

LA NOTION DE DROIT PUBLIC DANS LES REMONTRANCES DES PARLEMENTS AU XVIII^e SIÈCLE

L'apport des magistrats de l'Ancien régime à l'édification de la science du droit est considérable. On compte, parmi les représentants du monde de la robe, des jurisconsultes aussi célèbres que Jean Domat, avocat du roi au présidial de Clermont, ou Pothier, conseiller au Châtelet puis au présidial d'Orléans. Charles Dumoulin, grand commentateur des coutumes qui « a exercé une influence extraordinaire sur la doctrine et la pratique coutumières »¹, était issu d'une famille de parlementaires parisiens. Quant à Nicolas Delamare, auteur du célèbre *Traité de la Police*, il exerçait comme procureur au Châtelet de Paris avant d'acquérir une charge de commissaire au sein de cette même juridiction.

Au-delà de ces quelques exemples d'entreprises individuelles, qui, eu égard à la pléthore d'offices de judicature sous l'Ancien régime, peuvent paraître quelque peu isolés, il ne faut pas négliger l'importance des « œuvres » collectives. Comme le note le Professeur Marie-France Renoux-Zagamé, « à partir en gros des XIV^e et XV^e siècles, sur les questions fondamentales, c'est en se fondant sur ce qui se dit et se plaide dans les tribunaux que les juristes pensent le droit et l'État, et cette emprise du discours judiciaire sur la doctrine devient essentielle à partir de la fin du XVI^e siècle »². Les remontrances, adressées au roi par les cours souveraines, constituent bien l'une des modalités de ce « discours collectif »³ des magistrats français. Dans ces textes de circonstance, rédigés pour exposer au souverain les motifs du refus d'enregistrement d'un texte royal, les parlementaires dissertent, au gré du contexte d'élaboration, sur les principes fondamentaux présidant à l'organisation de l'État monarchique, sur

¹ OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Éditions du CNRS, 2^e éd., 1995, p. 424

² *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 10

³ *Ibid.*

le processus d'élaboration de la loi ou encore, très souvent, sur des problèmes de droit ou de politique fiscale. L'éditeur des remontrances du parlement de Paris au XVIII^e siècle, Jules Flammermont, soulignait dans la préface du premier volume de son ouvrage leur « importance capitale pour l'histoire des principes de notre droit public et de nos institutions financières »⁴, avant de citer Léon de Laborde pour qui un « recueil général de remontrances [serait] la plus vaste encyclopédie du droit, de l'administration et de la politique de la France pendant cinq siècles »⁵. Plus récemment, John Rogister, dans l'un de ses nombreux écrits consacrés aux parlements de l'ancienne France, notait que jusqu'en 1786, « the only comprehensive exposé of *droit public* that was not contained in antiquarian works was to be found in the remontrances of the Parlements »⁶.

Est-ce à dire que les recueils de remontrances sont de « véritables traités de droit public »⁷, qu'il s'en dégage une *doctrine systématique* du droit public ? Pour saisir le sens et la portée de ces textes, il est indispensable de garder à l'esprit l'intention de leurs rédacteurs. Les magistrats des cours souveraines ne composent pas, dans les remontrances, en hommes de science : le nature très particulière du support explique à la fois l'instrumentalisation de la notion de « droit public », tout comme son absence de conceptualisation précise.

⁴ *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, 1888-1898, Imprimerie Nationale, Collection des documents inédits sur l'histoire de France, tome 1, préface, p. XCV

⁵ *Ibid.*, p. XCIV

⁶ « Parlementaires, Sovereignty, and Legal Opposition in France under Louis XV : An introduction », *Parliaments, Estates and Representation*, Londres, 1986, vol. 6, n° 1, p. 31

⁷ LEMAIRE, André, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris, Albert Fontemoing, 1907, p. 213

⁸ Le droit de remontrances est exercé, dans la plupart des cas, à l'occasion de la vérification d'un texte de loi. Dans des remontrances de mai 1757, les parlementaires bordelais définissent ainsi la procédure d'enregistrement : « Votre Parlement, Sire, sans avoir jamais pensé à s'attribuer aucune part dans le pouvoir législatif qui réside en entier dans la personne sacrée du Souverain, est néanmoins par son institution son Conseil légal en matière de législation. Il est chargé par devoir & par serment, de juger de l'utilité de la Loi pour l'avantage du Monarque & de ses Sujets. Il la compare aux Loix anciennes & fondamentales ; il s'assure qu'elle n'a rien de contraire à ces Loix primitives, d'où dépendent la sûreté du trône, le repos & le bonheur des peuples. Ce jugement de comparaison, dans lequel entrent encore les considérations prises des temps & des circonstances, ne peut être que le fruit d'une délibération parfaitement libre & pleinement réfléchie [...] ; & c'est, Sire, ce jugement que nous appelons [*sic*] verification de la Loi [...] Quand la Loi est vérifiée, ou quand ce jugement dont nous avons parlé est rendu, on la transcrit au livre des Ordonnances, qui fait partie des registres de la Cour ; & c'est ce qu'on appelle proprement enregistrement, à la suite duquel se fait la publication. Mais c'est abuser des termes que de penser que ce soit cette transcription qui fasse le complément de la Loi, elle étoit complète, elle avoit tout ce qu'il falloit pour être Loi, dès l'instant de la vérification. [...] Ce sont ces opérations véritablement distinctes & séparées que le langage ordinaire confond dans le mot unique d'*enregistrement*. Mais il est évident, Sire, que de toutes ces opérations, la vraie, l'essentielle, la capitale, est la vérification de la Loi, faite par un jugement réfléchi, & rendu comme tout autre jugement avec une liberté entière dans les suffrages », 25 mai 1757, Bibliothèque-MARTIN, François, *Histoire du droit français...*, *op. cit.*, pp. 541 s. ; et EGRET, Jean, *Louis XV et l'opposition parlementaire 1715 - 1774*, Paris, Armand Colin, 1970, pp. 9-10

