

LES ÉTUDES DE DROIT PUBLIC SOUS L'ANCIEN RÉGIME ET LES LIBERTÉS DE L'ÉGLISE GALLICANE

Aux XVII^e et XVIII^e siècles, l'enseignement du droit public n'est pas la principale préoccupation des Facultés de droit. Nous savons déjà que la matière ne faisait l'objet que d'enseignements particuliers comme ceux dispensés à Paris, au Collège royal, à Strasbourg par imitation de l'Europe du Nord ou ici ou là comme à Besançon de façon plus ou moins théorique d'ailleurs¹, d'où le sentiment que l'immense majorité des juristes ne recevait aucun enseignement de droit public. On comprend mieux de ce fait l'interrogation désabusée de Voltaire : « Avons nous un droit public, nous autres welches ? Il me semble que la nation ne s'assemble qu'au parterre »².

Peut-être pourrait-on, sans malice excessive, répondre qu'elle s'assemblerait aussi à l'Église ? On a pu en effet déjà constater que certains professeurs de droit français, sans forcément se référer à une catégorie droit public, choisissaient de présenter des cours traitant notamment des Libertés de l'Église gallicane, du Concordat, des matières bénéficiales, de l'Ordonnance de Blois ou des dîmes³, toutes questions de nature publiciste. Il n'est pas nécessaire de souligner longuement l'importance de ces matières à une époque où la religion exprime le premier dénominateur commun de la société, où les relations diplomatiques entre le roi et la Papauté sont toujours délicates. De plus, l'Église constitue par ses fonctions le premier « service public » du culte, de l'éducation, de l'assistance et des soins, sans oublier que le Clergé représente

¹ Jean Portemer, Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIII^e siècle, *R. H. D.* 1959, p. 341-397.

² Voltaire, *Correspondance*, Nrf (« La Pléiade ») 1987, t. XI, p. 62 : Lettre à d'Alembert, 4 septembre 1772. Les Welches sont les étrangers, ici les Français, par opposition aux Allemands.

³ C. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, 1982, p. 167 ; E. Chénon, Les professeurs de droit français de l'Université de Bourges et les manuscrits de leurs cours, *R. H. D.* 1921, p. 584 et s.

un groupe social d'environ 2 % de la population, regroupé dans ce qui est considéré comme le premier Ordre de la société au statut privilégié.

Je ne redirai pas tout cela, mais on a compris les limites d'une conclusion trop hâtive. Retenons simplement l'hypothèse que ces questions de droit ecclésiastique ont pu servir de révélateur à tout le droit public, aidant une matière qui se cherchait, à se caractériser, en lui fournissant un vocabulaire, des notions, une méthode ; ces juristes contribuant ainsi à dépasser une sorte de « blocage » à l'égard de cette matière⁴.

Pour tenter de le montrer tout en restant dans une perspective didactique, j'utiliserai une source finalement plus significative que les cours universitaires eux-mêmes, les conseils de pères qui ont voulu guider leurs enfants dans leurs études juridiques. On sait que les leçons des « écoles » ne constituaient qu'une initiation qui se complétait par un travail personnel parallèle, poursuivi lors des premières années d'exercice du métier. Comme les fils succédaient le plus souvent aux pères, ceux-ci partageaient leur expérience. La démarche est assez classique. Mais j'ai retenu ici les exemples de trois pères qui avaient tous des raisons de s'intéresser au droit public.

Le premier plan d'étude est tracé par Nicolas Lamoignon de Basville, Intendant de Languedoc de 1685 à 1718, pour son fils Urbain-Guillaume et son neveu Chrétien au début des années 1690. La bibliothèque nationale en a conservé le manuscrit qui n'a été jusqu'ici que peu sollicité⁵. Le second est plus connu, puisque publié dans le recueil de ses *Œuvres*⁶, ce sont les cinq instructions qu'Henri-François d'Aguesseau, d'abord procureur général au Parlement de Paris puis Chancelier de France rédige pour son fils aîné Henri-François de Paule à partir de 1716. Bien que souvent étudiées, nous pouvons encore glaner dans ces instructions quelques informations dans la perspective qui est la nôtre. Enfin, en guise conclusion, nous retrouverons les explications qu'en 1827, Charles-Guillaume Hello, avocat breton et homme politique pour lors dans l'opposition, imagine pour faire découvrir à son fils l'intérêt du droit public⁷. Nous aurons ainsi une vision rétrospective de cet ancien droit public, comme on disait désormais.

⁴ L'expression est de J.-L. Thireau, cf. infra, sa communication.

⁵ Bibl. nat., collection Morel de Thoisy, n° 450, 8 : « Plan d'étude pour un jeune homme que l'on destine à la magistrature, par M. de La Moignon de Basville ». Le manuscrit n'est pas daté mais paraît renvoyer au début des années 1690. Il a déjà été présenté par M.-A. Lemasne-Desjobert, *La Faculté de droit de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1966, 162 p. ; une relecture des originaux peut cependant nous apporter encore bien des informations.

⁶ *Œuvres*, éd. Pardessus, 1819, t. XV. Cf. la présentation faite par I. Storez, *Le chancelier Henri François d'Aguesseau, 1668-1751 : monarchiste et libéral*, 1996, p. 293.

⁷ Charles-Guillaume Hello (1787-1850), *Essai sur le régime constitutionnel*, 1827, 501 p.

I. Le conseil d'un Intendant

Nicolas Chrétien Lamoignon de Basville s'est identifié à sa fonction d'Intendant de justice police et finances. Ce « nettoyeur » des Cévennes, nostalgique de l'Inquisition, a laissé une réputation d'autorité répressive et brutale. Il est ici en contre-emploi, père de famille soucieux, voire inquiet, de l'éducation de ses enfants.

A) *Les études chez les Lamoignon*

Basville, tout en décrivant le programme d'étude, laisse entrevoir comment se formaient les enfants de famille. Les deux cousins ont sensiblement le même âge⁸ et étudient donc ensemble. Ils profitent des richesses la bibliothèque familiale constituée par leur grand père Guillaume de Lamoignon, le Premier Président du Parlement de Paris⁹. Elle est passée à la génération suivante au frère aîné de Basville, Chrétien-François, Président à mortier au même Parlement. Les enfants profitent aussi des services du bibliothécaire, Adrien Baillet, savant prêtre janséniste qui fait office de précepteur, en particulier pour les matières historiques¹⁰. Enfin, Basville, père sans illusion, laisse entrevoir leurs préjugés. Il pressent qu'ils trouveront le programme un peu lourd et, pire encore, qu'ils manifesteront leur étonnement de voir un Intendant de province, « dont la destinée est de vivre et mourir ignorant », donner de tels conseils ! Aussi, que son frère, fort de son prestige de magistrat parisien, corrige tout à loisir¹¹...

