. 481.

écarter, l'étendre ni interpréter pour quelque cause que ce soit »²⁸ ; « qu'il soit défendu aux Tribunaux de faire des règlements et d'interpréter la loi, sous le prétexte même de l'équité »²⁹ ; « que toute interprétation ou extension d'une loi n'appartient qu'au Roi et aux États conjointement, et non séparément ; qu'une pareille interprétation ou extension serait, de la part de tout corps ou individu, un crime de lèse-majesté »³⁰ ; « la France éprouve le besoin d'un code clair, simple, d'une application facile ... et qui rende le juge à sa seule fonction, celle, non d'interprète, mais d'exécuteur de la loi »³¹ ; « qu'il n'y soit plus donnée [à la loi] ni exception, ni extension par aucune interprétation »³² ; « [rendre] le juge à sa seule fonction, celle, non d'interprète, mais d'exécuteur de la loi »³³ ; « faire un code plus clair, moins complexe et moins sujet à diverses interprétations »³⁴ ; « que les ... juges [ne] puissent modifier ni interpréter les lois »³⁵ ; « les juges ... ne pourront ni modifier, ni interpréter la loi : ils exprimeront les motifs de leur jugement »³⁶ ; « la nation [a] expressément le droit de proposer, consentir et interpréter toutes les lois »³⁷ ; « les magistrats et le juge exerceront le pouvoir judiciaire sans aucun mélange de pouvoir législatif ; ils ne feront pas de règlements, mais pourront en solliciter auprès du Roi et des États »³⁸ ; « les cours ... ne pourront modifier, interpréter, étendre ou restreindre la loi [...] Tous les jugements en matière civile et criminelle seront motivés »³⁹ ; « que les juges [ne] puissent modifier ni interpréter les ... lois »⁴⁰ ; « qu'il soit statué qu'à l'avenir une loi ne puisse être modifiée et interprétée que par une autre loi authentique »⁴¹ ; « que les ... juges ne puissent interpréter ni modifier les lois »⁴² ; « que défenses seront faites aux cours souveraines de s'écarter des dispositions des lois par interprétation, extension, ou de quelque autre manière que ce soit »⁴³.

Le cahier de la communauté de Mirabeau est particulièrement significatif parce qu'on peut y retrouver non seulement l'interdiction d'interpréter mais aussi l'obligation de se référer au législateur :

« qu'il ne soit rien laissé à l'arbitraire des juges, lesquels motiveront leurs jugements et en répondront ; qu'il soit défendu de commenter la

28. Cahier du Tiers de la province du Cambrésis, art. 50, *ibid.*, II, p. 521.

29. Cahier de la Ville de Vienne, dans *Arch. parl.*, I s., III vol., p. 84.

30. Cahier du Tiers de la province du Maine, Tit. I^{er}, *Constitution, ibid.*, p. 643.

31. Cahier de la paroisse de Clemart-sous-Meudon, Paris hors les murs, dans *Arch. parl.*, I s., IV vol., p. 442.

32. Cahier de la paroisse d'Essonnes, près Corbeil, Paris hors les murs, *Résumé général De la loi, ibid.*, p. 532.

33. Cahier du Tiers-état du bailliage de Meudon, Art. 2, *Législation et administration de la justice, ibid.*, p. 706.

34. *Administration de la justice, ibid.*, p. 753.

35. Cahier des habitants de Pantin près Paris, art. 23, *ibid.*, p. 785.

36. Cahier de la noblesse de la sénéchaussée de Ponthieu, art. 20, dans *Arch. parl.*, I s., V vol., p. 433.

37. Cahier du Tiers-état de la sénéchaussée de Ponthieu, *ibid.*, p. 436.

38. Cahier du peuple de la sénéchaussée de Rennes, art. 35, Tit. II^e, *Déclaration des droits et Constitution, ibid.*, p. 540.

39. Cahier du Tiers-état de la sénéchaussée de Toulon, art. 1, *Législation, ibid.*, p. 788.

40. Cahier du Vendômois, in *Arch. parl.*, I s., VI vol., p. 122.

41. Cahier de la communauté de la Ciotat, art. 45, *ibid.*, p. 325.

42. Cahier de la communauté de Roquevaire, art. 3, *ibid.*, p. 405.

43. Cahier du Tiers-état des bailliages de l'Orléanais, *Justice et Tribunaux*, art. 61, *ibid.*, p. 648.

loi, ou de l'interpréter par les lois anciennes, mais que dans les cas non prévus, on soit tenu de se retirer pardevers le Roi et les États généraux, pour qu'il soit fait un article de loi à titre d'addition au code »⁴⁴.

C'est aussi le cas du cahier de la Noblesse du bailliage d'Évreux :

« qu'aucun tribunal ne puisse modifier, interpréter ou changer aucune loi ... sous quelque prétexte que ce soit, mais que toutes interprétations, changements ou règlements quelconques émanent du prince, et soient revêtus de la sanction nationale »⁴⁵.

CONCLUSIONS

Bien que sans systématisme, ni précision technique, la majorité des cahiers de doléances de 1789 manifesta l'adhésion à un système juridique séparant nettement législation et juridiction. Dans cette perspective, l'interprétation de la loi, considérée comme une phase de la création de la règle juridique, devait nécessairement être soustraite au juge et confiée au législateur. Le système du référé législatif, non prévu explicitement par les cahiers, fut la conséquence logique de cette conception juridique.

Nous croyons d'avoir suffisamment démontré que cette institution provient aussi bien de la pensée des Lumières, que de la tradition juridique de l'Ancien Régime. Ce constat peut expliquer le vaste consensus dont elle a fait l'objet au sein de l'Assemblée Constituante en 1790.

Paolo ALVAZZI DEL FRATE
Université de Rome III

44. *Ibid.*, p. 352.

45. *Ibid.*