I. Le dessein et la méthode

Instrument de conseil du roi lorsqu'il exerce la fonction législative⁸, les remontrances⁹ ont une visée pratique immédiate : il s'agit de convaincre, de persuader le roi et son entourage de retirer un texte que les parlementaires jugent inopportun ou non conforme au droit. Au XVIII^e siècle, elles constituent pour les magistrats de véritables armes de lutte contre les actes qu'ils perçoivent comme des manifestations despotiques de l'absolutisme royal. Le dessein très pragmatique qui sous-tend la rédaction des remontrances, la particularité du contenant, imprègnent évidemment en profondeur le contenu des textes. L'intention des parlementaires n'est pas de composer une œuvre de doctrine, de livrer au roi un exposé méthodique de technicien, ou d'opérer une classification raisonnée des matières du droit. En tant que membres du « Conseil légal du Souverain »¹⁰, seul leur importe de dévoiler aux rois les « tableaux fidèles d'une vérité qu'ils cherchoient toujours, mais que des obstacles de tous les genres empêchoient souvent de parvenir au Trône »¹¹, afin d'obtenir son adhésion à leur propos.

Un premier constat s'impose : l'expression « droit public » n'a pas la faveur des magistrats des cours souveraines. Pour ne prendre que l'exemple du parlement de Paris, sur les quelques trois mille pages de remontrances rédigées au XVIII^e siècle, on recense à peine une trentaine de références significatives à la notion. Cette réserve traduit-elle un manque de compétence en matière de droit public, et plus particulièrement de droit et de contentieux administratifs ? On pourrait, dans un premier temps, être porté à le croire : les parlements étaient en effet spécialisés dans le jugement des procès civils et criminels, et la compétence de principe dans le domaine des litiges administratifs revenait principalement aux intendants et au Conseil du Roi¹². Néanmoins, les magistrats des cours souveraines conservaient – en raison

⁹ La définition qu'en donne Ferrière dans son *Dictionnaire* est la suivante : « [la remontrance] est une humble supplication que les Cours souveraines font au Roi, pour le prier de faire reflexion sur les inconveniens ou les conséquences de quelqu'un de ses Ordres ou de ses Écrits », *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique*, Paris, Veuve Brunet, 1769, tome 2, p. 477

¹⁰ Remontrances du parlement de Bourgogne, 16 avril 1771, BN, 8° Lb³⁸ 1214, p. 7

¹¹ Remontrances du parlement de Bordeaux, 12 mars 1756, BN, 4° Lb³⁸ 660, pp. 2-3

¹² « Sous l'Ancien Régime, la juridiction administrative est exercée, au degré inférieur par les intendants, au degré supérieur par le roi en son Conseil », CHEVALLIER, Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, p. 39. D'autres juridictions étaient spécialisées dans un domaine particulier du contentieux administratif ; c'est le cas de la chambre des comptes, de la chambre du trésor ou encore de la cour des aides.

notamment de l'imprécision des textes opérant la répartition des compétences – quelques attributions, certes résiduelles au XVIII^e siècle¹³, en matière de contentieux administratif¹⁴. La détention d'un pouvoir réglementaire, exercé à l'occasion de l'élaboration des arrêtés de règlement en matière de police, leur permettait par ailleurs d'agir en véritables administrateurs¹⁵. Ce n'est donc certainement pas un problème de compétence que révèle cette désaffection ; en réalité, l'explication serait plutôt à rechercher dans la finalité propre des remontrances, ainsi que dans les règles du jeu rhétorique. À une notion technique, qui n'est pas encore parfaitement formalisée à cette époque, les magistrats des cours souveraines préfèrent d'autres expressions, plus suggestives, dont la force de persuasion leur semble plus décisive

¹³ Jusqu'au règne de Louis XIII, « Les Parlements exercent ainsi [par l'appel des décisions de juridictions d'exception] leur maîtrise sur un important contentieux d'ordre administratif, en même temps qu'ils continuent de connaître, en appel des juridictions ordinaires inférieures, voire en premier et dernier ressort, d'autres affaires administratives ne relevant pas de juridictions d'exception, par exemple d'affaires concernant les municipalités. Certains parlements – ceux de Grenoble, de Rennes, de Metz et de Besançon – font même fonction de Cour des aides pour leur ressort. Quant au Grand Conseil, son rôle devient de plus en plus effacé, car le Conseil du roi lui-même tend à recouvrer l'essentiel des tâches juridictionnelles dont on avait voulu le dessaisir à la fin du XV^e siècle », MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985, p. 185. Au XVIII^e, les « juridictions traditionnelles sont confinées dans le règlement des affaires les moins importantes ou les moins délicates. Les principales sont tranchées par les intendants et le Conseil du roi. », *ibid.*, p. 200. Sur la compétence des parlements en matière de contentieux administratif au XVIII^e siècle, se reporter également à : MESTRE, Jean-Louis, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1976, 597 p. ; MONNIER, François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, 1984, notamment pp. 90-91 et 390.