Bien entendu, l'étude de droit romain occupe une place essentielle dans la pensée de Basville : la lecture du Digeste donne de l'esprit aux magistrats de la même façon que l'« on prend certaines couleurs en restant exposé au soleil » (il écrit du Languedoc...), à condition de se protéger, si j'ose poursuivre sa comparaison, par les *Paratitiles* de Colombet¹², plus claires pour un débutant que

⁸ Le premier est né en 1674, le second en 1676.

⁹ L. Vian, *Les Lamoignon, une vieille famille de robe*, Paris 1896, p. 157 : cette bibliothèque provient de la succession de Florent, professeur de droit à l'Université d'Orléans. Les 2500 volumes coûtèrent fort cher, mais le Premier Président était passionné de livres.

¹⁰ *Ibid.* Chrétien-François recrute, en 1680, Adrien Baillet (1649-1706), aux œuvres bibliographiques souvent critiquées pour leur partialité. Il servira également, quelques années plus tard, de précepteur au second fils de Chrétien-François, Louis-Guillaume, né en 1683, le futur Chancelier, père de Malesherbes.

¹¹ Chrétien-François s'était lui-même formé au cours des conférences que tenait son père lors de la préparation des *Arrêts*. Sa culture juridique est assez connue pour que Boileau, habitué de la famille, dise de lui « Et Thémis pour voir clair a besoin de ses yeux » ! (*ibid.* p. 228).

¹² On peut penser à son *Abrégé de la jurisprudence romaine divisée en sept parties, à l'imitation des Pandectes de Justinien, avec son rapport à ce qui est de notre usage*, 1647 plutôt qu'à l'édition que l'a. a laissée des œuvres de Cujas, en 1634.

celles de Cujas. Il se propose, puisqu'il se trouve en pays de droit écrit, de faire lui-même un abrégé des parties du Code et des Nouvelles qui s'y pratiquent. Il est peu disert sur l'étude du droit canonique pour laquelle il recommande la lecture de l'Abbé Fleury¹³ et « le beau commentaire » d'Hautesserre sur les décrétales d'Innocent III¹⁴. Ne pas perdre trop de temps à la lecture du Décret de Gratien et n'en retenir que ce qui est utile !

On en vient ensuite au Droit français. Ce dernier « est divisé en deux parties : la première le droit particulier, la seconde le droit public ». Je ne retiens ici que ce qu'il nous dit de cette dernière : « je comprends dans cet article les ordonnances, les droits du roy, les libertés de l'Église gallicane ».

Sur les ordonnances, s'ajoute à l'étude des textes de 1667 et 1670, donc de procédures, celle des anciennes ordonnances. Il a déjà remis à son fils un mémoire qu'il a composé sur la façon dont ont été constitués les principaux recueils (Rebuffe, Fontanon et les autres...). Pour ce qui est des deux autres parties, il s'en remet à son frère qui « leur montrera le chemin qu'il a découvert pour lire notamment Choppin, Lebret, Bacquet, Loiseau et les autres auteurs aussi bien que pour étudier les Libertés de l'Église gallicane dont la lecture de M. Dupuy et les preuves originales doivent être le véritable fondement ». Nous n'en saurons malheureusement pas plus.

La suite des conseils concerne l'étude de l'histoire et des belles lettres où Basville s'en remet à Baillet, soulignant sarcastiquement que « rien n'est plus beau à savoir que l'histoire ecclésiastique et ne distingue plus un homme de notre profession » mais que « la vie est courte » et qu'il vaut mieux se réserver pour des études plus utiles ! Quant aux belles lettres et leurs auteurs, sa pédagogie est sommaire : « je donne ma malédiction à mon fils et je le déclare bastard ... s'il n'a pas au moins la même vénération pour [les auteurs latins] et principalement pour Cicéron qu'avait M. Cujas pour Papinien ». Doutait-il finalement des aptitudes de son fils ¹⁵ ?

¹³ Claude Fleury (1640-1723), *Institution au droit ecclésiastique*, 1^e éd. sous le nom de Bonnel 1677 ; sous son nom : 1687 ; avec notes de Boucher d'Argis, Paris 1767, 2 vol. in 12°.

¹⁴ On peut supposer qu'il s'agit de la publication d'*Innocentius III pontifex maximus seu commentarius perpetuus in singulas Decretales hujusce pontificis quae per libros V Decretalium sparsae sunt, auctore Antonio Dadino Altessera. Lutetia Parisiorum : sumptibus L. Billaine, 1666, in 8°, XII + 637 p.*

¹⁵ Ce dernier montrera par la suite qu'il n'avait pas que des qualités, surtout si l'on en croit Saint-Simon : « un butor, brutal, ignorant et paresseux, glorieux, insolent du crédit et de l'appui de son père. C'était un gros bœuf dehors et dedans, fort brutal dont les mains n'étaient pas nettes » (cité par L. Vian, *op. cit.* p. 213). De fait, sa carrière tournera court, contraint de démissionner de ses fonctions d'Intendant de Guyenne pour brutalités et prévarications.

B) Une vision traditionnelle du droit public

Il ne s'agit pas ici de regretter que Basville ne profite davantage de son expérience d'Intendant pour donner un jour nouveau à la matière. Nous avons pu comprendre, en supposant, bien gratuitement, qu'il y ait pensé, que les étudiants parisiens n'auraient pas été très impressionnés. Il n'hésite pas à participer, mais il le fait en compilant des extraits de textes romains applicables en pays de droit écrit ou des passages de recueils d'ordonnances. Il est donc tout naturel de retrouver avec lui les conceptions de son époque.

Sa manière de présenter le droit public est caractéristique d'une certaine façon de comprendre le droit en général et partant le droit public. On continue à penser le droit, expression de la justice, en terme unitaire¹⁶ sans distinguer autrement que par rapport à ses sources, ce qui ne remet pas en cause son unité : droit divin ou droit humain, droit naturel ou droit volontaire, propre à une nation. Voyez la théorie des sources de Grotius, mais c'est un mode de pensée assez général qui confond source et partie du droit¹⁷. Ici la première distinction est entre le droit romain, le droit canonique et le droit français. Ce n'est qu'ensuite qu'il est public ou privé, distingué par la nature des matières. Ce type de distinction privé-public ne fait pas partie de la « *summa divisio* », n'en déplaît à Dumoulin¹⁸. Il n'apparaît qu'ensuite, comme un thème particulier dont on souligne l'originalité : « l'art de commander et d'obéir »¹⁹.