¹⁴ Les parlementaires revendiquaient d'ailleurs eux-mêmes la compétence en matière de droit public : « Dans les matières même de droit public qui font la portion la plus essentielle de la juridiction, que toutes les ordonnances ont attribuée à votre parlement, souvent au défaut de moyens solides pour évoquer, les parties ne craignent plus de tenter toutes sortes de voies pour attaquer ses jugements... », remontrances du parlement de Paris, 9 janvier 1731, FLAMMERMONT, Jules, *Remontrances...*, *op. cit.*, tome 1, p. 237. Dans des remontrances du 30 juin 1786, les magistrats du parlement de Bordeaux, en protestant contre la confusion de l'administration active et de la juridiction administrative, revendiquent l'exclusivité de la compétence en matière de contentieux du domaine : « D'après les Lettres-Patentes du 14 Mai dernier, qui n'ont pas même été présentées à l'enregistrement, il paroît qu'on a voulu substituer à votre Parlement le Conseil de V. M. Mais, SIRE, votre Conseil n'est-il pas plutôt destiné à coopérer à l'administration de l'État, qu'à juger des affaires contentieuses ? C'est une maxime certaine dans le Royaume, que V. M. ne peut plaider que par le ministère de votre Procureur-General. Lui seul a l'honneur de réclamer, de défendre vos droits, principalement quand il s'agit de l'intérêt de votre Domaine. Lui seul peut en faire la recherche. Elle est interdite aux administrateurs du domaine... », BN, 8^o Lf²⁵ 158, pp. 53-54

¹⁵ « Les tribunaux judiciaires de tous ordres s'arrogent le pouvoir d'émettre des règlements d'administration publique ; les Parlements prennent des arrêtés de police, pour prévenir les atteintes à l'ordre public, mais aussi pour bien autre chose : selon L'Héritier, le Parlement de Bordeaux « intervient en maître dans toute l'étendue de la généralité, et à propos de tout. Non seulement il préside à l'administration des hôpitaux et à la tenue des assemblées, mais encore, il rédige des règlements généraux, il fixe à l'occasion le prix de la viande ou celui de telle autre denrée... », CHEVALLIER, Jacques, *L'élaboration historique...*, *op. cit.*, p. 46

– « lois fondamentales », « lois constitutives », notamment – et qui recourent assez largement le champ du droit public¹⁶.

Le but utilitaire des remontrances explique en outre, pour partie, que l'argumentation des magistrats se fonde essentiellement sur des textes de droit positif et sur les précédents historiques¹⁷. Comme l'écrivent les parlementaires bourguignons dans des remontrances du 1^{er} juillet 1785, « le droit public de ce Royaume, [est] fondé sur les ordonnances et sur une expérience de plusieurs siècles »¹⁸. Cette courte formule annonce la méthode des rédacteurs de remontrances : c'est dans les textes des édits et ordonnances royaux et dans l'histoire, qu'ils puiseront l'essentiel de leurs arguments. Peu soucieux d'invoquer l'argument d'autorité – qui, d'ailleurs, n'est plus vraiment à la mode à cette époque – ils rattachent leurs démonstrations à des éléments concrets, palpables, dont ils peuvent apporter facilement la preuve de l'existence. C'est ainsi sur les règles ou principes du droit public « de la Monarchie », « du Royaume », « de la France » ou de telle ou telle « Province », que les parlementaires fondent leur raisonnement¹⁹. Cet ancrage