Le droit public est bien fondamentalement un droit d'ordonnances. Son contenu est celui que ces dernières contiennent, plus de forme que de fond. La procédure est donc la première partie du droit public et tout spécialement celle concernant les matières criminelles. Il est de la nature du pouvoir du

¹⁶ G. Chevrier, 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*, 1952, p. 5-77.

¹⁷ Auteur plus modeste mais offrant une expression très significative, le professeur toulousain de Martres présente son cours consacré aux Principes du droit canonique français (1687) : « le droit canonique françois a ses parties qui sont les conciles nationaux ou provinciaux du royaume, les premiers décrets pris soit des Conciles généraux soit des papes non observés à Rome et ailleurs, les Libertés de l'Église gallicane qui ne sont quasi que les mêmes décrets, les pragmatiques sanctions, le Concordat, les ordonnances royaux et l'usage ». (Bibl. mun. Rodez, ms 118, p. 8).

¹⁸ Cf. infra la communication de J.-L. Thureau.

¹⁹ Selon Pasquier, avocat au Parlement, Conseiller au Conseil souverain des Dombes (Bibl. nat. E 5769 : Projet d'un traité complet de droit public). Il prévoit d'éditer le premier volume en 1732, mais décèdera avant de réaliser son projet (*Journal de savants*, septembre 1789, p. 592). La définition paraît pour l'époque archaïque. Peut-être faut-il y voir l'opinion toute militaire du Maréchal d'Uxelles, qui est à l'origine du projet (J. Portemer, *op. cit.* p. 346).

Prince de devoir infliger la peine²⁰. C'est aussi un droit du roi. La formulation de Lamoignon laisse entendre que « les droits du roy » sont ici à prendre au premier degré. S'il pensait à présenter une sorte de théorie de la souveraineté, il s'y serait assurément pris avec un peu plus de révérence. Les auteurs cités sont assez fameux pour que nous comprenions facilement que Basville pense à des questions concernant le domaine et les avantages que le roi en retire, thème qui se retrouve chez chacun de ces auteurs.

Les libertés de l'Église gallicane constituent le troisième point de l'énumération et finalement le plus intéressant, car il prête au doute. On sait qu'en la matière, l'avocat érudit Pierre Pithou écrit fin XVI^e siècle un ouvrage qu'il dédicace à Henri IV, dans le souci de servir son roi et « le bien commun de son pays ». Il met ainsi en forme d'articles – ils seront numérotés ensuite –, les règles traditionnelles qui s'étaient imposées dans les relations entre le roi de France et la Papauté, les libertés de l'Église gallicane²¹. Ce texte, pour fameux qu'il devienne, reste une œuvre privée aux développements assez sommaires d'ailleurs, d'où l'importance des commentaires qui s'y ajouteront lors des rééditions notamment celles de Pierre Dupuy²². Mais tous ces auteurs concordent, les quatre-vingt-trois articles se résument en deux principes : la souveraineté du roi de France et la soumission du Pape à l'autorité des Conciles œcuméniques. On est ici, dans un jeu de souveraineté, dans un rapport entre deux « puissances », on est bien au cœur du droit public. Déjà un pouvoir en limite un autre, ce qui permet à l'Abbé Fleury, lorsqu'il traite de ces questions, d'affirmer :

« Nous croyons que la religion s'accommode avec toutes les formes légitimes de gouvernement, que l'on peut être chrestien à Venise et en Suisse aussi bien qu'en France et en Espagne et chacun doit demeurer soumis et fidèles au gouvernement sous lequel la providence l'a fait naître »²³.

Ce que Lamoignon préfère relever, c'est l'importance des « preuves originales », qui constituent les sources de ces maximes. Dupuy en effet ajoute aux articles un volume de preuves qui rapporte les précédents par lesquels on voit comment s'établissent les relations entre les deux puissances²⁴. C'est toute la méthode du droit public qui est déjà suggérée, un droit qui se fonde sur les

²⁰ Même conception chez d'Héricourt qui complète, dans le *Droit public* de Domat, les deux livres traitant des crimes et délits et de la procédure.

²¹ 1^e éd. 1594.

²² 1637 et 1639 pour les *Preuves* ; nombr. rééd.

²³ Abbé Fleury, *Discours sur les Libertés de l'Église gallicane...*, 1765, p. 260.

²⁴ Ces preuves, d'abord rassemblées par Pierre Pithou ont été dispersées à sa mort. Dupuy s'efforce de les reconstituer.

précédents, sur des concessions réciproques, sur des exemples. Il n'y a certes pas toujours de texte originel, comme on l'a fait déjà remarquer à Guy Coquille aux États de Blois, en l'accusant de défendre des « chimères »²⁵, mais les commentateurs répondent que la multiplicité des ratifications en compense l'absence initiale et prouve la réalité de ce droit que l'on accepte non écrit²⁶.

Mieux, il s'agit bien de montrer par ces précédents quelle est la nature de ces règles. On les appelle des libertés et non, comme certains le prétendent, des privilèges, ce qui supposerait qu'il y eut concessions, grâces que les papes auraient faites. Il s'agit bien au contraire de l'expression de la plus ancienne attitude qui soit, de la tradition de l'Empire et de l'Église depuis les premiers temps du Christianisme. Que la Papauté par la suite ait voulu y déroger ne regarde qu'elle... Le roi de France, quand il est le protecteur de l'Église de France, ne fait que se comporter comme jadis l'Empereur romain ou à défaut au moins Charlemagne ! On ajoute, après un rapide tour d'horizon comparatif, qu'il est le seul Prince en Europe à avoir eu la force politique de maintenir cette position. Voilà, dans le respect de la dignité pontificale, « le véritable fondement » du droit ecclésiastique²⁷. Mieux encore que libertés ou immunités, ce sont des « lois fondamentales ou maximes du droit public »²⁸. La liberté est définie ici comme le respect du droit commun par opposition aux privilèges qui n'en sont que des restrictions qualifiées volontiers d'« exorbitantes »²⁹. C'est une leçon pour tout le droit public dont l'étude commence par là³⁰.

Enfin, il y a cette remarque plus personnelle qui renvoie pour de telles lectures aux conseils du frère de Basville, le Président qui « a découvert un chemin » pour lire ces auteurs. Cela suggère au moins le caractère singulier de cette étude. Peut-être le Président en est-il féru ? Mais peut-être faut-il comprendre qu'elle suppose une science particulière que seuls détiennent les magistrats expérimentés. Un nouveau plan d'étude nous incite à retenir ce sens.

²⁵ P. Dupuy, *Les Libertés...*, éd 1771 par Durand de Maillane, t. 1, p. 16.

²⁶ Cf. aussi J.-L. Thireau, *Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondements du droit français*, *Droits*, 38, 2003, p. 48.

²⁷ P. Pithou, *op. cit.* 1594 : « Ce que nos pères ont appelé Libertez de l'Église gallicane et dont ils ont été si fort jaloux, ne sont point passe droits ou privilèges exorbitants, mais plustost franchises naturelles et ingenuitez ou droits communs... ».

²⁸ P. Dupuy, *Les Libertés...*, éd 1715, préface, p. XIII.

²⁹ À comparer avec la réflexion plus générale de G. Bigot, *L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif*, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Études réunies par F. Melleray, LGDJ, 2004, p. 25-43.

³⁰ Dans l'important article sur les Libertés de l'Église gallicane, R. Laprat souligne la nature publique de ces preuves et la préférence pour des textes d'origine laïque, Naz, *Dictionnaire de droit canonique*, p. 480.

II – Les instructions d'un Chancelier

Les d'Aguesseau constituaient une famille très unie, heureuse de son intimité³¹. Suivant l'exemple de son propre père qui s'occupait tout particulièrement des études de ses enfants³², Henri-François rédige des instructions à l'intention de son fils, à différents moments de sa formation, du début de ses études de droit jusqu'à ce que ce dernier devienne avocat du roi au Châtelet, un poste qui lui paraît être parfait pour achever la formation d'un juriste³³. Le tout constitue cinq instructions : quelle place y tient le droit public ?

Dans la première instruction, il présente à son fils les études que ce dernier va entreprendre. Il pose alors la distinction que nous attendions : « Les lois qui sont la matière de cette étude peuvent être considérées en rapport à leur source, ou principe, ou par rapport à leur objet ». Dans le premier cas, elles sont soit « naturelles » soit « positives ». Dans le second, écartant les distinctions que son fils apprendra aux écoles, il préfère opposer droit privé et droit public. Si ces lois, plutôt que de viser l'intérêt des particuliers :

« ont été faites pour régler l'ordre et l'administration du gouvernement, comme la vacation de la couronne par succession ou par élection, les différentes formes des états républicains, les fonctions des charges et dignités, les droits du prince, son domaine, ses revenus, les subsides et autres impositions publiques, la punition des crimes, la police et en général tout ce qui a un rapport direct au bien commun de l'État »,

elles sont de droit public.

Il ajouterait volontiers une troisième espèce de lois, le droit des gens, mais il doute de la nature de ce droit que les nations doivent observer entre elles soit dans la guerre soit dans la paix... « parce que comme vous le verrez ailleurs », la notion exacte de droit « renferme toujours l'idée d'une puissance suprême qui puisse contraindre les hommes à s'y soumettre ».

Le cadre général des études étant tracé, d'Aguesseau s'empresse de recommander à son fils... de ne pas étudier le droit public, du moins pour l'instant !

³¹ Voir le fameux *Discours* du Chancelier, rédigé à la mémoire de son père Henri, à l'intention de ses enfants, Fresnes, 1720 ; éd. Pardessus, t. XV, p. 273 et s., à compléter par les études biographiques sur la famille (F. Monnier, *Le Chancelier d'Aguesseau...*, reprint 1975, 504 p. ; et les deux volumes de J.-L. A. Chartier, t. 1 : *Henri Daguesseau Conseiller d'état...* ; t. 2 : *Henri-François d'Aguesseau Chancelier de France...* 1988).

³² Il a laissé lui-même un plan d'étude pour son fils cadet, dit de Valjouan (BN Ms fr. n. a., n° 1991), cf. I. Storel, *op. cit.* p. 76.

³³ *Discours...* éd. 1720, p. 232.

Il le retrouvera plus tard.

Le droit public ne concerne donc pas les commençants. L'opinion de d'Aguesseau est d'autant plus intéressante qu'ayant été procureur général au Parlement de Paris³⁴, il passe pour un éminent spécialiste du droit public. Différentes parties de son œuvre, ses discours et enfin son *Essai d'une institution au droit public*³⁵ permettent d'apprécier et de compléter les conseils donnés à son fils. Pour lui, tant par ses sources, sa nature ou son objet, le droit public est un droit original.

A) *Par ses sources, c'est un droit de « sénateur »*

« La connaissance [du droit public] distingue les premiers magistrats et les élève dignement au-dessus des ordres inférieurs de la Magistrature, l'étude du droit privé peut former le juge, la science du droit public est le véritable caractère du sénateur »³⁶.

L'idée était assez répandue que cette discipline était affaire de princes ou de ministres. Fin XVII^e siècle, l'abbé Fleury rédige son *Droit public*³⁷ pour les enfants de France. Colbert, pour l'instruction de Seignelay, fait composer par Patru³⁸ un traité des Libertés de l'Église gallicane³⁹. Ces textes resteront d'ailleurs manuscrits ou ne seront publiés qu'au siècle suivant alors qu'ils ont perdu beaucoup de leur intérêt⁴⁰. C'est alors l'occasion de souligner combien le droit public est fonction de la versatilité du Prince⁴¹.

La référence paraît ici plus précise, Les affaires de droit public sont particulièrement délicates⁴². Elles sont réservées « aux cours les plus distin-

³⁴ De 1700 à 1717.

³⁵ Rééd. par L. Rigaud, Sirey, 1955, 32+134 p.

³⁶ D'Aguesseau, *Œuvres*, Paris 1805, t. 1, p. 368 : 13^e mercuriale, la science du magistrat.

³⁷ Bibl. nat., ms. fr. n° 13999 : « Droit public composé vers 1678 par M. l'Abbé Fleury pour Armand et François de Bourbon, Princes de Conti » ; il rédigea en 1700 un *Droit public d'Espagne* pour le Duc d'Anjou (*Journal des savants*, septembre 1789, p. 591). D'Aguesseau héritera de la bibliothèque du pédagogue (I. Storez, *op. cit.* p. 363).

³⁸ Olivier Patru (1604-1681), avocat réputé pour son style ; sa maîtrise de la langue française le fait consulter par Vaugelas (Michaud, *Biographie universelle*). D'Aguesseau vante ce style « très français » (4^e instruction, *Œuvres*... p. 122).

³⁹ Selon Pierre Dupuy, *Traité des libertés de l'Église gallicane*... Paris, 1715, préface, p. XV.

⁴⁰ *Droit public de France*, ouvrage posthume de M. l'abbé Fleury publié par M. Daragon, professeur à l'Université de Paris, 3 vol, 1769 ; 1788 avec un CR au *Journal des savants* de septembre 1789. L'ouvrage n'intéresse plus que comme « un canevas immense » et pour les matériaux qu'il fournit.