¹⁶ Ainsi, le même parlement qualifie la règle de l'enregistrement tantôt de principe de droit public (« la solennité de l'enregistrement dans les Cours est regardée par les Politiques de l'Europe comme un des principes fondamentaux du droit public français », remontrances du parlement de Paris, 19-20 mars 1768, FLAMMERMONT, Jules, *Remontrances...*, *op. cit.*, tome 2, p. 879), tantôt de maxime constitutionnelle (« Si l'enregistrement des édits au Parlement est un des moyens les plus propres à en imposer aux nations étrangères, c'est parce que ces nations savent que la constitution de la Monarchie française est telle qu'il n'est de caractère authentique dans [les] édits qu'autant qu'ils sont vérifiés et registrés par le Parlement », remontrances du 18 septembre 1759, *ibid.*, tome 2, p. 254). Parfois, telle autre règle est présentée comme relevant à la fois du droit public et du « droit constitutionnel » : « Ce droit précieux, de ne pouvoir être traité criminellement que selon les formes prescrites par les Loix & les Ordonnances, n'est point un privilège particulier de la Magistrature ; c'est une prérogative commune à tous les François, c'est un avantage inséparable de la constitution d'un peuple libre, c'est le droit public de la nation », remontrances du parlement de Besançon, 26 juin 1758, BN, 8° Lf⁵ 207 (1, 2) pp. 9-10 (souligné dans le texte). Ou encore, parmi de très nombreux exemples : « La nécessité du consentement libre du Parlement à l'enregistrement des Édits & Lettres-Patentes, son droit de représenter au Prince les difficultés qu'il trouve à les enregistrer avant que d'y procéder, f[ont] partie du Droit public du Royaume & des Loix fondamentales de la Monarchie... », remontrances du parlement de Rennes du 18 mars 1765, BN, 8° Lb³⁸ 971, p. 47. Sur la notion de constitution à la fin de l'Ancien régime, consulter : VERGNE, Arnaud, *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle à la fin de l'Ancien régime (1750-1789)*, Paris, thèse Paris II, 2000, 613 p.

¹⁷ Sur la passion documentaire qui se développe progressivement à partir du xv^e siècle, voir : RIALS, Stéphane, « *Veritas Iuris*. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme », *Droits*, Paris, PUF, 1997, n° 26, pp. 101-182 ; SÈVE, René, « Le discours juridique dans la première moitié du xviii^e siècle », in MÉCHOULAN, Henri ; CORNETTE, Joël, (dir.), *L'État baroque (1610-1652). Regards sur la pensée politique de la France du premier xviii^e siècle*, Paris, Vrin, 1985, pp. 119-145 ; CARCASSONNE, Elie, *Montesquieu et le problème de la constitution française au xviii^e siècle*, Genève, Slatkine Reprints, 1978, 736 p. ; et, plus précisément sur sa résonance dans les théories gallicanes, auxquelles le monde de la robe était très sensible : EPRON, Quentin, « Le gallicanisme a-t-il connu l'idée d'un ordre juridique ? », *Droits*, Paris, PUF, n° 35, 2002, pp. 3-24, et spécialement pp. 14 s.

¹⁸ Remontrances du parlement de Dijon, 1^{er} juillet 1785, Archives Nationales (ci-après AN), K 709 n° 31, non pag., 5

¹⁹ Plus de deux fois sur trois, l'expression « droit public » n'est pas employée seule, mais avec un complément de nom.

dans le droit positif français et dans l'histoire nationale – l'objectif des magistrats n'est pas de penser des systèmes qui pourraient potentiellement prétendre à l'universalité – les conduit, pour apporter la preuve du bien-fondé de leurs prétentions, à entasser dans leurs remontrances les références à des textes exhumés des « annales de la Monarchie »²⁰, et à des précédents consignés « dans les fastes de notre histoire »²¹. Dans des remontrances des 1^{er} et 5 juin 1767, les magistrats du parlement de Paris fondaient ainsi leur démonstration sur une longue énumération d'ordonnances royales : « La maxime du droit public du Royaume est que les arrêts des cours ne peuvent être rétractés que par les cours mêmes. Cette maxime est consignée dans les ordonnances de Philippe le Long en 1320, de Philippe de Valois en 1344, de François 1^{er} en 1545, de Charles IX en 1560, de Henri III en 1579, de Henri IV en 1597, de Louis XIV en 1667 »²². Parmi les nombreuses références, on retrouve les principes « indestructibles » qui ont présidé à l'édification de l'État²³, les « lois antiques »²⁴ des rois

²⁰ Remontrances du parlement de Bordeaux, 6 décembre 1787, BN, 8° Lb³⁹ 475^A, p. 5

²¹ Remontrances du parlement de Besançon, 11 mars 1772, AN, K 708 n° 14, non pag., 8