⁴¹ B. Plessix, Nicolas Delamare ou la fondation du droit administratif français, *Droits*..., 38, 2003, p. 118.

⁴² « Il y a danger, même à les bien résoudre » : d'Aguesseau, *Œuvres*, t. XIV, p. 617 (cité par I. Storez, *op. cit.* p. 351). Il parle d'expérience : en 1715, sa destitution paraît acquise. Seule la mort du roi lui évite de devoir quitter le Parquet. Il peut alors jouer un rôle important dans la cassation du testament de Louis XIV.

guées »⁴³, et plus particulièrement suivies par le Parquet du Parlement de Paris. Le procureur général est tout spécialement chargé de la défense des droits de roi, sur le domaine, ou concernant la protection de l'Église et des appels comme d'abus. Aussi l'étude du droit public ne s'adresse qu'à une élite qui aime se comparer au Sénat romain, des « pontifes » en quelque sorte qui sont les gardiens de ce droit. Son étude suppose donc quelques préalables.

1) *Comment s'y préparer ?*

D'Aguesseau, qui ne manque pas d'ambition pour son fils, fait incidemment quelques remarques intéressantes. Concernant l'étude du droit canonique, il laisse tomber deux conseils. D'abord, bien approfondir la nature des lois ecclésiastiques et toutes les différences qui sont entre ces lois et les lois civiles et temporelles... c'est ce qui conduit « à la grande et importante question de la distinction des deux puissances c'est-à-dire la spirituelle et la temporelle... le sacerdoce et l'Empire ». Son fils retrouvera cette question plus tard, « s'il se rend digne du Ministère public » ; se méfier, également, du Décret de Gratien « le corps du droit du pape plus que le corps du droit de l'Église ». Mais « c'est ce que l'on apprend à l'école et la tradition lui a donné une certaine autorité »⁴⁴.

Autre remarque quand il traite de l'étude de l'histoire (2^e instruction) : regrettant les limites de l'esprit humain, il conseille de ne retenir que l'essentiel. L'histoire doit être étudiée en ce qu'elle forme « ce qu'on appelle droit des gens » ou « comme présentant l'image du droit public qui est propre à chaque nation ». La connaissance des faits prépare à celle du droit. Elle permet également de connaître le droit public des autres et de faire des comparaisons.

C'est l'histoire institutionnelle qui l'intéresse. Dans ses lectures d'histoire, le fils devra être attentif aux principales questions :

- qui a le pouvoir de faire la loi ?
- qui exerce la puissance publique dans l'administration de l'État et autres questions concernant officiers, justice, police, milice, les conseils des rois et républiques...
- les secours nécessaires au gouvernement, les armes, les finances mais surtout tout ce qui peut augmenter les richesses naturelles, dans l'agriculture ou l'industrie, la monnaie...
- les prérogatives, honneurs et privilèges des rois ou des gouvernants, soit

⁴³ D'Aguesseau, *Œuvres...*, 1819, t. V : Requête en matières domaniales présentées au Parlement en qualité de Procureur général, p. IV.

⁴⁴ *Ibid.* t. XV, p. 27.

par rapport à leur personne soit par rapport à leurs biens, le domaine, les préséances et autres cérémonies ;

- l'état des personnes, leurs différences qui appartiennent à l'ordre public, avec les différents ordres, les états et les corps sociaux, régionaux et municipaux ou professionnels⁴⁵.

La connaissance de l'histoire est le préalable à celle du droit public. Elle permet notamment de reconnaître la place des pouvoirs législatif et exécutif. Tout cela sera particulièrement utile lorsqu'il s'agira de passer à son étude et d'affronter ses « mystères ».

2) *Le mystère des sources*

Il n'est pas facile de faire du droit public. Lorsque le magistrat voudra pénétrer dans la science du publiciste, il devra, dit ailleurs d'Aguesseau s'adressant cette fois à ses collègues :

« avoir le courage de sortir des bornes de son siècle, de vivre avec les morts, de percer les ténèbres de l'Antiquité, de puiser dans les sources de l'histoire, de pénétrer les mystères sacrés des archives du Sénat et de se rassasier pleinement de la lecture de ces anciens monuments que l'on peut appeler véritablement les annales de la justice et les fastes de la vertu »⁴⁶.

Derrière cette éloquence d'un autre siècle, on retrouve la caractéristique la plus originale du droit public de cette époque. Il va chercher ses sources dans la tradition du royaume empreinte de sacralité, en s'appuyant sur l'autorité des précédents qu'il peut mettre en évidence. On voit se prolonger ici la réflexion amorcée autour des preuves des Libertés gallicanes.

La méthode vaut pour les autres aspects du droit public⁴⁷ et notamment pour les questions concernant le domaine. D'Aguesseau a donné l'exemple, comme le souligne Terrasson présentant son action de procureur général :

« chargé principalement de la défense du droit public, il en a étudié les principes dans les bonnes sources et les perfectionna par ses propres vues... Avec quel travail n'a-t-il pas déterré d'anciens titres ensevelis jusque-là dans l'obscurité et dans l'oubli ! Ses solides écrits « sont dignes de passer des mains des juges dans celles de tous les savants, comme des morceaux précieux d'histoire et d'érudition »⁴⁸.

⁴⁵ *Ibid.* p. 64.

⁴⁶ *Œuvres...*, 1805, p. 368.

⁴⁷ Cf. infra la communication de Quentin Epron et son analyse des sources de Delamare.

⁴⁸ Discours de M. Terrasson, avocat au Parlement de Paris lors de la présentation des lettres de M. le Chancelier, 2 juin 1717, in *Discours et morceaux choisis de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Paris 1820, p. 42.

L'approfondissement du droit public se fait dans le secret des cabinets des érudits, travail d'inventaire dira-t-on plus tard⁴⁹. Mais ce n'est pas un simple classement. Le Chancelier précise qu'il ne faut pas ignorer les discours des avocats généraux dans les affaires où le Parlement eut à réprimer les entreprises de la Cour de Rome⁵⁰. Le « pontife » est une mémoire vivante et permettant l'interprétation ! Le fondement même du droit public se trouve dans les traditions du royaume révélées par l'histoire, la raison conforté par le temps. C'est la nature coutumière des Lois fondamentales⁵¹. Au Parlement de savoir les expliciter et de veiller à leur application. Dans ce rôle, il n'est pas nécessaire d'y voir un substitut des États généraux, ces « sortes de conciles de la Nation française ». Sa place est spécifique, il est face à la loi, le gardien du droit⁵². Cette fonction est d'autant plus importante que le droit public renvoie à des enjeux particulièrement importants.