²² FLAMMERMONT, Jules, *Remontrances...*, op. cit., tome 2, pp. 752-753. Voir également les « Grandes remontrances » du parlement de Paris en 1753, très significatives à cet égard (*ibid.*, tome 1, pp. 556-559) : « Tous les monuments publics réclament, Sire, en faveur de votre autorité. Jugements ecclésiastiques et civils, témoignages des papes, des plus grands prélats, des conciles même, décisions des magistrats de tous les temps, usage uniforme de tous les souverains et surtout de nos rois ; tout établit ce que disait, en 1719, M. de Lamoignon, aujourd'hui chancelier de France, que, *quelque étendue que soit l'autorité des évêques dans les choses spirituelles, elle n'est pas néanmoins absolue ; qu'elle doit être restreinte suivant les anciennes règles de l'Église [...]* Toute l'antiquité a tenu le même langage. C'était celui du pape saint Célestin écrivant à l'empereur Théodose, du pape saint Léon à l'empereur Léon, du pape Pélage au roi Childebart, du pape saint Grégoire le Grand écrivant à l'empereur Maurice. Plus inviolablement attachée qu'aucune autre nation aux anciennes règles de l'Église, la France, Sire, a toujours regardé ces maximes comme une partie essentielle de son droit public. De là cette déclaration faite au roi Charles IX par le député de la noblesse aux États d'Orléans : *Le prêtre doit faire son devoir pour la charge qu'il a prise de prêcher, d'enseigner et d'administrer les autres ; quand il ferait au contraire et oublierait sa charge, le Roi y doit employer la main de sa justice.* [...] Ces mêmes maximes son consacrées, Sire, par une multitude d'actes émanés de l'autorité souveraine, dont nous ne pouvons nous dispenser de rappeler quelques-uns à V. M., moins comme des preuves nécessaires d'un droit si solidement établi que comme des titres respectables de la sagesse et de la piété de vos prédécesseurs. Nous omettons toutes ces lois que les empereurs romains ont faites dans les plus beaux siècles de l'Église sur la discipline ecclésiastique, même sur l'administration des sacrements [...] Nous passons aussi tant d'ordonnances qu'on lit dans les capitulaires sur l'administration des sacrements aux malades [...] et sur presque tous les autres points de la discipline ecclésiastique : Quel exemple plus authentique que cet ordre donné par Louis le Débonnaire en 828 à ses officiers, qu'il chargeait de *s'informer comment les évêques remplissaient leur ministère, quelle était leur vie, comment ils gouvernaient leur église et leur clergé !* Dans des temps moins reculés, les témoignages sont également précis », etc. (SDT) La démonstration par le renvoi aux « archives » de la législation et de l'histoire se poursuit de la même façon sur plusieurs pages.

²³ « Ainsi, par la sagesse et la justice de V. M., triomphera de nouveau cette maxime précieuse consignée dans l'un des actes les plus anciens et les plus solennels du droit public de la France " que le Gouvernement français l'emporte autant par l'autorité des lois que par la force des armes " ; maxime qui présida à la naissance de la Monarchie française, qui fut la cause de ses progrès et de sa grandeur, et qui sera le gage immortel de sa durée et de sa gloire », remontrances du parlement de Paris, 18 janvier 1764, FLAMMERMONT, Jules, *Remontrances...*, op. cit., tome 2, p. 438

²⁴ Remontrances du parlement de Besançon, 17 juin 1765, AN, K 708 n° 26², non pag., 28

de la « première race », « dont l'origine se pers [*sic*] dans la nuit des temps »²⁵, tous ces « monumens immortels »²⁶ issus des « Annales de la Nation »²⁷ qui cimentent le mythe de la fondation glorieuse de la monarchie française et de sa pureté originelle.

Dans les remontrances, les parlementaires recherchent avant tout des arguments de fait et de droit, opposables au roi et à ses conseillers. Ils n'ont pas besoin de concevoir le droit public pour lui-même. Pour contrer les initiatives inopportunes du souverain, ils ne cherchent pas leurs arguments dans les abstractions, mais « dans l'histoire, [et] dans les lois »^{28, 29}.

II. De la prudence dans la pratique parlementaire

Dans les quelques développements épars consacrés au droit public, plus qu'un exposé systématique d'une doctrine cohérente, on trouve donc une suite d'allusions, plus ou moins précises, plus ou moins évasives à la notion. On chercherait en vain une définition, un caractère générique, le critère du droit public énoncé expressément. Les parlementaires s'en soucient d'ailleurs assez peu ; l'objet des remontrances est autre. De fait, il est simplement possible, à partir de la liste des références recensées, de cerner les contours de la notion afin de dégager, le cas échéant, le dénominateur commun des règles ou maximes appartenant au « droit public du Royaume ».

Une tentative de mise en ordre et de classification permet d'identifier deux grandes catégories de principes de droit public. La première concerne un corps de règles relatives à la sûreté, aux formes du procès pénal et à la procé-

²⁵ Remontrances du parlement de Bordeaux, 23 octobre 1773, AN, K 708 n° 58, non pag., 3

²⁶ Remontrances du parlement de Besançon, 17 juin 1765, précitées, non pag., 28

²⁷ Remontrances du parlement de Rennes, 18 mars 1765, précitées, p. 25

²⁸ Remontrances du parlement de Paris, 11-13 avril 1788, FLAMMERMONT, Jules, *Remontrances...*, *op. cit.*, tome 3, p. 742

²⁹ Dans ces circonstances, on est peu surpris de constater que les ouvrages les plus fréquemment cités dans les remontrances sont des recueils et des compilations de textes législatifs (*Édits et Ordonnances des rois de France* de Fontanon, *Recueil d'Édits et Ordonnances Royaux* de Girard et Néron, par exemple), ou des œuvres d'historiens du droit français, tels que Jean Du Tillet, médiéviste français du XVII^e, ou Etienne Pasquier, ce « grand historien des Antiquités nationales » (FUMAROLI, Marc, *L'âge de l'éloquence. Rhétorique et « Res litararia » de la Renaissance au seuil de l'âge classique*, Genève, Droz, coll. « Titre courant », 2002, p. 591). Dans son étude consacrée aux parlementaires parisiens du XVIII^e siècle, François Bluche révèle par ailleurs que de 1734 à 1795, près d'un tiers des livres composant les bibliothèques des magistrats sont des livres d'histoire, *Les Magistrats du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Economica, coll. « Histoire », 1986, p. 226