B) Par sa nature, c'est un droit du bonheur

Louis XIV définissant le bonheur de ses peuples, déclarait qu'il résidait dans l'obéissance⁵³ ! Cette vision exposait de façon un peu abrupte le but du droit public. La réflexion va désormais évoluer. La différence est ici manifeste :

« Nul souverain, quelque nom qu'il se donne, quelque grand que soit son pouvoir, ne saurait jouir d'une véritable félicité si ses sujets ne la partagent avec lui... »⁵⁴

Ce bonheur doit en effet tenir compte de l'intérêt général comme de celui de chacun.

1) Le bonheur d'une communauté

D'Aguesseau est ici de son époque. L'idée du bonheur parcourt la pensée du XVIII^e siècle en la renouvelant, des plus grands auteurs jusqu'aux plus modestes⁵⁵. Plus précisément la référence au bonheur est classique chez les auteurs de droit ecclésiastique⁵⁶. Parmi les auteurs toulousains, de Martres

⁴⁹ P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, 1968, p. 9.

⁵⁰ 5^e instruction, *op. cit.* t. XV, p. 142.

⁵¹ Cf. R. Mousnier, *Les Institutions de la France sous la Monarchie absolue*, PUF, 1974, t. 1, p. 503.

⁵² G. Frèche, *Un chancelier gallican, Daguesseau...* Puf, 1969, p. 78 ; contra I. Storez, *op. cit.* p. 401. L'exclamation de Voltaire, rappelée initialement, montre d'ailleurs que l'assimilation états-parlement n'est pas vraiment convaincante !

⁵³ P. Goubert, *L'avènement du roi-soleil, 1661*. Julliard « Archives », 1967, p. 153.

⁵⁴ *Essai...* p. 109.

⁵⁵ Cf. Michel Faucheux, *Histoire du bonheur*, Ph. Lebaud, 2002, p. 93 et s.

⁵⁶ Cf. R. Mousnier, *Les Institutions de la France sous la Monarchie absolue*, PUF, 1974, t. 1, p. 250 : l'a. note l'évolution de l'idée de bonheur d'un sens purement spirituel à un sens de satisfaction matérielle, dans l'esprit des prêtres eux-mêmes.

dans ses *Principes du droit canonique françois* (1687), rappelle que le droit canonique « dirige nos mœurs vers la béatitude éternelle »⁵⁷. Quelques décennies plus tard, Boutaric voit le bonheur des hommes, dans « l'harmonie des deux puissances »⁵⁸. Plus tard, Durand de Maillane considère lui que, par opposition à l'Église, les Monarques de la terre « s'occupent entièrement du bonheur sensible et temporel de leurs sujets »⁵⁹. De même, sous l'article *Concordat*, Guyot répète que le respect de la discipline de l'Église assure le bonheur des peuples⁶⁰. Ces formulations trahissent une philosophie sociale qui s'enracine dans les convictions religieuses. Elle se trouve déjà chez Domat qui inspire la réflexion du Chancelier⁶¹. Ceux qui, suivant d'autres philosophes, ne verraient dans l'origine de la communauté qu'un contrat fondé sur la seule volonté des parties, sont dénoncés comme oubliant la part du divin⁶².

De fait, on ne distingue pas entre les communautés. Le Vayer de Boutigny⁶³ dont d'Aguesseau conseille spécialement la lecture, rappelle la double nature de l'Église. Reprenant la théorie des deux corps, cette « assemblée » constitue tant un corps mystique et sacré dont la fin est le salut qu'un corps politique dont le but est la conservation de l'État et la tranquillité publique sous une même loi et un même chef temporel⁶⁴. Traduction pour d'Aguesseau :

« le droit public... se divise en deux espèces dont l'une est le droit public temporel et profane, parce qu'il regarde les choses de la terre et ne tend qu'à nous procurer une félicité présente, l'autre est le droit public spirituel et sacré parce qu'il a pour objet les choses célestes, c'est à dire la religion, et pour terme la béatitude éternelle : ce qui n'empêche pas que le souverain n'y exerce son autorité, soit comme roi dans les matières mixtes, soit comme protecteur de l'Église dans des matières purement spirituelles »⁶⁵.

Au total, c'est l'objet du droit public tout entier d'assurer « le souverain bien » pour l'avocat Pasquier⁶⁶, formule au demeurant plus ambiguë. C'est « le bonheur général des peuples » selon le Conseiller de Montblin, qui tente dans

⁵⁷ De Martres, *op. cit.* p. 6.

⁵⁸ François de Boutaric, *Traité des matières bénéficiales*, 1762, t. 2 : *Les Libertés de l'Église gallicane*, dernier article.

⁵⁹ *Institutes du droit canonique trad. en Français*, 1770, t. 1, préface.

⁶⁰ *Répertoire...*, 1784, V^o Concordat.

⁶¹ Cf. R. Mousnier, *op. cit.* p. 38.

⁶² D'Aguesseau, *Essai...*, p. 121.

⁶³ *Traité de l'autorité des Rois touchant l'administration de l'Église*, éd. consultée : Amsterdam MDCC. L'ouvrage a été rédigé en 1682, l'a., maître des requêtes, répond à la demande de Louis XIV (Dominique Le Tourneau, *L'Église et l'État en France*, Puf, 2000, p. 55).

⁶⁴ Même souci chez P. Dupuy qui entend montrer que l'Église n'est pas seulement l'ensemble des ecclésiastiques mais « toute la France », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵ *Ceuvres*, t. XV, 2^e instruction.

⁶⁶ *Op. cit.* p. 1.

les années 1760 de poursuivre l'œuvre de d'Aguesseau dans ce domaine⁶⁷. Même référence au bonheur dans les *Maximes de droit public* de l'Abbé Mey qui insiste sur le rôle de la loi⁶⁸. Guyot voit enfin dans le droit public un droit qui pourvoit aux biens de l'âme et comme à ceux du corps⁶⁹.

Mais ce bonheur collectif s'enracine dans le bonheur individuel.

2) La défense de l'intérêt particulier

D'Aguesseau manifeste ici un réel libéralisme⁷⁰, puisque qu'il souligne l'égalité naturelle des hommes et considère que c'est par l'harmonie des intérêts particuliers que se réalise le bonheur commun. Cette affirmation a une première utilité. Le droit public se doit de concourir non seulement à l'intérêt de l'État mais à celui de ses membres. L'Abbé Mey rappellera plus tard qu'« il n'est point de Pasteur sans Ouailles » !