dure criminelle³⁰ – essentiellement du point de vue des garanties offertes aux justiciables – dont le classement s'est toujours révélé délicat³¹. La seconde, beaucoup plus fournie en renvois, réunit un ensemble de normes et de principes relatifs aux différentes manifestations de la puissance publique : répartition des compétences entre les organes institués, organisation du service de la justice, questions fiscales ou encore droit applicable au statut des agents royaux. L'élément fédérateur de l'ensemble des matières gouvernées par le droit public est ainsi mis à jour : c'est un critère matériel, la puissance publique. Qu'il s'agisse de définir l'étendue ou les formes du pouvoir, ses principales manifestations (droit de lever l'impôt, de rendre la justice, d'élaborer la loi), la répartition des différentes prérogatives de puissance publique, ou encore d'assurer la meilleure protection des sujets *contre* la puissance publique (lors du procès pénal), le droit applicable doit être, pour les membres des cours souveraines, le droit public. De ce point de vue, les parlementaires du XVIII^e siècle se montrent résolument modernes : ils semblent avoir bien intégré l'évolution toute récente du critère du droit public, dont l'objet devient, dans les ouvrages de doctrine à partir de la fin du XVII^e siècle, le « gouvernement » de l'État³².

³⁰ Les parlementaires du XVIII^e siècle opèrent ici à la manière d'un Jean Domat, dont le *Droit Public* (resté inachevé) devait comprendre deux volumes respectivement consacrés aux « Crimes et Délits » et aux « manieres de terminer les procès & les differens, & [à] l'ordre judiciaire » (pour le détail des matières, voir *Le Droit Public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, J. B. Coignard, 1697, Tome IV, Préface, non pag., 35). Dans l'*Encyclopédie*, l'auteur de l'article « droit public » range, lui aussi, le droit pénal dans la catégorie du droit public : « La forme de l'administration de la justice est du *droit public*, en matière civile aussi-bien qu'en matière criminelle [...] Mais la disposition des lois au fond pour ce qui touche les particuliers en matière civile, est du *droit privé*; [...] Pour ce qui est de la punition des crimes & délits, elle est entièrement du ressort du *droit public* », tout en précisant, néanmoins, « qu'on ne comprend point dans cette classe certains faits qui n'intéressent que des particuliers, mais seulement ceux qui troublent l'ordre public directement ou indirectement ». La longue liste d'exemples qui suit comprend toutes sortes de crimes et délits ; on ne voit pas très bien ce qui reste aux « faits » entre particuliers.

³¹ Pour François Olivier-Martin, « le droit pénal et la procédure criminelle sont matières de droit public et rattachés à la justice dans les classifications de nos anciens auteurs », *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997, p. 113. Georges Chevrier paraît quant à lui plus nuancé à l'issue de son enquête : « [Nos vieux auteurs] ne réussirent pas à tomber d'accord sur le champ respectif d'application des deux droits. L'usage fixa seulement certaines règles de répartition, tout en laissant la liberté d'agréger au secteur public et au secteur privé le domaine mixte et presque impartageable des tenures et des droits seigneuriaux, ainsi que celui de la procédure et du droit pénal », « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1952, tome 1, p. 58.

³² CHEVRIER, Georges, « Remarques... », art. cité, p. 53 ; DESMONS, Éric, « Droit privé, droit public », in ALLAND, Denis ; RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 522 : « C'est avec d'Aguesseau et surtout Domat que s'achève, autour de la notion de gouvernement, de se constituer en science un droit public nettement séparé de la politique et de l'économie, tout comme, bien entendu, du droit privé. »

L'examen du détail des règles mentionnées révèle qu'une importante partie des occurrences relevées (environ 20%) concerne l'organisation de l'administration de la justice, et, au sein des maximes de droit public relatives à la répartition des compétences, les principes gouvernant la procédure judiciaire – interdiction des évocations, par exemple, ou encore de la réformation des arrêts des cours souveraines. Au total, près d'un tiers des principes du droit de la puissance publique identifiés régissent la fonction judiciaire, alors que seulement 17 % des règles sont relatives à ce que la doctrine décrit, depuis Jean Bodin, comme la manifestation première de la puissance publique : la maîtrise du droit positif par le pouvoir de créer la loi. À s'en tenir uniquement au texte des remontrances, le droit de juger apparaît ainsi comme la marque, la manifestation première et essentielle de la souveraineté. Est-ce à dire que les parlementaires du XVIII^e siècle reviennent à une conception médiévale de la souveraineté, s'opposant à la vision moderne de la « souveraineté législative »³³? On ne peut l'affirmer avec certitude à la seule lecture des remontrances. En effet, une partie substantielle de ces protestations est provoquée par des textes ou des agissements portant atteinte aux droits des parlements, qui sont des cours chargées de dire le droit en tranchant des litiges. Les magistrats n'évoquent dans les remontrances que les règles de droit dont ils estiment avoir besoin pour justifier leur résistance à l'enregistrement : cela ne signifie nullement qu'il n'y a pas, selon eux, d'autres règles de droit public que celles auxquelles ils font référence.

Après les règles relatives à l'exercice de la fonction juridictionnelle, à la répartition des compétences et à la procédure d'élaboration des lois, l'essentiel des règles de droit public comprend les questions fiscales³⁴ et les principes applicables aux liens qu'entretiennent les autorités temporelles et spirituelles³⁵. On trouve enfin, dans les remontrances, quelques renvois au statut dérogatoire des agents royaux et certaines allusions ou démonstrations relatives au droit du domaine qui, pour être isolées, n'en sont pas moins révélatrices d'une bonne maîtrise des aspects techniques du droit public³⁶.

³³ BEAUD, Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 107

³⁴ 11 % des occurrences, avec notamment, la proclamation de principes modernes comme la légalité et la nécessité de l'impôt.

³⁵ Ils concernent environ 7% des renvois. Voir, par exemple, les « Grandes remontrances » du parlement de Paris du 9 avril 1753, précitées.

³⁶ Dans des remontrances du 30 juin 1786, par exemple, les magistrats du parlement de Bordeaux écrivent à propos des choses « communes » ou « publiques » : « les grandes rivières sont le patrimoine public de l'État, parce qu'elles ne sont point susceptibles d'une propriété particulière ; [...] [III] n'est pas possible de comprendre les rivières dans la classe des objets purement Domaniaux, & des héritages ordinaires qui en font partie ; [elles] sont un attribut de la Puissance Royale, incessibles, incommunicables ; [elles] ne peuvent jamais sortir des mains de celui qui regne sur la Nation [...]. Qu'il soit permis à votre Parlement, SIRE, d'éclairer votre

Les contours de la notion semblent, finalement, n'avoir que peu évolué dans la pensée des magistrats des cours souveraines en un siècle : déjà au milieu du XVII^e, le premier président du parlement de Dijon, Le Goux de la Berchère, qui « préconis[ait] l'établissement à Richelieu, d'une " Faculté de jurisprudence " où l'on interpréterait non seulement la pratique judiciaire, mais aussi les institutions et les droits de la souveraineté des rois », décrivait ainsi les enseignements susceptibles d'être dispensés dans cet établissement : « On pourroit [...] faire lire et interpréter le matin les ordonnances royales, enseigner les droits de souverain de nos Rois, de son domaine, des droits de la Reyne, du Dauphin [...], des officiers de la couronne [...] et la pratique judiciaire, l'instruction des procès civils et criminels ; la pratique des matières bénéficiales, tant selon la chancellerie romaine que celle des cours souveraines, les franchises et libertés de l'Église gallicane, quelle est la juridiction des Parlemens, grand Conseil, maistres des requêtes, présidiaux, baillis et sénéchaux »³⁷. Au XVII^e comme au XVIII^e siècle, les sources du droit public, tout comme le champ d'application de ce droit, demeurent donc sensiblement les mêmes dans l'esprit des officiers des parlements.

La soumission du droit de la puissance publique à un corps de règles particulier, le droit public, se justifie aux yeux des magistrats des cours souveraines par l'importance de l'objet de ce droit : il a en effet pour fonction d'« assure[r] la stabilité de [l'] Empire »³⁸ ; c'est un « Droit sacré auquel on ne peut toucher qu'on ne s'expose à plonger l'État dans la confusion »³⁹. Il est

religion sur les principes de la partie du Droit public de votre Royaume, qu'on a cherché à anéantir, par les Lettres-Patentes du 14 mai dernier [...]. Il est des choses, SIRE, qui ne sont point susceptibles d'une propriété particulière, & que le Droit naturel a rendues communes à tous les hommes. D'autres sont publiques. Au nombre des choses communes sont la Mer, & par droit de suite les Rivages [...] Les Fleuves & les Ports sont des objets publics [...] Le Droit romain & les Loix de votre Royaume sont d'accord sur ces principes. La mer, les rivières, leurs rivages, ne sont point une véritable propriété dans la main du Souverain, mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la chose commune ou publique, pour la conserver, pour la rendre plus utile à tous ses sujets. On ne sauroit donc les regarder comme un objet qui fasse partie du Domaine », BN, 8^o Lf²⁵ 158, pp. 21-34. Comme Jean Domat qui innove sur ce point et auquel les remontrances renvoient en note, les magistrats du parlement de Bordeaux vont soustraire (malgré un certain flottement dans le vocabulaire qui ne facilite pas la lecture) une catégorie de biens particuliers à l'emprise de la Couronne (les choses « communes » ou « publiques ») et, en raison de leur particularité, leur accorder un statut encore plus protecteur que celui applicable aux biens du domaine, les « objets publics ». Comme le souligne Christian Laviolle, cette distinction « annonçait [chez Jean Domat] la mutation à venir qui ferait de ces biens-là [les biens hors du domaine de la Couronne] les seuls biens domaniaux », « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien régime », *Droits*, Paris, PUF, 1992, n^o 15, p. 30.