La conciliation entre ces deux sortes d'intérêts se trouve dans le droit naturel qui fournit un début de réponse, l'homme n'a pas besoin de maître pour sentir que sa félicité dépend de la manière dont il se conduit avec Dieu, avec lui-même et avec ses semblables. De là un ensemble de devoirs qui le mène vers la perfection morale et l'obéissance à Dieu. L'idée pourrait provenir de Domat qui développe le même thème⁷¹ mais le Chancelier s'en démarque en récusant l'affirmation selon laquelle « l'intérêt public n'ait point de plus grand ennemi que l'intérêt particulier ». C'est confondre le fait avec ce qui doit être, c'est accepter « l'illusion de l'esprit ou la corruption des cœurs ». C'est renoncer à croire que le Prince comme le particulier ne puissent se comporter raisonnablement, devant un Prince éclairé, ou un homme de bien, un citoyen⁷². C'est au fond une profession de foi qui fait du chrétien fidèle l'ancêtre du « bon sauvage » !

⁶⁷ Bibl. nat. ms 7565, 2^e pièce, f^o 20 ; cf. J. Portemer, *op. cit.* p. 36, qui présente les recherches de ce magistrat et de ses collègues cherchant à établir un corps de droit public.

⁶⁸ [Abbé Mey], *Maximes du droit public françois*, 1772, t. 2 p. 2 : « c'est principalement des loix que dépendent le bonheur de l'État et la félicité des peuples ». Autre mention, éd. 1775, t. 1 p. 6. Cf. Q. Epron, Armand-Gaston Camus. Du Gallicanisme à la Constitution civile du clergé, *Droits*, 2004, 39, p. 87.

⁶⁹ *Répertoire...*, 1784, V^o Droit.

⁷⁰ J. Carbonnier souligne l'influence de cette position : « durant le XIX^e siècle, les libéraux voudront se reconnaître en lui ». in *Le Chancelier Henri-François d'Aguesseau, Limoges 1668-Fresnes 1751*, Journées d'études tenues à Limoges à l'occasion du bicentenaire de sa mort..., Limoges, 1953 p. 37.

⁷¹ Cf. par ex. le début du livre premier du *Droit public*, ou le début du tit. 9 du même livre.

⁷² L'idée est relayée dans un curieux « Cours de droit public » (collection Morel de Thoisy, n^o 450, f^o 65) : « Cette science civile qui naît de l'étude du Droit ne peut pas faire un véritable homme de bien si elle ne fait aussi un bon citoyen qui connaisse parfaitement l'État dans lequel il vit et qui travaille avec un soin particulier et à sa conservation et à sa gloire ». Pour ce faire, la première partie du cours est entièrement consacrée à l'Écriture sainte, aux différents livres canoniques et à qui peut les interpréter, avec une critique des opinions des « hérétiques ».

Mais pas d'optimisme béat, ce bonheur entraîne parfois une certaine contrainte, la soumission à une autorité, d'où le rôle du droit. Le Chancelier s'en ait fait une règle dans son action de procureur. Il :

« ne repoussait les entreprises de l'usurpation que par les armes de la loi. Également jaloux de conserver le droits des particuliers, il les défendait avec le même zèle »⁷³.

La place particulière du droit public est alors soulignée par la référence à Pierre Pithou citant lui-même Pline le jeune, selon laquelle :

« la cause du fisc n'est jamais plus douteuse que sous un bon Prince parce que la plus grande victoire à laquelle il puisse aspirer, c'est de se laisser désarmer dans sa propre cause par sa bonté et par sa justice »⁷⁴.

Il faut bien faire accepter qu'une administration puisse être condamnée ! Au-delà des convictions religieuses, il s'agit de l'option politique d'une Monarchie tempérée par le droit, « juridictionnaliste »⁷⁵.

C) *Par son objet, c'est un droit entre politique et économie*

La description initiale de d'Aguesseau nous a décrit les principaux objets de ce droit : les institutions de l'État dont l'inévitable règle de succession à la couronne, les offices et autres charges, les droits du Prince et les différents subsides, la punition des crimes, la police et généralement tout ce qui a un rapport direct au bien commun de l'État.

C'est par cette référence très classique au « bien commun » que d'Aguesseau rattache le droit ecclésiastique au droit public. Ce droit lui paraît suffisamment important pour qu'il y consacre la cinquième de ses instructions :

« comme presque toutes les dispositions de ce droit ont pour objet des ministères, des devoirs ou des fonctions publiques qui tendent directement au bon ordre et au bien commun de la société chrétienne, on peut dire que cette portion sacrée de la jurisprudence appartient presque entièrement au droit public ».

Il y voit d'ailleurs deux parties d'un ordre différent. La partie supérieure traite des questions de puissances et de leurs rapports, des règles des différents ministères de l'Église, des ordres et des questions de justice. La partie infé-

⁷³ D'Aguesseau, *Œuvres*, Paris, Merlin, 1813, t. V : Requêtes sur les matières domaniales, Avertissement, p. IX-X.

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ G. Frèche, *op. cit.*, p. 67 citant Van Espen, autre auteur recommandé par d'Aguesseau. Cf. aussi J.-M. Carbasse, *Le roi législateur, Droits.* 38, 2003, p. 16.

rieure concerne les titres et intérêts particuliers des ecclésiastiques, le droit des gradués, des indultaires, des modalités des nominations, les droits honorifiques, dîmes, entretien des églises... Si la première est la plus importante, la seconde est la plus utile pour le quotidien d'un avocat du roi au Châtelet. Il faut donc commencer par là cette étude. Il ne détaillera pas davantage ces objets, préférant conseiller des lectures à son fils, des sources et des auteurs⁷⁶, pour le protéger notamment des opinions ultramontaines comme « l'infaillibilité du Pape que les Italiens soutiennent aujourd'hui »⁷⁷. Il ne le fera pas davantage dans son *Essai*, il est vrai inachevé.

Mais on ne peut que voir se dessiner ainsi une distinction plus classique du droit politique et des objectifs de la police qui préfigurent les domaines constitutionnels et les domaines administratifs. Ces émules, autour du Conseiller de Montblin, expliciteront ce point en distinguant entre lois fondamentales et lois économiques et en détaillant ces dernières⁷⁸. On sait que l'économie politique restera longtemps au XIX^e siècle une branche du droit public.