³⁷ PORTEMER, Jean, « Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Sirey, 1959, pp. 344-345

³⁸ Remontrances du parlement de Bordeaux, 21 juillet 1756, BN, 8^o Lf²⁵ 107, p. 12

³⁹ Remontrances du parlement de Bordeaux, 12 mars 1756, BN, 4^o Lb³⁸ 660, p. 2

réservé aux matières les plus importantes⁴⁰, celles qui touchent à la constitution même de l'État. Le droit de la puissance publique est un droit dérogoatoire au droit commun, qui ne doit pas pouvoir être affecté par l'écoulement du temps : « Il n'y a point de prescription en matière de droit public, écrivent les parlementaires bretons, [et] il seroit indigne de la Majesté du Trône, que le Souverain pût l'opposer à ses Sujets »⁴¹. Il doit être placé hors de l'atteinte de la volonté du législateur : le souverain comme, bien entendu, ses sujets, lui sont soumis⁴². Pour assurer la préservation de ces règles, qui sont directement liées au maintien de l'ordre public et à la conservation de la monarchie, les parlementaires les rendent parfois inaccessibles en les hissant à un rang hiérarchique supérieur⁴³ – lorsqu'ils ne les qualifient pas de « vérités » : le parlement, écrivent par exemple les magistrats de Bordeaux, « remplit aujourd'hui son premier engagement, en mettant sous les yeux de VOTRE MAJESTÉ des vérités essentielles, des maximes capitales qui font partie du Droit public de son Royaume, des principes nationaux sur lesquels la constitution de l'État est affermie... »⁴⁴.

L'utilisation de l'expression « droit public » dans les remontrances nous renseigne donc, incidemment, sur le champ d'application de ce droit et sur ses

⁴⁰ « Lorsqu'une Tradition constamment suivie d'âge en âge assure, sur quelque point important, un usage inviolablement observé dans une Nation, dès-lors cet usage a par lui-même tous les caractères d'une Loi constitutive de l'État, il en a acquis la force et l'immutabilité ; dès-lors il fait une partie intégrante du Droit public de la Nation », *ibid.*, p. 3, CNQS

⁴¹ Remontrances du parlement de Rennes, 22 décembre 1787, BN, 8° Lb³⁹ 483^A, p. 25 ; voir encore les remontrances du parlement de Bordeaux du 6 décembre 1787 : « tel est le droit public du Royaume, droit imprescriptible, qui ne peut être aboli, ni recevoir d'atteinte par le non-usage, quelque long qu'il ait été », BN, 8° Lb³⁹ 475^A, p. 5, et du 7 septembre 1762 : « Labus [*sic*] ne se couvre jamais par quelque moyen que ce puisse être ; et le Droit Public ne connoit point de fins de non recevoir que l'on puisse lui opposer ; principes incontestables qui font la sureté des Empires, en leur assurant par le maintien des Loix qui fondent leur stabilité [*sic*], une ressource contre les Effets de l'intrigue, et de la surprise ou de la precipitation ; principes consacrés dans les Loix immortelles de ce peuple [...] ; Principes que nous ont transmis dans leurs ordonnances les Rois vos augustes predecesseurs... », AN, K 708 n° 30, non pag., 14

⁴² C'est une idée consacrée : « les jurisconsultes de l'époque classique insistent sur l'idée que le *ius publicum* est celui auquel on ne déroge pas, qui est général, et s'impose à tous, sujets et souverain, car il répond à l'utilité publique », BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, *Aux Origines de l'État Moderne. Charles Loyseau 1564-1627 théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1977, p. 92. Il semble néanmoins que dans les remontrances, plus que la notion d'utilité publique, c'est celle d'*ordre* qui sous-tend ce raisonnement.

⁴³ En cas de conflit entre un acte émanant de la volonté « momentanée » du prince et une règle de « droit public », c'est ainsi cette dernière qui doit prévaloir : voir, en ce sens, les remontrances du parlement de Rennes du 18 mars 1765, précitées : « La nécessité du consentement libre du Parlement à l'enregistrement des Édits & Lettres-Patentes, son droit de représenter au Prince les difficultés qu'il trouve à les enregistrer avant que d'y procéder, faisant partie du Droit public du Royaume & des Loix fondamentales de la Monarchie, l'ont emporté sur la Déclaration de 1673 [qui enjoignait aux parlements d'enregistrer tous les actes royaux avant la présentation d'éventuelles remontrances], jusqu'à ce qu'enfin elle ait été en ce point abrogée par celle de 1715 », p. 47

⁴⁴ Remontrances du 12 mars 1756, BN, 4° Lb³⁸ 660, p. 1

qualités substantielles. Mais le dessein des magistrats des cours souveraines n'est pas d'instruire leur lecteur sur ce point : s'ils n'atteignent pas un degré d'abstraction suffisamment élevé dans leurs protestations, c'est qu'en réalité, cette méthode ne leur semble pas pertinente dans la stricte perspective qui est la leur. Au-delà des quelques constantes relevées qui témoignent, sur certains points, de bonnes intuitions, le discours éloquent et *prudent* des remontrances est aussi fait d'ambiguïtés, parfois même de contradictions qui, à maints égards, le rendent insaisissable.

Elina PAPADOPOULOS
Allocataire-moniteur
à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)