On ne poursuivra pas davantage l'hypothèse, l'on a constamment le sentiment que l'étude du droit ecclésiastique, pièce essentielle du droit public de l'époque, fournit aux contemporains le moyen d'exprimer les notions clé de cet ancien droit public. Elle nous permet aujourd'hui de saisir l'évolution entre ces deux époques. On est passé d'un simple énoncé des prérogatives d'un Prince à l'expression des droits d'une communauté organisée dont le Prince est le représentant. À ce titre d'Aguesseau occupe une place intermédiaire essentielle dans l'évolution de la pensée politique et juridique. Mais on sait qu'ensuite le besoin de droit public ne cessera de s'affirmer jusqu'en 1789. On peut donc craindre que de telles conceptions ne soient obsolètes dès que formulées. Pourtant comme le souligne Louis-Firmin. Laferrière : « la Révolution en brisant les formes n'a pas rompu complètement la chaîne des idées »⁷⁹.

III. Les explications d'Hello

Charles-Guillaume Hello est avocat à Lorient. Il commence une carrière politique de député pendant les Cent jours, ce qui le met à l'écart de la vie politique de la Restauration. Il deviendra, après 1830, magistrat à la Cour de

⁷⁶ Cf. G. Frèche, *op. cit.*, p. 60 et s.

⁷⁷ *Ceuvres...*, t. XV, p. 155.

⁷⁸ J. Portemer, *op. cit.* p. 363, note 107.

⁷⁹ F. Laferrière, *Introduction à l'histoire des institutions administratives...* Paris 1838 (extrait de la *Rev. de lég. et de jur.*, t. VIII, 31 mai 1838).

Cassation et retrouvera un siège de député tout en collaborant à différentes revues⁸⁰. Sa disgrâce momentanée lui permet d'écrire cet *Essai sur le régime constitutionnel* (1827). Il n'est pas utile de chercher ici à préciser davantage le cadre familial puisque l'auteur nous précise qu'il s'agit d'un simple procédé de style « pour garder un ton de modération »⁸¹ dans un débat politique évidemment passionné.

Quoi qu'il en soit, Hello présente à son prétendu fils un choix entre un régime constitutionnel et le retour à l'Absolutisme : entre les deux, l'existence d'un droit public. Or, en 1827, l'existence même de ce droit reste problématique. Hello appelle de ses vœux le temps où le droit public aura lui aussi ses Domat et ses Pothier, et deviendra une véritable science et non une matière à controverse. Pourtant, comment ne pas accepter le principe d'une constitution écrite et régulièrement promulguée ? Comment regretter cet ancien droit public ?

Certes, ce droit s'est exprimé lorsque la Nation a ressenti le besoin d'un régime légal. C'est alors, – au XVIII^e s.–, la résistance parlementaire qui lui permet de prendre conscience de la confusion de « ce qui importait le plus à son bonheur »⁸². Les avocats, auxiliaires naturels de la magistrature, se livrèrent à d'immenses recherches, car en la matière il n'y a guère de différences entre le fait et le droit, c'est l'autorité des précédents que pouvait invoquer le Parlement. Or, comment espérer trouver les fondements de l'État dans de telles recherches ? Une loi n'existe pas si l'on ne peut la connaître qu'à force d'érudition.

La réflexion peut se prolonger avec Ortolan qui, à la même époque ou presque⁸³, s'intéresse lui aussi à ces antiques monuments parce que les lois écrites, chartes et constitutions ne se trouvaient point à l'origine. Mais il ne les utilisera que comme exemples, et non plus comme autorités. Surtout, profitant de la liberté de ton que lui procure le changement de régime, Ortolan débute son cours d'un ton vengeur :

« toutes les fois que vous voyez un peuple mis au secret de ses propres droits, chez qui l'enseignement sur le droit privé est le seul permis... vous pouvez dire : ce peuple est esclave ».

⁸⁰ Revues Wolowski, Foelix...

⁸¹ Il est vrai que son fils aîné, Émile, n'avait que deux ans. La vie de ce dernier, engagée dans les pèlerinages ouvriers, est-elle une réponse à la question de son père ? Il aura deux frères dont l'un, Ernest, avocat et journaliste, a laissé une certaine réputation de philosophe (Prévoist et Roman d'Amat, *Dictionnaire de biographie française*).

⁸² C-G. Hello, *op. cit.* p. 169.

⁸³ *Cours public d'histoire de droit politique et constitutionnel*, Paris, 1831, préface, p. 10.

Le temps des pontifes est bien terminé.

Encore que, et pour en finir par où nous avons commencé, cette appréciation du droit public va se poursuivre grâce au droit ecclésiastique. Cette partie du droit public ancien est largement reprise avec le Concordat de 1801 et surtout par les articles organiques. La déclaration de 1682 est à nouveau promulguée. Est ainsi perpétuée la pratique des appels comme d'abus, désormais de la compétence du Conseil d'État, dont le quatrième des cinq cas d'ouverture, est constitué par la violation des libertés de l'Église gallicane⁸⁴.

Parmi les différentes affaires qui marquent cette jurisprudence, on retiendra celle du Comte de Montlosier. Auvergnat à l'esprit vif et entier, il avait tiré de son goût pour l'étude des volcans – dont il était spécialiste –, le sens de la polémique. Nostalgique d'une monarchie mythique parée de toutes ses traditions, il publiera donc sous la Restauration des pamphlets virulents contre les Jésuites et tout le « parti prêtre » accusés d'ultramontanisme. À sa mort, en 1838, l'évêque de Clermont refuse l'exposition de son corps à l'église. La notoriété du personnage rend l'affaire publique et suscite un certain scandale. Saisi, le Conseil d'État annule la décision épiscopale pour abus⁸⁵.

Cela donnera à Cormenin, sous le pseudonyme de Timon, l'occasion d'infliger aux « révérends pères du Conseil d'État », une critique acerbe de ce goût pour l'ancien droit public :

« Vous avez entassé pêle-mêle dans votre législation les édits de l'ancienne Monarchie, les lois de la République, les décrets de l'Empire, les ordonnances de la Restauration et les rubriques de Juillet et vous mettez la main au hasard sur les uns ou sur les autres... Vous n'êtes pas des hommes de votre temps... »⁸⁶

Christian CHÊNE

Université René Descartes Paris 5

⁸⁴ Cf. notamment Jacques Lafon, *Les prêtres, les fidèles et l'État*, Beauchesne, 1987, 364 p.

⁸⁵ *Ibid.* p. 129.

⁸⁶ Timon, *Défense de l'évêque de Clermont ...* in *Le bon catholique suivant le Conseil d'État*, Paris, 1839, p. 13. Louis-Marie Delahaye de Cormenin (1788-1868) est membre du Conseil d'État depuis 1810 et en deviendra le Vice Président en 1848. Sa notoriété de juriste s'affirme à partir des années vingt ; ses idées libérales l'ont rendu partisan d'une indépendance absolue du clergé.